

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXI FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2018



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
E IGUALDAD

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO
DE
DERECHO
CIVIL

Tomo LXXI
Fascículo IV

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

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXI, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 2018

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD

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.

La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio¹

ANA SOLER PRESAS
Profesora Propia Agregada
Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE)

RESUMEN

*Nuestro CC no regula de forma unitaria y diferenciada la resolución como remedio general a disposición del acreedor que sufre un incumplimiento grave del contrato. Su construcción es obra de nuestra doctrina y jurisprudencia, inspirada por los textos armonizados –CISG, PECL, DCFR, PICC–. Pese a este notable esfuerzo, persiste la oscuridad y el debate sobre alguno de los aspectos o consecuencias del ejercicio del remedio resolutorio, en particular sobre **la función y el alcance de la restitución subsecuente a la resolución del contrato**, que el presente trabajo pretende aclarar.*

PALABRAS CLAVE

Resolución, restitución, condictio de prestación, remedios monetarios, utilidad de uso, liquidación de gastos.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Las fronteras del enriquecimiento injustificado en el Derecho privado» (DER2017-85594-C2), cuyos investigadores principales son los Drs. X. BASOZABAL y P. DEL OLMO, a quienes agradezco muy sinceramente que hayan ejercido como tales, contribuyendo decisivamente a la maduración de las ideas que a continuación se exponen. Con todo, el acreedor principal de mi agradecimiento es mi maestro, F. PANTALEÓN, que tan amablemente se presta a discutir mis opiniones y libra al lector de muchas desafortunadas. Las que resten son empeño y responsabilidad mía.

Unwinding terminated contracts: Restitution for Breach of Contract

ABSTRACT

*There is not a general and uniform regime for termination for breach of contract in Spanish civil code. The current profile of termination as a general remedy for creditors is the result of both academic and judicial contribution, inspired by harmonized law and soft law. Despite this remarkable effort, there is still darkness and debate on **the role and scope of the restitution consistent with the termination of the contract**, which this paper aims to clarify.*

KEY WORDS

Termination of the contract, restitution for breach of contract, monetary remedies, settlement of expenses.

SUMARIO: Presentación.—I. *Premisas conceptuales*. 1.1 La *condictio* de prestación. 1.2 La resolución del contrato.—II. *Contenido de la restitución*.—2.1 La restitución del objeto de la prestación o de su valor. a) La determinación del valor a restituir. b) Los obligados a restituir por valor. Ejercicio 1: Confluencia de la restitución por valor con otros remedios frente al incumplimiento, especialmente con los monetarios. 2.2 Pretensiones secundarias de restitución. a) La determinación de la utilidad de uso del bien o del dinero que se restituye. Ejercicio 2: Confluencia de la restitución y la indemnización de las utilidades de uso intercambiadas. b) La liquidación de los gastos, mejoras y deterioros en el bien restituido.—III. *Conclusiones*.—Bibliografía.—Jurisprudencia.

PRESENTACIÓN

El título de este trabajo delata el propósito eminentemente práctico que persigue: se trata de identificar el contenido que en nuestro ordenamiento –legal y práctico– ha de tener la restitución como remedio, adicional a los mejor conocidos indemnizatorio y de rebaja del precio, para la solución de los conflictos derivados del incumplimiento de un contrato.

Para ello comenzaré sintetizando las premisas conceptuales básicas sobre la pretensión restitutoria y sobre la facultad de resolver el contrato que el ordenamiento ofrece al acreedor que sufre un incumplimiento.

No me detendré sobre ellas, pues no es su discusión la finalidad que me propongo. Si las expongo es para establecer un marco conceptual o escenario en el que trabajar la respuesta a los interrogantes que sí constituyen el objeto principal de este trabajo, a saber:

- La identificación de las hipótesis en que procede la restitución *por valor*, determinando, en tales casos, el valor a restituir y su interacción con otros remedios monetarios.
- La determinación de la medida de la utilidad derivada de la posesión de un bien o del dinero que haya de restituirse.
- La liquidación de los gastos y mejoras realizadas en el bien a restituir.

I. PREMISAS CONCEPTUALES

1.1 LA PRETENSIÓN RESTITUTORIA DE LO ENTREGADO EN CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO O *CONDICTIO* DE PRESTACIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO

Nuestro CC confiere a la acción de nulidad del contrato la función de control de los desplazamientos patrimoniales operados en cumplimiento del mismo², de modo que, de ser declarado nulo o sobrevenidamente anularse, procede la restitución de lo prestado como efecto anudado *ex lege* a la acción³. Desgaja así nuestro legislador, aprovechándose de la experiencia acumulada durante los 80 años de vigencia del modelo francés, la *condictio* de prestación (*Leistungskondiction*) de la *condictio indebiti*, para regularla con detalle en sede contractual y dotarla de un marcado carácter bilateral y objetivo (arts. 1303-1314 CC)⁴.

Fue una decisión acertada, pues ofrece una solución unitaria a los problemas derivados de la liquidación del contrato y nos evita los vericuetos a los que obliga un remedio unilateral, como es la *condictio indebiti*.

² M. P. GARCÍA RUBIO, «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en DEL OLMO y BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada*, Thomson Reuters Aranzadi (2017), pp. 239-282, p. 239.

³ L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*. Thomson Cívitas (2007), pp. 111-112.

⁴ X. BASOZABAL y P. DEL OLMO, en «Unjustified Enrichment in Spanish Law», ponencia presentada en el congreso *The Global Futures of Unjust Enrichment*, 21-22 april 2017, UCL London (en prensa). También X. BASOZABAL en *El enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid (1998), pp. 205-6, 217.

A la que tienen que recurrir en otros sistemas para, como explica S. Meier, inmediatamente burlarla⁵. Porque la *condictio indebiti* generalmente permite al *accipiens* de buena fe restituir (sólo) el enriquecimiento que permanezca al tiempo de la liquidación, esto es, oponer con éxito la *loss of enrichment defence* (vid. art. 1897 CC), abstrayendo el hecho de que este *accipiens*, que anula o resuelve el contrato, retiene o recupera la prestación que a su vez debía, resultando así injustificadamente beneficiado. Para evitarlo, los tribunales limitan o excluyen el uso de esta excepción en casos de contratos fallidos, pero los resultados no siempre son satisfactorios, abogando la doctrina especializada por regímenes como el nuestro, específicos para relaciones bilaterales y regidos por la reciprocidad⁶.

Si las prestaciones se pensaron y quisieron como recíprocas –explica X. Basozabal⁷–, (aunque el sinalagma genético no siempre resulte acompañado por el sinalagma funcional), es lógico que ese mismo dato presida la liquidación contractual.

Y que, estando ambas partes recíprocamente obligadas a restituirse, se liquide el intercambio de forma objetiva, sin matizar su alcance según la buena o mala fe del poseedor –como sí distingue la *condictio indebiti*–, que regula atribuciones unilaterales realizadas por error.

Y si esto es así cuando el contrato es nulo, o resulta sobrevenidamente anulado, cuánto más si el contrato es válido, el intercambio querido, y las posesiones legítimas hasta que una de las partes (el acreedor frustrado), lo resuelve por incumplimiento⁸.

Pero lo cierto es que el legislador no se ocupó de esta cuestión.

Por influencia del derecho canónico y natural suaviza la rigidez romana y permite al acreedor afectado por el incumplimiento desvincularse del contrato, entendiendo que su obligación pende de

⁵ S. MEIER, «Unwinding Failed Contracts: New European Developments», *The Edinburgh Law Review* 21.1 (2017): pp. 1-29.

⁶ Admitiéndose, no obstante, dos (únicas) excepciones a la obligación de restituir *in integrum*: una, como medida de protección de menores e incapacitados –que sólo restituyen en la medida de su concreto enriquecimiento, art. 1304 CC–; otra, en caso de causa torpe, consolidando en el *accipiens* la transmisión realizada por el que actuó ilícitamente –art. 1306 CC– que, quizá, podría ser la solución adecuada cuando uno de los contratantes celebra el contrato sin intención de cumplirlo, esto es, con claro ánimo de defraudar a la contraparte. Sobre la calificación de la conducta como *torpe* a efectos de viciar la causa de la atribución, vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario del art. 1306 CC», en *Comentario del Código Civil*, M.º de Justicia (1991), p. 559.

⁷ Parfraseando a V. CAEMMERER en *El enriquecimiento...*, cit., p. 217.

⁸ B. RODRÍGUEZ ROSADO (*Resolución y sinalagma contractual*, Marcial PONS (2013), pp. 238, 239, 248) apunta otro argumento interesante, que es el principio o tendencia a la equivalencia de resultados entre resolver e insistir en el cumplimiento del contrato que demanda el art. 1124 CC y que, a su juicio, excluye un tratamiento unilateral de la liquidación, ya que produciría una injustificada consolidación de frutos en uno de los contratantes, cuando el otro debe restituir los percibidos; y el desplazamiento del riesgo al otro contratante en casos de pérdida o deterioros fortuitos. Sobre estas cuestiones volveremos después.

una condición tácita (art. 1124 CC). Pero, liberado el acreedor frustrado de su obligación, debería pronunciarse sobre la procedencia de la restitución y, al menos directamente, no lo hace⁹.

Aborda este tema de forma meramente tangencial al regular la *actio redhibitoria*:

Dice el artículo 1488 CC: «Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse.

Si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses.»

Permite pues al comprador que ha recibido una cosa con defectos latentes desvincularse del contrato pese a haberla perdido, siempre que restituya su valor al tiempo de perderse. Y admite, como única excepción a esta obligación de restitución, el caso de pérdida de la cosa por *culpa* del vendedor.

Es una regulación muy marginal, centrada en la pretensión de recuperación de un precio ya abonado, que tendremos que ampliar para legitimar que el comprador reclame directamente el diferencial entre el precio y el valor de la cosa defectuosa perdida cuando aún no haya pagado; e inmunizarla frente a la excepción de «pérdida del enriquecimiento» que pudiera intentar.

Y llegaremos así al resultado previsto por nuestro legislador para los casos de contratos nulos o anulables (art. 1307 CC) que es, por cierto, la solución defendida en los textos armonizados recientes¹⁰.

Es esta insuficiencia legal la que explica que nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritarias acudan en busca de respuestas al régimen de la restitución en caso de nulidad del contrato¹¹.

Y, también, la que permite a otros defender las soluciones previstas para la liquidación de las obligaciones condicionales o remitirse a las propias de la *condictio indebiti*, por considerarlas más justas, a pesar de estar pensadas unas y otras para obligaciones unilaterales y sean ajenas, por tanto, a la exigencia de reciprocidad

⁹ Lo lamenta F. PANTALEÓN PRIETO, en «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», 46 *Anuario de Derecho Civil* (1993), 4, p. 1735.

¹⁰ Así, en los arts. 4:115, 9:309 Principles on European Contract Law (PECL); III 3:512, II 5:101 Draft of Common Frame of Reference (DCFR); también en el § 346 II Bürgerliches Gesetzbuch (BGB); art. 1352 del Código civil francés tras la reforma –en adelante, Code (2016)–; y art. 81 II del borrador suizo para la reforma del Derecho de Obligaciones –en adelante, OR 2020–.

¹¹ Vid. B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma...*, cit., p. 240 y nota 12, para un apunte jurisprudencial extenso. También M. P. GARCÍA RUBIO, *Propuestas o modelos...*, cit., p. 248; y, aunque parece lamentarlo por lo que explicamos en la siguiente nota, A. CARRASCO, *Derecho de Contratos*, Aranzadi (2010) § 55, pp. 707-708; § 41 p. 1149.

que rigió el intercambio y, a nuestro juicio, debe presidir la liquidación del contrato¹².

Mostrada nuestra preferencia, en las páginas que siguen trataré de demostrar al lector que esta opción no es puramente conceptual, que también, sino fundamentalmente práctica.

¹² Encabeza este sector J. DELGADO ECHEVARRÍA, que sintetiza su tesis en los «Comentarios a los arts. 1303, 1307 y 1314 CC» en el *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (1991). En particular, en las pp. 552-3, donde leemos que las pretensiones de restitución «por su naturaleza, son *condiciones* del tipo de la *condictio indebiti* (aunque el error en el pago no juegue aquí como requisito), lo que habrá de tenerse en cuenta para completar, en lo que proceda, con lo dispuesto en los arts. 1895 ss lo no regulado suficientemente en los arts. 1303 ss (...) En la restitución de cosa fructífera, y respecto de los frutos, a pesar de la letra del art. 1303 creo que ha de atenderse a la buena o mala fe del contratante poseedor, aplicando los arts. 451, 455 y 1896 CC, de manera que el que no conoció ni debió la invalidez del contrato hace suyos los frutos percibidos y nada ha de abonar por este concepto; mientras que quien se encuentre en caso contrario –mala fe– ha de abonar los frutos percibidos y los que su contratante hubiera podido percibir». Vuelve a reproducir esta *ratio* en el comentario del art. 1307 CC, para defender que sólo es aplicable al contratante de mala fe, puesto que el de buena fe sólo restituye en la medida de su enriquecimiento *ex art.* 1897 CC (p. 561); y, en fin, en el comentario del art. 1314 CC, defendiendo que la pérdida de la cosa sin dolo o culpa del *accipiens*, esto es, desconociendo la invalidez del contrato, le permite anularlo sin restituir más que en la medida de su concreto enriquecimiento, es decir, *ex art.* 1897 CC y no *ex art.* 1307 CC (p. 571).

Le siguen con fidelidad A. CARRASCO PERERA, mostrándose partidario de compatibilizar el régimen de los arts. 1303-1307 CC con los generales de liquidación de estados posesorios, (*op. cit.*, § 57, p. 710), para consolidar así los frutos en el *accipiens* de buena fe; y S. QUICIOS MOLINA, «Restitución de frutos, compensación de mejoras e intereses del precio en la resolución», en el *Tratado de Compraventa* (Dir. BERCOVITZ), pp. 1460-1.

Una detenida crítica de esta tesis puede leerse X. BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado...*, cit., particularmente en pp. 214-217.

V. MONTES PENADES, que de entrada comparte este razonamiento, advierte en cambio la dificultad de compatibilizarlo con el imperativo de reciprocidad en la liquidación, exigiendo por toda relación sinalagmática. Así, en el «Comentario del art. 81 CISG», en L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir.), *La compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas (1998), pp. 667, pero particularmente p. 669, dice que «Estamos pues en tema de condiciones, en situación semejante, pero no idéntica, a la que se produce respecto del deber de restitución que sigue a la declaración de nulidad *ex art.* 1303 CC. El deber de restitución por efecto de la resolución, a pesar de las reiteradas alusiones jurisprudenciales al art. 1303 CC en esta materia, no se rige por este precepto, sino por lo dispuesto en los arts. 1123 y 1122 CC. No hay aquí laguna que pueda ser integrada por aquel precepto. Pero la situación o la composición de intereses es semejante: el comprador recibió la mercancía, y el vendedor el precio, en cumplimiento de un contrato que sobrevenidamente se ha de destruir. No cabrá duda sobre la posición de buena fe del *accipiens*, pero la cosa (o el precio) que se encuentran en su poder deben ser devueltos o restituidos porque su atribución o su adquisición no se justifican ni se consolidan. La acción para reclamar una u otro será la de repetición de lo indebido, la *condictio indebiti*». Y en un trabajo anterior, [«Comentario del art. 1123 CC» en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales* (Dir. M. ALBALADEJO), EDESA (1989)] tras afirmar que el comprador que pierde la cosa fortuitamente no ha de restituir pero tendrá derecho al precio que pagó, afirma que «hay otro modo de enjuiciarlo» y obligar al comprador a restituir por valor *ex art.* 1307 CC, afirmando que de esta forma se desplaza el riesgo lo menos posible y se concilia la dicción literal del art. 1123.I. con las respectivas posiciones de los obligados condicionalmente (pp. 1161-2).

A. CARRASCO da menos detalles, limitándose a denegar al *accipiens* de buena fe que, en su opinión, consolida los frutos recibidos, la acción para reclamar al contrario (¿de mala fe?) los obtenidos por él y evitar así un enriquecimiento claramente injustificado (en *Derecho de Contratos*, p. 710).

Pero antes, y a los solos efectos de enmarcar nuestro análisis, repasaremos los aspectos más relevantes y comúnmente aceptados del remedio resolutorio.

1.2 LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. RÉGIMEN JURÍDICO

La resolución es un remedio propio de relaciones bilaterales, que el legislador pone a disposición del acreedor que sufre un incumplimiento esencial.

De la definición anterior deriva:

a) Que la resolución presupone la validez del contrato que genera la obligación, cuyo incumplimiento abre el ejercicio del remedio y que, a su vez, legitima *interim* la posesión de la prestación recibida del otro contratante.

b) Que es una de las alternativas que el ordenamiento ofrece al acreedor, luego el sistema normativo le confiere una facultad de configuración jurídica. Es, por tanto, un remedio legal que puede modularse por pacto, pero opera aunque nada se pacte, a diferencia del automatismo propio de una obligación resolutoriamente condicionada. El acreedor frustrado podrá ejercitar el remedio resolutorio u otros, alternativa o cumulativamente, según cuáles sean sus intereses y las circunstancias del caso.

c) Que la (única) condición para ejercitarlo es que el incumplimiento sea esencial, luego no es imprescindible que el acreedor pueda restituir la cosa *in natura*, ya que puede restituir por valor (arg. *ex art.* 1488 CC)¹³.

d) Tampoco requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor, basta con que sea grave o esencial.

Precisión que conviene no perder de vista, porque lo que se defiende como consecuencia o efecto de la resolución debe sostenerse en ambos escenarios de incumplimiento, imputable y no imputable. Si focalizamos en el primero mezclaremos, con toda probabilidad, conceptos y medidas restitutorios e indemnizatorios.

Efectos:

a) El principal es la liberación de las partes (ambas) de sus deberes de prestación primarios. Es en este sentido en el que se puede decir que la resolución «extingue» el contrato, nada más¹⁴.

¹³ Así, por ejemplo, B. RODRÍGUEZ ROSADO, *Resolución...*, cit., p. 173; M. E. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia (1998), pp. 219, 223.

¹⁴ M. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver...*, cit., p. 89, que cita en su apoyo a la doctrina mayoritaria en nota 168.

b) Consecuencia del efecto anterior, extinguidos los deberes primarios de prestación, entiende nuestra doctrina y jurisprudencia que la liquidación de la relación exige a cada una de las partes restituirse «lo que hubiese percibido» en ejecución del contrato¹⁵.

No obstante, pese a su unánime respaldo, no es este un efecto necesario de la resolución. En otros sistemas se opta por consolidar lo actuado y liquidar la relación jurídica con otros remedios, típicamente con los indemnizatorios¹⁶.

c) Sobre lo que aún no tenemos suficiente consenso es sobre su ejercicio procesal, si puede aplicarla de oficio el juez que declara resuelto el contrato o si el demandante ha de solicitarla¹⁷.

¹⁵ El apoyo legal más próximo es el art. 1123.I CC que, cumplida la condición resolutoria, obliga a los interesados (ambos) a «restituirse lo que hubiesen percibido», que incluye frutos e intereses. Es, en todo caso y en el sentir mayoritario, lo más acorde al sistema. Así, F. PANTALEÓN (que fundamenta la restitución de frutos e intereses en que el mencionado artículo no se remite al art. 1120.I CC, que los consolida en el patrimonio del *accipiens* —«Las nuevas bases...» nota 54); M. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver...*, cit., p. 502; B. RODRÍGUEZ ROSADO, *Resolución contractual...*, cit., p. 238.

¹⁶ El paradigma es el sistema inglés clásico, que solo admitía la restitución en casos estrictos de *failure of consideration*. Pero las posiciones actuales se aproximan en el resultado práctico, admitiéndose generalmente la restitución en casos de *partial failure of consideration* (vid. A. BURROWS, *The Law of Restitution*, Oxford, (2012, pp. 329 ss.). Los PECL siguen fielmente el sistema inglés moderno (vid. B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución...*, cit., p. 62).

Pese a la proximidad en el resultado práctico, la diferente aproximación al conflicto de los dos grandes bloques normativos (*common/civil law*) hacen compleja su armonización y enfrentan posiciones. Una decidida defensa del sistema alemán/continental puede leerse en S. MEIER, «Restitución de pagos indebidos: “factores injustos” vs. “sine causa”», en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada...*, cit., pp. 199-218. Y del inglés, a pesar de la tardía «conversión» al sistema continental del referente en la materia, P. BIRKS, en A. BURROWS, en *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, A. BURROWS & Lord RODGER OF EARLSFERRY (ed.) Oxford University Press (2008), pp. 33-48, especialmente p. 41.

¹⁷ A favor de lo primero, pero en casos e invocando reglas de la acción de nulidad, véanse las STS de 11.02.2003 (RJ/2003\1004); de 4.12.2008 (RJ/2008\6951); o de 8.1.2007 (RJ/2007\812), donde puede leerse que «la obligación de devolución nace de la ley, por lo que no requiere petición expresa, y puede ser declarada por el juez en virtud del principio *iura novit curia*.

Más coherente con el carácter facultativo de la resolución sería, a mi juicio, lo segundo. También opina así A. CARRASCO (*Derecho de Contratos*, § 41, p. 1149), que rechaza la imposición de oficio de la restitución también en casos de nulidad (op. cit., § 53 p. 705). Y, en fin, los comentaristas de la CISG (ex art. 81.2), vid. SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, II, Thomson Reuters Aranzadi (2011) § 1846.

Pero no parece que nuestro alto Tribunal esté de acuerdo. Véase, por ejemplo, la STS 11.02.1992 (RJ/1992\1207), donde admitida la resolución de un contrato de compra e instalación de un sistema de riego que resultó defectuoso, el Tribunal obliga al comprador a restituir la instalación, aplicando analógicamente el art. 1303 CC y aunque no se pidiera en instancia, por ser un efecto directo e inmediato de la resolución.

O la STS 23.11.2011 (RJ/2012\569), que sostiene que no hace falta pedir la restitución de los intereses del precio en instancia, luego los concede aunque se pidieran *ex novo* en casación, arguyendo que son «remuneratorios», no «de demora». Pero curiosamente los liquida aplicando el mismo tipo, esto es, el interés legal.

Función:

Admitida la restitución, que confluye, si se da el caso, con la indemnización, esta cumple en el sistema una función de liquidación de lo que, de otra forma, sería un enriquecimiento injustificado. Y, dado que se ofrecen dos remedios, deben deslindarse las funciones y medidas de cada uno.

Descrito el contexto, abordamos el objeto principal de este trabajo.

II. CONTENIDO DE LA RESTITUCIÓN

Según hemos visto, la norma más próxima a nuestro supuesto de hecho obliga a las partes, resuelto el contrato, a «restituirse lo que hubiesen percibido», que podemos desglosar en tres partidas o pretensiones: la principal –el objeto de la prestación o su valor– y dos secundarias –la utilidad de uso intercambiada y el mayor valor recibido gracias a la conservación o mejora del bien que se recupera–.

2.1 LA RESTITUCIÓN DEL OBJETO DE LA PRESTACIÓN O SU VALOR

Obviamente, si fue entregado el objeto o realizada la prestación¹⁸.

Con esta restitución pretende el legislador «deshacer» el intercambio, obligando a los contratantes a devolver lo recibido, sea un bien, tal y como esté; sea una cantidad de dinero.

El hecho de que en primer supuesto el *valor* devuelto sea *el actual* del bien no parece haber espoleado a muchos a aplicar la misma receta al precio, y propugnar su devolución *actualizada*.

En alguna sentencia (STS 6.5.1988 (RJ1988\4018); STS 18.9.1991 (RJ1991\6055) el Tribunal Supremo ha concedido la restitución actualizada del precio. Pero en otras lo rechaza con el aplauso de la doctrina, que cita las primeras sentencias como residuales¹⁹.

¹⁸ Vamos a centrar el discurso en contratos de cambio de cosa por precio. Pero lo que aquí digamos podrá replicarse cuando se trate de *restituir* un servicio contratado y, por hipótesis, mal prestado. Basta con señalar que, en estos casos, la restitución será necesariamente por valor y que, de conformidad con lo aquí sostenido, atenderá a la utilidad que objetivamente haya proporcionado.

¹⁹ En la STS de 3.11.1988 (RJ1988\8410) afirma que no procede la actualización del precio por ser una deuda regida por el nominalismo. Pero no es lo que pedía el recurrente, sino el coste de sustitución de las plazas de garaje inhábiles entregadas por el ven-

Muchos explican esta diferencia valorativa apelando al carácter nominal de las deudas de dinero²⁰.

Pero, a mi juicio, no es un buen argumento, porque la calificación de esta deuda restitutoria como «de dinero», para contraponerla a las «de valor», es discutible y, aun aceptándola, distrae de nuestro verdadero objetivo, que es identificar la concreta función de la *condictio* de prestación.

Más convincente y útil para nuestro propósito es la tesis de C. Paz Ares, defendiendo que la única diferencia entre las deudas de dinero y las de valor es que, en estas, la cantidad de dinero está *por determinar* y, aún más interesante, que esa determinación ha de efectuarse conforme a los parámetros que dicte la norma, que frecuentemente, pero no siempre, apuntan al valor al tiempo de su liquidación²¹.

Porque el nuestro, el de las deudas de restitución es, precisamente, un supuesto de excepción en el que el legislador, cuando ha de traducir en dinero el bien a devolver, no atiende al momento de liquidación de la deuda, sino al de pérdida de la cosa a restituir (art. 1307 CC; 1488 CC). Esta eventualidad (pérdida de la cosa) no puede darse, por hipótesis, cuando lo que deba restituirse sea un precio, que habrá de devolverse siempre *in natura*, esto es, exactamente en la cantidad y moneda recibida.

Debo admitir que el resultado práctico de ambas aproximaciones (considerar que esta deuda restitutoria está regida por el nominalismo o entender que sigue siendo de valor, pero no necesariamente cifrable al tiempo de liquidarla) es muy parecido, pero la que propongo tiene la ventaja de obligarnos a focalizar las respuestas en la función que nuestro sistema otorga a la *condictio* de prestación.

Adicionalmente, previene el riesgo de incurrir en lo que estimo un «error por automatismo», derivado de considerar que, puesto que estamos ante una *deuda de precio*, cuando proceda liquidar su rendimiento debe hacerse conforme a la tasa que habitualmente se le aplica, la del interés legal, que lo actualiza²².

dedor. Critica esta confusión F. PANTALEÓN [en «Resolución por incumplimiento e indemnización», 42 *Anuario de Derecho Civil* (1989) 4, pp. 1143-1168, p. 1162], que no obstante aplaude la decisión de no actualizar el precio a restituir.

²⁰ Además de la sentencia citada en la nota anterior, vid. S. QUICIOS, «Restitución de frutos...», cit., p. 1463. Niega que sean deudas de dinero en sentido estricto A. CARRASCO (*Derecho de Contratos*, p. 1154); pero al efecto de evitar que se les aplique el art. 1108 CC y asegurar la posibilidad de que pueda el acreedor reclamar el «mayor daño», porque inmediatamente niega también que sean deudas de valor.

²¹ «Comentario del art. 1170 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (1991), p. 202-3.

²² M. CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, p. 522, apoyándose en LUMINOSO (en nota 150; y de nuevo en nota 310) para defender que la depreciación se pida vía indemnización, pero no aclara si además de los intereses. Sobre este aspecto volveremos en el epígrafe 2.2.a).

Atendida su regulación, aunque fragmentaria y dispersa, deduzco pues que la función que la *condictio* de prestación está llamada a desempeñar en nuestro sistema es de mera devolución de lo recibido.

i. Porque es clara la preferencia legal por la restitución *in natura*, de modo que el recurso al «valor» es –sigue siendo– subsidiario.

Originalmente era excepcional, limitado al caso de «pérdida» –objetiva, que imposibilitase la devolución de la cosa–, pero se ha ido ampliando el supuesto para absorber los casos en que no es razonable exigir la entrega del objeto recibido por resultar excesivamente costosa²³.

ii. Porque de no ser posible o procedente la restitución *in natura*, la norma prefiere el momento de la pérdida de la cosa para determinar el valor a restituir (art. 1488, 1307 CC), desconsiderando otros valores alternativos, como el vigente al tiempo de contratar, en el momento de realizar la entrega, o al proceder a la liquidación efectiva de la relación.

El legislador se fija, por tanto, en el valor de la cosa cuando *sale* del patrimonio del obligado a su restitución entendiendo, con buen criterio, que el posterior devenir de su valor en el mercado no lo *percibe* el deudor de la restitución, luego es indiferente a estos efectos.

No se trata, por tanto, de consolidar la reciprocidad de los valores intercambiados ni de garantizar los esperados, para lo que sería relevante considerar los respectivos valores al tiempo de contratar o los valores actuales. Esto es propio de otros remedios, de ajuste de precio o indemnizatorios.

Se trata de un primer ejercicio de liquidación de la relación circunscrito al objeto de la prestación recibida, descontándolo.

a) La determinación del valor a restituir.

Conforme a lo avanzado, nuestro sistema normativo admite, y con creciente amplitud, la posibilidad de restituir por valor. Luego la posibilidad de restituir *in natura* no condiciona, como adelantamos, la resolución²⁴.

²³ Es así en casi todo el derecho y armonizado, cuya síntesis recogen S. MEIER [«Unwinding...», cit., p. 2] y B. RODRÍGUEZ ROSADO [*Resolución...*, cit., p. 63, 241].

En el sistema inglés, en cambio, la restitución es un remedio generalmente monetario.

²⁴ Véase la fórmula abierta utilizada en la Propuesta de Modernización del Código Civil Español en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil (PMCC):

Es, de nuevo, una opción legal, consolidada en nuestro sistema y mayoritaria en los sistemas de nuestro entorno²⁵, que tiene la inmediata ventaja de ahorrarnos las dificultades que conlleva negarla y tratar de evitar el enriquecimiento del *accipiens* obligándole a descontar toda ventaja que concretamente hubiera obtenido del intercambio (*vorteileausgleichung*)²⁶.

Algún sistema normativo permite al acreedor desvincularse del contrato pero le impide reclamar la restitución de su prestación cuando no puede hacer lo propio con la contraria²⁷.

Otros directamente le privan del remedio resolutorio si no puede restituir *in natura*.

El ejemplo más importante –por ser derecho interno– lo constituye la CISG²⁸.

Art. 1203: «Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente.

Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye».

²⁵ Art. 7.3.6. (1.2) PICC UNIDROIT; arts. 9: 307/8 PECL; art. III. 3. 511(4) DCFR; § 346.II. BGB (nuevo).

²⁶ Como ocurre en CISG, debido al juego de los arts. 82-84; y también en el actual sistema alemán, en caso de pérdida no culposa de la cosa a restituir, como veremos inmediatamente. Sobre los difíciles problemas valorativos que conlleva la *vorteileausgleichung* (cómo valorar el sustituto, si conforme al enriquecimiento obtenido por el comprador o conforme al mercado), vid. V. MONTES, *La compraventa internacional de mercaderías*, cit., p. 683) y C. FOUTOULAKIS, en SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario CISG...* § 1859, que aboga por sustituir este complicado sistema de descuento de ventajas por la restitución por valor.

²⁷ Es el derecho inglés clásico, que ya hemos mencionado, y que ilustra M. CLEMENTE MEORO, en *La facultad...*, cit., pp. 226-7, 477-486; o la hipótesis del § 2-608 (2) UCC 2003.

²⁸ Art. 82 CISG:

1. El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido.

2. El párrafo precedente **no se aplicará**:

a) si la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituirlas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que el comprador las hubiera recibido no fuere imputable a un acto u omisión de éste;

b) si las mercaderías o una parte de ellas hubieren perecido o se hubieren deteriorado como consecuencia del examen prescrito en el artículo 38; o

c) si el comprador, *antes de que descubriera o debiera haber descubierto la falta de conformidad, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a un uso normal*.

En la práctica, empero, el impacto de la norma es menor, pues admite excepciones en las que el acreedor puede resolver pese a no poder restituir y éstas, especialmente la prevista en el art. 82. 2. c), se interpretan tan extensivamente que la regla general deviene en excepción²⁹. Y es, en todo caso, un régimen en declive, a juzgar por el viraje de los textos armonizados posteriores y antes citados.

En la mayoría de los sistemas que permiten esta restitución por valor, éste ha de cifrarse objetivamente³⁰. El nuestro no es una excepción, afortunadamente, pues nada aconseja vincular esa referencia legislativa al «valor» con el precio pactado; ni mucho menos con el concreto enriquecimiento obtenido por el obligado a la restitución.

Es desde luego un valor objetivo en caso de nulidad del contrato, pues esta –la nulidad– afecta también al pacto sobre el precio.

Y debe serlo también en los de resolución, porque el hecho de que el contrato fuera válido no significa que el pacto sobre el precio siga siendo eficaz una vez que el acreedor ejercita la resolución. Tras ella, y puestos a liquidar el contrato, no veo cómo podría invocarse una equivalencia cosa-precio desbaratada por el incumplimiento e ineficaz por la resolución. Por ninguno de los contratantes, pero especialmente por el incumplidor.

En el sistema alemán y suizo (y, por su influencia, en el DCFR) sí se invoca el precio como referencia para determinar el valor a restituir en caso de resolución del contrato, entendiendo el legislador que si el contrato es válido debe mantenerse la paridad con el precio³¹.

Pero esa paridad existente al tiempo de contratar, que intentan conservar con esta medida, se rompe por sistema cuando la restitución es *in natura*³². Es, por tanto, una ruptura consustancial a la resolución. E intentar conservarla plantea conflictos mayores, como bien denuncia la doctrina alemana, como es justificar que,

²⁹ LESER, en V. CAEMMERER/SCHLECTRIEM *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht –CISG–*, C. H. BECK, München (1990), *vor* art. 81-84, § 12, p. 684; C. FOUTOULAKIS, SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario CISG*. § 1834.

³⁰ Así en los PECL y en el art. 1352 del nuevo CODE (2016).

³¹ § 346. 2 *in fine*: Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, ist sie bei der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen.

Apoya esta decisión Y. DÖLL, *Rückgewährstörungen beim Rücktritt*, Mohr Siebeck (2011), p. 148-149. Y la importa el proyecto suizo de código –OR 2020– en su art. 32.

Entre nosotros, se muestra partidario de atender al precio A. CARRASCO (*Derecho de Contratos*, §58, p. 711), aunque el ejemplo que propone es de liquidación de contratos de tracto sucesivo y limita su impacto a los períodos vencidos.

³² Así, R. ZIMMERMANN, en «Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform of 2002», en *Mapping the Law...*, cit., p. 335.

una vez resuelto el contrato, puedan las partes, especialmente el incumplidor, apelar al precio cuando beneficie sus intereses por encima del valor de mercado.

- ¿puede C (deudor), que provoca la resolución por impago y ha perdido la cosa, limitar el importe a restituir al precio, cuando sea inferior al valor de mercado de la cosa?
Es obvio que no, pues impondría el cumplimiento al acreedor, que por hipótesis ha resuelto válidamente el contrato.
- ¿puede V (deudor), que entrega una cosa defectuosa cuyo valor cae en el mercado, exigirle a C (acreedor), que la ha perdido, un valor igual al precio?
Parece que tampoco³³.
- ¿Y, en fin, podría invocarlo C, cuando sea el acreedor resolvente, para restituir un precio < valor de la cosa defectuosa que ha perdido?
Tampoco. Este caso es singular porque parece atendible la pretensión del acreedor de mantener la referencia al precio a la hora de liquidar el conflicto, pero debe exigírsele coherencia y excluir entonces la resolución, limitando sus opciones a la rebaja del precio o *quanti minoris*³⁴.

Y, en fin, la medida del enriquecimiento concretamente obtenido sólo se defiende en casos muy marginales, en nuestro sistema, *ex* 1186 CC; en los armonizados, previa prueba de mala fe.³⁵

b) Los obligados a restituir por valor.

Conviene finalmente puntualizar que está obligado a restituir por valor todo contratante que no pueda o le cueste en exceso restituir *in natura*, con la única excepción del que pueda imputar la pérdida de la cosa al otro.

Pero dado que sigue discutiéndose que sea ésta la única excepción, abogándose dentro y fuera de nuestro derecho por ampliarla a los casos de pérdida fortuita, conviene que nos detengamos en esta cuestión algo más.

Los casos de pérdida fortuita de la cosa ¿Quién soporta el riesgo?

La cuestión preliminar –si el poseedor que pierde la cosa accidentalmente pierde también por ello la acción de nulidad o

³³ Así C-W CANARIS; R. GAIER y D. KAISER, cuyas aportaciones sintetiza S. MEIER en «Unwinding...», cit., nota 131, p. 24.

³⁴ Vid. *infra* Ejercicio 1.

³⁵ *Ex* art. VII.-5:101 IV DCFR; art. 1352-2 Code 2016. Vid. S. MEIER, «Unwinding...», cit., p. 25, nota 136. Montes CISG art. 81, pero para derecho español, p. 668.

la facultad de resolver el contrato— no plantea mucho debate, ya que está directamente resuelta en la norma que mantiene la legitimación del desposeído tanto para el ejercicio de la acción de (a)nulidad (art. 1314 CC) como para el ejercicio de la redhibitoria (art. 1488 CC).

La interpretación o alcance del artículo 1314 CC, parece limitado a estrictos supuestos de pérdida culposa o dolosa, habida cuenta la abundante jurisprudencia que permite al adquirente de productos bancarios opacos o no muy bien explicados anular el contrato por dolo o por error pese haberse desprendido de ellos, entendiendo que su reventa o transmisión no es tanto un acto concluyente de confirmación del contrato —y, por tanto, de pérdida de la cosa *imputable* al comprador— como un esfuerzo razonable de mitigación de la pérdida³⁶.

La segunda cuestión es la debatida, y consiste en decidir si, anulado o resuelto el contrato, debe el poseedor restituir por valor y, por tanto, asumir el riesgo de pérdida de la cosa.

La respuesta mayoritaria entre los autores y la mejor respaldada por la norma es afirmativa³⁷.

Y es, también a mi juicio, la mejor solución, pues atribuye el riesgo al poseedor de la cosa, que es quien mejor puede controlarlo³⁸.

³⁶ Dice el art. 1314.1. CC, que sigue a los arts. 1309-1313, reguladores de la confirmación del contrato anulable: «También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella.» No menciona el caso de pérdida fortuita, luego se entiende que la acción perdura; y ante la duda de si para ejercitarla debe restituirse por valor, nuestros tribunales confirman que sí, aplicando el art. 1307 CC.

J. Delgado Echevarría no cree que haya de aplicarse el art. 1307 CC, y obligar a la restitución por el valor de la cosa al tiempo de la pérdida, pero sí que el que ejercita la acción de nulidad debe, al menos, la medida de su enriquecimiento, pues a ello está obligado incluso el incapaz (1304), luego con mayor razón los demás [en «Comentario del art. 1314 CC», Ministerio de Justicia, p. 571].

Entiende, en cambio, que la enajenación de la cosa priva al legitimado de la acción de (a)nulidad *ex* art. 1314 CC (por ser una pérdida imputable, pues) A. CARRASCO, *Derecho de Contratos*, § 61, p. 714.

³⁷ Véase el tenor del art. 1307 CC y del art. 1488 CC, que absorben todos los supuestos de pérdida. Es también así en el derecho armonizado, con la llamativa excepción de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías —CISG— cuyas previsiones inmediatamente comentaremos.

Un excelente estudio comparado entre los distintos textos armonizados es el realizado por R. ZIMMERMANN, en «Restitutio in integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-project d'un Code Européen des Contrats», *Rv.dr.inif*, 2005-4, pp. 719-734.

³⁸ Conforme pues con F. PANTALEÓN [«Las nuevas bases»... p. 1735] y con J. CAFFARENA LAPORTA, en su «Comentario al art. 70 CISG», *Compraventa Internacional de Mercaderías*, cit., (1998), pp. 554-555, que critica la solución del 82 CISG por contrariar principios que inspiran la Convención, de asignación eficiente de costes. También con V. MONTES (en la misma obra colectiva, p. 668) quien, pese a remitir el régimen restitutorio en caso de resolución del contrato al art. 1122 CC, entiende que sus reglas de riesgo —pensadas para la fase de pendencia de una obligación unilateral— no rigen en otra sinalagmáti-

Lo entiende igualmente así nuestro Tribunal Supremo, pues aplica a todo caso de ineficacia contractual lo previsto en artículo 1307 CC, que no distingue entre pérdidas por culpa o fortuitas. Y hace bien, al menos en lo que a la restitución se refiere, pues asegura la reciprocidad de las pretensiones.

Un caso precioso es el resuelto en STS 4.12.2008 (RJ\2008\6951), comentado por S. Ramos González y L. Alascio Carrasco³⁹.

Las partes celebraron un contrato de compraventa cuyo clausulado revela que sólo querían consumir el contrato si el inmueble objeto del mismo obtenía la licencia de actividad que la compradora precisaba. No obstante, durante la tramitación de la citada licencia, permite el vendedor a la contraparte explotar el local objeto de la venta a cambio de una renta, que se califica como anticipo de, en su caso, el precio de venta. Y estando en curso esta explotación se incendia el local por causas desconocidas.

El vendedor pretende la consumación del contrato, pero no tiene éxito. Los Tribunales acogen pues la pretensión, sin duda discutible, de nulidad del comprador; pero aciertan al condenarle a restituir el valor del local incendiado, ya que también solicitó y obtuvo del vendedor el reintegro de las rentas pagadas.

Es una resolución solo discutida por el comprador, que alega en casación la falta de prueba de su culpa o dolo en la producción del incendio para intentar liberarse, *ex* artículo 457 CC, del pago del valor de local siniestrado.

Las autoras del comentario de la sentencia, seguidoras de las tesis del profesor Delgado Echevarría, coinciden con el comprador en objetar la liquidación judicial *ex* artículo 1307 CC, ya que entienden que la solución aplicable al caso es la contemplada en el artículo 1122.1 CC, que libera al deudor de su obligación en caso de pérdida fortuita de la cosa; pero aplauden la decisión última de obligarle a pagar el valor del local porque la prueba del fortuito estaba a su cargo, *ex* artículo 1182 CC, y no llegó a aportarse. *Ergo*, si se probase que la pérdida fue excusable, parecen partidarias de trasladar el riesgo al vendedor.

Y no podemos estar de acuerdo.

Ni el artículo 1122.1 CC ni el 1182 CC contemplan la hipótesis que aquí se plantea, de liquidación de intercambios recíprocos, por lo que obvian un dato fundamental, como es que el comprador recupera la parte abonada del precio, y que esto le obliga, en justa

ca, recurriendo a la aplicación analógica del art. 1307 CC o del 1897 CC para fundamentar la obligación de restituir por el *valor objetivamente estimado* (aunque no sea ésta la medida del 1896 CC), p. 668; y concluyendo, categórico, que, en derecho español el riesgo tras la especificación es del comprador, luego sólo se retransmite al vendedor cuando la pérdida o el deterioro le sea imputable (CISG 673-677).

Y, en fin, con B. RODRÍGUEZ ROSADO, que abunda en la idea de que no puede utilizarse la resolución para desplazar riesgos, que los resultados de la resolución deben tender a equivaler al cumplimiento, luego que el que pierde la cosa fortuitamente, paga su valor; también si se deteriora. En definitiva, que no debe aplicarse el art. 1122 CC y sí el art. 1488 CC. Y crítica severamente la excepción del § 346 (3). 3 BGB y el art. 1203 PMCC. *La resolución...*, cit., pp. 81, 130, 239, 248, 25.

³⁹ en *InDret* 3/2012.

reciprocidad, a devolver a su vez lo recibido o su valor, independientemente de cuál sea la causa –salvo que sea imputable al vendedor– por la que se haya perdido la cosa.

Asepsia valorativa que destaca el Supremo al justificar la aplicación del artículo 1307 CC a este caso, pero que encontramos también en el artículo 1488 CC⁴⁰.

Con todo, esta opinión discrepante no es aislada, y cuenta con modernos e importantes sistemas normativos que la respaldan.

Nos referimos al alemán, que tras la reforma del BGB de 2001/2 admite generalmente la restitución por valor en casos de resolución por incumplimiento, pero excluye la obligación de restituir en cuatro supuestos, dos de ellos muy discutidos, entre los que se encuentra el nuestro, de pérdida fortuita de la cosa⁴¹.

El legislador *devuelve* así el riesgo al vendedor con un argumento ciertamente débil que apela a la expectativa de liberación del incumplidor, negando que pueda albergarse cuando se entrega una cosa defectuosa o disconforme⁴².

El peso de la influencia germana es notable en CISG que, como vimos, y a imagen del sistema alemán anterior, excluye con carácter general la resolución si no puede restituirse *in natura* y, en los casos en los que sí la admite, exonera al comprador de la obligación de restituir por valor⁴³.

Para mitigar sus consecuencias, esto es, para intentar neutralizar el posible enriquecimiento del resolvente, ambos sistemas le obligan a «descontar las ventajas obtenidas»⁴⁴, llegando así a un

⁴⁰ En los casos de preferentes o de deuda subordinada, es también categórico el Supremo obligando al inversor a restituir lo obtenido por los títulos transmitidos, pese a calificar este acto como de *mitigación* luego, por hipótesis, de pérdida *no culposa* –STS 13.07.2017 (RJ\2017\3961); STS 16.10.2017 (RJ\2017\4286)–.

⁴¹ § 346 (3) Die Pflicht zum Wertersatz entfällt (el deber de restituir por valor cesa).

1. wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat (cuando la pérdida sea imputable al vendedor).

2. soweit der Gläubiger die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder *der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre* (cuando la pérdida no sea imputable a ninguno).

3. wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, *obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt* (cuando la pérdida derive de un comportamiento habitual –*quam in suis*– del comprador).

Eine verbleibende Bereicherung ist herauszugeben (el enriquecimiento resultante debe compensarse).

⁴² En palabras de R. ZIMMERMANN, el legislador entiende que «after all, seller has not properly performed, so he cannot rely on passing of the risk definitively» («Restitution after Termination for Breach...», cit., pp. 323-341, p. 334).

⁴³ Vid. el art. 82.2.c), reproducido *supra*, nota 28.

⁴⁴ § 346.3.2 BGB (Eine verbleibende Bereicherung ist herauszugeben)/ art. 84 CISG. Es, como avanzamos, muy mala solución, porque el comprador puede no haber obtenido «ventaja» alguna y la *vorteileausgleichung* es complejísima de liquidar.

resultado práctico similar al defendido por el profesor Delgado Echevarría⁴⁵.

Pero las críticas de los comentaristas CISG⁴⁶ y de gran parte de la doctrina alemana son demoleadoras⁴⁷.

Si me he detenido tanto en la exposición del sistema alemán y su crítica es por tratar de evitar que incurramos en el error de imi-

⁴⁵ De limitar el alcance de la restitución a cargo del contratante de buena fe al importe de su enriquecimiento concreto. En sus «Comentarios» del Código Civil, cit., p. 571.

⁴⁶ Sobre el reparto del riesgo en CISG, leemos que los arts. 81-84 son reglas especiales que imputan a V el riesgo de pérdida fortuita sin justificación convincente [en Leser, V. CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, § 10-12; y en C. FOUNTOLAKIS, SCHWENZER/MUÑOZ, § 1833; §§ 1859-1873]. Por ello, y en tanto no se cambie norma, defienden una interpretación restrictiva de los casos de exoneración, descartando su aplicación cuando sea el comprador quien incumple o cuando se haya pactado la resolución (§ 1873).

⁴⁷ La doctrina alemana mayoritaria critica con severidad la opción del legislador. Las referencias más relevantes las recoge S. MEIER [en «Unwinding...», cit., nota 120]; y R. ZIMMERMANN [en *Mapping the Law*, cit., pp. 336-339], que, haciéndose eco de esta doctrina, considera inadmisibles y contrario al Derecho internacional la regulación en CISG y en el nuevo §346 BGB.

Entiende, con razón, que el incumplimiento del vendedor sólo es relevante a estos efectos si el incumplimiento afecta a la pérdida; y que el argumento de su expectativa sólo es relevante si, efectivamente, el vendedor conocía el defecto, que no es lo habitual.

Lo correcto, afirma, es pues resolver el conflicto atendiendo a la posición del comprador que, «unaware of the defect, assumes that loss/deterioration is on his behalf», sin mejorar su posición por el mero hecho de que la cosa tuviera un defecto. [R. ZIMMERMANN, op cit., p. 336].

Y ya a en su ámbito interno, respecto del derecho alemán, sintetiza las propuestas doctrinales más extendidas para contener la aplicación práctica de esta regla, como son:

- Excluir la facultad de resolución del comprador pues, perdida la cosa por una circunstancia que no le sea imputable al vendedor, pierde éste la posibilidad de complementar o reparar la prestación, imprescindible conforme a la regulación actual (§§ 437.2/326. VBGB) para proceder a la resolución del contrato. Así lo afirman, S. LORENZ, «Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sächmangel im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?» *NJW* 2002, pp. 2498-2584; y J. KOHLER, «Rücktrittsausschluss im Gewährleistungsrecht bei nachträglicher Nacherfüllungsunmöglichkeit –Wiederkehr der §§ 350, 351 BGB a. F.?» 203 *AcP* (2003), pp. 539 ss; y en «Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung», 14, *JZ* (2002), p. 682.

- Aplicar de forma extensiva el § 346 IV –que obliga al comprador a indemnizar al vendedor por incumplir su obligación de restituir– y aprovecharse así del carácter objetivo, no *quam in suis*, de la imputabilidad exigida por la pretensión indemnizatoria.

- Reducir teleológicamente su ámbito de aplicación, excluyendo desde luego los casos en los que el comprador debiera conocer la existencia de la causa de resolución – M. SCHWAB, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§346 ff. BGB», 7, *JuS* 2002, pp. 630 ss, p. 635; y Kohler, *JZ* (2002), p. 686; pero también los incumplimientos fortuitos porque, en ellos, el vendedor podía confiar legítimamente en traspaso de riesgo. Así, S. KAMANABROW, «Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung», 1 *NJW* (2003), pp. 30-32.

El único que parece plenamente satisfecho con la regulación vigente, porque «atribuye al vendedor todas las consecuencias del incumplimiento» (*rectius*, también las que no lo son), y pide su aplicación extensiva a los casos de anulación del contrato, es Timo Fest, *Die Einfluss der rückertritsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung*, CH Beck, Münchener Universitätschriften, 207 (2006). Con carácter general (pp. 151-153) y, especialmente también, la regla criticada por todos del § 346 (3) 3, pp. 21, 45 y 56.

tarlo, y corriamos a tiempo el tenor del artículo 1203.2 PMCC, que dice:

«(...) sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo *no obstante haber observado la diligencia debida.*»

Finalmente, cuando la pérdida se produce tras la resolución del contrato rigen las reglas de las obligaciones unilaterales, que imputan el riesgo al poseedor hasta que entregue (o ponga a disposición) la cosa a restituir⁴⁸.

⁴⁸ M. CLEMENTE MEORO, *La facultad...*, p. 545; V. MONTES, «Comentarios CISG», p. 678.

Ejercicio 1: Confluencia de la restitución por valor con otros remedios frente al incumplimiento, especialmente con los monetarios

Apuntadas estas premisas, de lo que vamos a ocuparnos en estas páginas es del impacto práctico que puede tener esta restitución por valor porque, en ese caso, el remedio se convierte en monetario y entra en clara confluencia (y confusión) con otros remedios monetarios⁴⁹.

Con este fin he considerado oportuno desglosar los supuestos según quién pierda la cosa, si el deudor incumplidor o el acreedor que resuelve el contrato.

A) Pierde la cosa el que incumple el contrato

Hipótesis:

[A(vendedor)] ofrece/entrega la cosa _____ [D(comprador)]
no paga

MODELO DE REFERENCIA

- | | |
|-----------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. La cosa NO se pierde, [A no ha entregado aún o D conserva la cosa] | A resuelve para [retener/ recuperar la cosa, y puede pedir además Una indemnización x →daño emergente=coste de sustitución [si $V_a < P$] y/o →lucro cesante= <i>ex</i> 1108 CC, desde el vencimiento obligación de pago |
|-----------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

SUPUESTO DE ESTUDIO

2. D (comprador) no puede restituir *in natura* → cuándo interesa la restitución por valor

⁴⁹ Particularmente con la indemnización –cuyo deslinde ya estudió V. MONTES en su comentario al art. 82 CISG, cit., p. 674; pero también con *quantum minoris* o reducción del precio.

Esta confusión de remedios seguimos observándola en la liquidación de casos concretos, como por ejemplo el resuelto por la STS 25.6.2009 (RJ2009\4238). Se trataba de una permuta de vivienda a cambio de apartamentos y de dinero. Los finalmente construidos eran más pequeños, luego se aprecia un claro incumplimiento de la constructora pero, puesto que la restitución al estado original no es posible, afirma el Supremo que no cabe resolución (¿?), y concede sólo una indemnización.

2.1 Si el valor de la cosa ha aumentado linealmente, de forma que

$$V_c < V_p < V_a$$

V_c = valor de la cosa al contratar,
que presumimos $\approx P$ (precio)

V_p = valor de la cosa al
perderse

V_a = valor de la cosa al tiempo
de la resolución

No habría daño emergente
(sí lucro cesante)

a) ¿Puede A (vendedor) resolver y exigir el mayor valor V_p ?

Parece que sí, aunque A obtenga con la restitución más que si el contrato se hubiese cumplido (porque presumimos que $V_c \approx P$ (precio), porque D (comprador) podría haber frenado la escalada del valor pagando, y no lo hizo.

Excepción: que D (comprador) pueda excusar el pago, por excesiva onerosidad sobrevinida o frustración del fin del contrato.

Si puede exonerarse de P, más aún de V_p . Pero es difícil que D pueda excusar el pago y justificar por qué no resolvió antes [ex art. 1213 PMCC –más bien, jurisprudencia asociada].

La doctrina inglesa explica que, en ocasiones, D (comprador) puede limitar su obligación a P [cuando $P < V_m$], arguyendo que no estaba dispuesto a pagar más por la prestación.

Pero inmediatamente puntualizan que serán casos excepcionales⁵⁰, como lo es también el utilizado por los comentaristas de los PECL, en el que la acción por el precio no podía prosperar y, tampoco, la pretensión indemnizatoria, por ser el incumplimiento excusable⁵¹.

En la generalidad de los casos, por tanto, la alegación será fácilmente rebatible: que hubiera pagado.

⁵⁰ De *partial performance* –Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press (1991), p. 387–; o de determinación del *quantum meruit* por servicios prestados pero no contratados –A. BURROWS, *The Law of Restitution*, Oxford University Press (2011), p. 347–.

⁵¹ OLE LANDO & HUGH BEALE (Eds.) *Principios de Derecho Contractual Europeo (partes I y II)*, Colegios Notariales de España (2003), ejemplo 4 al art. 9:309 (prestaciones no susceptibles de devolverse y no pagadas), pp. 626-627. Se trata de un contrato de prospección petrolera que, apenas ejecutado, es intervenido por el Gobierno, que expropia el terreno. En el escaso margen de ejecución, los contratistas descubrieron petróleo, *ergo* el beneficio que obtiene el comitente excede con mucho el precio pactado pero arguyen, con acierto, que *quantum meruit* = % P, el correspondiente al trabajo realizado, y no un porcentaje del beneficio efectivo, que en ningún caso correspondería al contratista.

b) ¿Puede A pretender Va?

No con fundamento en la *condictio*, pues el incremento no lo percibe D (comprador) y, consecuentemente, los datos normativos apuntan a Vp.

Pero siendo el incumplimiento imputable (que se presume), puede exigirlo vía indemnizatoria.

Cuando no lo sea, volvemos al razonamiento anterior: si D puede excusar el pago (i.e. por excesiva onerosidad sobrevenida), con mayor razón la medida Va, pero, de nuevo, D deberá aportar una justificación plausible para no resolver antes.

Conclusión: Cuando el crédito es pecuniario y D (comprador) pierde la cosa en un mercado alcista, A (vendedor) resuelve siempre y puede pretender que se le restituya el valor de la cosa al tiempo de la pérdida.

Generalmente, podrá añadir también, con fundamento en la pretensión indemnizatoria, el plus hasta Va.

Y, excepcionalmente, podrá D limitar su obligación a Vp, o incluso a P, cuando acredite que su caso es de alteración de la base del negocio y siempre que explique convincentemente por qué no alegó esa alteración sobrevenida y excepcional de las circunstancias para resolver antes (art. 1213 PMCC).

2.2 Si el valor de la cosa ha disminuido linealmente, de forma que

$$V_c > V_p > V_a$$

En este caso, A (vendedor) no resuelve: exige el precio y, salvo que D consiga excusar su cumplimiento, también la indemnización por el coste sustitución, si concurre; y por el lucro cesante (tasado *ex* 1108 CC).

Casos difíciles:

2.3 El valor de la cosa supera al de contratación cuando se pierde, pero cae por debajo después

$$V_c < V_p > V_a$$

a) ¿puede A (vendedor) pretender que se restituya el valor al tiempo de la pérdida (Vp)?

Le respaldan todos los datos normativos, que se fijan en Vp (art. 1488, 1307 CC), aunque reporte un valor superior al que recibiría si la cosa no se hubiese perdido (Va) y, generalmente, también

mayor que si el contrato se hubiese cumplido (porque presumimos que el precio no dista significativamente de V_c).

Gracias a la pérdida de la cosa ganaría el acreedor un marginal que no respalda ni su expectativa contractual ni la lógica de la *condictio* en su aplicación general, esto es, de descuento de lo general o abstractamente percibido.

La pulsión por limitar la pretensión de A al importe del precio se explica pues fácilmente, y la alternancia entre cumplimiento/resolución que establece el artículo 1124 CC puede ser un buen argumento para defenderla, enfatizando que el legislador considera que ambas opciones son equivalentes en el resultado económico final.

Pero es también innegable que D (comprador) pudo aprovechar ese límite y liberarse pagando. Y que es eso, el precio, lo que A (vendedor) pretende hasta que desiste y resuelve.

Luego debemos resistir la pulsión antes descrita y mantener la referencia a V_p , del que nos apartaremos únicamente cuando D pruebe la concurrencia de una situación excepcional que le permitiese excusar el pago, y explique convincentemente por qué no la alegó antes, desde luego tras la pérdida de la cosa.

b) Y sin perjuicio de que, de concurrir sus presupuestos, pueda A preferir perseguir el subrogado, *ex* artículo 1186 CC, cuando fuera D (comprador) quien se aprovechara del pico de valoración para vender la cosa a un tercero.

2.4 Cuando el valor de la cosa al tiempo de la pérdida cae por debajo del valor al tiempo de contratar, pero posteriormente sube

$$V_c > V_p < V_a$$

a) ¿puede A (vendedor) exigir el mayor valor?

Generalmente sí, pero con carácter indemnizatorio. Cuando el incumplimiento no sea imputable, porque devenga excesivamente oneroso, D (comprador) puede pretender con éxito restituir en la medida de V_p , y liberarse por menos importe que el pactado (P). Pero es difícil de entender por qué no alegó esa excusa para resolver antes, desde luego en cuanto pierde la cosa o inmediatamente después, a la vista de la recuperación del mercado.

B) Pierde la cosa el que resuelve el contrato:

Hipótesis:

[A (comprador)] recibe un *aliud*/
cosa esencialmente defectuosa] _____ [D(vendedor)] cobra/
puede cobrar

MODELO DE REFERENCIA

1. A conserva la cosa → A resuelve → retener/recuperar el
[restituye *in natura* para precio (P)
(Va)] + puede pretender una
indemnización x
→daño emergente= coste de
sustitución y/o
→lucro cesante=
rendimientos *interim*

SUPUESTO DE ESTUDIO

2. A (comprador) no puede restituir *in natura*

¿Cuál sería el valor a restituir?

Todos los datos normativos, doctrina y jurisprudencia apuntan a Vp.
Aunque es obvio que $V_p \neq V_a$, que es el que recupera D (vendedor) si se restituye *in natura*.

Fundamento: la lógica de la restitución dicta que devuelves lo recibido que, *interim*, posees como dueño. Si se pierde, se reintegra su valor en ese momento, cerrando el riesgo de oscilación del valor de la cosa en el mercado.

Es, además, un momento más objetivo que el de la resolución, con el que puede especular el acreedor (retrasándolo en un mercado alcista); y neutro, en el sentido de que puede ser más o menos beneficioso para según qué parte.

¿Cuándo le interesa a A (comprador) resolver y restituir por valor?

- 2.1 Si el valor de la cosa aumenta linealmente, de manera que

$$V_c < V_p < V_a$$

En este caso, que parte de la hipótesis de que hay mercado para la cosa defectuosa o el *aliud* y éste sube, A difícilmente resolverá.

No es probable que le interesase resolver aun pudiendo restituirla, luego menos aún si tiene que restituir un valor superior al que tenía al contratar.

A optará por ajustar el precio o ejercitar la *quantum minoris*, que podría representarse ($\Delta \approx P - V_c$) → aunque es una aproximación

para simplificar la exposición, pues rara vez el defecto explicará por sí solo o ajustará el (menor) valor de la cosa en el mercado. Funciona mejor si es un *aliud* de inferior calidad al bien esperado, pero tampoco si simplemente es distinto.

2.2 Si el valor de la cosa disminuye (por ser defectuosa o por oscilación del mercado), también linealmente

$$V_c > V_p > V_a$$

A resuelve si con ello puede recuperar un diferencial mayor que con la *quanti minoris* ($\Delta \approx P - V_c$).

Pretenderá restituir V_a , pero tiene más fundamento legal que restituya V_p y es una opción sensata para desincentivar que A (comprador) especule retrasando la resolución. Ahora bien ¿por qué no resolvió al perder la cosa?

Casos difíciles:

a) En la hipótesis anterior ¿puede pretender D (vendedor) limitar el diferencial al que obtendría A con la *quanti minoris* ($\Delta \approx P - V_c$)?

Entiendo que puede si prueba que A (comprador) conocía el defecto (y su imposibilidad de subsanación) y retrasó especulativamente la resolución, dando lugar a la pérdida. Pero es más fácil que el juez acepte que A optó por el mantenimiento del contrato al no resolver una vez descubierto (o pudiendo haber reconocido) el defecto/*aliud*. Y limitar así las opciones de A (comprador) a la *quanti minoris*.

b) Si la oscilación de valor no es lineal [$V_c < V_p > V_a$]

De nuevo, A (comprador) pretenderá restituir el menor valor (V_a) pero encuentra mejor fundamento V_p

c) pero ¿y si «el pico» es al revés?

$$[V_c > V_p < V_a]$$

¿Puede D (vendedor) reclamar V_a , que sería el valor que recibiría si A (comprador) restituyese *in natura*?

Parece que no. V_p tiene respaldo normativo porque es sensato: es objetivo, en el sentido de que evita la especulación (con el momento de la resolución es con el que puede *jugar* A); y es neutro, se aplica en ambas hipótesis, luego respeta la reciprocidad, que ahora beneficia a A.

Pero el argumento más contundente apela a la función del remedio: la *condictio* no actualiza valores, luego D (vendedor) tiene derecho a recuperar la cosa o su valor de sustitución en el momento de su pérdida.

2.2 Pretensiones secundarias de restitución

a) La determinación de la utilidad de uso del bien o del dinero que se restituye.

Una vez descontadas las prestaciones principales, la devolución de lo percibido se extiende al exceso de utilidad obtenida con el intercambio.

Esta utilidad derivada de la posesión de la prestación a restituir generalmente se traduce, para quien recibe un bien, en la obligación de restituir *sus frutos* y, para el que ha de restituir el precio, en el abono de *sus intereses*.

Es una traducción intuitiva, pues hablamos de *utilidad de las prestaciones*, normativamente sustentada en el artículo 1307 CC que regula la restitución en caso de nulidad del contrato⁵².

Pero, a mi juicio, es precipitada. Porque la derivada inmediata es buscar criterios para medir la productividad del dinero o de las cosas, e importar, por el mero hecho de ser los más conocidos pero sin la suficiente reflexión, los estándares propios de la pretensión resarcitoria o sancionadores de posesiones indebidas.

Y perdemos así la perspectiva de lo que tratamos de medir.

Recordemos pues que buscamos un parámetro que nos ayude a medir la utilidad legítimamente percibida durante la vigencia del contrato por ambos contratantes, toda vez que, resuelto el contrato, procede «neutralizarla».

– Siendo ese el objetivo, resulta sumamente seductora, por su simplicidad, la propuesta de consolidar el fruto de esa utilidad en el patrimonio en que se haya producido, compensando así «frutos» con «intereses», sean cuales fueren unos y otros⁵³.

⁵² O en el art. 84 CISG.

⁵³ Así lo hacen los PICC de UNIDROIT (vid. art. 3.2.15, comentario 5; art. 7.3.6., comentario 6). Y lo defiende A. CARRASCO [*Derecho de Contratos*, § 47, pp. 1155-6], que considera que la restitución en caso de resolución no alcanza a los frutos/intereses, que sólo pueden ser exigidos y compensados como resarcimiento de los, en su caso, daños producidos por el incumplimiento. Le sigue S. QUICIOS, en «Restitución...», cit., pp. 1466-7.

Pero admiten que tienen a toda la jurisprudencia en contra, que insiste en deslindar remedios.

Y hace bien, si con ello evitamos mezclar funciones y rentabilidades. Aunque no siempre se consiga, como demuestra el fallo de la STS de 12.05.2005 (RJ2005\6377).

El vendedor de un contrato resuelto por impago pretendía retener el anticipo del precio y sus intereses en compensación de un daño no acreditado y que, por tanto, debería circunscribir a los intereses del precio pendiente de abono desde que debiera entregarse hasta la resolución. Fracasó por tanto en instancia pero, sorprendentemente, su pretensión prosperó en el Supremo, que admitió que de ser condenado el vendedor a devolver íntegramente lo recibido no sería indemnizado por *el lucro que no obtuvo por no poder destinar el inmueble al uso oneroso de un tercero*, pese a que semejante posibilidad fuera meramente hipotética, y le concedió como indemnización la parte del precio que equivalga a la renta de alquiler de la vivienda *interim* minorado por el interés legal del dinero anticipado.

Pero en nuestro sistema, fuera de los contratos de tracto sucesivo (y, en este caso, de los intercambios ya consumados), no hay suficiente base jurídica para sostenerla⁵⁴.

La regla para los contratos de tracto sucesivo es por tanto especial, ya que parte de la base de la perfecta reciprocidad de cada uno de estos intercambios aisladamente considerados; luego no puede extenderse «analógicamente» a supuestos en los que la expectativa de beneficio de cada contratante no esté perfectamente acotada en períodos.

En el caso general de obligación que se resuelve por incumplimiento, la posible posesión y rentabilidad que una de las partes obtenga se justifica en la que deba proporcionar al otro, aunque temporalmente diferida. Luego si no lo hace, o lo hace defectuosamente, generando así la causa de la resolución, difícilmente podremos justificar que consolide lo recibido.

Contradice además el tenor del artículo 1123. I CC; siendo la hipótesis del artículo 1120 CC (obligaciones bajo condición suspensiva) muy diferente a la nuestra, por lo que su solución no resulta aplicable⁵⁵.

Luego ambos están obligados a restituir el valor en uso percibido⁵⁶, si bien la clara interconexión de ambas rentabilidades invita a la compensación *de facto*, una vez liquidados los respectivos importes, en la cuantía concurrente⁵⁷.

⁵⁴ Nuestra jurisprudencia en materia de contratos de tracto sucesivo está consolidada y entiende que la resolución no tiene eficacia retroactiva, luego consolida las prestaciones anteriormente realizadas. Véanse, por todas, dos STS sobre contratos de suministro de carburante, de 10.3.2015 (RJ\2015\1121) y de 26.2.2009 (RJ\2009\1522). Aplican esta doctrina jurisprudencial a los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles Salas Carceller, en la STS de 29.3.2016 (RJ\2016\1545); Arroyo Fiestas en la de 25.10.2016 (RJ\2016\5361) y, últimamente, M. A. Parra Lucán, en la STS 13.07.2017 (RJ\2017\3625).

Trataba esta última sobre un contrato mixto de multipropiedad que incluía una facultad de reventa no ejercida por adquirente de cuota, que abonó, durante período de vigencia del contrato, todas sus obligaciones. Transcurrido un tiempo, la adquirente solicitó la declaración de nulidad del contrato o, subsidiariamente su resolución, por incumplimiento de la vendedora de sus obligaciones de información en los términos legalmente establecidos, centrándose el debate en si la norma supuestamente conculcada e instauradora de la concreta obligación de informar era aplicable al caso. Lo relevante para nuestro estudio es colateral, a saber, si procede consolidar en el vendedor la parte del precio correspondiente al período de tiempo en que los apartamentos estuvieron a disposición de –y de hecho fueron aprovechados por– la demandante. Y la respuesta es, claro, afirmativa, habida cuenta la periodificación del aprovechamiento y la identificación de las cantidades correspondientes a dicho período.

⁵⁵ Así, F. PANTALEÓN, en «Las nuevas bases...», cit., p. 1735. V. Montes cree, en cambio, que es el régimen aplicable, pero lo califica de *injusto frente a la mejor ponderación de los intereses en juego de la regla del 84 CISG*, que obliga a ambos a restituir intereses o beneficios. En sus «Comentarios CISG», cit., p. 682.

⁵⁶ Por ejemplo, en la STS 29.2.2012 (RJ\2012\4054), que versa sobre una compraventa de fincas sin licencia urbanística adecuada, el Tribunal declara conforme la liquidación de la restitución de las fincas y de las rentas que con su explotación se obtuvieron porque el vendedor, a su vez, restituye el precio y sus intereses.

⁵⁷ Así en la STS 16.10.2017 (RJ\2017\4286), sobre restitución de participaciones preferentes. O la anterior, de 29.02.2012 (RJ\2012\4054), que obliga al comprador que

Sentado lo anterior (que procede la restitución de la utilidad percibida), debemos enfatizar que el período relevante que tratamos de liquidar es el que media entre la entrega de la prestación y la resolución eficazmente ejercitada por el acreedor, que tiene una facultad de configuración jurídica⁵⁸; e insistir en que obligados a restituir «lo percibido» están ambos, no sólo el incumplidor, pues el legislador no distingue y no tendría sentido que lo hiciera, permitiendo al *cumplidor* retener la utilidad percibida y, además, recuperar la que su prestación, vigente el contrato, legítimamente proporcionó al contrario.

El único presupuesto o condición para resultar obligado a restituir esta partida es que la prestación efectivamente se haya entregado y que fuera susceptible de aprovechamiento, pues, de no serlo, jurídica y económicamente es como si no se hubiese entregado⁵⁹.

Para satisfacer todas estas exigencias debemos pues identificar criterios de valoración objetivos o abstractos, aplicables a ambos contratantes y a cualquier incumplimiento resolutorio, sea o no imputable⁶⁰.

resuelve el contrato porque los apartamentos comprados para uso turístico carecen de licencia a devolver al vendedor los inmuebles y todas las rentas obtenidas *interim*.

La restitución es, pues, íntegra; y la compensación puramente económica, no *grossa modo*. Aunque no siempre se cumple. La STS de 22.4.2010 (RJ\2010\2388) liquida la cuestión liberando al vendedor de la obligación de restituir los intereses del precio *en justa reciprocidad* con el disfrute de la vivienda por el demandante.

⁵⁸ En el caso del precio, es clara la jurisprudencia en este sentido, diferenciando así el cómputo respecto de los intereses de demora, que se deben desde que se reclaman [STS 11.02.2003 (RJ\2003\1004), que se apoya en la de 12.11.1996 (RJ\1996\7919) y, de forma contundente, STS 4.5.2017 (RJ\2017\3273)]. La excepción es la muy criticada STS 21.06.2011 (RJ\2011\4766), que computa los intereses desde la interposición de la demanda de resolución.

Lamentablemente, en todas se miden los intereses conforme a la tasa de interés legal que, claro, puede generar enriquecimiento en la contraparte, como denuncia el fallo de la Audiencia en el caso resuelto por esta última sentencia.

⁵⁹ X. BASOZABAL, *El enriquecimiento...*, cit., p. 218.

Para exonerar al comprador de esta obligación de restitución cuando la cosa no era susceptible de aprovechamiento no hacía falta, por tanto, remitirse a sectores del ordenamiento de dudosa aplicación, como hizo el ponente en la STS 26.07.2000 (RJ\2000\9177), que versa sobre la resolución de la venta de una finca que resultó de inferior extensión a la precisada para poder urbanizarla, y que la Audiencia finalmente declaró nula. El Supremo acepta el remedio y añade «(el art. 1303) 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 las obligaciones (1101 ss.) y los relativos a la liquidación de estados posesorios (452 ss.), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general que veda el enriquecimiento injusto»; todo ello para aterrizar y concluir que el comprador está exonerado de restituir los frutos porque «en sentido técnico, la finca no los produce y no cabe indemnizar por la hipotética ventaja económica derivada de la tenencia de los frutos por no haberse dado las condiciones para disfrutar de la misma, sin que sea suficiente al respecto la mera posesión o tenencia». Es decir, liquida igual que si no se hubiese entregado.

⁶⁰ Referencia de autoridad en X. BASOZABAL, *El enriquecimiento...*, cit., p. 213.

Que, en el caso que nos ocupa, no se trata de medir la utilidad concreta que haya obtenido cada contratante gracias al disfrute de la prestación que restituye parece generalmente aceptado.

Desde luego nadie defiende que esta sea la medida que debe restituir *el que resuelve* el contrato y, aunque un sector doctrinal importante lo proponga, y encuentre apoyo en alguna sentencia del Supremo, tampoco parece que haya convencido la idea de que esa utilidad concreta sea la medida de la restitución a cargo del incumplidor⁶¹.

El mejor argumento práctico es que nadie defendería este criterio cuando el rendimiento concretamente obtenido fuese inferior al normal o estandarizado de la prestación⁶².

Pero a mi juicio el argumento de peso es el jurídico: la atención a la rentabilidad concreta obtenida por el obligado a restituir puede ser adecuada cuando se trata de liquidar posesiones indebidas, por intromisión en derechos ajenos⁶³ o por exceso de posesión respecto del contratado⁶⁴, pero no es esa nuestra hipótesis.

En el caso que nos ocupa la posesión, también la del incumplidor, en tanto que el facultado para ello no resuelva, es perfectamente legítima, luego debe ser irrelevante lo que en concreto haya hecho con ella.

Y, en esta identificación del criterio de estimación correcto, no debemos olvidar que tratamos de devolver a cada contratante una utilidad abstracta de uso a la que había renunciado con el intercambio. Que no busquemos, por tanto, valorar la rentabilidad que por el incumplimiento hayan perdido, pues esa pérdida necesariamente atiende a la prestación contraria, que ahora devuelven, y su cobertura corresponde a la pretensión indemnizatoria.

Para tratar de identificar los parámetros relevantes creo conveniente, de nuevo, diferenciar los casos según quién sea el obligado a restituir la cosa o el precio, si el acreedor que resuelve o el incumplidor; y no perder de vista la confluencia temporal entre una posible pretensión indemnizatoria y la de restitución, objeto de nuestro estudio.

⁶¹ Vid. la doctrina citada *supra*, en nota 12.

⁶² Son muy claros en el sentido apuntado en el texto los comentaristas de la CISG, desde luego cuando tratan los intereses del precio a restituir, afirmando que han de pagarse los devengados desde la entrega del precio e independientemente de si se utilizó el capital. No se valora, por tanto, el uso concreto, sino el *tipificado*. Y conforme al estándar en el establecimiento del acreedor del precio que se restituye (§ 1888), esto es, en nuestro caso, del comprador [art. 84 § 1885 (2011)].

También, parece, cuando se refieren a la medida restitutoria correspondiente a los rendimientos de uso de las cosas. Si fueron transmitidas, entran en caos con los subrogados –vid. §§1891; 1898– mostrándose finalmente contrarios a descontar el beneficio concreto obtenido por el comprador cuando exceda el *normal* de mercado, bien apoyándose en la dicción del art. 82 –que se refiere, a otros efectos completamente distintos, al *tráfico normal de los bienes*; bien al deber de mitigación *ex art. 77 CISG*.

A mi juicio, el argumento clave es la paridad de trato respecto de la hipótesis contraria, de (re)venta por debajo de mercado, que nadie discute que no debe terminar perjudicando al vendedor.

⁶³ En nuestra hipótesis, de propiedad del acreedor sobre la cosa, que reclama su subrogado *ex art. 1186 CC*. Luego no resuelve.

⁶⁴ *i.e.*, retención de la cosa tras la resolución correctamente ejercitada por el acreedor.

Ejercicio 2: Confluencia de la restitución y la indemnización de las utilidades de uso intercambiadas

Para este segundo ejercicio, de liquidación del rendimiento percibido de la prestación a restituir, conviene distinguir según cuál sea el objeto principal de la restitución, si un bien o dinero; y, en un segundo nivel, según quién sea el que restituye, si el incumplidor o el acreedor que resuelve el contrato.

A) Restituye la cosa el que incumple el contrato

Hipótesis:

[A (vendedor)] entrega la cosa _____ [D (comprador)] no paga

A1) Si la cosa puede recuperarse y mantiene/obtiene un valor superior al precio ($V_a \geq P$), A (vendedor) resolverá el contrato.

Es evidente que será una hipótesis excepcional, porque el mercado evidencia que el incumplimiento es claramente antieconómico para D (comprador). De producirse, muchos serán casos de incumplimiento excusable (por excesiva onerosidad sobrevenida, por ejemplo), en los que A (vendedor) no podrá exigir daños (por hipótesis, los intereses del precio desde que debió abonarse hasta que se resuelve el contrato). Serán residuales, por tanto, los casos de incumplimiento imputable, pero los habrá, fundamentalmente por dificultad de prueba de la excepcionalidad de las circunstancias. Luego en ambos:

– ¿Puede reclamar A (vendedor) los frutos obtenidos por D (comprador) de la posesión de la cosa?

Sistemáticamente leemos que sí, pero lo que resulta chocante es que, también sistemáticamente, se afirma que han de computarse conforme al coste de alquiler del bien durante el tiempo que duró la posesión de D (comprador).

Aunque el contrato resuelto no sea de alquiler, luego D (comprador) no buscase un disfrute temporal, ni A (vendedor) proyectase esa utilidad de uso en el precio que esperase cobrar.

Aunque esa rentabilidad exceda con mucho el interés del precio que pudiese reclamar como indemnización, si el incumplimiento fuese imputable.

Y la pregunta es inmediata: Si ahora concedemos a A la restitución de dicha rentabilidad ¿cómo la armonizamos con la indemnización, que atiende a la utilidad esperada, esto es, a la rentabilidad del precio?

Parece que no pueden sumarse ambas⁶⁵, y como lo lógico será que reclame la indemnización, tendrá que deducirse de la rentabilidad esperada la rentabilidad de la pretensión a su cargo, desde luego durante el período de confluencia.

Pero ¿y si la utilidad de uso de la propia prestación es mayor, como muy probablemente sea el caso si se mide conforme a una renta de alquiler?

No habrá entonces daño que indemnizar (al menos, por este concepto), pero todo indica que puede recuperar esta utilidad vía restitución. Aunque sea una medida excesiva.

A2) Si el valor de la cosa disminuye por debajo del precio, A (vendedor) exigirá el pago.

Y será D (comprador) quien pretenda resolver cuanto antes el contrato y liquidarlo devolviendo la cosa.

Y, salvo que pueda ampararse en una alteración extraordinaria y sobrevenida de las circunstancias, quien tendrá que abonar a A, vía indemnización, la disminución del valor de la cosa respecto del precio (coste de sustitución), además de los intereses del precio desde que debió abonarse.

- ¿Podría A, además, pretender el rendimiento de uso de la cosa que entregó y que ahora le fuerzan a recuperar? ¿en la medida de la renta de alquiler, pese a que insistió en el pago del precio y D quería devolver la cosa?

A3) Y añadamos una tercera variable, que implica la restitución de la utilidad de uso del dinero o su coste de oportunidad

Hipótesis:

[A (vendedor)] entrega la cosa _____ [D(comprador)] paga sólo un anticipo

A (vendedor), que resuelve para recuperar la cosa, y que puede pretender la utilidad de la cosa durante el tiempo de vigencia del contrato, debe restituir el anticipo.

- ¿También los intereses generados? ¿al tipo de interés de demora?

El lector acostumbrado a leer casos de resolución y liquidación de contratos probablemente se haya sentido cómodo con las soluciones antes apuntadas, ya que están muy extendidas; pero seguro que reacciona ante esta última pregunta, y que su sentido de justicia le inclina a

⁶⁵ A. CARRASCO, *Derecho de Contratos*, p. 1155.

responder que no, que el acreedor que resuelve ante el incumplimiento del otro no debe abonar intereses al tipo del previsto para el incumplidor moroso (art. 1108 CC) o para el que posee de mala fe (art. 1897 CC).

No está solo. Otros ya han planteado esta objeción en un recurso:

Es el caso resuelto por la STS 1.7.2005 (RJ\2005\5090) cuyo ponente fue A. Gullón Ballesteros.

Los vendedores de un solar recibieron del comprador, una constructora, un anticipo del precio, aplazando el resto. Ante su impago, decidieron resolver y recuperar así un solar que se había revalorizado *interim*, además de pretender una indemnización cifrada en los intereses de la parte del precio pendiente de pago desde que debió abonarse hasta la resolución.

El comprador aceptó la resolución, pero reconvinó solicitando la restitución del anticipo del precio y sus intereses, cifrándolos en la tasa de interés legal, pretensión que fue aceptada en la instancia pero revocada en Casación, que admitió el recurso de los vendedores.

En él argumentaron su resistencia en que la medida del interés legal es indemnizatoria, luego aplicable al deudor moroso *ex* 1108 CC, pero no a ellos (cumplidores-resolventes); y en que la sentencia de la Audiencia motivó la condena a su restitución en que el solar que tras la resolución recuperaron se había revalorizado, luego en que los intereses compensaban esta plusvalía.

Es esta indebida vinculación entre intereses-plusvalía la que aprovechó el Supremo para enmendar un fallo injusto, arguyendo que toda plusvalía producida por circunstancias ajenas al comprador-deudor es de cuenta del vendedor-resolvente, para así, socavando su fundamento, negar la restitución de los intereses legales.

Pero es una solución demasiado circunstanciada como para admitir generalización.

En un supuesto más general, en el que el comprador tuviera que restituir la utilidad de uso de la cosa, sin duda tendría el vendedor que restituir el valor de la disponibilidad del anticipo. Y tendremos que solucionar este conflicto al margen del valor actual de la cosa que se restituye⁶⁶.

Y es aquí, en este orden de problemas, liquidación de las respectivas utilidades de uso, en el que la alegación de los vendedores cobra fuerza: ¿por qué han de restituir el interés legal, si esa es la medida indemnizatoria en caso de incumplimiento y ellos son los que han cumplido?

Seguidamente lo discutiremos, pero démosle antes la vuelta al supuesto para comprobar, de nuevo, que la cuestión sólo se debate entre los autores y en los tribunales cuando es el cumplidor quien

⁶⁶ Que ciertamente sólo será relevante si el comprador lo ha propiciado, invirtiendo en mejorarla o deteriorándola (*vid. infra* b).

se ve obligado a restituir una utilidad de uso medida con parámetros, quizá, indemnizatorios.

Y no debería ser así.

B) Restituye la cosa el acreedor que resuelve el contrato

Hipótesis

[A (comprador)] recibe un *aliud*/ cosa esencialmente defectuosa } _____ [D (vendedor)]
cobra/puede cobrar

B1) A (comprador) resolverá cuando el Va de la cosa disconforme < precio (P), para así retenerlo o recuperarlo.

Además, o independientemente, podrá reclamar la indemnización correspondiente al coste de sustitución de la cosa conforme y a la menor rentabilidad obtenida de la disconforme, si es el caso.

Reclamará, además, el interés del precio pagado, que sistemáticamente se medirá conforme a la tasa de interés legal, pese a que D (vendedor) mantuvo su legítima posesión hasta que A (comprador) resuelve.

Y tendrá que devolver a D (vendedor) la cosa disconforme (o su valor al tiempo de su pérdida).

- ¿Debe abonar además a D (vendedor) la utilidad percibida de la cosa? ¿en la medida del coste de alquiler del bien *interim*? (insisto, aunque el contrato no sea de alquiler).

Y, aunque la respuesta debe ser negativa en todo caso –también cuando el que restituye la cosa es el comprador que no paga– la doctrina y los jueces atienden argumentos cuando es A, acreedor resolvente, quien se queja, y buscan soluciones creativas para liberarle de una obligación de restitución que, así medida, resulta injusta.

El caso más relevante y polémico⁶⁷ es el resuelto en la STS 30.04.2013 (RJ\2013\8001), de la que fue ponente Orduña Moreno, que afirma que el artículo 1303 CC es compatible con el artículo 451 CC, de manera que la restitución de los frutos sólo procede desde que la posesión se torne de mala fe, aplicado al caso, desde que se notifica la demanda de resolución. Mientras, el poseedor es de buena fe y hace suyos los frutos, luego las compradoras de

⁶⁷ Porque algunos lo valoran muy positivamente, como es el caso de S. QUICIOS, [en «Restitución del valor del uso de la cosa vendida y abono de gastos al comprador tras la resolución de la compraventa. Sentencia de 30 de abril de 2013 (RJ\2013\8001)», en 96, *CCJC* (2014) pp. 15-32]; que ve en ella reconocida la tesis de J. Delgado [sintetizada en «Comentario de los arts. 1301, 1303 CC, cit., *supra* nota 12].

una finca que no termina de escriturarse a su nombre, pero que han estado disfrutando largo tiempo, no tienen que abonar el valor de uso de la finca *interim*, pese a que demandan y obtienen la restitución del anticipo del precio y de los intereses generados desde que se abonó⁶⁸.

Y no hay manera de sostener jurídica ni económicamente este resultado.

Olvidan que el otro contratante, pese a su incumplimiento, también posee legalmente luego, según su razonamiento, tampoco tendría que abonarlos.

Y que la consolidación de frutos a la que conduciría este planteamiento sólo se explica en supuestos de relaciones periódicas y respecto de prestaciones consumadas, por la perfecta reciprocidad de los intercambios aisladamente considerados. No, por tanto, en el caso general de los contratos de cambio.

Que su tesis carece, por tanto, y entiendo que afortunadamente, de apoyo legal, pues nuestro sistema es neutro y objetivo.

Pero se comprende sin esfuerzo que se objete una liquidación de la utilidad de uso así medida, porque es claramente desproporcionada.

El parámetro habitualmente empleado –coste o renta de alquiler– es el resultado de la adición y posterior fraccionamiento en períodos de tiempo del coste de adquisición del bien; de los costes de mantenimiento y amortización; de los impuestos y seguros necesarios para el desempeño de la actividad; de los costes de personal, publicidad y cualesquiera otros imputables al arriendo en sí; y del beneficio empresarial repercutido en el precio.

Es, por tanto, adecuado para medir el daño que sufre quien espera recibir una cosa para disfrutarla si, por no recibirla, ha de buscarse un bien sustituto (daño emergente); o como parámetro para identificar el daño del que pretendía rentabilizarla alquilándola si, por no recibirla a su debido tiempo, pierde una rentabilidad probable (lucro cesante). Es útil para la determinación de la pretensión indemnizatoria, esto es, para medir expectativas frustradas por el incumplimiento del contrato⁶⁹.

⁶⁸ Pero hay otras: en el caso resuelto por la STS de 18.7.2012 (RJ\2012\9333), el vendedor reclama la restitución como fruto del canon hipotético de arrendamiento de las viviendas que le devuelven (por ilegales), que es rechazado por TS alegando que su disfrute no fue pacífico (¿?) y que, en todo caso, se ve compensado con las obras de ampliación realizadas por el comprador. El vendedor, por su parte, devuelve el precio y abona la indemnización correspondiente al coste de sustitución, pero al menos no consta que le reclamen intereses.

⁶⁹ Y que deben en todo caso probarse, aunque este requisito se olvide con cierta frecuencia. Por ejemplo, en la STS de 13.04.2016 (RJ\2016\1681), cuando afirma que «(...) la determinación del importe del perjuicio por retraso en la entrega en atención al precio de alquiler de las viviendas que los perjudicados podrían haber obtenido en caso de su entrega en el tiempo pactado (...) constituye un criterio generalmente aceptado por la jurisprudencia para determinar el “lucro cesante” en estos casos», cuando lo cierto es que

Y puede también medir el beneficio concreto que, desde que se operó el intercambio hasta la restitución del bien, haya obtenido el contratante que efectivamente lo disfrutase si, además de poseerlo *de facto*, hubiese alquilado un sustituto de no haberlo recibido.

Pero ya hemos explicado que no tratamos de medir daños ni de valorar la utilidad concretamente obtenida por los contratantes⁷⁰, sino la abstracta, la objetivamente derivada de la disponibilidad de uso del bien y, para este fin, el coste o renta de alquilarlo es a todas luces excesivo⁷¹.

Tampoco tiene sentido medir el valor de la disponibilidad del dinero (el coste de oportunidad) aplicando el interés legal del dinero porque, como sabemos, esa es la medida del interés de demora, y lo es porque, en nuestro sistema, cubre al acreedor frente a la depreciación del dinero, actualizando la cantidad debida.

Este resultado es idóneo para cifrar la tasa normativa de interés resarcible, como inmediatamente recordaremos, pero no para liquidar el exceso de utilidad producida por la mera disponibilidad de un capital⁷².

Luego tenemos que identificar otro criterio de «descuento» de lo percibido por las partes más allá del objeto de las prestaciones, de valoración de la mera disponibilidad de las prestaciones.

El valor de la mera disponibilidad de las cosas y del dinero.

Se trata, recordémoslo, de liquidar el exceso que, sobre las cosas intercambiadas, hayan podido percibir las partes. Ese «exceso» es la posibilidad de usar las prestaciones recibidas durante la vigencia del contrato, que acabamos de criticar que se traduzca por el coste/renta de alquiler de la cosa o por los intereses legales del precio.

Partimos pues de una asunción generalmente aceptada, cual es que la mera disponibilidad de un bien que tenga mercado y, desde luego, del dinero es un activo susceptible de valorarse⁷³.

Sólo hay que identificar cómo.

la probabilidad de haberlas alquilado de haberse entregado tempestivamente ni siquiera intentó acreditarse.

⁷⁰ Que será relevante para liquidar la *condictio* por intromisión que, insisto, parte de una hipótesis de posesión no consentida que aquí no se da.

⁷¹ Porque, visto su desglose, se advierte que repercute costes no necesariamente asumidos y absorbe beneficios no esperados por quien lo demanda; y, en la generalidad de supuestos, tampoco acierta en la liquidación del coste ahorrado.

⁷² Pero es el parámetro al que aluden sistemáticamente los autores. Así, F. PANTALEÓN, en su «comentario del art. 78 CISG», p. 634; V. MONTES, en su «Comentario del art. 84 CISG», p. 682.

⁷³ Así, por ejemplo, califica la pérdida del uso y disfrute de unas viviendas durante el período en que se demoró su entrega como daño *in re ipsa* la STS 18.11.2014 (RJ2014\5946). Y valora la pérdida conforme al informe pericial presentado por el demandante, que esperemos no la cifrase equivalente a la renta de alquiler.

Y lo mismo ocurre con el dinero. Vid, también como muestra, la STS 23.07.1993 (RJ1993\6474).

Sobre esta cuestión me detuve en *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, con el propósito de medir el daño derivado de la pérdida de la mera disponibilidad de un bien⁷⁴.

Allí defendí que, independientemente de que el acreedor pudiera alegar (y probar) *en concreto* que la privación del bien comprado le había generado un daño superior, podía pretender, por defecto, el resarcimiento del valor estándar de esa disponibilidad, y que ésta se aproxima a los costes fijos de mantenimiento del bien, incluidos impuestos y seguros, proporcionales al tiempo de privación⁷⁵.

Ese es nuestro parámetro de referencia. Para facilitar su liquidación, los tribunales alemanes, que expresamente rechazan la concesión del coste íntegro de alquiler, simplemente deducen del coste o renta de alquiler el importe del beneficio empresarial medio repercutido en el período relevante⁷⁶. Es una aproximación, porque el resultado incluye el coste medio de amortización del bien, que varía en función de su destino o uso; pero es objetivo y facilita una liquidación que, de otro modo, sería demasiado costosa⁷⁷.

Cuando se trata del precio, debemos buscar un tipo de interés que mida el coste de oportunidad del capital, pero que no actualice el precio⁷⁸, luego no puede ser, desde 1984, el interés legal.

Desde entonces este es un índice variable referenciado al interés básico que cada año fijan los Presupuestos Generales del Estado, con el expreso propósito de absorber la inflación y compensar la pérdida de poder adquisitivo.

Es, por tanto, el parámetro idóneo para tasar el daño derivado del retraso en el pago de una deuda de dinero⁷⁹. Pero no la medida adecuada a nuestro propósito.

⁷⁴ Aranzadi (1998), pp. 167-174; 229-243; y defendí que esta medida es resarcible por defecto (...) «porque debe presumirse que el agraviado habría utilizado por sí o por otros la cosa tempestivamente entregada y que, por tanto, la demora en la entrega le habrá ocasionado la pérdida de su disponibilidad; pero, también, que esta circunstancia no deja de ser una mera presunción, rebatible en todo caso por el deudor que consiga acreditar que al no pretender el acreedor la utilización de la cosa en el período conflictivo, o no estar en condiciones de hacerlo, la discutida pérdida no se ha producido», p. 171.

Lo califican, en cambio, de daño *in re ipsa* las SSTS de 12.5.2005 (RJ\2005\6377) y de 18.11.2014 (RJ\2014\5946).

⁷⁵ P. 173.

⁷⁶ Vid. doctrina y jurisprudencia citada en *La valoración del daño...*, p. 174.

⁷⁷ Y es, desde luego, mejor que atender a la vida útil del bien y su posible merma, porque este es un criterio meramente contable. Pero también se ha aplicado en Alemania, como denuncia M. SCHWAB, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Rückabwicklung von Vertägen nach §§ 346 ff. BGB n. F.», 7 *JuS* (2002), p. 630.

⁷⁸ Porque, recordemos, el legislador no mide la restitución conforme a valores actuales, sino que limita el alcance del remedio a la devolución de lo percibido. No parece procedente que se desbarate esta lógica aplicando una tasa de interés que absorba la depreciación.

⁷⁹ Normativamente, y en ambos sentidos. Sigo pensando que excluye la prueba del menor y del mayor daño, gracias a la adopción de un índice variable y ajustado a la inflación. Pero esa es otra polémica, sobre la que ya me pronuncié en la obra antes citada, pp. 235-243.

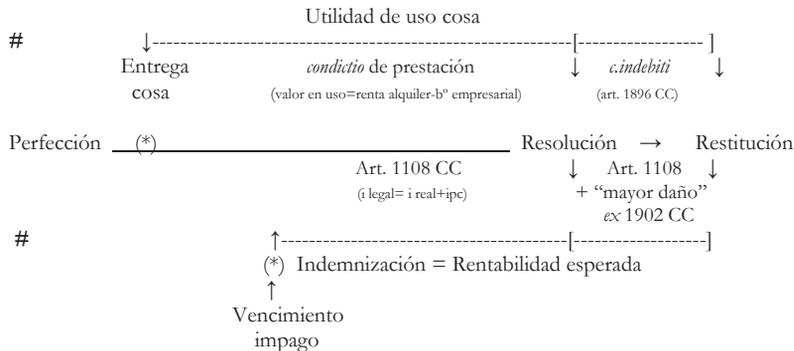
Si lo que pretendemos es medir el valor abstracto derivado de la disponibilidad del capital, debemos pues deducir del interés legal el porcentaje correspondiente a la inflación concurrente en el período relevante, y deducir así el interés real del dinero.

Observará el lector que las medidas propuestas responden a la finalidad perseguida por el remedio restitutorio en un contexto de liquidación de una relación bilateral. Y que son notablemente inferiores a las habitualmente aplicadas, contribuyendo así a un mejor deslinde de la indemnización, en su caso concurrente.

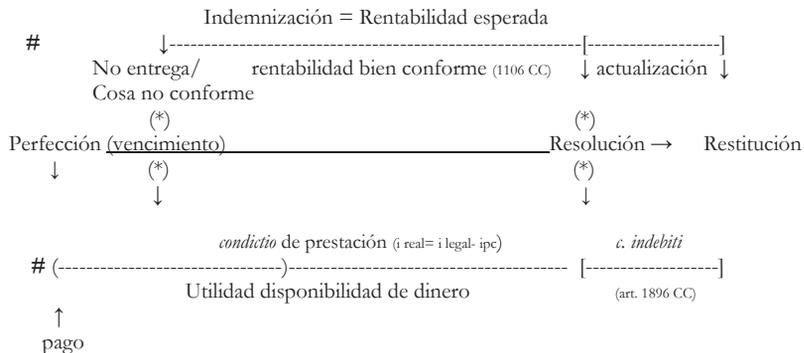
Que permiten, en definitiva, centran mejor el debate.
Pero veámoslo gráficamente:

Confluencia temporal de las pretensiones indemnizatoria y restitutoria

Resuelve quien entrega la cosa –incumple el deudor del precio



Resuelve quien paga –incumple el deudor de la cosa



- # Período relevante para el remedio restitutorio: Se liquida como remedio bilateral en tanto que A mantenga vigente el contrato. Una vez resuelto, la obligación de restitución será unilateral, siendo *ilegítima* la prolongación de la posesión.
- # Período relevante a efectos indemnizatorios: Se liquida como contractual hasta la resolución del contrato. A partir de entonces, es un remedio extracontractual.

El comienzo del período puede ser, como se aprecia, distinto; y pueden no confluir en absoluto, porque una de las partes no haya entregado su prestación (o no sea susceptible de aprovecharse); o porque no haya lugar a la pretensión indemnizatoria (no se aprecian daños/el incumplimiento no es imputable).

De concurrir ambas pretensiones, podemos presumir –porque es lo estadísticamente normal en casos de incumplimiento– que fue A quien hizo un buen negocio, y que la rentabilidad de la prestación que esperaba absorbe la de la prestación entregada. Luego A generalmente pedirá la indemnización en la medida de la rentabilidad esperada y podrá acumular la restitución de la utilidad de la cosa durante el período *no* confluyente.

La utilidad del uso de la prestación a su cargo forma parte del coste que necesariamente asumió para obtener la rentabilidad que pide, de manera que si solicita y obtiene su restitución deberá *restarse* de la pretensión de indemnización de la rentabilidad frustrada en el período confluyente o de vigencia del contrato.

b) La liquidación de los gastos, mejoras y deterioros en el bien restituido.

En definitiva, de la inversión productiva del que poseyó la cosa durante la vigencia del contrato, en términos de incremento de valor o de conservación de la misma; y de los deterioros que le sean imputables.

Porque toda mejora o deterioro fortuito de la cosa (léase, por circunstancias externas al obligado a restituirla) corresponde a quien la recupera, como fácilmente se deduce de lo dicho hasta ahora, luego no forman parte de la liquidación⁸⁰.

La inversión será productiva cuando:

i. Se abonen gastos necesarios –que permiten conservar la cosa que ahora se restituye⁸¹. Su abono por parte del que recupera la cosa está fuera de discusión⁸².

⁸⁰ Véase, por ejemplo, V. MONTES, «Comentario al art. 81 CISG», cit., p. 668; A. CARRASCO, *Derecho de Contratos*, p. 1156. Y también la STS 1.7.2005 (RJ2005\5090) antes resumida.

⁸¹ *i.e.* el IBI, STS 30.4.2013 (RJ2013\8001).

⁸² Por todos, F. PANTALEÓN, «Las nuevas bases» ..., cit., p. 1735.

ii. Se invierta en ella con resultado, esto es, incrementando el valor objetivo de la cosa. En términos legales estaríamos hablando de un gasto útil, pues el calificativo de «mejora» comprende también las de puro lujo o mero recreo, luego no generadoras de plusvalía⁸³.

En este segundo supuesto, lo razonable es abonar el gasto a quien lo hizo o, como criterio alternativo, y a opción del que recupera la cosa –que no encargó la mejora– liquidar el incremento de valor de la cosa⁸⁴.

Si el gasto es de mero recreo, si no se traduce en un incremento de valor objetivo de la cosa, quien la recupera no tiene por qué abonarlo. Puede hacerlo, para quedarse el ornato si le interesa. O aceptar su retirada, si puede hacerse sin deteriorar la cosa.

Lo que acabamos de sintetizar es lo previsto en el régimen general de liquidación del estado posesorio (arts. 453-454 CC) y, en términos similares –aunque no idénticos–, en el de liquidación del censo enfiteútico, ya en desuso. También, aunque en términos más genéricos, es la liquidación prevista en caso de activación de la retroventa⁸⁵.

Es, en todo caso, una solución que atiende de forma equilibrada los intereses en conflicto en caso de resolución del contrato⁸⁶.

⁸³ Argumento *ex arts.* 453-454 CC.

⁸⁴ Y, de nuevo, sin distinguir si fue quien incumplió el contrato o el que resuelve. Insiste en un tratamiento diferenciado, también a estos efectos, S. Quicios (en «Restitución...», cit., p. 1469), defendiendo que se abonen las mejoras útiles realizadas por el comprador cuando sea el vendedor el que incumple el contrato –por hipótesis, por falta de conformidad de la cosa–; pero no cuando sea el comprador quien incumpla el contrato *dolosamente*. Pero no alcanzo a ver el supuesto. Si la cosa entregada es disconforme y el comprador invierte en mejorarla de forma eficaz (aumentando su valor objetivo), es improbable que resuelva. Los ejemplos que propone (segregaciones o divisiones horizontales inútiles por imposibilidad de explotación disgregada del inmueble) no son válidos, pues son gastos sobrevenidamente inútiles, reclamables como daño, pero no como mejora. Y tampoco alcanzo a identificar el caso en el que un comprador invierta en mejorar la cosa pero deje de pagar el precio *dolosamente*, esto es, por oportunismo.

⁸⁵ Art. 1518 CC: El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además:

1.º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

⁸⁶ Así, F. PANTALEÓN, «Las nuevas bases...», cit., p. 1735, nota 54; A. CARRASCO, p. 1156; o B. RODRÍGUEZ-ROSADO, p. 254. Últimamente se suman C. VENDRELL, en «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada*, cit., pp. 283-327, particularmente p. 301-302; y parece que también GARCÍA VICENTE, en su recensión al citado libro, «Enriquecimiento sin causa: manca finezza, publicada» en *El almacén de Derecho* (<http://almacende-derecho.org/enriquecimiento-sin-causa-manca-finezza/>).

También lo entiende así nuestra jurisprudencia. Por ejemplo, en la STS de 29.06.2015 (RJ2015\4486). Se trataba de una permuta de unas de fincas a cambio de una nave a construir y cierta cantidad de dinero, incumplida por los receptores de las fincas (una constructora) que, no obstante, avanzan en la urbanización de las fincas y abonan el IBI.

En instancia, tras declarar procedente la resolución del contrato, liquidan la posesión restituyendo recíprocamente cosa y precio (sin intereses, por cierto) y obligando a los per-

No obstante, y pese a contar con amplio respaldo doctrinal y jurisprudencial, la remisión del artículo 1122 CC al régimen de liquidación del usufructo (arts. 487-8 CC) dificulta su defensa⁸⁷. Pero afortunadamente no la impide. Digo por fortuna porque el *status* del que posee bajo condición, como la del usufructuario, difiere del que adquiere la cosa en virtud de un contrato traslativo puro. A aquél quizá pueda argumentársele que si invierte en la cosa poseyéndola eventualmente, lo hace a su riesgo⁸⁸. Pero a este último, digamos que comprador que posee en virtud de contrato que posteriormente se resuelve por incumplimiento, ciertamente no.

Desde luego no es esta la posición del comprador que cumple y resuelve por disconformidad de la cosa. Posee, en principio, en concepto de dueño y sin conciencia de límite.

Pero tampoco lo es la del comprador que pierde la cosa por impago, porque el mismo hecho de que invierta en su mejora evidencia su propósito de consolidar la transmisión.

Luego ninguno de ellos invierte «a fondo perdido», sino con clara vocación de amortizar la inversión o, en el peor escenario, de recuperarla. Y el sistema generalmente defendido y aplicado lo permite, garantizándole el importe del gasto que se haya traducido en un incremento de valor. El exceso de valor que, en su caso, genere el gasto *acrece* pues al que recupera la cosa, atribución de valor que sin duda tendrá presente el comprador a la hora de incumplir o de resolver el contrato.

Esta liquidación no convence a J. M. Bech Serrat, que en un prolijo estudio sobre liquidación de mejoras critica los parámetros

mutantes a abonar el IBI, pero no conceden el reembolso de los gastos de urbanización. La constructora los reclama en casación, pero su recurso es rechazado por el Supremo con dos argumentos, el segundo mejor que el primero.

Entiende el ponente que «sería ilógico y contrario a derecho que la parte cumplidora tuviera que abonar a la incumplidora unos gastos a los que se había comprometido por contrato». Y no lo es, si gracias a esos gastos la cosa que ahora recupera el cumplidor fuese objetivamente más valiosa. Pero añade, apuntando certeramente al resultado de la inversión, no ya a la causa por la que se hizo, que «ni siquiera consta que esta obra beneficie a los que vendieron el terreno» para inmediatamente admitir que (de ser así) «podría discutirse en otros términos, bajo la perspectiva de la liquidación de un estado posesorio, pero ni se ha pedido, ni ha sido objeto de esta litis».

Y es también la liquidación más común en los sistemas de nuestro entorno: art. 83 III código suizo 2020; art. 1352-5 Code 2016; arts. 3.2.15 IV y 7.3.6. IV. Sobre ellos, S. MEIER, «Unwinding...», p. 26.

⁸⁷ El art. 1122 CC sólo concede al que mejora la cosa el mismo derecho del usufructuario, esto es, un *ius tollendi* y la posibilidad de compensar su importe con el de los deterioros. V. Montes explica este reenvío aludiendo al *tratamiento condicional* de la resolución en nuestro código, en «Comentario al art. 81 CISG», cit., pp. 667-668.

⁸⁸ Pero lo dudo, porque tampoco es plena ni indefinida la posesión del enfiteuta o la del comprador con pacto de retro y, en ambos casos, reciben de quien les priva de la posesión de la cosa el importe de su inversión. Véanse los arts. 1652.1 y 1518 CC.

recogidos en los artículos 453-454 CC⁸⁹. Considera que no son coherentes con la función del remedio restitutorio y propone, de *lege ferenda*, criterios alternativos de liquidación de las mejoras.

El primer criterio propuesto es indiscutible: si las partes estipularon quién ha de costear y con qué alcance la mejora, se estará a lo pactado.

i. En defecto de pacto, entiende prioritaria la restitución *in natura*, detrayendo la mejora cuando sea posible sin detrimento de la cosa y sin un coste excesivo⁹⁰;

ii. y sólo cuando esta restitución no sea factible, habrá de medirse el «valor del mejoramiento» conforme al gasto ahorrado por quien recupera la cosa, liquidando así el enriquecimiento concretamente obtenido⁹¹.

iii. De forma residual, únicamente cuando los dos parámetros anteriores no procedan, acepta que se atienda al mercado, esto es, al incremento de valor objetivo de la cosa⁹².

Por todo lo dicho hasta ahora se comprenderá que no podemos compartir esta propuesta, salvo en lo referente a la aplicabilidad de los pactos de liquidación entre las partes.

En defecto de pacto el sistema debe liquidar el enriquecimiento conforme a parámetros objetivos y ciertos, así como salvaguardar el interés del que recibe un bien cuya mejora ni solicitó ni incentivó.

No discuto que el gasto ahorrado por el contratante enriquecido responda mejor al objetivo de descontar el enriquecimiento concretamente obtenido que la medida del gasto asumido por el vencido a la hora de acometer la mejora. Pero es un parámetro incierto, hipotético, luego en absoluto operativo. Y plantea además un serio conflicto cuando su importe exceda el incremento de valor objetivo de la cosa o el del coste efectivo de la mejora⁹³.

Tampoco negaré que el incremento del valor objetivo de la cosa gracias a la mejora puede no *aprovechar* al que la recupera, por no estar en condiciones de realizarla en el mercado, pero sí discutiré

⁸⁹ Aunque se suma a la mayoría en la defensa de su *aplicabilidad* (técnica) a nuestro caso. La monografía se titula *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Thomson Reuters Aranzadi (2015) Pamplona, p. 398

⁹⁰ Pp. 544 ss.

⁹¹ Pp. 575, 594-5.

⁹² P. 599.

⁹³ Conflicto cuya respuesta no se aborda claramente en el trabajo citado, pero debe hacerse: el contratante que recupera la cosa ¿debe restituir el gasto que se ha ahorrado, aunque exceda el incremento de valor del bien? Y aunque no lo exceda ¿también es ésta la medida cuando exceda la del coste efectivo de la mejora? Me temo que no, que en ninguno de estos escenarios puede exigírsele al contratante que, insisto, ni encarga ni incentiva la realización de la mejora, el (superior) coste que, hipotéticamente, a él le habría supuesto realizarla.

que esa coyuntura deba soportarla el otro, que devuelve un bien de mayor valor.

Y parece también evidente que si al que recupera la cosa no le interesa la mejora y ésta puede desprenderse, puede restituir *in natura*. Pero no lo es que pueda exigírselo el otro, cuando sí le interesa retenerla.

Entiendo, en definitiva, que la propuesta no mejora el sistema articulado por el legislador en los artículos 453-454 CC al que, espero, siga acudiéndose en su día para concretar el sentido del artículo 1203.3. PMCC cuando dice que «los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye».

Por último, respecto de los deterioros, parece indiscutible que si son imputables a quien restituye, debe indemnizarlos.

Probablemente conforme a los parámetros de la pretensión indemnizatoria extracontractual y por incumplimiento de la obligación instrumental de conservación que pesa sobre el potencial obligado a restituir⁹⁴, pero siempre que comprenda la pérdida de valor comercial o depreciación que, en su caso, debe asumir el incumplidor que restituye un bien ya de segunda mano⁹⁵.

Y, de nuevo, concretado el importe de ambos conceptos, mejoras y deterioros, nada impide su compensación económica en la cantidad concurrente.

III. CONCLUSIONES

1. Sede normativa de la restitución tras la resolución del contrato.

El remedio resolutorio se enuncia en el artículo 1124 CC, como alternativo a la pretensión de cumplimiento del contrato y como «cierre» de la regulación de las obligaciones condicionales, afirmando el legislador que la facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

⁹⁴ Así, V. MONTES, en «Comentario al art. 81 CISG», cit., p. 666, defiende que en el ámbito de la Convención, *ex arts.* 85 y 86; en general, en derecho español, *ex art.* 1902 CC. En Alemania, *ex §* 346.4 BGB, Y. DÖLL, *Rückgewährstörungen beim Rücktritt*, cit., p. 438.

⁹⁵ *Merkantilen Mindernwert* que, también en su caso, comprende la merma de vida útil del bien. Sobre el particular, *vid. La valoración del daño*, cit., p. 170.

El Supremo admite que se presuma esta pérdida en caso de transmisión de bienes comerciales, pero exige cumplida alegación y prueba de los deterioros cuya indemnización se pretenda. Es la STS 30.10.1997 (RJ\1997\8563).

Este tratamiento condicional de la resolución inclina a pensar que la liquidación del contrato resuelto se regula por los artículos precedentes, reguladores de la obligación condicional.

Pero es una mala intuición. Porque la regulación en ellos contenida se centra en la obligación condicional, regulándola de forma unilateral; y porque nuestro legislador, no obstante la parquedad y dispersión con la que aborda esta materia, sí deja clara una cosa: que la restitución de las prestaciones realizadas en cumplimiento de un contrato se rige por normas contractuales y no por el, llamémosle así, derecho de enriquecimiento general de la *condictio indebiti*, entre nosotros, por la regulación de la restitución de pagos indebidos.

Desgaja así la *condictio* de prestación, para dotar su regulación de la reciprocidad y objetividad que exige la causa o motivo de la atribución, y que no concurre en las atribuciones unilaterales, como son las realizadas por error.

Y si esto es así cuando el contrato es nulo, o resulta sobrevenidamente anulado (arts. 1303 ss.), cuanto más si el contrato es válido, el intercambio querido, y las posesiones legítimas hasta que una de las partes (el acreedor frustrado), lo resuelve por incumplimiento.

La *sedes materia* más próxima es, por tanto, el artículo 1488 CC, seguido por los ya mencionados 1303-1308, y 1314 CC.

2. Restitución *in natura* v. restitución por valor.

Resuelto el contrato, procede la restitución de lo percibido, empezando por la prestación recibida. Nuestro sistema, como todos los continentales y armonizados (excepción hecha de la CISG, que sigue al derecho inglés en este punto), muestra preferencia por la restitución *in natura*.

Pero exige, cuando ésta no sea posible o, con cada vez más amplitud, *exigible* –por muy onerosa– la restitución por valor. –vid. artículo 1488 CC; 1307 CC.

Exige, como digo, ese valor, para salvaguardar la reciprocidad en la liquidación, ya que el obligado a su pago retiene o recupera la prestación a su cargo.

Y lo hace independientemente de la «buena» o «mala» fe del obligado, desde luego en casos de nulidad, donde quizá podría defenderse una liquidación diferenciada cuando la posesión se obtuviera gracias al engaño o a la intimidación.

Cuanto más, por tanto, en casos de resolución, en los que, por definición, la posesión de ambos, vigente el contrato, es perfectamente legítima.

Y admite una única excepción, en la que el contratante que no puede restituir *in natura* tampoco debe restituir por valor, y es el caso en que el bien se pierde por alguna circunstancia imputable al contrario.

La pérdida fortuita no excusa, por tanto, la restitución del valor perdido.

3. El valor relevante para la restitución. La función del remedio restitutorio.

Admitida la restitución por valor, resta por determinar cuál es el relevante: si el objetivo o de mercado, el acordado (precio) o el subjetivo para el obligado a la restitución.

El legislador nos ayuda en esta tarea, optando decididamente por el valor objetivo al tiempo de la pérdida de la cosa (arts. 1488, 1307 CC).

Y, de paso, nos aclara cuál es la concreta función del remedio, que no es indemnizatoria (por eso desdeña el valor al tiempo del cumplimiento), ni de reajuste o reequilibrio de prestaciones (por eso obvia la referencia al valor al tiempo de la entrega). Tampoco de liquidación de beneficios concretamente obtenidos.

Unos y otros deben perseguirse, si se da el caso, mediante el ejercicio de otros remedios.

El de restitución del valor de la prestación no pretende consolidar la reciprocidad de los valores intercambiados ni garantizar los esperados, tampoco descontar beneficios indebidos.

Persigue, simplemente, hacer *tabula rasa* devolviendo, si persiste en el patrimonio del obligado, la prestación recibida o, de haberse perdido, su valor *entonces*, porque toda oscilación posterior no la percibe el que restituye.

Así delimitado, el remedio se diferencia claramente de los demás remedios monetarios con los que pueda concurrir, indemnizatorios o de rebaja del precio, y permite una liquidación mejor fundamentada de la relación.

4. Pretensiones secundarias de restitución.

Además de las prestaciones intercambiadas, la restitución se extiende a otras partidas que denominamos secundarias, como son la utilidad de uso percibida gracias a la disponibilidad de la prestación que deba restituirse; y el abono de los gastos que incrementen el valor del objeto que se restituye.

4.1 El valor de la disponibilidad de los bienes y del dinero.

Que la disponibilidad de bienes de mercado o del dinero tienen un valor ya no se discute. Tampoco que, de percibirse, hayan de

restituirse. La única condición es pues que el objeto o el dinero se hayan efectivamente entregado y, en el primer caso, que fuera susceptible de aprovecharse durante la vigencia del contrato.

Lo que se discute es cómo deben valorarse estas partidas.

De nuevo, la posición mayoritaria es favorable a la valoración objetiva o abstracta de esta utilidad, esto es, independientemente de cual fuese el provecho concreto que el contratante obtuviese gracias a la utilización del bien o del dinero. Conforme a lo dicho, no tengo nada que objetar en este punto.

Lo que no comparto es el parámetro objetivo que comúnmente se aplica, cual es el coste o renta de alquiler en caso de objetos y el interés legal en el caso del dinero.

Son, ambos, parámetros idóneos para medir la rentabilidad o productividad perdida por el contratante que hubiese rentabilizado el uso del bien, de haberlo poseído; o el gasto que se vio obligado a asumir por no tenerlo.

También para cifrar el coste que se ha ahorrado el poseedor si, de no haber recibido el bien, hubiese alquilado otro.

Parámetros útiles, por tanto, a las pretensiones indemnizatoria o a la *condictio indebiti*, pero excesivos a nuestro propósito.

Porque la *condictio* de prestación persigue, como vimos, devolver la utilidad que la mera disponibilidad de las cosas o del dinero representa, y este es un valor mucho más limitado que los referidos.

Propongo, por tanto, sustituir las medidas anteriores por otras también abstractas y de fácil cálculo pero, lo más importante, más próximas al valor a liquidar, como es *el coste de mantenimiento del bien* (al que nos aproximamos deduciendo del coste de alquiler el beneficio empresarial); y *el interés real o coste de oportunidad* del dinero, resultante de la deducción de la inflación del interés legal.

Y lo sostengo sea quien fuere el obligado a restituir la utilidad de uso, pues el problema jurídico y económico es el mismo, aunque sólo llame la atención cuando es el cumplidor-resolvente el obligado a restituirla.

4.2 Gastos y mejoras.

La liquidación del contrato resuelto exige también el abono, por parte del que recupera un bien, de la inversión productiva (en términos de incremento de valor o de conservación del mismo) realizada por el poseedor durante la vigencia del contrato.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria asientan este resultado en el régimen de liquidación del estado posesorio, aplicando las reglas de los artículos 453 y 454 CC, aunque también podrían

ampararse analógicamente en el artículo 1652 (censo enfiteútico) o en el artículo 1518 (retracto).

Garantizan, por tanto, al poseedor vencido el importe del gasto (real y concreto) que se haya traducido en un incremento de valor, obviando el gasto hipotético que pueda haberse ahorrado el que recupera la cosa y, también, el exceso de valor que, en su caso, genere el gasto ciertamente realizado, que acrece al otro.

Evitan pues, doctrina y jurisprudencia, el reenvío del artículo 1123. II CC a los artículos precedentes y, concretamente, el del artículo 1122.6.º CC al artículo 487 CC, que limita el derecho del usufructuario que invierte en mejorar la cosa al *ius tollendi*: a retirarlas, si no causa demérito, o a compensar su valor con el de los deterioros.

Hacen bien, porque el usufructuario, y quien posee de forma condicionada, saben de la eventualidad o limitación de su derecho, y en esa conciencia invierten en la cosa poseída.

El que la adquiere en un contrato de cambio que por incumplimiento (propio o del contrario) se resuelve, ciertamente no. Poseen generalmente como dueños, sin conciencia de límite, e invierten para amortizar el gasto. Si resulta útil (o necesario), deben pues recuperarlo.

Y aceptar la pérdida del exceso de utilidad (Δ de valor > gasto) que, en su caso, aprovechará al otro, pues sin duda la tuvieron presente al dejar de pagar el precio o al activar la resolución del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- BASOZABAL, Xabier & DEL OLMO, Pedro: en «Unjustified Enrichment in Spanish Law», ponencia presentada en el congreso *The Global Futures of Unjust Enrichment*, 21-22 april 2017, UCL London (en prensa).
- *El enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid 1998.
- BECH SERRAT, Josep María: *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- BURROWS, Andrew: *The Law of Restitution*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- «Absence of Basis: The New Birksian Scheme», en A. Burrows & Lord Rodger of Earlsferry (ed.) *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 33-49.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: Comentario al art. 70 CISG, en L. Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- CLEMENTE MEORO, MARIO E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 1998.

- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: Comentarios a los arts. 1303, 1307 y 1314 CC en el *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Fundamentos de Derecho Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*. Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- DÖLL, Yves: *Rückgewährstörungen beim Rücktritt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- FEST, Timo: *Die Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung*, CH Beck, Münchener Universitätschriften, 207 München, 2006.
- FOUTOULAKIS, Christiana, SCHLECHTRIEM & SCHWENZER: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, II*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en DEL OLMO & BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Enriquecimiento sin causa: manca finezza», en *El Almacén de Derecho* (<http://almacenederecho.org/enriquecimiento-sin-causa-manca-finezza/>).
- KAMANABROW, Sudabeh: «Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung», I *Neue Juristische Wochenschrift* (2003), pp. 30-32.
- KOHLER, Jürgen: «Rücktrittsausschluss im Gewährleistungsrecht bei nachträglicher Nacherfüllungsunmöglichkeit –Wiederkehr der §§ 350, 351 BGB a. F.?» 203 *Archiv für die zivilistische Praxis* (2003), pp. 539 ss.
- «Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung», 14, *Juristen Zeitung* (2002), pp. 682-696.
- LANDO, Ole & BEALE, Hugh (Eds.): *Principios de Derecho Contractual Europeo (partes I y II)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- LESER, Hans G., en V. CAEMMERER & SCHLECTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht –CISG–* C. H. Beck, München, 1990, vor arts. 81-84, arts. 81-84, pp. 681-711.
- LORENZ, Stephan: «Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sächmangel im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?», *Neue Juristische Wochenschrift* (2002), pp. 2497-2505.
- MEIER, Sonja: «Unwinding Failed Contracts: New European Developments», *The Edinburgh Law Review* 21.1 (2017): 1-29.
- «Restitución de pagos indebidos: “factores injustos” vs. “sine causa”», DEL OLMO & BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.
- MONTES PENADES, Vicente: «Comentario del art. 1123 CC» en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo), Edersa, Madrid, 1989.
- «Comentario del art. 81 CISG», en L. Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- PAZ ARES, Cándido: «Comentario del art. 1170 CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Resolución por incumplimiento e indemnización», 42 *Anuario de Derecho Civil* (1989), 4, pp. 1143-1168.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», 46 *Anuario de Derecho Civil* (1993), 4, pp. 1719-1745.

- QUICIOS MOLINA, Susana: «Restitución de frutos, compensación de mejoras e intereses del precio en la resolución», en A. Carrasco (Dir.), *Tratado de la Compraventa: homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 1459-1470.
- «Restitución del valor del uso de la cosa vendida y abono de gastos al comprador tras la resolución de la compraventa. Sentencia de 30 de abril de 2013 (RJ\2013\8001)», en 96, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2014) pp. 15-32.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia & ALASCIO CARRASCO, Laura: «Pérdida del objeto vendido en poder del comprador no propietario Comentario a las SSTs, 1.ª, 4.12.2008, RJ 6951 (MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) y 30.6.2011, RJ 5847 (MP: Juan Antonio Xiol Ríos)», *InDret* 3/2012, pp. 1-27.
- RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid 2013.
- SCHWAB, Martín: «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Rückabwicklung von Vertägen nach §§ 346 ff. BGB n. F.», 7 *Juristische Schulung* (2002), p. 630-637.
- SOLER PRESAS, Ana: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- TREITEL, G. H.: *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press, New York, 1991.
- VENDRELL, Carles: «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», DEL OLMO & BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017.
- ZIMMERMANN, Reinhard: «Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform of 2002», en A. Burrows & Lord Rodger of Earlsferry (ed.), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press (2008), pp. 323-343.
- «Restitutio in integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-project d'un Code Européen des Contrats», *Uniform Law Review*, 2005-4, pp. 719-734.

JURISPRUDENCIA

STS 6.5.1988 (RJ\1988\4018) MP Latour Brotons
 STS 3.11.1988 (RJ\1988\8410) MP Malpica González-Elipe
 STS 18.9.1991 (RJ\1991\6055) MP Almagro Nosete
 STS 11.2.1992 (RJ\1992\1207) MP Malpica González-Elipe
 STS 23.7.1993 (RJ\1993\6474) MP Granizo Fernández
 STS 12.11.1996 (RJ\1996\7919) MP Morales Morales
 STS 30.10.1997 (RJ\1997\8563) MP Martínez Calcerrada
 STS 26.7.2000 (RJ\2000\9177) MP Corbal Fernández
 STS 11.2.2003 (RJ\2003\1004) MP Corbal Fernández
 STS 12.5.2005 (RJ\2005\6377) MP Ferrándiz Gabriel
 STS 1.7.2005 (RJ\2005\5090) MP Gullón Ballesteros
 STS 8.1.2007 (812) MP Montes Penades

STS 4.12.2008 (6951) MP Sierra Gil de la Cuesta
STS 26.2.2009 (RJ\2009\1522) MP Marín Castán.
STS 25.6.2009 (RJ\2009\4238) MP Roca Trías
STS 22.4.2010 (RJ\2010\2388) MP Roca Trías
STS 21.6.2011 (RJ\2011\47669) MP Xiol Ríos
STS 23.11.2011 (RJ\2012\569) MP Ferrándiz Gabriel
STS 29.2.2012 (RJ\2012\4054) MP Roca Trías
STS 18.7.2012 (RJ\2012\9333) MP Arroyo Fiestas
STS 30.4.2013 (RJ\2013\8001) MP Orduña Moreno
STS 18.11.2014 (RJ\2014\5946) MP Seijas Quintana
STS 10.3.2015 (RJ\2015\1121) MP Saraza Jimena
STS 29.6.2015 (RJ\2015\4486) MP O'Callahan
STS de 29.3.2016 (RJ\2016\1545) MP Salas Carceller
STS 13.4.2016 (RJ\2016\1681) MP Salas Carceller
25.10.2016 (RJ\2016\5361) MP Arroyo Fiestas
STS 4.5.2017 (RJ\2017\3273) MP Parra Lucán
STS 13.07.2017 (RJ\2017\3961) MP Vela Torres
STS 13.7.2017 (RJ\2017\3625) MP Parra Lucán
STS 16.10.2017 (RJ\2017\4286) MP Salas Carceller



La Acción Pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial¹

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN
Profesor Ayudante Doctor
Universidad Carlos III de Madrid

*A mi hija Inés, que me ha descubierto
que el límite del amor está mucho
más allá de lo que jamás hubiera
podido creer*

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es abordar uno de los aspectos que conforman la posición jurídica de todo acreedor: poder defenderse ante los actos que su deudor haga en perjuicio de su solvencia (la solvencia del deudor). Históricamente, la conocida como acción pauliana (también denominada acción revocatoria) ha cumplido un papel esencial en este punto, y su enorme importancia, trascendencia e implicaciones tanto entre el deudor y el acreedor, como entre éste y los terceros subadquirentes, aunque no eran ignoradas por el codificador, tampoco tuvieron su reflejo en la regulación, muy insuficiente y sistemáticamente inadecuada como supuesto de rescisión.

El punto de partida del estudio que aquí se presenta no es concebir la acción revocatoria por fraude de acreedores como una categoría de ineficacia de los contratos, sino como un elemento que configura la posición jurídica de todo acreedor. A partir de aquí, se deducen las consecuencias, presupuestos y naturaleza de la acción revocatoria, lo que permite reconstruir el espacio institucional y la lógica de esta figura, difuminada durante el proceso codificador, y para lo que es especialmente útil tomar como referencia al Derecho Romano y al Derecho Castellano.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto «Hacia una delimitación del derecho de enriquecimiento injusto español» (DER 2013-46185-P), del que son investigadores principales los Profesores Pedro del Olmo (Universidad Carlos III de Madrid) y Xabier Basozabal (Universidad de Navarra).

PALABRAS CLAVE

Rescisión. Revocación. Fraude de acreedores. Acción pauliana. Restitución. Frutos. Protección a terceros. Fe pública registral. Ineficacia contractual. Buena fe. Responsabilidad universal. Subadquirentes.

The «Paulian Action» (Revocation for fraud to creditors). Attempt to reconstruct the figure and its role in the Patrimonial Law

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze one of the aspects that is part of the legal position of any creditor: to be able to defend against the debtor's actions to the detriment of his solvency (the solvency of the debtor). In the legal history, the Actio Pauliana has played an essential role in this point, and the enormous importance and implications of this action, both between the debtor and the creditor, and between the creditor and the third sub-purchasers, although not ignored during the drafting of the Civil Code, not have an adequate regulation, inappropriate as a case of «rescission».

The starting point of this paper is not to understand the Actio Pauliana as a category of ineffectiveness of the contracts, but as an element that configures the legal position of any creditor. From this starting point, the consequences, budgets and nature of the recall action are deduced, which allows reconstructing the institutional space and the logic of this figure, whose limits were blurred during the drafting of the Civil Code. For this purpose, the study of Roman law and Castilian law is especially useful.

KEY WORDS

Rescission. Revocation. Creditor's fraud. Actio pauliana. Restitution. Commodities. Protection to third parties. Public faith of the Property Registry. Contractual inefficacy. Good faith. Universal liability. Sub-purchasers.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La ubicación institucional de la acción pauliana. Evolución y problemas.*—III. *Ideas fundamentales previas para un intento de reconstrucción de la acción revocatoria por fraude de acreedores.* 1. La rescisión como categoría jurídica. 2. Lo parcial y lo inadecuado de estudiar la revocación (acción pauliana) como un tipo de rescisión contractual en el Código Civil. Revocación y artículo 1295 del CC. 2.1 Lo parcial. 2.2 Lo inadecuado. 3. La revocación como elemento integrante del *status* jurídico de todo acreedor. 4. Los

subadquirentes, revocación y rescisión.—IV. *Análisis de los problemas particulares de la restitución en la revocación por fraude de acreedores*. 1. Nulidad (y anulabilidad), resolución y rescisión como impedimentos en el íter transmisivo. 2. El sentido de la remisión del artículo 1124 a las reglas restitutorias de la rescisión (artículos 1295 y 1298). 2.1 El sentido que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado a la remisión del artículo 1124 a los artículos 1295 y 1298, para interpretar estos últimos. 2.2 Los avatares de la redacción de lo que, a la postre, acabó siendo el vigente artículo 1124-4.º 3. Fraude de acreedores y nulidad por causa ilícita. El artículo 1290 del Código Civil. 3.1 En relación al supuesto de hecho del artículo 1290 CC. 3.2 En relación a las consecuencias jurídicas de la revocación y de la nulidad por causa ilícita. 4. El alcance de los efectos de la revocación pauliana en relación a los frutos que la cosa haya producido. 5. La «indemnización» de los artículos 1295 y 1298 CC. 5.1 Apuntes sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones.—V. *Análisis crítico de la existencia, de lege lata, de los requisitos «animus fraudatoris» y «consilium fraudis» (o «scientia fraudis») para el triunfo de la acción rescisoria por fraude de acreedores*. 1. Marco teórico de la objetivación, respecto del adquirente, de los presupuestos de la acción revocatoria. 2. Crítica de la tradicional distinción entre las enajenaciones a título oneroso y a título gratuito, de cara a exigir o no *scientia fraudis* en el adquirente para que soporte las consecuencias de la rescisión. 3. Las presunciones del artículo 1297 del Código Civil. 4. El ánimo fraudatorio en el deudor enajenante.—VI. *Relación jurídica restitutoria entre el adquirente que soporta la revocación, y el deudor enajenante*.—VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente la percepción y tratamiento de los problemas centrales de la figura de la rescisión por fraude de acreedores (o de la acción revocatoria, o acción *pauliana*), y que podríamos concentrar a lo que ahora interesa en dos (los requisitos subjetivos-intencionales que deben darse entre las partes del acto rescindible, y las consecuencias y extensión de la rescisión), tiene su origen en un continuo y progresivo desdibujo de la función de esta institución como elemento central de la posición jurídica de todo acreedor por el solo hecho de serlo, y en concreto como el mecanismo que tiene todo acreedor (independientemente de la naturaleza de la fuente del crédito) para evitar que la literalidad de la regla conforme a la cual *todo deudor responde de todas sus deudas con todos sus bienes presente y futuros* (artículo 1911 CC), pueda jugar en su contra.

La figura se desdibuja porque poco a poco cambia su centro de gravedad: ya no importa tanto por qué y bajo qué presupuestos

proteger al acreedor del perjuicio pauliano, sino cuáles deben ser las (serias) razones que deben darse para que un tercero a la relación jurídica obligatoria (adquirente de bienes del deudor) pueda ser inquietado en su adquisición, porque deba considerarse que el acreedor perjudicado por esa adquisición (que provoca la falta de solvencia del deudor) tiene un interés preferente a dicho adquirente. Prueba de ello es el tratamiento sistemático que de la acción rescisoria por fraude se hizo durante el proceso codificador (seguramente condicionado por los trabajos que ya se hicieron en la Legislación hipotecaria que culminaron en la Ley de 1861, en cuyo marco la revocación por fraude sólo importaba en cuanto pudiera afectar a un adquirente): la rescisión por fraude se regula fundamentalmente como un tipo de ineficacia contractual², más que como un elemento integrante de la posición jurídica de todo acreedor, es decir, de lo que podríamos llamar «*status* jurídico de acreedor».

Esto explica que al estudiar la revocación, y al aplicar nuestra jurisprudencia esta figura, las preocupaciones hayan sido, más que señalar cuándo el acreedor debe ser protegido, cuándo el adquirente de un bien del deudor *merece* soportar las consecuencias de la rescisión, es decir, cuándo su adquisición *merece* ser sacrificada para proteger al acreedor. La consecuencia de esto fue llevar al terreno de la culpabilidad o del dolo (en definitiva, el *reproche subjetivo: animus fraudandi / consilium fraudis*) la ponderación del conflicto de intereses presente.

II. LA UBICACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN PAULIANA. EVOLUCIÓN Y PROBLEMAS

Un problema que se plantea al abordar el estudio de la acción revocatoria por fraude de acreedores, es el sedimento conceptual que se ha ido produciendo durante su evolución. El desarrollo de la acción revocatoria se ha producido con herramientas heredadas de estadios histórico-jurídicos anteriores, y eso supone una dificultad añadida para comprender el alcance de los términos que suelen manejarse al enunciar hoy los elementos constitutivos de esta acción. Esto justifica la necesidad de esbozar la evolución de la acción revocatoria, lo que ayudará a comprender el porqué de la terminología aún empleada en nuestra jurisprudencia.

² También en el Proyecto de Código de 1851, aun cuando en este Proyecto se preveía una regulación sistemática y diferenciada de la rescisión por fraude respecto del resto de causas de rescisión contractual.

Esquemáticamente, la evolución de esta figura, desde el Derecho Romano hasta hoy (incluyendo las propuestas regulativas más modernas entre nosotros), ha supuesto tres etapas distintas:

a) Una primera, correspondiente al Derecho Romano, en el que el hecho constitutivo de la pretensión gira en torno a la idea del empobrecimiento del deudor, considerando aisladamente dicho empobrecimiento, esto es, al margen de que se produzca como consecuencia de un *negocio jurídico* dispositivo³.

En esta primera fase, la acción pauliana es una subespecie de acción de responsabilidad personal⁴ que tiene, como demandado «necesario», al deudor⁵; y junto a él, a todo aquel que pueda considerarse *coautor* o *copartícipe* en el hecho «ilícito»⁶ del empobrecimiento⁷. A la inversa: si el adquirente (que en su caso haya)

³ Se consideraban susceptibles de revocación por fraude actos como el no usar las servidumbres, o el abandono de los propios bienes (cfr. los pasajes de PAULO y de GAYO recogidos en D. 42.8, 4 y 5).

⁴ De «especie de cuasi delito» lo calificaba ROCA SASTRE («La acción pauliana y el artículo 37 de la Ley Hipotecaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 127, 1935, 510). Véase también la referencia a este enfoque en CASTRO, Federico del «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1932, 202-203.

⁵ Pero siendo la acción revocatoria una subespecie de acción de responsabilidad personal, parece que se exigía también culpa en el deudor mismo. Así, GÓMEZ DE LA SERNA explicaba que «si el deudor que se cree más rico de lo que es en realidad, disminuir sus bienes cuando ya son insuficientes para satisfacer a sus acreedores, no habrá lugar a entablar ninguna de las acciones referidas» [se refería tanto a las acciones de D. 42.8 como de la Instituta 4.6.6. Ver su *Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español*. Madrid, 1869, t. II, 562].

⁶ El título I, Libro IV, de la Instituta justiniana es muy ilustrativo: «Habiendo hablado ya en el Libro anterior de las obligaciones nacidas de contrato y como de contrato, viene ahora el tratar de las obligaciones que hacen de delito». Y en el mismo libro y título, en § 2, la idea queda explicitada: «El término hurto (*furtum*) deriva de «*furvum*», es decir, negro, ya que este delito se comete clandestinamente y en la oscuridad, frecuentemente de noche; o de fraude (*fraus*) o de llevar (*ferre*), en el sentido de quitar (*aufferre*)...» (traducción de Francisco Hernández-Tejero Jorge)

⁷ No vamos a entrar ahora en la cuestión, planteada en la doctrina romanista y que resulta muy interesante, del origen de la acción revocatoria. En este trabajo vamos a partir de la idea, comúnmente aceptada, conforme a la que en D. 42.8 se compila, como una sola acción, lo que en Derecho clásico eran dos remedios de distinta naturaleza (la *in integrum restitutio*, y el interdicto fraudatorio), unificación que vendría confirmada por la Instituta justiniana (Libro IV, Título VI, § 6). Me remito a los interesantes trabajos de Kipp, Theodor, «Impugnación de los actos “in fraudem creditorum”», en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, núm. 124, 1924, 1 y ss.; y a D'ORS, Xabier. *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano clásico*, Roma-Madrid: C. S. I. C., 1974.

En todo caso, la aplicación de los conceptos de *scientia-consilium fraudis*, traducidas al contexto concursal implica ajustes interpretativos exigidos por la propia situación. Ejemplo de ello es, por ejemplo, el contenido de la *scientia fraudis* en el contexto concursal propuesto por Xabier D'ORS: «*fraus* equivale a daño o perjuicio, y así, la *scientia fraudis* consistirá en el conocimiento del perjuicio que, con el acto que realiza, se puede ocasionar a los acreedores. ¿Cómo se puede conocer si el acto que se realiza va a ocasionar tal perjuicio? Excluyendo que se exija conocer el *eventus damni* que (...) no se hace patente hasta la *bonorum venditio*, hemos de pensar en ese otro concepto de insolvencia relativa, ese decir, la iliquidez pecuniaria del deudor. Entonces, al conocer el adquirente la insolven-

no puede considerarse copartícipe del acto fraudulento⁸, no puede ser demandado⁹. Excepcionalmente, se admitía la eficacia revocatoria *frente al donatario* del deudor aun cuando no pudiera probarse su dolo o connivencia con el deudor donante: si se probaba, quedaba expuesto a la revocación normalmente; pero si no se probaba, la revocación sólo se extendía al enriquecimiento obtenido por el donatario¹⁰. Ahora bien: siendo la idea subyacente, a la posibilidad de extender la consecuencia revocatoria al adquirente a título lucrativo, que el lucro debe sacrificarse para evitar un daño, y ello prescindiendo de cualquier consideración subjetiva (esto es, aun siendo el adquirente *in scius fraudis*), cualquier subadquirente a título lucrativo estaba expuesto a la consecuencia revocatoria, aun cuando este adquirente a título lucrativo hubiese recibido de alguien que no quede expuesto a la consecuencia revocatoria (por ejemplo: el donante fue a su vez comprador *in scius fraudis*)¹¹.

b) En una segunda etapa, que abarca la evolución de la figura en el Derecho castellano hasta la redacción del Código Civil, la revocación por fraude se va abriendo camino como categoría de ineficacia negocial. Desde este nuevo enfoque, la afectación de la

cia pecuniaria del deudor, es consciente también de que se arriesga, si se da la insolvencia patrimonial, a ser demandado con el interdicto fraudatorio» (*El interdicto fraudatorio*, *op. cit.*, 146-147).

⁸ A la participación o coautoría se equipara en D. 42.8.10, § 3 un supuesto que podríamos calificar de culpa grave: «Si alguno ciertamente no fue partícipe del fraude, pero al vender el deudor fue reconvenido ante testigos por los acreedores para que no comprase, ¿estará sujeto a la acción (...) si comprare?». Se concluye: «debe estar sujeto; porque no está exento de fraude el que persevera habiendo sido reconvenido ante testigos».

⁹ Esta idea se ve clara en D. 42.8.6, § 8; y D. 42.8.9 y 10.

– D. 42.8.6, § 8: «Este edicto castiga al que, sabiendo que uno hacía esto en fraude de los acreedores, aceptó lo que se hacía en fraude de los acreedores; porque si se hubiera hecho algo en fraude de los acreedores, si, no obstante, lo ignoró el que recibió, parece que dejan de tener aplicación las palabras del Edicto».

– D. 42.8.9: «... no está obligado el comprador de buena fe, porque el dolo debe perjudicarle únicamente al que lo cometió, así como dijimos que no está él obligado, si ignorándolo la hubiese comprado del mismo deudor; mas el que compró con dolo malo, pero vendió al que compró de buena fe, estará obligado por todo el precio de la cosa que recibió».

– D. 42.8.10: «Lo que Lucio Ticio hizo para defraudar, sabiéndolo tú, en los bienes de que se trata, lo restituirás a ellos, si por el motivo de que se trata debe competerte la acreedor, o tener éste, acción en virtud de mi Edicto (...)». Qué significa en este contexto el elemento cognitivo («sabiéndolo tú»), es explicado en § 2: «a sabiendas» es sinónimo de «sabiéndolo tú y participando del fraude; porque si simplemente sé que uno tiene acreedores, esto no basta para sostener que alguien se obliga por la acción *in factum*, sino si es partícipe del fraude».

¹⁰ En la base de esta extensión subyace la idea de que de esta forma «lucrum extorqueatur, non damnum infligatur».

¹¹ Como ha señalado Xabier D'ORS, «el subadquirente *in scius* no puede ser demandado, lo mismo que no lo son los adquirentes inmediatos desconocedores del fraude. Ahora bien, dado que éstos sí pueden serlo cuando reciben a título lucrativo o, en todo caso, previa *causa cognitio*, debemos admitir que también lo serán del mismo modo los subadquirentes» (*op. cit.*, 164).

consecuencia revocatoria al adquirente y subadquirentes, deja de apoyarse sobre la idea de su coautoría o participación en el fraude, e implícitamente pasa a sustentarse sobre la idea de la (*in*)*oponibilidad* de la causa revocatoria a tal adquirente o subadquirente, para lo cual no es necesario el dolo o culpa grave en estos (esto es, su participación en el fraude). Basta comparar lo dispuesto en D. 42.8.10, § 2, con lo explicado por Hevia Bolaños en la *Curia Filípica*, t. II, libro 2, cap. 13, § 17: «aunque es vifto fer en fraude, el deudor que fabe que tiene acreedores, y que fus bienes no fon suficientes para pagarlos, y los enagena, fegun vn texto, Bartulo no es suficiente para fer participe de fraude el comprador de ellos, que fepa tener el vendedor acreedores, fino es que tambien fepa, que fus bienes no fon suficientes para pagarlos». Se ve que no es necesario, pues, participación en el fraude para ser sujeto de la consecuencia revocatoria: basta con conocer el efecto dañoso a los acreedores, aunque no pueda afirmarse que se es partícipe. Claramente también, la glosa gregoriana a la ley VIII, Título XV, Partida V: la revocación afecta al adquirente del deudor «*licet non constet aliter de participatione fraudis*», generalizando lo que en D. 42.8.10, § 3 se preveía como un supuesto muy excepcional.

Pero el estudio de la figura se enturbia, al seguir empleándose, a pesar del cambio de óptica, las mismas herramientas terminológicas que las empleadas en el Derecho Romano (*consilium fraudis*, *scientia fraudis*, *eventus damni*), que ya no tienen la misma función. De ahí que el desarrollo de la acción revocatoria sea paralelo al desarrollo de un sistema de presunciones que, manejando formalmente las ideas de *consilium fraudis* y *scientia fraudis*, sirven para enunciar cuándo la causa de revocación es *oponible* o no al adquirente y los subadquirentes¹². La cuestión se ve muy clara en el tratamiento que de las consecuencias de la revocación hizo la Ley Hipotecaria de 1861¹³: este texto fue el que primeramente trató de esta cuestión en los artículos 36 a 41, y el vigente artículo 37 sigue manteniendo la misma idea de base: la protección del subadquirente no depende de que reúna los requisitos del artículo 34 LH, sino de que no haya ninguna razón para que le resulte

¹² «En los cafos que fe prefume fraude en la enagenacion delos bienes, no es neceffario mas prueua del, porque por la prefumpcion que dello refulta fe prefume afsi en el dante, como en el recipiente de la cofa enagenada, por lo qual no es neceffario prouar el fraude de la que fe hazza por titulo lucratiuo de donación o legado en el dante, ni la fciencia del en el recipiente para reuocarla; pues fe prefume el fraude, como al contrario fe deue prouar el fraude no folo en el dante, fino también la fciencia del enel recipiente». Extraído de Hevia BOLAÑOS, *Labyrintho de comercio terrestres y naval, donde breve y compendiosamente se trata de la Mercancia y Contratacion de tierra y mar*, Lima, 1617, p. 515 (libro segundo, Capítulo 13, § 16).

¹³ Que en sentido amplio, puede considerarse parte del proceso codificador civil.

oponible el supuesto de hecho revocatorio, siendo de buena fe. El problema se desplaza así a una cuestión de (*in*)oponibilidad de la causa de rescisión: el papel del legislador no es determinar cuándo se puede considerar copartícipe al subadquirente, sino trazar los supuestos en que la causa de rescisión le ha de ser oponible. Sólo en este sentido se puede comprender que la adquisición onerosa de mala fe y la adquisición a título lucrativo de buena fe quedan equiparadas; y sólo en este sentido se puede también comprender la equiparación contenida en el artículo 1297 CC¹⁴, en el que, como veremos, lo que se *presume* es la *scientia fraudis* en el adquirente, lo que sólo tiene explicación como un intento de adaptar los elementos romanos de la acción revocatoria a la nueva lógica de la misma, empleando para ello un artificial expediente presuntivo¹⁵ que, al menos *de lege lata*, conduce en ocasiones a soluciones indeseables¹⁶.

En relación a la posibilidad de que los subadquirentes queden afectados por la revocación, los términos también cambian en contraste con la solución romana. Explicar la extensión de la consecuencia revocatoria en términos de coautoría o participación (concepto romano), conduce a que todo aquel que integre el supuesto de hecho fraudatorio debe soportar la revocación, y a la inversa: el que no, no debe soportarla, aunque haya adquirido de quién sí habría de soportarla.

En cambio, explicar la extensión de estos efectos en términos de oponibilidad, hace que sólo aquellos subadquirentes que integren el supuesto de hecho de inoponibilidad de la revocación, queden a salvo de la consecuencia revocatoria que sí deban soportar

¹⁴ «Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.

También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes».

¹⁵ De ahí que PUIG BRUTAU haya concluido que «tal vez sería preferible afirmar, pura y simplemente, esto es, al margen de toda presunción real o ficticia, que un deudor no puede sustraer bienes a la acción de sus acreedores a base de enajenarlos a título gratuito». Y más abajo, ante la alternativa de entender que la presunción del art. 1297 sea *iuris tantum* o *iuris et de iure*, concluye que «la solución no es muy satisfactoria y, en todo caso, la tendencia moderna señala la conveniencia de considerar rescindibles las enajenaciones a título gratuito». Fundamentos del Derecho Civil, II. Vol. 1.º, *Doctrina general del contrato*, Barcelona, 1954, 347-348.

Más modernamente, JEREZ DELGADO, Carmen, «La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio del tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28, enero-abril, 2013, § 6.

¹⁶ Así lo ha puesto de relieve, por todos, JEREZ DELGADO, cuando apunta que «no sería justo exigirle al donatario de buena fe una indemnización por el valor de la cosa si ésta se hubiera perdido o no fuera posible restituirla» («Elementos para la construcción del régimen jurídico del fraude de acreedores», *Estudios jurídicos en homenaje a José María Miguel* (coord. Luis Díez-Picazo), Pamplona, 2014. Vol. I, 1666).

los titulares anteriores en la cadena transmisiva. No es necesario que hayan participado en el hecho fraudulento, ni siquiera lo hayan conocido: basta con que no hayan integrado el supuesto de hecho normativo que conlleve para ellos la inoponibilidad de la revocación, para que su adquisición quede afectada por repercusión del eslabón anterior en la cadena transmisiva¹⁷. Pero basta con que a un subadquirente no le sea oponible la revocación, para que queden a salvo de ella los adquirentes posteriores, *salvo que sean realmente coautores*. La diferencia con el sistema romano es, pues, clara.

c) Lo que podríamos llamar último paso en la evolución de la acción revocatoria por fraude de acreedores, es concebirla como un elemento más integrante de la posición jurídica de todo acreedor, un remedio *concreto* ante una lesión *concreta* de su interés como tal acreedor¹⁸. No se trata tanto de volver a la originaria lógica del Derecho Romano (en el que el acento se ponía en la conducta del deudor y de los adquirentes y subadquirentes, como *responsables* del perjuicio causado al acreedor), sino de poner el acento en la lesión del interés del acreedor, y a partir de ahí, construir los presupuestos de la acción revocatoria en términos de ponderación de los intereses en conflicto, en buena medida prescindiendo de los tradicionales requisitos de la *scientia fraudis* o *consilium fraudis*, y sustituyéndolos por los de buena y mala fe, que no son ya presupuestos del éxito de la acción revocatoria, sino un factor a tener en cuenta para atemperar o no la posición jurídica del demandado¹⁹. En este modelo, el sistema de presunciones ya

¹⁷ El entender la revocación por fraude como un supuesto de ineficacia negocial, permite introducir en el tratamiento de la cuestión la aptitud del negocio revocado como título adquisitivo, tanto para el adquirente del deudor (de forma directa), como para los subadquirentes posteriores (por repercusión). Esta cuestión se explicita, curiosamente, no en sede de revocación, sino en sede de resolución por incumplimiento (art. 1124-3.º CC).

¹⁸ En este sentido, merece citarse la sistemática empleada por ZIMMERMANN, el cual, entre los remedios para la tutela del derecho de crédito, junto a las acciones de cumplimiento y los remedios resarcitorios, menciona también, como remedio conservativo la acción revocatoria o pauliana como un elemento más del *status* jurídico de acreedor. Véase su *Derecho de obligaciones. Estudios*, Perú, Legales ediciones, 2012, 23 (traducción de Antoni Vaquer Aloy).

¹⁹ El esfuerzo por sistematizar este punto de vista es novedoso; pero en realidad, la idea como tal no lo es. En este sentido, resulta ilustrativo un temprano trabajo de ADMETLLA Y BALSELLS, del que conviene transcribir el siguiente fragmento: «¿La ley que obliga a respetar en poder del comprador la cosa vendida en fraude, por el mero hecho de ignorarlo éste, es racional, es lógica y es justa?» (...) «¿Debe ser eficaz la venta onerosa hecha en fraude de acreedores, porque el comprador no tuvo ni conocimiento del dolo, ni se propuso lucrar con la misma? (...). Los derechos adquiridos por una persona han de estar salvos en todo caso de los actos que los demás realicen, máxima cuando por uno u otro de los extraños se trata de defraudarlos, ya que para ella todo cuanto aquéllos pueden ejecutar es *res inter alios acta*. La propiedad plena, no condicionada, y con ella el derecho, se adquiere ó se pierde en virtud de un hecho (...) independiente de la voluntad del poseedor (...) [L]o que á primera intuición parece y es absurdo, no lo

no tiene por objeto facilitar o establecer la prueba de la *scientia fraudis* o el *consilium fraudis*, innecesarias, sino esa buena o mala fe. Se consigue así un sistema revocatorio *objetivado*.

A este modelo responde la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, elaborado por la Comisión General de Codificación (2009), y el régimen de reintegración previsto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal.

En la *Propuesta de Modernización*, la figura se regula como tipo de ineficacia contractual y en este sentido continúa la sistemática del Código Civil, pero materialmente concibe la acción como un aspecto de la posición jurídica de todo acreedor. El centro en torno al que gira la regulación es la idea de *perjuicio* del acreedor, concretado en la despatrimonialización del deudor, y este hecho es suficiente para justificar la rescisión del acto causante del empobrecimiento, sin atender a la buena o mala fe del tercero adquirente. Como consecuencia de ello, el expediente presuntivo del fraude acaba relegado a supuestos muy concretos, y en todo caso, no parece que tales presunciones sirvan para identificar el *consilium fraudis* o la *scientia fraudis*, ya innecesario, sino para presumir la mala fe del adquirente como circunstancia *que agrava* la posición jurídica del adquirente en el marco de una acción por hipótesis ya posible. Como veremos, esto supone una importante diferencia con respecto a la regulación del Código Civil (art. 1297).

Por otro lado, la Propuesta de la Comisión recupera la responsabilidad del adquirente de buena fe limitada a la medida del enriquecimiento para el caso en que la cosa ya no esté en su poder, aunque se trate del adquirente inmediato del deudor²⁰.

vemos así cuando de la venta en fraude de acreedores se trata; á pesar de que en el fondo y realidad de las cosas, la misma razón existe para apreciar de igual modo uno y otro caso. El acreedor (...) es el poseedor indiscutible de un derecho, el deudor y el adquirente los terceros, que sin consultar la voluntad del primero, antes al contrario, usando, á lo menos el deudor, en la mayoría de los casos, de mil amaños para ocultarle sus torcidos planes, pretenden destruirselo, y por permisión de las leyes que estoy criticando, en efecto, se lo destruyen y anulan». Y añade a continuación: «¿Qué importa, civilmente hablando, que el comprador sepa ó no el fraude que se intenta conseguir de la venta, y que tenga ó no tenga intención de lucrarse con los efectos de la misma?». Extraído de ADMETLLA Y BALSELLS, J., «Enajenación en fraude de acreedores», *Revista Jurídica de Cataluña*. Tomo tercero, 1897, 632 y ss.

²⁰ Con todo, el tratamiento del enriquecimiento como medida de la consecuencia revocatoria al adquirente o subadquirente de buena fe, plantea dudas en relación al momento en que medir ese enriquecimiento; porque parece que la regulación de la *Propuesta* considera para ello momentos distintos según el supuesto concreto.

En D. 42.8.6, 11, se recoge la opinión de ULPIANO conforme a la cual, los donatarios de buena fe están expuestos a dar «todo aquello en que se hicieron más ricos, y no por más». La norma es oscura, puesto que no identifica cuáles puedan ser las causas del enriquecimiento. Tales pueden ser la obtención de frutos, o la venta y obtención de precio; pero también podría ser la misma obtención de la cosa por la donación, en cuyo caso el enriquecimiento viene calculado por el valor de la cosa misma. En este caso, si el donatario de buena fe no puede devolver la cosa porque se perdió, decir que responde por el enriqueci-

Finalmente, en relación a la posición jurídica de los subadquirientes, este nuevo modelo es compatible con el actual, articulado sobre la (in)oponibilidad de la revocación a aquéllos. En otras palabras: no sólo la hipotética aprobación de esta *Propuesta* no exige una modificación del artículo 37 LH, sino que tampoco hay razón que lo aconsejara, pues sigue ofreciendo una ponderación adecuada a los intereses implicados²¹.

III. IDEAS FUNDAMENTALES PREVIAS PARA UN INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN DE LA ACCIÓN REVOCATORIA POR FRAUDE DE ACREEDORES

Un intento de reconstrucción de la acción revocatoria o pauliana, pasa por detenerse en tres ideas fundamentales:

- a) El verdadero sentido de la rescisión como categoría jurídica.
- b) Directamente relacionado con lo anterior, lo parcial y lo inadecuado de estudiar la revocación (acción pauliana) como un tipo de rescisión contractual.
- c) La reubicación de la revocación como elemento integrante de la posición jurídica de todo acreedor, independientemente de la fuente de su derecho de crédito, e independientemente de que el menoscabo patrimonial tenga o no origen contractual inmediato.

miento, y ubicar el enriquecimiento en la donación misma, es hacerle al donatario un flaco favor en el contexto de una norma que parece prevista en su favor.

En el Derecho de Partidas, la cuestión es más oscura si cabe. En la Ley VIII, Título XV, Partida V, al referirse al supuesto en que el adquirente del deudor fraudador es un huérfano, se prevé que éste no será obligado a restituir si a su vez no le restituyen lo que él había pagado: y es en este punto en el que Gregorio LÓPEZ explica que, «así pues, [el huérfano] tan sólo quedará obligado en cuanto se haya hecho más rico». En otras palabras: el enriquecimiento se localiza (y por ello se calcula) en el momento de la adquisición misma de la cosa donada.

La cuestión me parece que no queda resuelta en la *Propuesta*, a pesar de sus claras intenciones. En su artículo 1314 se prevé que el adquirente de buena fe «responderá del perjuicio causado sólo en cuanto se haya enriquecido»; como norma que se dicta en beneficio del adquirente de buena fe, resultaría inverosímil que si el donatario pierde la cosa, deba responder por su enriquecimiento calculado en el momento de adquirir el bien donado. Sin embargo, en el art. 1310.2, al contemplar el supuesto de enajenación onerosa en la que, «en detrimento del patrimonio del deudor, haya un notable y manifiesto desequilibrio entre el valor de las prestaciones», se prevé como consecuencia que «serán tenidas por gratuitas en la medida del enriquecimiento del otro contratante»: es decir, la diferencia entre el precio pagado y el valor de la cosa es la medida del *enriquecimiento* aun cuando este adquirente pudiera ser de buena fe.

Para evitar problemas interpretativos, pudiera ser una alternativa referirse, de forma paralela a como se pronuncia el art. 1304 CC: enriquecimiento *con la cosa* o *con el precio recibido por ella*.

²¹ Para mayor detalle sobre estas cuestiones, *vid. infra* III.4.

1. LA RESCISIÓN COMO CATEGORÍA JURÍDICA

La rescisión negocial como categoría jurídica, es la única que se refiere exclusivamente a la (in)eficacia del negocio en sentido estricto, esto es, al fin empírico pretendido por las partes; lo que Scognamiglio llamaba «eficacia final» del negocio.

En opinión de Scognamiglio, el mero hecho de que el negocio jurídico haya surgido para el Ordenamiento, es ya un *efecto*: el negocio es un efecto en sí mismo, que es a su vez antecedente de los efectos empíricos *pretendidos* por las partes (eficacia «final» del negocio)²². Que el negocio exista como fenómeno jurídico, depende de que se haya realizado el supuesto de hecho al que el Ordenamiento anuda como consecuencia el surgimiento del negocio, de modo que la no realización de ese supuesto, o su realización *imperfecta*, determina la *no existencia* del negocio, o su *invalidéz*. Las categorías de inexistencia, nulidad y de anulabilidad del contrato son las que responden a esta idea. Por ello, afirmar que las categorías de inexistencia, nulidad y anulabilidad son categorías de ineficacia de los negocios, no deja de ser correcto; pero tampoco añade realmente nada a lo que ya implica su eliminación, o su no consideración, como fenómeno jurídico, y por tanto, su negación como potencial fuente de eficacia²³.

Por otro lado, la *ineficacia* propiamente dicha *presupone* la *existencia* del negocio como fenómeno jurídico, y se refiere exclusivamente a la finalidad empírica pretendida por las partes, es decir, a la eficacia «final» del mismo²⁴: dicha eficacia final queda eliminada como mecanismo de tutela de unos intereses previamente

²² En opinión de SCOGNAMIGLIO, «puede hablarse (...) de una doble eficacia del negocio, o mejor aún, de un doble significado en el cual es asumida la expresión (...). [H]ay que separar, por un lado, el efecto que coincide en el plano dinámico con la existencia del negocio, el cual, al ser válido para identificar dicha figura, puede llamarse “negocial” (en sentido estricto); y por otro lado, los efectos que corresponde a las disposiciones de las partes, los cuales, al permitir realizar en el plano del derecho la función práctica del negocio, pueden llamarse “finales”» (*Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Lima, 2004, § 113).

²³ Como señaló el citado autor, «con la realización del negocio jurídico se produce (...) una modificación en el mundo del derecho, y por lo tanto, un efecto que, a primera vista, puede identificarse como sigue: la existencia, ni más ni menos, del negocio jurídico, que antes no estaba presente (y he aquí la modificación de la relación jurídica) (...). [E]l efecto que deriva inmediatamente y necesariamente del negocio no es el efecto final (que puede producirse o estar ausente), sino, a primera vista, el que acabamos de ver, es decir, la existencia misma del negocio, entendido como situación efectual, la cual, según la relación de causalidad, es sin duda consecuencia de él» (*Contribución a la teoría del negocio jurídico*, § 114).

²⁴ De nuevo siguiendo al referido autor italiano, «la ineficacia (...) sólo ataca los efectos finales. De hecho, tales efectos constituyen una materia autónoma en materia de negocio, cuya relevancia ellos suponen: (...) corresponden al momento funcional del negocio, y realizan, justamente, las finalidades de los particulares. Así se explica por qué la ineficacia constituye (...) una noción autónoma, consistente en la falta de realización (...) de la función del negocio jurídico (porque no se producen los efectos finales)» (*op. cit.*, § 165).

tipificados que justifican esa solución. A este esquema responde la institución de la *rescisión*.

Los problemas de delimitación con la rescisión se plantean en un doble orden de ideas: en primer lugar, y en un sentido más general, porque los requisitos constitutivos del negocio jurídico no dejan de ser «convencionalismo jurídico» (de manera que la distinción entre nulidad y rescindibilidad depende de una opción legislativa)²⁵ ²⁶. Y en segundo lugar, y en un sentido más concreto, desde el momento en que la nulidad se pone al servicio de una sola de las partes, en consideración a sus intereses, legitimándola sólo a ella para decidir acerca de la *validez misma del negocio jurídico* –la nulidad relativa o anulabilidad–, en un plazo de tiempo concreto –plazo de caducidad– y permitiéndole sólo a ella la *convalidación* del negocio. A efectos prácticos, esta idea se acerca mucho a la rescisión, pues en ésta hay igualmente posibilidad de convalidación, sometimiento de la acción a un plazo, y legitimación exclusivamente para ello sólo en favor del titular del interés perjudicado.

Sin embargo, hay importantes diferencias, que impiden estudiar conjuntamente los efectos de la nulidad / anulabilidad, por un lado, y de la rescisión, por otro: la nulidad / anulabilidad atacan a la validez del negocio, y niegan su realidad en el mundo jurídico; la rescisión, por el contrario, no niega el contrato como realidad, sino su eficacia, para salvaguardar los intereses que justifican la rescisión. De aquí se derivan las consecuencias prácticas de una y otra categoría, respecto a las prestaciones hasta ese momento realizadas, e incluso de las aún no cumplidas: la nulidad / anulabilidad niega el título causalmente justificativo de las prestaciones realizadas²⁷, de

²⁵ Así, como señalara Díez-PICAZO recogiendo la doctrina de DE CASTRO, en relación a la rescisión por lesión, «no puede dudarse de la existencia de una tara objetiva en los contratos rescindibles, pues el contrato celebrado con lesión *ultra dimidium* no ofrece la nota de reciprocidad de intereses propios del contrato oneroso» (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, *Introducción. Teoría del contrato*. Madrid, 2007, 616).

Esta idea la confirma, tal vez, una disposición como la prevista en el art. 4:105 PECL, difícilmente justificable desde los esquemas conceptuales del Código Civil español.

²⁶ Como señalaron Álvaro D'ORS («Varia romana», *Anuario de Historia del Derecho*, t. XX, 1950) y PUIG BRUTAU, la categoría de la rescisión supone, en términos de política legislativa, la generalización de lo que tuvo un origen casuístico y heterogéneo; en frase muy ilustrativa de D'ORS, «la doctrina del Derecho Común simplificó demasiado las cosas al huir del casuismo para caer en el “regulismo”» (*op. cit.*, 778). Hasta el punto que, seguramente, la rescisión, como categoría jurídica, permite ser contemplada desde un punto de vista «negativo», como señaló PUIG BRUTAU, «[l]a rescisión presupone un contrato válidamente celebrado, o como tal vez sería preferible decir, en términos de mayor realismo, presupone que el contrato es inatacable a base de las causas agrupadas bajo los conceptos de nulidad y anulabilidad» (*op. cit.*, 341).

²⁷ Por todos, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: «una vez anulado el negocio en méritos de la impugnación competente a una de las partes, aquél se considera nulo o inexistente» (Notas a ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Vol. 2.º, 2.º parte. Barcelona, 1981, 764).

modo que es perfectamente lógica la idea de *retornar* al estado anterior (con la excepción de lo previsto en los artículos 1305 y 1306), y además la inexigibilidad de las prestaciones aún no cumplidas (aun en los casos de los artículos 1305 y 1306). En cambio, en el supuesto de rescisión, no se niega el negocio como *título justificativo-atributivo* de las prestaciones (en su caso, título-*causa* remota de la adquisición del dominio), ni se niega, por el solo hecho de que el negocio sea rescindible, que las prestaciones aún no ejecutadas puedan seguir siendo exigidas por su acreedor (el negocio sigue siendo fuente de derechos y obligaciones); lo único que sucede es que el conflicto que existe entre el interés que no está típicamente salvaguardado por las normas reguladoras de la génesis contractual (constitutiva del contrato)²⁸, por un lado, y el interés que las partes puedan tener en que el contrato despliegue la totalidad de lo que antes hemos llamado «eficacia final» del contrato, se dirime en favor del primer interés, con sacrificio de lo segundo. Pero la rescisión no ataca el título-negocio de manera directa, negando sus elementos constitutivos, sino sólo indirectamente, en lo que podríamos llamar gráficamente en un viaje de «ida y vuelta»: el negocio es genéticamente válido y perfecto; ello *a priori* permite su eficacia; su eficacia supone un conflicto con otros intereses dignos de protección; y es por ello por lo que se permite el viaje *de vuelta* para atacar al título-negocio, *rescindiéndolo*.

Se explica así, que la intensidad de la ineficacia que implica la rescisión, sólo está justificada en la medida necesaria para la salvaguarda del interés en cuestión, y no más. De ahí que se admita sin dificultades la posibilidad de evitar las consecuencias rescisorias, si el demandado paga o compensa por el perjuicio sufrido²⁹.

Por cercanas que puedan parecer anulabilidad y rescisión, ambas funcionan «al revés» en cuanto a la justificación del efecto restitutorio: la causa de la anulación deja inoperante al título que se pretendía justificativo de las prestaciones ejecutadas o por ejecutar: aquí la restitución es, pues, una *consecuencia* de la anulación. Sin embargo, la rescisión como categoría es una figura, tal vez excesivamente, simplificadora (o simplificada) en la que se difumina el orden causa-consecuencia: un concreto resultado es indeseable por

²⁸ Así, el hecho de que una cosa sea «litigiosa» no la convierte en un objeto ilícito o en una *res extracommercium* a efectos del art. 1271; ni el hecho de que el representante del menor o del ausente haya celebrado por cuenta de estos un contrato que les suponga un perjuicio superior a la cuarta parte del valor, no supone causa ilícita.

²⁹ En la doctrina, véase, por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, III, *Derecho de obligaciones*. Madrid, 1978, 287. Como antecedente legislativo, véase el artículo 1171 del Proyecto de Código Civil de 1851.

el Ordenamiento jurídico, y este resultado como tal (tenga origen contractual o no), en sí mismo, es lo que el Ordenamiento pretende evitar. La *restitución* típica de la *rescisión contractual* no es la consecuencia de la rescisión del contrato, sino su causa: una vez operada la restitución, que es el mecanismo legalmente tipificado (aunque no exclusivo) para deshacer el perjuicio indeseado por el Derecho, el contrato (causa justificativa de esas prestaciones) se *rescinde*, porque ya no ofrece ninguna utilidad *a partir de ese momento*³⁰.

Identificar la consecuencia (inmediata) restitutoria como mecanismo de protección de los intereses del sujeto protegido, por un lado, con la destrucción del contrato origen de las prestaciones que hay que restituir, por otra, es un mecanismo simplificador que aproxima a la categoría de la rescisión a los esquemas, seguramente más familiares, de la nulidad y de la anulabilidad, aunque funcionan justo «al revés» en el orden causa-consecuencia.

Me parece que una buena muestra de esta forma de comprender la rescisión se encuentra en el artículo 1171 del Proyecto de Código de 1851: «El efecto de la restitución es el de *rescindir el contrato* o el de indemnizar al perjudicado del daño que hubiere sufrido (...)». El que esta disposición estuviera prevista en sede de rescisión *por lesión* no impide confirmar cuál era la idea que de rescisión se manejaba, y en especial, su diferencia institucional respecto de la nulidad (también de la «relativa»). Por lo que se refiere al Derecho vigente anterior al Código, la Ley Hipotecaria de 1861 (que puede considerarse una segregación del proceso codificador civil, y en buena medida, parte de él –cfr. art. 608 CC–) también se refería, nominalmente, a la *restitutio in integrum* como institución orientada a la protección de determinados intereses; y que se mantuvo, al menos, hasta 1879-1880³¹, que fueron los años en que se aprobó y se previó la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria para la isla de Cuba, en cuyo artículo 46.6.º se seguía haciendo referencia al remedio de la *restitutio in integrum* como remedio en sí mismo. Es ya con el Anteproyecto de 1882-1885 cuando el remedio de la *restitutio in integrum* desaparece como tal, absorbida por la figura omnicompreensiva de la «rescisión del contrato»³².

En el Derecho comparado, en época cercana a la redacción del Proyecto de 1851, resulta especialmente ilustrativo en esta línea el

³⁰ Por eso se admite, y no hay problema en admitirlo, que el que habría de soportar la restitución, puede evitarla si compensa al sujeto perjudicado por el daño que éste sufre; de esta forma, evita la restitución, y con ello, también la *rescisión* del contrato.

³¹ Sabemos por GÓMEZ DE LA SERNA que el problema que planteaba la codificación de la *restitutio in integrum* tenía relación con su compaginación con el Derecho aragonés, que la rechazaba por completo (véase *Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*, Madrid, 1862. t. I, 668).

³² Lo que, por cierto, no impidió una disposición como la del artículo 1306 de dicho Anteproyecto.

Código Civil federal mejicano, del año 1871, en el que la *restitutio in integrum* se regulaba como un medio *ad hoc* en el Título XI del Libro primero (arts. 679 y ss.); y allí, después de preverse que la restitución obliga a la reposición de las prestaciones ejecutadas, el artículo 683 dispone que «el efecto de la restitución es rescindir el contrato ó indemnizar al que ha sufrido el daño (...)». Más adelante, al regular la rescisión de las obligaciones (título V, Libro III) reitera el mismo modo de comprender la cuestión cuando el artículo 1775 dispone que «la rescisión que procede por causa de restitución in integrum, se rige por lo dispuesto en el Título 11.º del Libro 1.º (...)».

2. LO PARCIAL Y LO INADECUADO DE ESTUDIAR LA REVOCACIÓN (ACCIÓN PAULIANA) COMO UN TIPO DE RESCISIÓN CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL. REVOCACIÓN Y ARTÍCULO 1295 DEL CC

2.1 Lo parcial

El análisis de la acción revocatoria como un tipo de ineficacia contractual (rescisión), supone también un desenfoque en lo que se refiere al verdadero objeto de la acción revocatoria, y por ello, de la revocación misma: no es la adquisición por un tercero, cuanto la pérdida patrimonial que padece el deudor en perjuicio de los acreedores legitimados de revocación. Es innegable que la pérdida de un elemento patrimonial por parte del deudor generalmente es *consecuencia* de una correlativa adquisición por un tercero de ese elemento, siendo esta adquisición la causa de ello. Pero esto no es siempre así, ni por tanto justifica el estudio de la acción revocatoria exclusivamente desde estos esquemas. La revocación por fraude «ataca» la pérdida patrimonial sufrida por el deudor, como un resultado jurídico en sí mismo considerado³³ independientemente de que, además, conlleve o no una correlativa y causalmente enlazada adquisición por un tercero, y por ello, independientemente de que esa pérdida patrimonial tenga causa negocial. Porque no sólo las pérdidas patrimoniales que implican una correlativa adquisición son rescindibles por fraude: también las que no lo implican, por escasos que en la práctica puedan resultar estos supuestos³⁴.

³³ Llama la atención que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, aunque regula la revocación en sede de rescisión del contrato, evita, en la regulación general de la figura, referirse sólo al «contrato» fraudulento, y procura emplear el término más amplio de «acto jurídico» —cfr., especialmente, art. 1310 de la Propuesta—.

³⁴ Por ejemplo: el acto de abandono de un inmueble debe entenderse susceptible de rescisión pauliana (y así lo era en el Derecho Romano, en opinión de GAYO recogida en D. 42.8.5). La conversión *ex lege* del inmueble en un bien patrimonial del Estado, no puede

El objeto de la revocación es la pérdida patrimonial operada en el patrimonio del deudor, conlleve o no una correlativa adquisición por un tercero, producida por un *acto o negocio jurídico*, pues sólo los actos o negocios son susceptibles de revocación³⁵; pero no hay ninguna razón para limitar el juego del mecanismo revocatorio a sólo los empobrecimientos derivados de un *negocio jurídico*³⁶.

Cuando el empobrecimiento que justifica la acción pauliana se produce *porque* otro adquirió, no es posible atacar ese empobrecimiento sin afectar la adquisición recibida por el tercero: no hay forma lógica de revocar si no es haciendo que este adquirente padezca también sus consecuencias (y sin perjuicio de que pueda repetir de su transmitente –si tiene sobre lo que repetir–).

2.2 Lo inadecuado

No se puede comprender definitivamente el efecto restitutorio de la rescisión por fraude, sin tener una idea lo más completa posible (y probable) de cómo se comprendía en la época codificadora la llamada acción pauliana, y en especial, la Ley 6, Título VI, Libro 4, de la Instituta justiniana, que está en la base del artículo 1181 del Proyecto de Código de 1851 y que, a través de él, está en la base también de la obligación restitutoria de la rescisión en el vigente Código (art. 1295 CC).

A modo ilustrativo:

– J. Sala, al estudiar la naturaleza de la acción pauliana, comentando I. 4.6.6, llegó a la conclusión de que la acción del texto justiniano no podía ser una acción real, sino personal: los acreedores no reivindicaban ni pretenden una cosa suya, sino que la cosa permanece entre los bienes del deudor, «*sic enim hic agunt creditores, quasi revera res numquam tradita sit*»³⁷ (de este modo, en efecto

impedir que, si esa salida patrimonial perjudica a los acreedores –se trataría, de hecho, de un perjuicio equiparable al que hubieran sufrido si el inmueble hubiese sido donado–, dicho inmueble sea susceptible de agresión patrimonial por los acreedores victoriosos de revocación.

³⁵ Los hechos que, aunque provoquen una pérdida de solvencia en el deudor, no son susceptibles de revocación, aunque patrimonialmente puedan suponer un daño similar al que les genera, por ejemplo, una donación fraudulenta. Supongamos que un sujeto, deudor de otros, causa daños a terceros (con o sin finalidad de defraudar a sus acreedores), o sencillamente destruye o daña los bienes de que es propietario.

³⁶ Lo ponía de manifiesto GARCÍA GOYENA al comentar el artículo 1176 del Proyecto de 1851, el cual preveía que «las enagenaciones otorgadas por un deudor en fraude y con perjuicio de sus acreedores, deben ser rescindidas á instancia de estos en los términos que se espresan en los artículos siguientes». Al explicar qué había que entender por «enajenación» a estos efectos, el referido autor explicaba: «De estas ninguna queda exceptuada, inclusa la remisión de la deuda y hasta el arriendo hecho á bajo precio en fraude de los acreedores» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852. t. III, 188).

³⁷ SALA, Juan, *Institutiones romano-hispanae: ad usum tironum hispanorum ordinatae*. Valentiae, 1808. t. II, 379.

ésta [la acción pauliana] funciona [se mueve] para los acreedores, como si realmente la cosa nunca fue entregada. Traducción propia].

– Gómez de la Serna entendía que la acción prevista en I. 4.6.6 era una acción *real*, y además, distinta de la que el Digesto regulaba en el Libro 42, Título VIII. Y en su opinión era una acción real, porque se daba contra cualquier poseedor³⁸.

– Para García Goyena, tanto la acción de I. 4.6.6 como la de D. 42.8 era la misma: la acción pauliana. Lo pondría de manifiesto que, en los comentarios a los artículos 1176 y ss. del Proyecto de 1851, cita indistintamente ambas fuentes romanas. Y concluye que, en el nuevo Derecho Civil, importa poco si en el Derecho Romano la acción era personal o real, «no habiendo duda sobre cuándo y contra quiénes se da, y cuáles son sus efectos»³⁹.

– Finalmente, estudios más recientes sobre la rescisión por fraude de acreedores en el Derecho Romano, como el de Xabier D'Ors, concluyen que I. 4.6.6 es la traducción en términos de acción, de los *interdictos* restitutorios de D. 42.8, ya convertidos en una única acción. En opinión de este autor, «el *restituere* clásico [que, por ejemplo, se emplea en D. 42.8.10,22] desborda (...) el sentido actual de restituir, devolver, etc. No se trata, pues, de «devolver» la cosa enajenada, sino de hacer que el patrimonio del *fraudator* vuelva a la situación que tenía antes del acto fraudulento. Este sentido del *restitutus* (...) es precisamente lo que hace posible que, por un lado, se ordene restituir a favor de quien, como el curador, nunca había poseído, y, por otro, que quepa demandar a quien, sin ser poseedor, puede producir el efecto restitutorio de la situación patrimonial anterior»⁴⁰.

En el Derecho Castellano, la acción revocatoria por fraude se entendía como acción personal⁴¹, sin que el acreedor debiera ofrecer, para obtener la revocación, la devolución del precio pagado a aquel que sufre dicha revocación⁴², salvo una excepción: que el que sufre la revocación fuese menor, o, como se dice en Partidas 5.15.7, fuese huérfano, porque en este caso, «efte atal nõ feria tenuto de la tornar fi no le dieffen lo que auia dada por ella, maguer le prouafffen que era fabidor del engaño».

³⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. *Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español*. Madrid, 1869. t. II, 562.

³⁹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, 1852, 188.

⁴⁰ D'ORS, Xabier, *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano clásico*. Roma-Madrid, C. S. I. C., 1974, 84.

⁴¹ HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia filípica*, Madrid, 1722, Libro 2, Cap. 13, §§ 11 ss.

⁴² *Op. cit.*, § 23, p. 155.

No parece que la intención del codificador fuese algo distinto que recoger y admitir la doctrina de lo que, en la época de redacción del Código, se entendía que debía ser la revocación pauliana, y sus efectos, sin que haya rastro de introducción de novedades en este sentido⁴³, más allá de la literalidad de lo dispuesto en el artículo 1295 del Código⁴⁴.

La rescisión, como categoría comprensiva de la solución a un conjunto heterogéneo de resultados indeseados por el Ordenamiento, invirtió la relación causa-consecuencia: la reparación que antes se obtenía a través de la restitución o de la inoponibilidad de la enajenación, sin tener que fundamentarla en más que el perjuicio padecido, el Código lo traduce a una categoría general-contractual, de manera que el interés que antes justificaba la restitución *per se*, o la medida de protección correspondiente, en el régimen codificado es motivo de rescisión, y es la rescisión la que es la causa de la restitución (artículo 1295 CC). El artículo 1295 CC es un intento imperfecto, por excesivamente simplificador, de reducir a una sola consecuencia la totalidad de las causas que dan lugar a la rescisión, olvidando, *al redactar ese artículo 1295*, que no todas las causas de rescisión se adaptan a esa solución, como sucede con la revocación pauliana⁴⁵.

Resalto la expresión «*al redactar ese artículo 1295*», porque el Codificador no lo olvidó del todo, ni durante los trabajos preparatorios del Código, ni en la versión finalmente aprobada del Código:

a) Lo primero, porque el antecedente del artículo 1295 es el artículo 1181 del Proyecto de 1851 (que era, en sede de rescisión por fraude, el equivalente al artículo 1172 del Proyecto pensado para el resto de causas de rescisión; cfr. también las notas de concordancia del artículo 1308 del Anteproyecto de 1882-1885, prácticamente idéntico al actual artículo 1295); y García Goyena, al

⁴³ Siguiendo, probablemente, la línea que siguió también el Derecho francés. Así, GAUDAMET consideraba que no sólo el Code, en su artículo 1167 recogió la figura de la acción pauliana, sino que, además, para edificar su teoría, era «necesario remontarse a las fuentes romanas» (*Teoría general de las obligaciones*, *op. cit.*, 432). Y concluyó que la acción tiene una naturaleza jurídica «intermedia entre las acciones de indemnización para la reparación de un daño, y las acciones de nulidad. Se asemeja a éstas, en que lleva a que una restitución en especie; a la de reparación del daño en que no lleva a la desaparición completa del acto, sino que obra tan sólo en la medida en que lo exige el interés del acreedor defraudado. Es una especie de anulación relativa, una acción de inoponibilidad» (*op. cit.*, 433).

⁴⁴ Además, no se olvide lo dispuesto, a mayor abundamiento, en la Base primera de la Ley de Bases de 1888.

⁴⁵ Así, en la Propuesta realizada por los profesores BOSCH, POZO y VAQUER, que recogen en lo esencial la acción revocatoria tal y como tradicionalmente se ha venido entendiendo, niegan que el contrato se rescinda, «sino que el contrato sigue vigente» (*op. cit.*, 215). Una crítica al excesivo reduccionismo de la rescisión en el art. 1295, en GIMÉNEZ ARNAU, «La acción pauliana y la Ley Hipotecaria», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VII, 1953, 214-215.

redactar aquel artículo 1181 del Proyecto isabelino, tenía muy presente lo dispuesto en la Instituta justiniana, 4.6.6., como demuestra la lectura de sus comentarios.

b) Lo segundo, por lo dispuesto en el artículo 643 CC en sede de donaciones, que como señaló Álvaro D'Ors, supuso una «hábil sutura (...) que hace responsable a los donatarios de las deudas del donante *fraudator*»⁴⁶.

3. LA REVOCACIÓN COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL *STATUS* JURÍDICO DE TODO ACREEDOR

En un sistema jurídico en el que la revocación por fraude de acreedores se concibe como un elemento más del *status* de acreedor, y no como un tipo de ineficacia contractual, el centro de gravedad de lo que haya de ser la posición jurídica del tercero adquirente, no sólo es que cambie, sino que *se invierte*. Porque cuando la revocación pauliana es un (mero) tipo de ineficacia contractual, sí es lógico partir de que, por regla general, el contrato debe entenderse eficaz *salvo que concurra alguna circunstancia que lo haga merecedor de ineficacia*; pero cuando el remedio pauliano se reubica como un elemento configurador del *status* jurídico de todo acreedor, y se concibe como un mecanismo protector del mismo, el punto de partida regulativo respecto a la posición jurídica del adquirente (tercero) pasa a ser radicalmente distinto: ya no es que el tercero adquirente del deudor haya celebrado un contrato (y de ahí derive una adquisición) que hay que mantener *salvo* que concurren determinadas circunstancias, sino que ahora el punto de partida es que el acreedor perjudicado por la enajenación debe ser protegido por el mecanismo revocatorio, *salvo que en la adquisición por el tercero concurren especiales circunstancias (es decir, no ordinarias) que lo hagan merecedor de una especial protección, no obstante el perjuicio sufrido por el acreedor*. En otras palabras: el tercero adquirente no debe ser un adquirente *normal y corriente*, porque al adquirente *normal y corriente* le debe afectar la consecuencia revocatoria: debe concurrir en él un *plus* que lo haga especial merecedor de una protección que de otro modo no tendría, sin tener que llegar a justificar en un reproche culpabilístico, doloso, o cognoscitivo, el padecimiento de esos efectos. Y en último extremo, al adquirente no le protege completamente su buena fe, que a lo sumo sólo puede atemperar su posición, pero no impedir que deba soportar la revocación.

⁴⁶ «Varia Romana», en *Anuario de Historia del Derecho*, t. XX, 1950, 777.

4. LOS SUBADQUIRENTES, REVOCACIÓN Y RESCISIÓN

En un sistema en el que la revocación se entiende como un tipo de ineficacia contractual (como tipo de rescisión) y en el que hay necesidad de articular sobre elementos subjetivos la oponibilidad de la causa de rescisión al adquirente para justificar que éste deba soportar las consecuencias rescisorias, se tiende a afirmar que la cadena de (sub)transmisiones está expuesta a la rescisión en la misma medida, y por las mismas razones, que lo pudiera estar el adquirente inmediato. Colin y Capitant afirmaban que la acción pauliana «sólo puede alcanzar al segundo adquirente cuando cae personalmente bajo la persecución del deudor, ya porque haya adquirido él también a título lucrativo, ya porque, aunque sea adquirente a título oneroso, haya tenido conocimiento del fraude cometido contra el acreedor»⁴⁷. La idea parece sugerente, y de aparente lógica formal. En la misma línea, Mazeaud (Henry, León, Jean) y Chabas⁴⁸.

Sin embargo, en realidad esta forma de razonar introduce una cierta contradicción valorativa, y encubre una verdadera objetivación de los requisitos de la acción pauliana (por mucho que se la quiera revestir de culpabilidad) aunque seguramente en un lugar inapropiado. Porque la idea conforme a la cual, el adquirente a título lucrativo de un deudor, cuando esa enajenación a título lucrativo supone para los acreedores del enajenante un perjuicio en la solvencia de éste, debe soportar las consecuencias de la rescisión porque no puede ignorar que la enajenación supone al enajenante un *perjuicio neto* (y por ello, el daño que ello supone a los acreedores resulta oponible al adquirente), *no vale* para justificar automáticamente la extensión de la consecuencia revocatoria a otro subadquirente también a título lucrativo, que puede perfectamente desconocer, incluso, que su propio transmitente adquirió a título lucrativo, y con ello, la identidad siquiera de dicho transmitente remoto. Lo que no se puede pretender es que una hipotética presunción de *scientia fraudis* en el primer adquirente a título gratuito, se extienda también sobre los subadquirentes: o se prescinde definitivamente del empleo de la lógica presuntiva, o si se mantiene, la

⁴⁷ COLIN, A., CAPITANT, H.. *Curso elemental de Derecho Civil* (traducción de la última edición francesa por Demófilo De Buen), 1923. t. III, *Teoría general de las obligaciones*, 95.

⁴⁸ «Lorsque le premier acquéreur n'était pas exposé aux poursuites (il avait acquis à titre gratuit, ou il était complice de la fraude), il faut, pour savoir si l'action peut être intentée contre le sous-acquéreur, tenir compte de la situation personnelle de celui-ci; or recherchera les conditions dans lesquelles il a lui-même acquis: pour que l'action puisse réussir contre lui, il faudra qu'il ait acquis à titre gratuit, ou que, ayant acquis à titre onéreux, il ait été complice de la fraude» (*Droit Civil. III Obligations*, 1998, p. 1066 –§ 997–).

presunción debe jugar donde *lógicamente* tiene sentido (donde la presunción es concebible como medio de prueba), y es en cada una de las transmisiones en particular en sí y por sí.

De esta forma se entiende bien que, en presencia de subadquirentes, los términos del debate cambian. Y ello porque el acto o negocio a través del cual el subadquirente adquiere, no es el que produce el perjuicio de los acreedores: ese acto o negocio por el que adquiere el subadquirente no es, en sí mismo, revocable, porque no supone ni materializa el empobrecimiento del deudor que justifica el ejercicio de la acción⁴⁹. Por ello, no existe una verdadera razón de necesidad (de lógica jurídica) por la que tener que someter los efectos de la revocación sobre los subadquirentes a los mismos presupuestos que para hacerla triunfar sobre el adquirente que podemos llamar «inmediato». O expresado de otra forma: para que un subadquirente deba padecer las consecuencias revocatorias en una cadena de transmisiones, debe haber buenas razones que, valorativamente, aconsejen esta extensión de las consecuencias revocatorias que, de otro modo, sólo se hubiesen podido localizar en el primer adquirente. Tales buenas razones puede ser, por ejemplo, que la subadquisición sea un elemento de una compleja operación fraudulenta, o que la cadena de subtransmisiones se haya producido a título lucrativo (por donaciones). Fuera de estos casos, la posterior transmisión no tiene por qué quedar expuesta a la revocación de la misma forma que en la que se localiza el perjuicio pauliano⁵⁰.

Por ello, en un Sistema en el que la revocación se analiza como un mecanismo de protección de los acreedores, y no como un tipo de ineficacia contractual, intentar deducir los requisitos que deben concurrir en el adquirente inmediato a través de los requisitos que deben concurrir en el subadquirente para que se extiendan a él también las consecuencias de la revocación, es un error metodológico.

En el proceso codificador civil (en sentido amplio, incluyendo aquí la legislación hipotecaria también), no sólo no se intentó hacer iguales los requisitos que debía reunir el adquirente y los subadqui-

⁴⁹ Pensemos, volviendo al ejemplo propuesto más arriba, que el deudor enajena un bien inmueble a un sujeto, perjudicando así a sus propios acreedores. Posteriormente, es ese adquirente el que abandona el inmueble, que pasa a ser bien patrimonial del Estado.

⁵⁰ El esquema de razonamiento conforme al cual el subadquirente está expuesto a la revocación sólo si en él se reproducen las mismas circunstancias que en el adquirente inmediato, lleva a resultados coherentes en un Sistema en el que la revocación se concibe como un tipo de ineficacia contractual, y en el que, por lo dicho, el éxito de la revocación depende de que en el adquirente concurren circunstancias intelectivas o volitivas respecto del perjuicio a los acreedores: no habría ninguna razón para exponer, el contrato del subadquirente, a revocación más fácilmente que al contrato del adquirente inmediato.

Pero en un Sistema en el que el mecanismo revocatorio (pauliano) no depende más de que se lesionen los intereses legítimos del acreedor demandante, la lógica de la expansión de la revocación a los subadquirentes es muy distinta.

rentes para justificar la extensión de la consecuencia revocatoria, sino que se partía, probablemente, de que no habrían de ser los mismos. La Ley Hipotecaria de 1861 disponía en sus artículos 36 y 37 un contenido similar al artículo 37 actual; y en su artículo 41 el texto de 1861 enumeraba unas circunstancias en las que había que considerar al poseedor del inmueble o derecho real «cómplice en el fraude» a efectos del artículo 37. De estas circunstancias, tal vez la de interpretación más problemática sea la del ordinal segundo, que señalaba que hay que considerar que hay fraude cuando el poseedor «hubiere adquirido su derecho bien inmediatamente del deudor, bien de otro poseedor posterior (...)». A pesar de la terminología empleada por el primer Legislador hipotecario, un comentarista tan autorizado como lo era Gómez de la Serna explicaba este pasaje legal de la siguiente forma: «es decir, como adquirente inmediato á aquel á quien el deudor enagenó la cosa, porque en otro caso no sería tercero»⁵¹.

Por todo lo anterior, se comprende así que el que es parte en el acto o contrato que es objeto de rescisión, siempre podrá ser afectado por la misma, independientemente de su buena o mala fe. Sin embargo, el tercero que es protegido frente a los efectos de la sobrevenida desaparición de un eslabón en la cadena de transmisiones, salvo casos excepcionales (que sea un adquirente a título gratuito, o haya adquirido de mala fe), es el *subadquirente*, no el que adquiere del deudor⁵². Lo demuestra seguramente que el artículo 37 LH, ya desde su primera redacción de 1861, se preocupaba sólo de la protección del que, en la rescisión por fraude, fuese un subadquirente respecto del acto o contrato revocable: el precepto se refería a la segunda enajenación hecha a título gratuito (aquí, pues, no hay duda), y a que «el tercero haya sido cómplice en el fraude» (aquí, aunque no se habla de subadquirente, los comentaristas de la época lo dan por supuesto: así, Pantoja⁵³ y en especial Gómez de la Serna, que señalando que el artículo 37 LH de 1861 deja vigente el derecho antiguo respecto al primer adquirente, el artículo 37 se refiere sólo a los efectos de la «segunda enajenación»⁵⁴).

⁵¹ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. *Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*. Madrid, 1862. t. I, 686.

⁵² No obstante, en contra, ver DE BUEN, Notas a COLIN / CAPITANT, *Curso de Derecho Civil*, t. III, p. 142.

⁵³ Implícitamente, en su *Ley hipotecaria: comentada y explicada, concordada con las leyes y códigos extranjeros*. Madrid, 1861. t. I, 242,

⁵⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. *Ley Hipotecaria, comentada y concordada, op. cit.*, 652.

Para finalizar, simplemente señalar que, como ideas *de lege ferenda*, en alguna ocasión se ha propuesto modificar el artículo 37 LH con el fin de proteger al adquirente directo del deudor, bajo el pretexto de «dar mayor seguridad en el tráfico, no teniendo así el adquirente necesidad de averiguar la posición económica del deudor»⁵⁵.

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS PARTICULARES DE LA RESTITUCIÓN EN LA REVOCACIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES

Las restituciones que entre los interesados proceden por razón de la nulidad (o anulación) del contrato, por razón de la resolución por incumplimiento, y en el marco de la rescisión, son teóricamente muy distintas, y no tienen por qué responder a la misma lógica, siquiera sea porque las instituciones y los fines a cuyo servicio la restitución se pone son igualmente muy distintos. Por ello mismo, su alcance en uno u otro caso debe estudiarse de forma separada, aunque el Código establezca «hilos» de comunicación entre ellas que conviene aclarar.

El problema de delimitación del fenómeno restitutorio en el sentido apuntado seguramente radica en que, de forma instintiva, se tiene una idea preconcebida de qué deba ser la restitución, reduciéndola a un mecanismo «devolutivo» común. Esta idea, trasladada al ámbito de las relaciones obligatorias bilaterales (en lo fundamental, de fuente contractual), se traduce en un problema de justificación del mantenimiento de lo realizado (ejecutado) al amparo de un contrato que, a la postre, se revela inapropiado en el mundo jurídico para justificar dicho mantenimiento; la consecuencia, así, ha de ser la devolución (*restitución*) de las prestaciones. De aquí sólo hay un paso hasta la conclusión de que los problemas restitutorios son esencialmente idénticos, con independencia de que la razón por la que procede la restitución, y en definitiva, la razón por la que la relación obligatoria no puede justificar el mantenimiento de las prestaciones ejecutadas.

El mismo Código Civil parece dar pie a esta «no diferenciación» cuando, al regular la resolución por incumplimiento, el artículo 1124

⁵⁵ VILLARES PICÓ, Manuel. «La Ley Hipotecaria de 1861. Artículos modificados y los motivos de tales modificaciones», *RCDI*, marzo abril, 1960, 157. Este autor proponía añadir en el art. 37 LH el siguiente inciso: «No existiendo mala fe por parte del adquirente, éste gozará de la protección registral, aunque haya adquirido directamente del deudor» (*loc. cit.*).

se remite a los artículos 1295 y 1298 (dictados en sede de rescisión) cuando trata de la extensión subjetiva de los efectos resolutorios, dando la impresión que tanto en materia de rescisión como en materia de resolución en este punto los problemas son los mismos. El problema se agrava cuando jurisprudencial y doctrinalmente se introduce en esta ecuación la restitución consecuencia de la nulidad-anulación del contrato.

1. NULIDAD (Y ANULABILIDAD), RESOLUCIÓN Y RESCISIÓN COMO IMPEDIMENTOS EN EL ÍTER TRANSMISIVO

De forma resumida, puede afirmarse que tanto la nulidad como la anulabilidad suponen un defecto genético del contrato, y por tanto, presente y actual al tiempo de contratar.

La rescisión, como se ha explicado, implica una causa de sacrificio de las consecuencias patrimoniales que no afecta a la génesis del contrato, ni por tanto a su existencia.

Finalmente, la resolución se produce por una causa sobrevenida, posterior, en fase ya de ejecución, que no estaba presente al tiempo de contratar, ni afecta genéticamente al contrato. Es, sencillamente, un mecanismo de tutela del acreedor⁵⁶.

Esta breve descripción de las figuras, aunque muy general, permite apreciar una importante consecuencia: ni las causas de rescisión ni las causas de resolución impiden que haya surgido eficazmente el contrato, no sólo como fuente de obligaciones, sino también como *título* en el sentido del artículo 609 CC, y que, seguido de la tradición, sea uno *de los contratos* que, en su caso, es suficiente para transmitir la propiedad al *accipiens*; lo que no sucede con el título nulo ni con el que se anula. En otras palabras: el tercero subadquirente que adquiere del que, más tarde, está obligado a la restitución, adquiere eficazmente, *a domino*, y por tanto, el mantenimiento de su adquisición no depende de que en él concurren los requisitos que, para cada caso, el Ordenamiento Jurídico prevea para mantener las adquisiciones *a non domino*. En realidad, en estos casos el único margen regulativo respecto a la extensión subjetiva de la restitución por rescisión y por resolución, no es para proteger al subadquirente de una adquisición que, de otra forma, no

⁵⁶ Deben hoy entenderse superadas aquellas tesis que veían en el incumplimiento resolutorio una caída o desaparición, sobrevenida y *retroactiva* de la causa del contrato. Esta forma de entender la resolución por incumplimiento, con todo, sí fue útil para reinterpretar la regla tradicional en la compraventa *periculum est emptoris*, y permitir así la devolución total de las prestaciones por pérdida total de la cosa vendida por causa no imputable al vendedor (PINTÓ RUIZ, LACRUZ), o su no exigibilidad si aún estaban pendientes de cumplimiento.

podría mantener, sino al contrario, para determinar cuándo, a pesar de haber adquirido regular y eficazmente, merece ser afectado por las consecuencias restitutorias que, de otra manera, se habrían detenido en su transmitente, sin llegar a él.

A esta forma de comprender la cuestión responde la Ley Hipotecaria, tanto antes como después de publicado el Código Civil. El artículo 37 LH, de cara a la protección del subadquirente de un *tradens* que sufre las consecuencias de la resolución o rescisión, prevé que sobre tal subadquirente no se expanden las consecuencias de la resolución o rescisión del título de su particular *tradens*, siempre que «haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley».

El artículo 37 LH se está refiriendo a la expansión de las «acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias», que no pueden estar comprendidas en el radio de protección ofrecido por el artículo 34 LH. Y con razón: el citado artículo 34 está pensado para proteger al tercer adquirente en un ámbito de supuestos de *naturaleza* muy distinta de aquellos para lo que está pensado el artículo 37: en aquél (el 34) la fe pública registral protege de la falta de dominio del *tradens* titular registral, y al disponer los requisitos de protección del tercer hipotecario, el Legislador expresa en términos valorativos cuándo debe sacrificarse la regla lógica *nemo dat quod non habet*; pero en el artículo 37 la transmisión es *a domino*, y no hay por qué someter al mismo juicio valorativo al tercer subadquirente en ambos grupos de casos⁵⁷.

Todo ello conduce a afirmar que cuando el artículo 37 LH condiciona la protección del subadquirente a que éste haya inscrito su título «conforme a lo prevenido en esta Ley», no está refiriéndose a que haya inscrito reuniendo los requisitos del artículo 34 LH, sino que, tanto desde un punto de vista de coherencia institucional como desde una lectura completa del artículo 37, se demuestra que en éste, no importa tanto cuándo el subadquirente queda protegido, sino al contrario: cuándo debe quedar expuesto a las consecuencias restitutorias procedentes de la revocación, rescisión o resolución del título de su transmitente.

Desde este punto de vista, el requisito consistente en que el subadquirente haya inscrito su título «conforme a lo prevenido en esta Ley» podría entenderse como que *haya inscrito* antes de que le sea oponible la causa de rescisión, resolución o revocación, que típi-

⁵⁷ No lo pensaban así SANZ FERNÁNDEZ (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1945, 305) ni GIMÉNEZ ARNAU (*op. cit.*, 1953, 226-228); ni lo piensa, actualmente, JEREZ DELGADO (*La buena fe registral*. Madrid, 2005, 99-104). SANZ entendía que el art. 37 LH podría haber sido eliminado, pues en su opinión el art. 34 LH comprendería esta cuestión; en una línea similar, GIMÉNEZ ARNAU, aunque con matices.

camente entraría en el Registro (salvo el caso de condición resolutoria expresa) mediante anotación preventiva, que resultaría oponible, no desde la fecha del asiento de presentación, sino desde la fecha de su práctica. Sin embargo, habida cuenta de que tanto la revocación como la resolución tienen naturaleza personal, y no real⁵⁸, probablemente la idea no consista tanto en que el subadquirente haya inscrito antes de que se haya anotado la demanda de revocación o de resolución, sino simplemente de que *la adquisición* (se inscriba o no) sea *anterior* a que *registralmente pudiera oponérsele*, por anotación preventiva, la revocación o la resolución. Esta última lectura parece la más coherente a la naturaleza de las figuras implicadas⁵⁹.

2. EL SENTIDO DE LA REMISIÓN DEL ARTÍCULO 1124 A LAS REGLAS RESTITUTORIAS DE LA RESCISIÓN (ARTS. 1295 Y 1298)

El artículo 1124 CC, después de regular la resolución como una forma de protección del derecho de crédito de fuente contractual, y suponiendo las consecuencias restitutorias de las prestaciones que se hayan ejecutado cuando proceda la resolución, concluye:

«Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

El punto de arranque de cualquier intento interpretativo de los artículos 1295 y 1298, a la luz de la remisión que hace a ellos el artículo 1124, parece sencillo: el Codificador, al redactar el último párrafo del artículo 1124, está *presuponiendo* una cierta interpretación de los artículos 1295 y 1298, que convierte en útil y apropiada dicha remisión. ¿Cuál es esa interpretación *presupuesta* que hace útil y apropiada la remisión que el artículo 1124 contiene?

Para dar respuesta a este interrogante, creo que no puede perderse de vista, en primer lugar, la interpretación que la Jurisprudencia ha hecho de ello, y en segundo lugar, el contexto en el que se produjo la redacción de ese último párrafo del artículo 1124.

⁵⁸ Por todos, el trabajo de CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de, *La adquisición «a non domino» de bienes muebles (Nuevo estudio sobre el artículo 464-1 del Código Civil)*, Madrid, 1982, 93 y ss.

⁵⁹ Parece admitirla GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, 215, con cita al art. 1235 del Codice Civile italiano de 1868.

2.1 El sentido que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado a la remisión del artículo 1124 a los artículos 1295 y 1298, para interpretar estos últimos

En un intento simplificador, podemos señalar que han sido dos las cuestiones para cuya resolución el Tribunal Supremo ha empleado como línea argumental una determinada interpretación de dicha remisión. Y creo que, en ambos casos, de forma cuestionable. Estas cuestiones han sido: a) En primer lugar, para afirmar que los efectos de la rescisión contractual tiene consecuencias *ex tunc*, y no meramente *ex nunc*; b) en segundo lugar, para afirmar que no sólo los terceros protegidos por la Ley Hipotecaria, quedan inmunes a los efectos devolutivos de la resolución contractual.

a) En relación con lo primero, hay que reconocer que la idea es sugerente, y en cierto sentido favorecida por la dicción del artículo 1124, último párrafo, al remitirse de forma expresa a los artículos 1295 y 1298: la resolución de las obligaciones sinalagmáticas se producirá «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la ley Hipotecaria». Esto ha hecho concluir a la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el siguiente sentido: «[E]s opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el artículo 1295 del Código Civil, al que expresamente se remite el artículo 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el artículo 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1123» (STS de 10-XII-2015 –RJ 2015\5387–, con cita a las de 17-VI-1986, 5-II-2002 y 27-X-2005). A partir de este razonamiento, sería, además, lógico que su admisión condujera casi de manera necesaria, a que, debido a los pretendidos efectos *ex tunc* de la restitución, ésta alcanzara también a los frutos que la cosa haya generado en manos del obligado a la restitución.

Sin duda alguna, como se ha señalado más arriba, el Codificador, al redactar el artículo 1124 y en lo que se refiere a la remisión

a los artículos 1295 y 1298, presupone una interpretación y sentido tal de estos últimos, que la remisión que a ellos hace el primero resulta útil. Esto parece evidente, y es de lo único de lo que puede estarse seguro en su interpretación. Cuál sea ese sentido presupuesto por el Codificador de 1889 resulta dudoso; pero lo que sí parece probable, es que su intención no era regular los efectos de la rescisión, ni por lesión ni por fraude de acreedores, uniformándolos con los efectos de la resolución contractual. Antes al contrario: la lógica del artículo 1124 del CC no pretende extenderse a la rescisión contractual, sino al revés, y para la concreta hipótesis prevista en los artículos 1295 y 1298. El 1124 no pretende reportar utilidad interpretativa a los artículos 1295 y 1298, sino que el sentido de éstos resulta útil para *integrar* un efecto concreto de la resolución *ex* 1124, que se remite a ellos por una mera cuestión de economía legislativa. Por tanto, desde un punto de vista metodológico, lo correcto no es deducir el sentido de los artículos 1295 y 1298 a la luz de lo previsto en el 1124, sino esclarecer el sentido de aquéllos, sin perder de vista la concreta naturaleza de las acciones rescisorias, y ver en qué medida puede resultar útil a las consecuencias restitutorias propias de la resolución contractual, que es una sede bien distinta, siquiera sea porque la rescisión por fraude de acreedores no destruye el título adquisitivo, mientras que la resolución sí.

b) En relación a lo segundo (no sólo los terceros protegidos por la Ley Hipotecaria quedarían inmunes a los efectos devolutivos de la resolución contractual, sino también los que reúnan los requisitos, a lo que ahora interesa, del art. 1298), debe partirse de una idea que ya aparece clara en la lectura del artículo 1124-4.º: esta disposición hace remisiones normativas a un doble bloque: un primero constituido por los artículos 1295 y 1298, por un lado; y un segundo, que son «las disposiciones de la ley Hipotecaria», por otro. Sobre esta base, resulta inverosímil que la inclusión a última hora de la remisión a los artículos 1295 y 1298 CC (*vid. infra*), cuando ya estaba prevista la remisión a la Ley Hipotecaria, tuviera *la misma finalidad*, cual es limitar la expansión, por repercusión, de la ineficacia contractual; y ello, por una razón sencilla: *la remisión a «las disposiciones de la ley Hipotecaria» sería redundante y sobraría*. No puede mantenerse, como ha hecho nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 21-VI-2002 (RJ 2002\5257) y de 10-II-2006 (RJ 2006\1700), que la remisión que el artículo 1124-4.º hace a los artículos 1295 y 1298 sea con el objeto de poner de manifiesto que el tercero protegido frente a los efectos de la resolución (sede del art. 1124) «no es sólo el tercero hipotecario (...). [F]

altando la seguridad que deriva de la ley Hipotecaria, no queda absolutamente desprotegido el tercero, es decir, el tercero adquirente de buena fe es respetado por el Derecho no necesariamente cuando es tercero hipotecario; en otras palabras, éste no es el único tercero de buena fe que está protegido por el derecho». Y no puede ser este el sentido de la repetida remisión, porque de ser así, sencillamente y como se ha señalado, la remisión a la Ley Hipotecaria sobraría, pues ésta exige más requisitos de protección que la mera buena fe (que, conforme a este parecer jurisprudencial, sería suficiente).

Lo expuesto hasta aquí, creo que permite llegar a una conclusión preliminar: *la remisión a los artículos 1295 y 1298 no puede ser, por tanto, útil para determinar los requisitos de protección del tercero frente a los efectos expansivos, por repercusión, de la resolución, sino para determinar el contenido de la acción resolutoria en el caso en que la devolución no pueda llevarse a cabo «in natura», que es el denominador común de ambos preceptos.*

2.2 Los avatares de la redacción de lo que, a la postre, acabó siendo el vigente artículo 1124-4.º

Resulta curioso comprobar que lo que hoy es el último párrafo del artículo 1124 CC, debe su redacción a una decisión de última hora, para cuyo entendimiento creo que no pueden perderse de vista los trabajos codificadores al respecto, al menos desde el Anteproyecto de 1882.

El Anteproyecto de 1882-1888, en su artículo 1141 (antecedente del actual artículo 1124), estructurado en cuatro párrafos, preveía en el último de ellos que el efecto resolutorio/restitutorio «se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a las disposiciones [del título de este libro]». Se dejó adrede el hueco para la referencia a *un* título, que no se sabía qué número tendría en una hipotética composición final del Código Civil, pero que en principio habría de formar parte de él. Pero, ¿cuál era *la materia* de este título a que probablemente se remitía el artículo 1141 del Anteproyecto? Casi con toda probabilidad, la regulación del Registro de la Propiedad.

En la primera edición oficial *íntegra* del Código Civil, publicada por el Ministerio de Justicia (año 1888), el último párrafo del artículo 1124 se remitía, con igual redacción que el artículo 1141 del Anteproyecto, a *un* título de ese mismo libro del Código Civil, pero ya a un título *concreto*, «al *Título IX* de *este Libro*» (libro cuarto). Lo que

únicamente podía ser una errata, pues en esa edición oficial el Título IX del Libro cuarto regulaba el «contrato de mandato» (que nada tiene que ver con estas cuestiones). En la fe de erratas que acompaña a esa primera edición del Código en sus últimas páginas, se pone de manifiesto que la remisión al título IX es errónea: debe haberse hecho la remisión al Título XV. Y este Título XV es el que se encarga de regular los «contratos de prenda, hipoteca y anticresis».

La remisión que el último párrafo del artículo 1124 CC hacía al Título XV del Libro cuarto, posiblemente se debe a cierto mimetismo regulativo en relación con el artículo 1141 del Anteproyecto de 1882-1888, en el cual *sí* podría tener más sentido la remisión a un título *dentro* del Código Civil. La razón es que en la época en que se estaba elaborando lo que fue el Anteproyecto de 1882-1888, se había encargado a Bienvenido Oliver⁶⁰ la redacción de un título referente al Registro de la Propiedad y a la Hipoteca. Oliver cumplió el encargo, y estructuró su trabajo en tres partes, no limitándose sólo a regular la hipoteca como derecho real, sino con pretensión de dotar al Código Civil de una regulación sustantiva de los efectos de la inscripción y de la publicidad registral⁶¹.

Pero puede saberse por los testimonios directos del mismo, que su trabajo no pasó al Código porque, en palabras de Gamazo (recogidas por el propio Oliver), «iba a crear entre el derecho hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común y el derecho hipotecario de las provincias aforadas, antagonismos que creía la Comisión que no se conciliaban con la base de la ley [de Bases] de 1888, ni tampoco podían admitirse sin detrimento de la potestad que el Estado tiene, y sin menoscabo de la unidad de ciertas materias» (sesión del Congreso de los Diputados de 10 de abril de 1889)⁶² ⁶³.

⁶⁰ Por Real Decreto de 11-XI-1886. Ver la referencia en *Crónica de la Codificación española* (ed. LASSO GAITE). 4-I, 1970, 560.

⁶¹ Si atendemos a las palabras del propio OLIVER, su trabajo se dividió en tres títulos: 1) De la inscripción; 2) De las hipotecas; 3) De la organización del Registro de la Propiedad.

⁶² OLIVER, Bienvenido, *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1892-1896, 779-780.

⁶³ Véanse también las referencias en *Crónica de la Codificación española* (ed. LASSO GAITE), 4-I, 1970, 561-562. En palabras de LASSO:

«En nuestro archivo está la ponencia de Oliver, legajo 18, carpeta 4, dividida en dos subcarpetas. En la cubierta de la primera dice Antequera: “Legislación hipotecaria / (Ponencia Sr. Oliver) / Artículos aprobados por la Subsección / (1887)””; y más abajo: “Este trabajo quedó completamente sin efecto, acordando el Sr. Ministro que se redactase en otra forma, trayéndose al Código puramente lo sustancial de la materia de hipotecas y dejando intacta la Ley hipotecaria”. Contiene escritos en cuartillas, generalmente una por cada artículo, la ponencia del título I, y al margen la indicación, de los que quedaban pendientes de revisión por la Comisión o aprobados con tal enmienda. Acordaron suprimir una adición a la ponencia, artículo 39, para “que se derogue el artículo 467 del proyecto de Código Civil presentado al Senado”» (el de 1882).

En la cubierta de la segunda subcarpeta dice el Secretario citado: «“Artículos aprobados por la Comisión / 1888”». Contiene los títulos II y III, que constan respectivamente de 18 y 17 artículos, más otros cuatro de hipotecas legales (...)» (transcrito de LASSO, *op. cit.*, 562).

Lo anterior posiblemente venga confirmado, si se tiene en cuenta el *primer texto oficial* que tuvo el último párrafo del artículo 1124 CC, publicado en la Gaceta de 24 de noviembre de 1888 (gaceta núm. 329, pág. 594), época en que el Código Civil se fue publicando por partes: el efecto de la resolución «se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes con arreglo á las disposiciones del título IX *del libro segundo*». Ese Título IX del Libro *segundo*, cuyo texto ya se había publicado días antes en la Gaceta de 7 de noviembre de 1888 (núm. 312, página 403) era el «Del Registro de la Propiedad», comprendiendo únicamente los artículos 605 a 608, y cuyo contenido es idéntico al de la versión actual del Código vigente.

La remisión que el artículo 1124 hace a los artículos 1295, 1298 y a la Ley Hipotecaria aparece por primera vez en la publicación de la edición oficial *reformada* del Código, del año 1889, y se trata, por todo lo anterior, de una inclusión de última hora⁶⁴. Por ello, resulta inverosímil que el Codificador, al dar la redacción final al artículo 1124, y remitirse a los artículos 1295 y 1298 CC pretendiera regular los efectos de la rescisión contractual, sino más bien al contrario: que la remisión es un recurso de «economía» regulativa, a través del cual el Codificador se remite al régimen de la rescisión para extender al régimen de la resolución un aspecto que estaba regulado son en aquella sede: la hipótesis de imposibilidad de devolución *in natura*, y consiguiente conversión en el equivalente pecuniario. Por ello, un comentarista del Código Civil de aquella época tan cualificado como era Manresa, y que participó en la redacción del Código Civil, al comentar el último párrafo del artículo 1124 concluye que la consecuencia inmediata del mismo «será que no pudiendo intentarse por la parte perjudicada el ejercicio pleno de las facultades que el resto del artículo le concede, tendrá entonces que ser la indemnización, no medio parcial para resarcir los perjuicios causados, sino además medio casi único para satisfacer los derechos todos de la referida parte perjudicada»⁶⁵; o dicho de otra forma: el contenido «restitutorio» que se presupone en el artículo 1298 CC, y que resulta útil en el contexto del artículo 1124, no es indemnizatoria

⁶⁴ Remisión, mucho más «natural» que la que hacía la primera edición del Código al Título XV del Libro cuarto, ya que, en palabras de la *Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, los artículos 1295 y 1298 «contienen disposiciones especiales dignas de tenerse en cuenta cuando se trata de derechos de terceros adquirentes» (*Código civil español conforme a la edición oficial reformada con arreglo a lo dispuesto en la Ley de 26 de mayo de 1889. Anotado y concordado con el derecho vigente a su publicación por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1889, 270).

⁶⁵ *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, t. VIII, 1907, 152.

en el sentido técnico del término (consecuencia de responsabilidad alguna), sino un mecanismo sustitutorio de la devolución de las prestaciones, cuando éstas no pueden llevarse a cabo *in natura*, pero *sin prejuzgar* imputación de responsabilidad a aquel que no puede devolver la cosa.

3. FRAUDE DE ACREEDORES Y NULIDAD POR CAUSA ILÍCITA. EL ARTÍCULO 1290 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1290 CC ha supuesto –y sigue suponiendo–, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, un encorsetamiento excesivo a la hora de señalar los requisitos de triunfo de la acción revocatoria, en un intento de buscarle un campo de juego autónomo, que en consideración a lo dispuesto en el artículo 1294 («La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio») queda reducido prácticamente a lo residual, esto es, a llenar los «huecos» que no entran en el radio de acción de otras acciones distintas, marcadamente, de la acción de nulidad.

Valga como ilustración de lo anterior la doctrina sostenida en la STS de 10-X-2016 (RJ 2016\4896): «[s]i el fraude de acreedores fuese un supuesto de nulidad negocial por causa ilícita, quedaría sin ninguna justificación tales normas [en relación a los artículos 1290 a 1299], que parten de la base de que se aplican a un negocio válido (art. 1290), es decir, que el fraude de acreedores no da lugar a ningún negocio nulo, como lo sería (...) por ilicitud de la causa». También, de forma similar, Pantaleón, en el voto particular a esta sentencia afirmó que si un contrato es nulo, por ilicitud de la causa, ello hace que «el considerarlos rescindibles no se compeadzca con los artículos 1290 (...) y 1294».

Sin embargo, ello no ha impedido una tendencia a la objetivación de los requisitos para el triunfo de la acción revocatoria. Lo que sucede es que, manteniéndose el encorsetamiento referido, el sin embargo imparable (y sin duda deseable) avance hacia esa objetivación no ha hecho más que aumentar la tensión entre las distintas instituciones, intentando hacer que el Código Civil diga, no sólo lo que no dice, sino incluso algo distinto de lo que positivamente dispone, por muy deseable que *de lege ferenda* sea el fin al que se pretenda llegar.

Buen exponente de lo anterior es la doctrina sostenida en la STS de 3-XI-2015 (RJ 2015\4939). En ella se afirma que la causa ilícita que hace nulo al contrato bien puede ser defraudar a los

acreedores, por contravenir «al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil». Con cita a la STS de 5-VII-2010, reitera que «determinados supuestos de actos para defraudar constituyen un supuesto paradigmático de actos con causa ilícita y nulos, y que uno de tales supuestos era el del fraude de los acreedores». A ello, la Sentencia de 2015 añade: «En contraposición a lo anterior, el régimen de la acción rescisoria por fraude de acreedores se ha objetivado progresivamente, desplazándose el centro de gravedad desde el elemento intencional de defraudar al elemento objetivo del perjuicio para el acreedor. En ocasiones, el fraude se presume (art. 1297 del Código Civil) y en otros casos basta con el elemento del perjuicio (...). En estos casos, el fraude de acreedores no es el propósito común de los contratantes que, como tal, se eleva a la categoría de causa del contrato y que por su ilicitud determina su nulidad. Por el contrario, el contrato es válido, pero al tener como consecuencia el fraude de los acreedores, o de alguno de ellos, puede ser rescindido» (fundamento de derecho noveno, punto 4).

La doctrina sostenida en esta sentencia tiene la virtud de seguir en la línea de la progresiva objetivación de los requisitos de la acción revocatoria (rescisoria por fraude de acreedores), que es lo que probablemente le corresponde a la acción revocatoria o pauliana como elemento integrante del *status jurídico* de todo acreedor. Pero al diferenciar el fraude como *causa* (o más bien, *motivo*), y el fraude como *consecuencia*, señalando que en primer caso el contrato es nulo por causa ilícita (lo que excluye la revocabilidad *ex* artículo 1290), mientras que en el segundo el contrato es rescindible⁶⁶, creo que se ha perdido una buena ocasión para señalar que, en realidad, no es que la revocación sea *incompatible* con un propósito fraudulento común, sino que, sencillamente, le es *irrelevante* que exista o no.

Finalmente, esta sentencia parte de una premisa que es *negada* por el propio Código Civil, cual es que la ilicitud de la causa exige que el fin empírico en cuestión sea compartido. Y esto lo niega el Código, tanto en el artículo 1305 como en el 1306, que claramente admiten que la ilicitud de la causa pueda venir por el fin empírico pretendido por una sola de las partes.

En la doctrina, las conclusiones circulan por lo general en una línea similar de especialidad-exclusión entre la nulidad por causa ilícita y la rescisión por fraude.

Son buenos ejemplos Labandera y Blanco, José María Peña y Fernández Campos. Para el primero de ellos⁶⁷, partiendo de que la línea diferencial entre las obligaciones nulas y las rescindibles

⁶⁶ De esta forma, el radio de acción de la acción revocatoria queda definido por un elemento positivo, y por otro negativo: 1) el positivo es que haya un resultado *fraudulento* –*eventus damni*–; 2) y el negativo, que el contrato no sea nulo o anulable por otras causas.

⁶⁷ LABANDERA Y BLANCO, Víctor, «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, 1914, 182.

se encuentra en la *validez*, concluía que «[h]abiendo pasado el error, dolo, fuerza y miedo a figurar entre los defectos del consentimiento que invalidan las obligaciones, por exclusión quedaba la lesión combinada con el fraude, como único motivo para rescindir las». Por su parte, para José María Peña, entre la rescisión por fraude y la nulidad había una relación de especialidad, en la que la rescisión habría de operar con preferencia a la nulidad: «el C. c. establece una regulación especial *precisamente* para este supuesto [del fraude de acreedores]; enajenación *onerosa con complicidad* (...), regulación que sería inútil si entendiésemos que hay nulidad absoluta»⁶⁸. Finalmente, Fernández Campos, para llegar al mismo resultado práctico de incompatibilidad, pero otro camino distinto, apunta que «el problema no se resuelve en función de la subsidiariedad como criterio de ordenación jerárquica de los medios de que dispone el acreedor para defender su crédito; sino que se trata, sobre todo, de una cuestión de prueba: si concurre, y son demostradas todas las circunstancias para que sea apreciada la nulidad del acto impugnado, habrá que estimar que dicho acto es nulo. Pero el acreedor puede, en la misma demanda, *ejercer conjuntamente, pero de forma subsidiaria* [la cursiva es mía] la acción rescisoria por fraude de acreedores para que, dado el caso de que resultara difícil acreditar las circunstancias necesarias para estimar la nulidad del acto, el juez si desestima la petición de nulidad, pueda estimar la acción rescisoria al concurrir los presupuestos del fraude de acreedores»⁶⁹.

Esta pretendida y en cierto modo consolidada incompatibilidad entre la *nulidad* (del contrato) y la *revocación de la enajenación* (que provoca la *rescisión* del contrato), creo que puede ponerse en cuestión en un doble ámbito: tanto en el del supuesto de hecho, como en el de las consecuencias jurídicas:

3.1 En relación al supuesto de hecho del artículo 1290 CC

Es difícil no calificar una enajenación en fraude de acreedores, cuando hay ánimo fraudulento (ya del enajenante, ya también del adquirente), como un contrato con causa ilícita (al menos, con causa *torpe*), y por tanto, origen de una situación que hay que liquidar conforme a las obligaciones restitutorias previstas en los artículos 1305 y 1306 CC. Esta idea ya estaba admitida por la civilística más temprana. Manresa resulta especialmente claro al respecto: «no encontramos en el texto superior de la ley [la] (...) limitación que supone la palabra «sólo», y además, examinando la cuestión, en sus fundamentos vemos que los mismos perjuicios para tercero,

⁶⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, José María, «Causa ilícita y fraude de acreedores (Sentencia de 26 de abril de 1962)», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, fasc. IV, 1089.

⁶⁹ *El fraude de acreedores: la acción pauliana*. Bolonia, 1998, 103-104.

ocasionados por un contrato válido, que son motivo de la rescisión, pueden ocasionarse por un contrato anulable (...). Además, examinando los distintos casos que enumera el artículo 1291, y el desenvolvimiento del tercero en el 1297, vemos en él ocasión para el ejercicio de las acciones rescisorias por los acreedores; se trata casi siempre de contratos con causa falsa o ilícita, para defraudar á aquéllos, es decir, con vicios que pueden motivar la nulidad del contrato. (...) Es, pues, compatible la acción rescisoria de éstos con la de nulidad de los contratos». Y añade: «Lo que sí sucede es, que la posibilidad de la rescisión no supone necesariamente la nulidad del contrato»⁷⁰.

La particular naturaleza de la revocación pauliana no es excluyente de la presencia de otros tipos de ineficacia, que atienden a otro tipo de intereses, a otro círculo de legitimados, y por ello, concede otro tipo de efectos. Por eso, la relación que pueda haber entre nulidad y rescisión por fraude de acreedores, no es necesariamente de especialidad (exclusión entre ellas), sino de concurrencia, cada una con sus presupuestos, legitimación, plazos de ejercicio, fines, y consecuencias.

Por otro lado, la pretendida preferencia institucional de la rescisión por fraude sobre la nulidad por causa ilícita, con exclusión de esta última, no otorga una adecuada protección a los legítimos intereses de todo acreedor.

Esto se pone de manifiesto en los casos en que la falta de solvencia del deudor viene provocada por donaciones realizadas por éste con la finalidad, precisamente, de defraudar a los acreedores. Tal fue el caso del que conoció la STS de 4 de febrero de 2005, y sobre el que se volverá más abajo.

Pero en este punto resulta esencial dilucidar una cuestión (que aparentemente ha quedado resulta en nuestra doctrina), y es si las reglas especiales de los artículos 1305 y 1306 CC, en tanto excepción a la regla devolutiva del artículo 1303, son aplicables a los contratos unilaterales (p. ej., una donación). En mi opinión, y a reserva de lo que se explica a continuación, los artículos 1305 y 1306 están dictados sobre el esquema del contrato bilateral, no del contrato unilateral. Esto no es lo mismo que decir, como acertadamente ha hecho notar Delgado Echeverría, que dichos artículos no resultan aplicables cuando sólo una de las partes ha ejecutado la prestación prevista⁷¹.

⁷⁰ *Comentarios al Código Civil*, t. VIII, 1907, p. 727.

⁷¹ «Artículo 1306», *Comentario del Código Civil* (dirs., Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, Pablo Salvador Coderch), Madrid, 1991, t. II, 560.

Señaló Díez-Picazo al analizar el artículo 1306 (aunque lo mismo cabría señalar para el 1305) que dicho precepto «no excluye su aplicación en los casos en que sólo se produzcan obligaciones unilaterales»⁷². Desde luego el precepto no traza la distinción entre uno y otro tipo de contratos; ahora bien: ello no obsta a que el objetivo pseudosancionador y disuasorio de los mencionados preceptos sólo se desarrolla verdaderamente en los contratos bilaterales, por la sencilla razón de que su aplicación a los unilaterales conduce a reconocerles la misma eficacia que los regularmente celebrados: ni el donante ni los terceros interesados podrían solicitar la devolución de la cosa donada, ya el donatario sea partícipe o no de la finalidad ilícita (defraudatoria). Esto ya sería, en mi opinión, bastante para negar que el artículo 1305 y el 1306 sean aplicables, por ejemplo, en el marco de una donación con fin defraudatorio de los acreedores del donante.

Díez-Picazo señaló que los problemas aplicativos de los artículos 1305 y 1306 a estos casos arrancan del caso resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16-X-1959. Se trató de un caso en el que la demandada había sido amante del actor, y éste le había ido entregando una serie de joyas y objetos de valor. Sufrió después un desengaño y promovió el pleito para obtener la restitución de aquellos bienes⁷³. El Tribunal Supremo estimó la pretensión devolutiva sobre la base de que el artículo 1306 no resultaba aplicable, porque dicho precepto «contempla la hipótesis de contratos con prestaciones recíprocas y no aquellos otros en los cuales sólo consta la entrega de algo, sin compensación de adverso, por una de las partes»⁷⁴. Es cierto que esta doctrina resulta cuestionable en tanto que contrapone al contrato bilateral y las hipótesis en que sólo consta la entrega por una sola de las partes, porque la contraposición habría que ser entre contratos unilaterales y bilaterales, al margen de que en este último caso sólo conste la entrega por una sola de las partes o por ambas; pero al margen de esto, creo que debe compartirse la negación de la aplicación de los artículos 1305 y 1306 a los contratos unilaterales con causa ilícita, a los cuales habría que aplicar la regla general del artículo 1303. Y ello, sin perjuicio de que también sea cierto que la solución dada por el Tribunal Supremo en esta sentencia de 1959 al caso sea criticable; pero no porque el artículo 1306 sea o no aplicable a los contratos unilaterales, sino porque en el caso la donación cumplía, en el contexto general de las relaciones entre los protagonistas, una cierta compensación por los favores recibidos por el actor (que es lo que «contaminaba» de ilicitud esas «donaciones») análoga a la bilateralidad o, como señaló Díez-Picazo, hubo «compensación de adverso»⁷⁵, que hubiese justificado la aplicación del artículo 1306.

⁷² *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, 2007, 585.

⁷³ Extraído de *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, t. I, 1973, 141.

⁷⁴ *Op. cit.*, ult., 142.

⁷⁵ *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, *op. cit.*, 143.

Si se admite (como aquí se defiende) que las donaciones realizadas con ánimo fraudulento a sus acreedores por el donante son nulas por causa ilícita, y que el hecho de que su finalidad (motivo casualizado) sea el fraude de los acreedores (del que típicamente protege la acción pauliana) no impide su nulidad, con los efectos restitutorios típicos de la nulidad (devolutivos *ex art.* 1303, y no los de los artículos 1305 y 1306), se llega a una adecuada protección de los intereses legítimos de los acreedores, en casos como del que conoció la STS de 4-II-2005 (RJ 2005\946): en ella, se plantea si el propietario de un bien, el cual lo adquirió por donación, cuando la finalidad de esa donación fue por parte del donante defraudar a sus acreedores (la relación entre donante y donatario era de padre-hijo⁷⁶) puede evitar el embargo trabado sobre ese bien, interponiendo eficazmente tercería de dominio. El Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que la tercería de dominio no puede prosperar, añadiendo que ello se sostiene «cualquiera que sea la opinión que se tenga acerca de si la rescisión por fraude de acreedores es o no excluyente de la nulidad por causa ilícita, cuando la ilicitud consista precisamente en la finalidad fraudulenta del negocio transmisoro» (fundamento de derecho tercero).

En mi opinión, el Tribunal Supremo llega a una solución adecuada en términos valorativos, y además correcta *de lege lata*. Pero aunque el Alto Tribunal afirme que su conclusión es al margen de que se admita o no la compatibilidad entre nulidad y rescisión por fraude de acreedores, lo cierto es que admite implícitamente esa compatibilidad, o al menos, que la presencia del ánimo fraudulento no excluye la anulación del contrato (en el caso, una donación), por la razón de que la *nulidad* del título transmisoro se admite en la jurisprudencia como argumento para probar el *no dominio* del que interpone la tercería de dominio (pretendiendo así el levantamiento del embargo) y por tanto su desestimación, mientras que la revocabilidad de la adquisición por fraude se entiende que excede de los límites de lo que puede ser conocido en el incidente de tercería de dominio (sin perjuicio de que, en un procedimiento aparte, pueda interponerse acción revocatoria), y por tanto no impide el éxito de la tercería de dominio⁷⁷.

Las anteriores consideraciones permiten afirmar, como alternativa interpretativa, que el artículo 1290 CC no está empleando la

⁷⁶ Cfr. art. 1310.2-2.º de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Derecho de obligaciones.

⁷⁷ Sobre estas cuestiones, véase TORRES PEREA, José Manuel de. «La acción rescisoria por fraude de acreedores en la práctica judicial, en especial análisis del requisito de la subsidiariedad procesal», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012, 195 y ss.

idea de contrato «válidamente celebrado» como contrapuesta a la de «contrato nulo», sino probablemente como contrapuesto a la de contrato «simuladamente celebrado». En este sentido, me parece muy relevante que el Código Civil federal mejicano del año 1870 (que sabemos que, en otras materias, fue tomado en cuenta por el codificador español), en su artículo 1801, al regular la revocación por fraude de acreedores disponía que «los actos o contratos celebrados *realmente* por el deudor, en perjuicio de su acreedor, pueden rescindirse (...) si (...) resulta la insolvencia del deudor», oponiendo sistemáticamente la idea de contrato celebrado realmente, con el contrato simulado (cfr. arts. 1797 a 1801)⁷⁸.

A modo de conclusión: los acreedores no necesitan de una especial protección para defenderse frente a los actos o negocios que, siéndoles perjudiciales, resultan también nulos, salvo que las consecuencias de la nulidad no les satisfaga. En otras palabras: si la acción revocatoria se reconoce a los acreedores, es porque a través de ella los legitimados para su ejercicio consiguen una protección que, de otra forma, no podrían obtener. Por ello, la acción revocatoria debe operar independientemente de las acciones de nulidad, y de igual forma, los efectos de unas y otras operan también sin excluirse.

El artículo 1290, concretado a la revocación por fraude, es una formulación imperfecta de los requisitos de la rescisión que seguramente se debe al intento de someter a una categoría y regulación unitarios supuestos muy heterogéneos. Como señaló Álvaro D'ors, y se ha mencionado más arriba, «la doctrina del Derecho Común simplificó demasiado las cosas al huir del casuismo para caer en el «regulismo»»⁷⁹.

3.2 En relación a las consecuencias jurídicas de la revocación y de la nulidad por causa ilícita

La cuestión radica en si realmente existe una incompatibilidad o solapamiento institucional, más que en los presupuestos de aplicación, en la finalidad de ambas figuras, en las funciones que están llamadas a cumplir, y en los efectos que produce su aplicación. En otras palabras: la cuestión radica en si la acción revocatoria añade

⁷⁸ En la doctrina francesa, en el mismo sentido, GAUDEMET, al explicar la acción pauliana concluye que si el acto es simulado, en tal caso «los acreedores pueden ejercer una acción para que se declare la simulación. Y si el acto no es simulado, los acreedores pueden lograr la revocación del acto fraudulento» [*Teoría general de las obligaciones*, México D. F., 1974. (Traducción y notas de Derecho mexicano por Pablo Macedo), 431].

⁷⁹ «Varia Romana», *op. cit.*, 778.

a los acreedores «algo» que no pueden obtener por el solo hecho de la declaración de nulidad. Y la respuesta debe ser *afirmativa*, desde el momento en que los artículos 1305 y 1306, a pesar de la declaración de nulidad de un contrato, en determinadas hipótesis permite la *retención* de la prestación recibida, incluso, por el que ha participado en la causa torpe.

Los artículos 1305 y 1306 CC, de espíritu verdaderamente sancionador *inter partes* mediante la «congelación» del *status* prestacional al tiempo de la declaración de nulidad, y por tanto como normas que excepcionan la regla lógica restitutoria de las prestaciones ejecutadas faltando causa justificadora de las mismas (nulidad del título), puede perfectamente no satisfacer a los acreedores del enajenante. La acción revocatoria por fraude de acreedores es, así, la vía de protección del acreedor lesionado por la disposición (fraudulenta) de su deudor.

El particular carácter de la consecuencia *restitutoria* de la revocación por fraude de acreedores es totalmente compatible con las consecuencias previstas en los artículos 1305 y 1306, pues la revocación *no presupone retroceso* de los bienes al patrimonio del deudor, pues ese retroceso de los bienes está impedido por lo dispuesto en los artículos 1305 y 1306 (normas de carácter *pseudosancionador*). Nulidad y revocación por fraude no chocan entre sí, sino que se complementan (o han de complementarse), cada uno en su ámbito. Es así que cobra todo sentido aproximar la idea de restitución en estos casos, a la de *inoponibilidad*, limitada sólo en favor de los acreedores demandantes de revocación, *independiente de que, además, el contrato se haya declarado, o sea declarable, como nulo por causa ilícita*. Se trata, en definitiva, del efecto que ya el Derecho justiniano preveía de la revocación por fraude en la Instituta, 4.6.6.

En efecto: si se admite, como aquí se hace, que la relación entre revocación por fraude de acreedores y la nulidad contractual no es de especialidad-desplazamiento, sino de concurrencia, es porque se *presupone* que las consecuencias de una y otra categoría de ineficacia son compatibles, es decir, la de una no puede anular la finalidad de la otra.

Como sabemos, la posibilidad aplicativa de los artículos 1305 y 1306 CC exige por necesidad atender a los concretos motivos que impulsan a las partes a contratar; de otra forma resulta imposible identificar una causa contractual ilícita, en especial cuando el contrato celebrado es un contrato típico. En un sistema en el que el *animus fraudatoris* es presupuesto de la acción revocatoria, como hemos visto no es posible separar la enajenación revocable del contrato con causa ilícita. Pero en un Sistema (como el español) en el que se tiende progresivamente a objetivar los pre-

supuestos de la revocación (descartando la necesidad del *animus fraudatoris*, y bastando lo que se llama la mera *scientia fraudis*), la cuestión se ve más clara: habrá casos de contratos revocables que, además, sean nulos por ilicitud de la causa, y otros que serán rescindibles aunque no haya causa ilícita (pues la *scientia fraudis*, tal y como hoy se concibe, está desprovista de connotaciones intencionales); y en estos últimos casos, las consecuencias de la revocación por fraude de acreedores deben ser las mismas que en el caso en que el contrato revocable sea, además, nulo por ilicitud causal. En otras palabras: con casi toda probabilidad, las consecuencias restitutorias típicas de la revocación por fraude de acreedores no hay que adaptarlas a cada caso concreto para hacerlas, en el caso concreto, institucionalmente compatibles con las consecuencias de la nulidad (o anulación) que en su caso procedan; sino que han de ser las consecuencias típicas de la revocación las que, por la finalidad que la revocación cumple en el Ordenamiento civil, como elemento integrante de la posición jurídica acreedora como tal, ya se *presupone* que son típicamente compatibles con ellas. Se llega así a conectar con una idea que es habitual en la doctrina a la hora de explicar las consecuencias de la rescisión por fraude de acreedores: al acreedor demandante *le basta*, es decir, *le es suficiente*, para que la rescisión cumpla su finalidad, con que la enajenación en cuestión no le impida la persecución del bien, ahora en el patrimonio del *accipiens*, como si aún estuviera en el patrimonio del enajenante-deudor suyo.

De Castro, en un estudio de la acción pauliana publicado en 1932⁸⁰, apunta que el efecto principal de la misma se centra en una cuestión de eficacia / ineficacia del acto impugnado respecto de los acreedores del disponente. En su opinión, «[n]uestra ley marca, y bien claramente, la oposición entre inexistencia, nulidad y revocación; el acto revocado será considerado como ineficaz –tan ineficaz como si fuese nulo o inexistente– pero sólo para el demandante» (...); su objeto es sólo que ciertos actos se consideren como no ocurridos, en relación del acreedor que interpuso la revocatoria, y de esa manera, posibilitar la ejecución. Años más tarde, al escribir su obra *«El negocio jurídico»*, apuntará que la consecuencia devolutiva prevista en el artículo 1295 «ciertamente no es posible en el supuesto de fraude de acreedores. Para evitar una interpretación absurda, habrá de entenderse que (...) lo dispuesto en el artículo 1295, párrafo 1, se refiere a los supuestos de los contratos celebrados en representación de las personas sujetas a tutela y de los ausentes (artículo 1291, 1.º y 2.º). La misma letra del artículo 1295 muestra que no se piensa en los contratos en fraude de acreedores, ya que se parte de que quien pretenda la rescisión está *obligado a devolver* algo que había recibido por el contrato rescindible. Hipótesis totalmente extraña al supuesto de la acción del acreedor defraudado»⁸¹.

Roca Sastre, en su *Derecho Hipotecario*, al estudiar la acción pauliana, afirma que dicha acción «despliega su efecto revocato-

⁸⁰ *La acción pauliana, op. cit.*, 204-205.

⁸¹ *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, 524.

rio o restaurador, merced al cual los bienes enajenados se reputan que se hallan otra vez en el patrimonio del deudor enajenante, a los efectos de que los acreedores puedan proceder ejecutivamente contra tales bienes, en la medida necesaria para que cobren sus créditos» (p. 304). Pero más adelante, es aún más explícito cuando concluye: «la enajenación fraudulenta no se anula, sino que se deshace o rescinde, lo que es muy distinto, y esto se demuestra con la consideración de que la ineficacia de tal enajenación no opera *ex tunc*, (...) ya que la acción Pauliana queda paralizada en su efecto revocatorio frente a un subadquirente oneroso de buena fe (...). [E]l acto alienatorio fraudulento no queda sin efecto en absoluto, sino de un modo parcial o limitado, o sea que las cosas enajenadas se reputan como si no hubieran salido del patrimonio del deudor, pero ello a los efectos procesales de la ejecución que contra ellos pueden entablar los acreedores, y en cuanto sea necesario para que el acreedor defraudado pueda cobrar sus créditos, subsistiendo la enajenación en todo lo demás. Se considera como si los bienes enajenados fraudulentamente no hubieran sido transmitidos (...), pero tan sólo en la medida necesaria para que el acreedor impugnante pueda resarcirse del importe de su crédito» (p. 308). A la tesis de Roca se unirá también Moreno Quesada⁸².

Jordano Barea, en una línea similar concluye que «la ineficacia revocatoria se limita a eliminar –relativa y limitadamente–, sólo frente al acreedor impugnante y sólo en la medida cuantitativa del perjuicio económico, el efecto sustractivo a su garantía patrimonial de la enajenación impugnada. Lo que supone, que *sin* deshacerse/eliminarse el efecto transmisivo/adquisitivo de la enajenación impugnada, el acreedor actor podrá perseguir, con su acción ejecutiva, el bien o bienes objeto de dicha enajenación, hasta la medida de su perjuicio, *pese* a encontrarse ahora en el patrimonio del tercer adquirente (tercero no-deudor suyo), *pese* a *no* pertenecer ya al deudor enajenante. De esta otra forma (...) *no* hay, como consecuencia de la ineficacia, reingreso del bien enajenado en el patrimonio de quien fue sujeto transmitente en la enajenación impugnada»⁸³.

Cristóbal Montes, ahondado en la misma dirección, concluye estudiando la acción pauliana que «[n]o estamos en el campo de la invalidez (nulidad y anulabilidad), sino en el de la ineficacia estricta. El negocio fraudulento no es un negocio nulo ni anulable, sino tan solo un negocio que, de prosperar la acción revocatoria, carecerá de efectos frente al acreedor que le haya hecho valer y que en ningún supuesto (...) restablecerá la común garantía del deudor y permitirá a todos sus acreedores, incluidos los no impugnantes, ocurrir [sic. –debería decir “concurrir”] a la garantía así establecida»⁸⁴. Y añade un poco más abajo: «¿Para qué haría falta

⁸² «Art. 1295», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Madrid, Tomo XVII, vol. 1.º, 1981, 165.

⁸³ *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Granada, 2001, 58.

⁸⁴ «Fundamento y naturaleza jurídica de la acción pauliana», *Revista de Derecho Privado*, octubre, 2001, 780.

en este supuesto, en el caso de que fuera posible, anular la enajenación? Absolutamente para nada, porque ello, amén de desproporcionado, trastorna por completo la contemplación correcta del supuesto»⁸⁵.

Fernández Campos explica que con la acción pauliana «no se persigue reintegrar el patrimonio del deudor, sino que el objetivo que se propone el ordenamiento consiste en restaurar el destino del bien, como integrante de la garantía patrimonial, a la satisfacción del crédito; o dicho en otros términos, (...) reconstituye la posibilidad de realizar el crédito mediante la ejecución de los bienes que estaban sujetos a responsabilidad patrimonial». Y añade a continuación: «La devolución del bien enajenado al patrimonio del deudor resulta innecesaria para alcanzar la finalidad perseguida»⁸⁶.

De esta forma, si tuviéramos que condensar en un solo concepto los efectos de la rescisión por fraude de acreedores, posiblemente éste sería en el *inoponibilidad*. De hecho, un sector doctrinal emplea este concepto para describir los efectos de la rescisión por fraude de acreedores:

– Marín Pérez, al explicar la rescisión por fraude de acreedores, apunta que «muchas dudas existen sobre cuál es el carácter de esa impugnación, pero hay acuerdo en que no produce la nulidad absoluta del acto de disposición impugnado, medida que excedería del interés del acreedor. Un medio suficiente e incluso más seguro es el de la simple inoponibilidad frente al acreedor del efecto traslativo del acto»⁸⁷.

– Torres Perea, desarrollando argumentos similares, da un paso más en relación a los efectos de la rescisión fraude, y conecta abiertamente tales efectos con el fenómeno de la inoponibilidad, hasta el punto que reconoce que las diferencias entre ambas instituciones «no los encontramos en el ámbito de sus efectos, sino en el ámbito de los requisitos de ejercicio»⁸⁸.

– Por último, Gullón, partiendo de los mismos postulados que los sostenidos por los autores anteriores, también conecta los efectos propios de la rescisión por fraude de acreedores, y el efecto de la (in)oponibilidad, hasta el punto que concluye que «la inoponibilidad del negocio frente a los acreedores» es el «concepto que seguramente resume con más propiedad el conjunto de aquellos efectos antedichos»⁸⁹.

⁸⁵ *Op. cit.*, 781.

⁸⁶ «Actuación de la acción pauliana», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coords. Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio M. Morales Moreno, Fernando Pantaleón Prieto), Madrid, 2003, t. II, 1827.

⁸⁷ MARÍN PÉREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995, 368.

⁸⁸ TORRES PEREA, José Manuel de, *Presupuestos de la acción rescisoria*, Valencia, 2001, 112.

⁸⁹ «Negocios a título gratuito y fraude de acreedores», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, 2003 *op. cit.*, 2071.

El centrarse en estas consecuencias de la acción rescisoria por fraude de acreedores, y apoyarse en la idea de *inoponibilidad* para explicarlas, no es exclusivo de nuestra doctrina. Se reproduce este enfoque también, señaladamente, en el ámbito del Derecho italiano, aunque allí tal vez con más razón a la vista de lo dispuesto en el artículo 2902 del Codice Civile⁹⁰. A nivel doctrinal, Gazzoni proporciona una clara visión del efecto rescisorio («revocatorio») como mecanismo de protección de los acreedores ante actos del deudor realizados en perjuicio suyo: «la sentencia de revocación tiene como efecto considerar ineficaz, sólo con respecto al acreedor que ha ejercitado la acción, el acto de disposición, a fin de que en caso de incumplimiento, el acreedor pueda operar con la acción ejecutiva por equivalente (...) en relación con el bien ingresado en el patrimonio del tercero o, preventivamente, obtener un embargo. La acción revocatoria (...) no tiene efecto restitutorio porque el acto de disposición es válido y eficaz erga omnes, con la única excepción del acreedor que ejecuta en juicio (...). Los acreedores que han permanecido pasivos no podrá agredir el bien que está en poder del tercero, ni intervenir en el procedimiento ejecutivo iniciado por el acreedor revocante». Y concluye: «el tercero es propietario y por tanto no puede concurrir al reparto, pudiendo apropiarse del eventual residuo del precio, no ya como acreedor, sino como *uti dominus*»⁹¹.

En una línea similar, y aun sin un precepto como el artículo 2902 del Codice italiano, también la doctrina francesa ha condensado en la idea de *inoponibilidad* los efectos de la acción revocatoria o pauliana. Así, Mazeaud (Henri / Leon / Jean) y Chabas (François)⁹². También Terré, Simler y Lequette⁹³; Marty y Raynaud⁹⁴; y Carbonnier⁹⁵.

4. EL ALCANCE DE LOS EFECTOS DE LA REVOCACIÓN PAULIANA EN RELACIÓN A LOS FRUTOS QUE LA COSA HAYA PRODUCIDO

A priori, podría decirse que la revocación por fraude de acreedores, no alcanza, en cuanto a la consecuencia restitutoria, a los frutos que la cosa enajenada haya podido producir desde su enajenación hasta la restitución (o, al menos, hasta la interposición de la

⁹⁰ Art. 2902 del Codice Civile, apartado 1: «*Il creditore, ottenuta la dichiarazione di inefficacia, può promuovere nei confronti dei terzi acquirenti le azioni esecutive o conservative sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato*».

⁹¹ GAZZONI, Francesco, *Obbligazioni e contratti*, Nápoles, 2009, 683.

⁹² MAZEAUD (Henri / Leon / Jean); CHABAS (François). *Leçons de Droit Civil*. t. II-1.º *Obligations. Théorie générale*. París, 1998, 1070.

⁹³ TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves, *Droit Civil, Les obligations*. París, 1996, 855-856, y 872 (§ 1060 y § 1085 respectivamente).

⁹⁴ MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil, Les obligations*, t. 1: *Les sources*, París: Sirey, 1988, 283 (§ 269).

⁹⁵ CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, 4, *Les obligations*, París: Presses Universitaires de France, 2000, 639 (§ 367).

demanda de revocación). En efecto: la rescisión, como elemento configurador de la posición jurídica de todo deudor, su virtualidad y eficacia no presupone la ineficacia del título por el que el deudor transmite, ni consiguientemente, cuestiona que el *accipiens* haya adquirido su dominio, con todas las facultades que ello comporta (en particular, el llamado *ius fruendi*). Por tanto, sobre esta base, parece fácil concluir que el *ius fruendi*, en cuanto integrante de la posición jurídica de propietario, y por cuanto la propiedad no se cuestiona, lógicamente ha de corresponder al dueño. Esto habría de conducir, en definitiva, a que los efectos la revocación (rescisión por fraude de acreedores) no han de poder proyectarse sobre los frutos que la cosa haya generado en manos de adquirente de la cosa (propietario).

Sin embargo, a esta forma de razonar se le puede oponer la literalidad de lo dispuesto en el artículo 1295 CC, a cuyo tenor «la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses (...)». Precisamente por lo que se ha explicado al inicio de este epígrafe, el precepto ya fue criticado en trabajos tempranos, como el ya citado de Labandera y Blanco, en el que expone que «[n]o se acierta a comprender cómo puede reputarse un contrato válido, sin producir siquiera mientras no se rescinda el efecto de legitimar la adquisición de frutos e impedir el abono de intereses. El procedimiento del Código, lógico en las obligaciones nulas (...) no se justifica en las rescindibles por ningún argumento serio (...). El contrato sirvió de base a la posesión y buena fe del adquirente hasta la demanda»⁹⁶.

Es verdad que el artículo 1295 CC parece estar pensado para disciplinar los efectos restitutorios de la rescisión por lesión, y no para la revocación por fraude; y podría añadirse a mayor abundamiento, que sabemos que el Codificador de 1888 refundió en un mismo capítulo la disciplina de la rescisión contractual, cuando el Proyecto de 1851 separaba en distintas secciones la rescisión por fraude del resto de causas de rescisión; y esto podría llevarnos a pensar que el artículo 1295 no resulta aplicable a la rescisión por fraude, y por tanto, sus efectos no se extienden a los frutos generados por la cosa. Sin embargo, a esta forma de razonamiento le son objetables dos argumentos que resultan difíciles de salvar: el primero es que, si se admite que el 1295 CC no resulta aplicable a la rescisión por fraude de acreedor, ¿dónde se disciplinan entonces sus efectos?; y el segundo, es que

⁹⁶ «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil. Arts. 1.261, 1.300 y 1.290», *Revista de Derecho Privado*, 1914, 182.

también en el Proyecto de 1851 (en el que se pretendía diferenciar bien la rescisión por fraude del resto de supuestos de rescisión), se preveía en su artículo 1181, dictado en sede expresa de rescisión por fraude, que «declarada la rescisión debe el adquirente de las cosas enagenadas [sic] devolverlas con todos sus frutos y utilidades».

Como se ve, *de lege lata* todo parece conducir a que los efectos de la revocación se extienden a los frutos que la cosa haya generado desde que fue adquirida por el tercero.

Sin embargo, la cuestión es más compleja de lo que aparenta.

Probablemente la clave de la respuesta se halle en una adecuada lectura del artículo 1298 CC. Porque contra lo que a primera vista pueda parecer, dicho precepto no contiene una regla sancionadora de la mala fe, como si supusiera un desvío expreso de lo que, de otra forma, habría de ser la regla general.

El hecho de la pérdida o menoscabo fortuitos, y la distribución del riesgo de su acaecimiento, sólo tiene sentido en el marco de una relación obligatoria *vigente*, en la que está implicada la cosa perdida como objeto de prestación. Trasladada esta idea a la dinámica de la revocación por fraude, en la que el demandante exige del propietario que un bien quede a su alcance como elemento de responsabilidad patrimonial por deudas del transmitente de dicho bien, parece claro que la relación jurídica revocatoria⁹⁷, en cuyo marco cobra sentido la distribución del riesgo por pérdida de la cosa, comienza precisamente con la interposición de la demanda. Pero el demandado adquirente de *mala fe*, precisamente por su mala fe, no puede desconocer la revocabilidad de su adquisición, ni por tanto su eventual deber restitutorio (en el sentido revocatorio), no a partir de la interposición de la demanda de revocación, sino desde el momento de la adquisición. Por consiguiente, el artículo 1298 CC admite ser leído, no como una regla sancionadora a la mala fe –como si ésta pudiera suponer una excepción a lo que habría de ser la regla general–, sino como una regla aplicativa de oponibilidad *de lo que* el Ordenamiento entiende que el afectado no puede razonablemente ignorar, y *desde el momento en que* razonablemente no puede ignorarlo: el adquirente de mala fe, *desde el principio*; el de buena fe, desde la condena (sólo que en este último caso, como se ha señalado, los efectos se retrotraen al *momento de la interposición de la*

⁹⁷ La eventual estimación de la demanda de revocación permite retrotraer los efectos al momento de su interposición.

*demanda*⁹⁸). No hay, por tanto, necesidad de ver en el artículo 1298 CC un reflejo de lo previsto en el artículo 457⁹⁹.

La oponibilidad se refiere aquí a la existencia de la relación jurídica restitutoria típica de la revocación, la cual surge al modo de las relaciones obligatorias de fuente legal (cfr. art. 1089 CC), por la mera integración de su supuesto de hecho, al margen de la voluntad de los que resultarán obligados.

El problema típico de las obligaciones de fuente legal es que es teóricamente posible que una persona ocupe en ella la posición deudora sin que razonablemente pudiera exigírsele que conociera tal circunstancia¹⁰⁰. Como se ve, no se trata en estos casos de un problema de *eficacia* de la ley como fuente de obligaciones, sino de un problema de *seguridad jurídica*, y en concreto, de exigibilidad¹⁰¹. Así, el demandado de rescisión de buena fe, si en ese momento paga al demandante el perjuicio ocasionado, no se dirá que realiza un pago *indebido*, ni se dirá tampoco que carece de efecto solutorio, en el entendido que el procedimiento en el que se conocería de la rescisión carece ya de objeto.

Afirmar que desde el momento en que al deudor de la relación jurídica restitutoria le es oponible su existencia no puede liberarse por el hecho de la pérdida de la cosa, es una regla no sólo razonable, sino complemento coherente con lo previsto como regla general en el artículo 1182 *in fine* CC; así, al adquirente de mala fe, desde el momento mismo de su adquisición; al de buena fe, desde la demanda de rescisión.

Esta misma lógica, y por las mismas razones, es perfectamente coherente trasladarla para explicar la posible extensión de las consecuencias de la revocación, también a los frutos generados por la cosa en manos ya del adquirente. No obstante, esto exige una aclaración:

La extensión de las consecuencias revocatorias a los frutos no cumple una función indemnizatoria, ni compensatoria, ni ninguna función análoga a la que la atribución de los frutos cumple en sede de posesión según si el poseedor es de buena o mala fe. La finali-

⁹⁸ En este mismo sentido, en el Derecho comparado, véase la doctrina italiana al respecto en CENDON, Paolo. «2902-Effetti», *Commentario al Codice Civile*, Artt. 2740-2906, Milán, 2009, 1229-1230.

⁹⁹ En contra, viendo esa relación, D'ORS, Álvaro. *Varia Romana, op. cit.*, 777.

¹⁰⁰ Y la obligación restitutoria típica del enriquecimiento injusto adopta este mismo esquema. De ahí una regla como la del art. 212, libro 6, del Código Civil holandés, el cual, después de señalar los límites típicos de la pretensión de enriquecimiento injusto (el enriquecido no debe más de en cuanto se haya enriquecido), dispone en su apartado 3 que el enriquecimiento será descontado tanto como haya decrecido durante el período de tiempo en el que la persona enriquecida no era razonable que reconociera la existencia de la obligación (restitutoria) derivada del enriquecimiento.

¹⁰¹ Es el mismo problema que subyace, por ejemplo, en el art. 148 CC. Véase al respecto la doctrina de la STS de 30-IX-2016 (RJ 2016\4844).

dad de la acción revocatoria, desde su origen y hasta su aceptación por el Código Civil, ha sido y es hacer para el acreedor demandante como si el bien sobre el que se proyecta la revocación no hubiera salido del patrimonio del deudor, o como se señalaba en la *Instituta*, 4.6.6, como si la cosa «sigue estando en el patrimonio del deudor». De este modo, podría concluirse que si el bien es fructífero, en principio no debería haber problema, al menos teórico, para que esos frutos sigan la misma suerte que la cosa fructífera, y los efectos de la revocación pudieran extenderse sobre ellos¹⁰².

Esta forma de razonar, más bien de pura lógica formal, encuentra sin embargo problemas. Ello se debe a que los frutos, una vez percibidos, tienen una consideración objetiva autónoma e independiente como objetos de tráfico y de derechos, y son relativamente independientes de la cosa «madre»¹⁰³. Si hay alguna razón para que sobre los frutos se extiendan también las consecuencias revocatorias, es porque suponen la medida de un beneficio cuya no obtención por el deudor significa un perjuicio (pauliano) para sus acreedores *añadido al que ya les supone la enajenación del bien en sí*.

En mi opinión, no parece que deba haber problemas para admitir que los frutos generados por un bien sobre el que opera el efecto revocatorio, estén expuestos también, y *por este solo hecho*, a las consecuencias revocatorias. Ahora bien: probablemente con un cuádruple condicionamiento:

a) Esos frutos sólo habrían de ser expuestos a la consecuencia revocatoria si la revocación sobre la cosa fructífera (la que fue objeto de enajenación en perjuicio de los acreedores) no fuese suficiente para proteger a los acreedores, no en otro caso. En otras palabras: parece conveniente defender en este punto una especie de prioridad de la revocación sobre el bien con respecto a los frutos posteriormente recogidos¹⁰⁴.

b) La revocación sobre los frutos sólo debe operar en la medida en que sobre ellos se reproduzcan los presupuestos que hacen posible la acción (por ejemplo: el adquirente es un donatario).

c) El plazo de caducidad de la acción revocatoria sobre los frutos, que en general el artículo 1299 CC establece en cuatro años,

¹⁰² De hecho, esta consecuencia ya la calificaba de «lógica» Benito GUTIÉRREZ, «puesto que se finge que la cosa nunca salió de los bienes del deudor» (véase su *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1869. t. IV, 177). Estaba también expresada en ULPIANO, D. 42.8.10, § 22.

¹⁰³ Los frutos generados por un bien sobre el que recae un gravamen o un derecho real, no quedan gravados por el solo hecho de haber sido producidos por un bien que sí lo está.

¹⁰⁴ Cabe recordar en este momento, que es doctrina reiterada que la acción revocatoria sólo justifica la revocación en la medida necesaria, y no más, para proteger el legítimo interés de los acreedores.

debe tener su *dies a quo* en el mismo momento en que se cuenta el plazo de caducidad de la acción de rescisión sobre la cosa cuya enajenación provoca el perjuicio pauliano. En otras palabras: si se admite la extensión del efecto revocatorio a los frutos generados por la cosa, no puede pretenderse que cada vez que se obtengan frutos, cada uno de esos momentos marque el *dies a quo* particular de un plazo independiente de cuatro años *ex* artículo 1299. La extensión de la revocación a los frutos debe entenderse *accessorio*.

d) Finalmente, parece sensato someter el efecto revocatorio sobre los frutos obtenidos por el adquirente a los siguientes límites:

1. Límite temporal: sólo a los frutos percibidos desde que la revocabilidad le fuese oponible.

2. Límite cuantitativo: seguramente doble (concurrente):

- Nunca superior a lo que *realmente* hubiese obtenido el adquirente¹⁰⁵.
- Nunca superior a lo que *hipotéticamente* hubiese obtenido el deudor de no haber enajenado¹⁰⁶.

Estos límites cuantitativos no sólo, al menos en mi opinión, resultan convenientes, sino que tampoco resultan desconocidos en la tradición jurídica castellana¹⁰⁷, que en esta materia, más que en

¹⁰⁵ La razón de este límite radica en que la rescisión por fraude de acreedores no puede justificar, como tal, su extensión a bienes particulares del que no sea el deudor.

Piénsese, también, que si el bien aún estuviese en manos del deudor, no sólo (por razones obvias) el poder de agresión de los acreedores no puede extenderse sobre los frutos hipotéticamente perceptibles (y realmente no percibidos) por el deudor, sino que tampoco tiene, en líneas generales, derecho a que los bienes del deudor sean administrados y explotados por el mismo de una forma eficiente, ni siquiera a que mantenga el nivel de frucción. Consecuentemente, por motivo de la rescisión pauliana el acreedor no puede obtener del adquirente unas ventajas que no podría haber exigido del deudor si el bien aún estuviese en su patrimonio.

Excepcional es, por lo dicho, la llamada acción de devastación hipotecaria (art. 117 LH) para las garantías hipotecaria inmobiliaria; para las garantías sobre bienes muebles hipotecados o pignorados sin desplazamiento, *cfr.* arts. 18 y 63 LHMyPSD. No obstante, se ha querido ver, en D. 42.8.3, § 2 y en D. 42.8.25, § 7, que la acción revocatoria extiende su protección también respecto a los actos de destrucción y pérdida material de la cosa, si bien, claro está, en estos supuestos no podría «mediar la responsabilidad de un tercero» –KIPP, T. *op. cit.*, 7–.

¹⁰⁶ Aunque el adquirente del bien hubiese obtenido más frutos de los que hubiese obtenido el deudor enajenante. Una solución distinta supondría una injerencia en el patrimonio del adquirente que sin duda sobrepasa la finalidad de la acción rescisoria por fraude, pues conduce a poner al acreedor demandante en una posición *mejor* que la que tendría si la enajenación no se hubiese producido. No hay ninguna razón para hacer al acreedor partícipe de esa mejor explotación realizada por el adquirente.

¹⁰⁷ Tampoco, probablemente, en el Derecho Romano, aunque los textos no son tan claros. En efecto, en D. 42.8.10, § 19 se recoge la opinión de ULPIANO conforme a la cual «per hanc actionem res restitui debet, cum sua scilicet causa», y en el siguiente pasaje (§ 20), se añade: «Et fructus non tantum, qui perspecti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt a fraudatore, veniunt (...)». A primera vista, parece que la restitución de frutos es de *todos* los que la cosa haya generado. Sin embargo, D'ORS, siguiendo a HUSCHKE, concluye que en este pasaje ULPIANO se está refiriendo a los frutos *cohaerentes*, distinguiendo así «entre aquellos *qui perspecti sunt* (por el demandado) y los que *percipi potue-*

otras, se revela especialmente útil para averiguar el «esquema revocatorio» que el Legislador daba por presupuesto¹⁰⁸. Así, en la Ley 11, Título XV, Partida V, se puede leer:

«Tornada deue ser la cosa, que algún debdor enagenasse maliciosamente, faziendo engaño a aquel cuyo debdor era, en el estado que estaua ante que fuesse enagenada, con los frutos que auia sobre si, a la sazón que la enageno, e con los otros que salieren ella, desde el día que fue demandada en juyzio, fasta que sea dada sentencia contra el que fuesse tenedor della. Sacadas ende las des-pensas, que fuesen fechas en razón de los frutos, o por mejoramiento que fuesse fechoe n al cosa enagenada. Mas los frutos que saliessen della, desde el día que fuesse enagenada, fasta el día que la començaron a demandar en juicio, deuen fincar al que compro la cosa».

La doctrina castellana era clara al negar que la revocación pudiera extenderse a los frutos producidos por la cosa en el periodo de tiempo comprendido entre la enajenación y la revocación como tal¹⁰⁹. Y respecto de los frutos verosímilmente perceptibles, aunque no hubieran sido realmente percibidos, Gregorio López se mostraba partidario de una interpretación muy amplia, pues la revocación habría de alcanzar los frutos que pudieron haberse percibido «ya por el actor, ya por el que hizo el fraude, según fuere más útil al actor»¹¹⁰, pudiendo, así, elegir el demandante. Probablemente la facultad de elección resulte hoy difícil de argumentar; pero lo que interesa resaltar es que la extensión de los efectos de la revocación no sólo sobre la cosa enajenada, sino también a los frutos que verosímilmente la cosa hubiera producido *desde la interposición de la demanda de revocación*, no es algo desconocido en nuestra tradición jurídica.

runt a fraudatore, es decir, aquellos frutos que existiendo ya como *cohaerentes* en el momento de la enajenación, no había sido *perspecti* por el demandado» (*El interdicto fraudatorio*, *op. cit.*, 186). Y más adelante, concluye: «el demandado por el interdicto fraudatorio debía restituir, cuando se trataba de cosas, éstas mismas *cum sua causa*, es decir, con los frutos *cohaerentes* en el momento de la enajenación, aunque el adquirente del *fraudator* no los hubiera recogido, y con los frutos *recepti* después de entablado el interdicto, pero no los del tiempo intermedio» (*op. cit.*, 188).

¹⁰⁸ Conviene en este punto recordar los términos de la base primera de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

¹⁰⁹ Así, en la *Curia Filípica*, HEVIA BOLAÑOS explicaba: «La revocatoria de la enagenacion fraudulenta de los bienes enagenados, fe ha de hazer con los frutos de ellos, pendientes à la fazon que fe enagenaron, y los cogidos, y que fe pudieron coger depues de la conteftacion de la caufa de la revocatoria, hafta la reftitucion de la cofa, facada la cofa de ellos, y la de la mejora hecha en ella hafta entonces, mas no los demás frutos, que en el medio tiempo d ela enagenacion, y conteftacion fueron cogidos, ò fe pudieron coger, por-que effos no fe han de reftituir» (Tomo II, Libro 2, capítulo 13, § 22 –p. 155 edic. 1725–).

¹¹⁰ Traducción de la glosa de Gregorio LÓPEZ realizada por Ignacio SANPONS y BARBA, Ramón MARTI DE EIXALA y José FERRER Y SUBIRANA. *Las siete partidas del sabio rey D Alonso* [sic] IX [sic]. T. III. Barcelona, 1843, p. 393.

Una vez abordada la cuestión de si los efectos de la rescisión por fraude de acreedores pueden extenderse a los frutos generados por el bien, cabe hacerse una última cuestión: ¿*Quid* si lo que hubiese sido enajenado en fraude de acreedores hubiese sido una cuantía de dinero (por ejemplo: una donación de dinero)? Si se admite que los efectos revocatorios pueden extenderse a los frutos generados (o incluso presumiblemente obtenibles por el deudor enajenante), ¿debiera en este caso extenderse el efecto revocatorio, al menos, sobre el *interés legal del dinero*?

La respuesta negativa parece la más segura. La razón de ellos es que el interés legal del dinero se presenta en el Derecho Privado como una liquidación objetiva del perjuicio sufrido (indemnizable) en las deudas pecuniarias, relevando (aunque no impidiendo) al acreedor que sufre el incumplimiento de cualquier prueba del daño sufrido. Se trata, por tanto, de una liquidación legal del daño que facilita la liquidación del perjuicio, no de una presunción de *lucro cesante*, por la sencilla razón de que el interés legal del dinero no es un indicador del rendimiento del capital en el mercado. Esto es ya suficiente para negar que las consecuencias de la revocación, aunque se admita que puedan extenderse sobre los frutos de la cosa, puedan sin embargo extenderse al interés legal del dinero.

5. LA «INDEMNIZACIÓN» DE LOS ARTÍCULOS 1295 Y 1298 CC

Los artículos 1295 y 1298 contemplan la hipótesis en que, procediendo la revocación, la cosa ya no esté en poder del que debe soportar sus efectos. Conviene detenerse en la naturaleza de esta «indemnización».

Ni el artículo 1295 CC (dictado como regla general para todo caso de rescisión) ni el artículo 1298 (dictado específicamente para el caso en que proceda la rescisión por fraude de acreedores) impide la rescisión cuando la cosa ya no esté en manos del que deba soportar la revocación. La finalidad de ambos preceptos es adaptar las consecuencias de la rescisión a la situación de hecho concurrente; para ello, el Código «subroga» (subrogación real) el valor de la cosa en su lugar, pues dicho valor es el único término con el que ya resulta practicable la revocación. Además: esta forma de entender los artículos 1295 y 1298 es la que convierte en útil la remisión que a ellos hace el artículo 1124 CC (remisión que deja aparte, para someterla a otros requisitos, la partida verdaderamente *indemnizatoria*).

Los antecedentes históricos conducen a esta conclusión. Así, en el Derecho Romano, cfr. D. 42.8.9: «...el que compró con dolo malo, pero vendió al que compró de buena fe, estará obligado por todo el precio de la cosa que recibió».

De forma similar, en el Derecho Castellano. El siguiente fragmento de la *Curia Filípica* (§ 22, Libro 2, Capítulo 13, t. II) es ilustrativo: «(...) si el recipiente de la cosa enajenada en fraude, por título oneroso, la enajenare después a otro, que la recibe con buena fe, no se le puede pedir a éste, sino a aquél el valor, y lo mismo si la consumió, o por otra razón o hecho suyo, no la posee (...). Y lo mismo se entiende enajenándose en el recipiente por título lucrativo, siendo sabedor del fraude, porque si no lo fue, no es obligado a volver el valor, sino es en cuanto por ello se hizo más rico (...)».

Admitido lo anterior, deben señalarse las siguientes ideas complementarias:

a) El remedio revocatorio, *como tal*, no puede justificar que el acreedor legitimado obtenga más (una indemnización) que lo que hubiese obtenido si la rescisión hubiese podido ser desarrollada *in natura* sobre el bien. Por lo mismo, el remedio revocatorio no puede justificar que el acreedor legitimado de rescisión quede en una posición mejor que la que hubiera tenido, si el bien no hubiera salido del patrimonio del deudor.

b) En estos casos, no hay ninguna razón, precisamente atendiendo a los fines de la acción rescisoria, para no aplicar el plazo de caducidad de cuatro años a que se refiere el artículo 1299 CC también cuando la acción deba ejercitarse sobre el valor de la cosa.

5.1 Apuntes sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones

La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones, sigue las mismas ideas que la expuestas. Así se desprende del artículo 1314 de dicho texto. En su segundo párrafo, para el caso en que el bien ya no esté en poder del adquirente que haya de soportar los efectos de la rescisión (por haber transmitido a un subadquirente protegido, o por haberse destruido el bien o perdido de cualquier otra forma), se diferencia según el adquirente sea de buena o de mala fe: para el primer caso, el adquirente «responderá del perjuicio causado sólo en cuanto se haya enriquecido», mientras que el de mala fe no puede limitar su responsabilidad al enriquecimiento. Lo que interesa es que, aunque se hable de responsabilidad, no lo es en el sentido de acción indemni-

zatoria en sentido técnico. Lo pone de manifiesto el que el adquirente de buena fe también «responde», lo que seguramente demuestra que la idea de responsabilidad empleada no equivale a medida de resarcimiento de un daño imputable, sino a un cambio objetivo de aquellos bienes sobre los que se va a hacer efectiva la rescisión, aunque por el mismo valor. Es, por decirlo gráficamente, la expresión del paso de una «responsabilidad» *cum viribus*, a otra que es *pro viribus*.

V. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA EXISTENCIA, DE *LEGE LATA*, DE LOS REQUISITOS *ANIMUS FRAUDATORIS* Y *CONSILIUM FRAUDIS* (O *SCIENTIA FRAUDIS*) PARA EL TRIUNFO DE LA ACCIÓN RESCISORIA POR FRAUDE DE ACREEDORES

Desde la consideración de la rescisión por fraude de acreedores como una categoría de ineficacia contractual, se ha ido consolidando la necesidad de que el deudor transmitente lleve a cabo la disposición patrimonial con ánimo de defraudar a sus acreedores; y que, además, el adquirente sea partícipe en el fraude, o que, al menos, no pueda razonablemente ignorar que la transmisión por la que él adquiere, es realizada por su *tradens* con una finalidad fraudulenta.

1. MARCO TEÓRICO DE LA OBJETIVACIÓN, RESPECTO DEL ADQUIRENTE, DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

Un Sistema Jurídico que aspire a desprenderse de la exigencia de requisitos subjetivos para el éxito de la acción pauliana, debe tender a reubicar el mecanismo revocatorio como un elemento configurador de la posición jurídica acreedora, en vez de como un tipo de ineficacia contractual.

Las causas de rescisión, comprendidas como causa de ineficacia contractual, se entiende que son *externas al contrato*, en el entendido que no afectan genéticamente al mismo, sino que es la consideración a unos intereses tipificados (por ejemplo, la minoría de edad, o la ausencia) lo que convierte a esos contratos en rescindibles¹¹¹.

¹¹¹ Como señaló DE CASTRO, «[l]os casos de rescisión se dan como medidas correctoras, para evitar una consecuencia injusta, resultante del juego normal del sistema jurídico» (*El negocio jurídico, op. cit.*, 520)

En este sentido, desde un punto de vista de política legislativa, el principal problema que plantea la virtualidad práctica de la rescisión como categoría es de seguridad jurídica. No basta con que concurra la causa externa al contrato para que éste haya de rescindirse: es necesario explicar por qué esa causa *le es oponible* a la otra parte del contrato, que debe así soportar la ineficacia del mismo aun cuando, genéticamente, el contrato es válido; o mejor dicho: el contrato no deja de ser válido por el solo hecho de que concurra una causa de rescisión¹¹².

El problema es haber sometido a esta lógica rescisoria la protección por el fraude a los acreedores. Y ello, porque todas las causas de rescisión previstas en el artículo 1291 CC (salvo, precisamente, la rescisión por fraude de acreedores) están construidas sobre, o apoyadas en, situaciones o contextos cuyos elementos son *oponibles* a los sujetos cuyos efectos han de soportar: la mayoría o minoría de edad, el cargo tutelar, el procedimiento judicial, y finalmente, el precio de mercado –que en buena lógica no puede resultar nunca «sorprendente» para los actores en el tráfico jurídico–; consecuentemente con ello, ni *de lege lata* se exige ni doctrinalmente se defiende, que para que prospere la rescisión por estas causas sea preciso que en el adquirente concurra el ánimo de causar un daño, ni siquiera la consciencia de que pudiera causarse: las causas de rescisión le son oponibles, sin más.

Nada de esto se da en relación a la situación que justifica la rescisión por fraude de acreedores; es decir: los elementos que permiten lógicamente hacer valer la ineficacia rescisoria sobre el adquirente (y por ello, sobre la legítima expectativa de mantener los efectos del contrato) son irreproducibles en el contexto en el que se permite la rescisión por fraude de acreedores.

En términos, de nuevo, de política legislativa, la única forma lógica de seguir manteniendo la protección «pauliana» en los esquemas de la ineficacia rescisoria, era (y es) traducir la oponibilidad de la situación que legitima la rescisión en este contexto (imposible en términos de oponibilidad *objetiva* o *real*) a términos de *imputabilidad* al adquirente de la situación que justifica la rescisión. La única forma *teórica* de hacerlo, es mediante el recurso a particulares circunstancias subjetivas del adquirente que justifiquen esa oponibilidad de la causa rescisoria, y así, las consecuen-

¹¹² Vid. MANRESA, *op. cit.*, VIII, 727. De ahí que la rescisión pueda calificarse, por emplear la terminología usada por SCOGNAMIGLIO, como una categoría de ineficacia en sentido estricto, pues sólo faltan los efectos finales del negocio, sin tocar su validez (*op. cit.*, § 165).

cias sobre él de la rescisión por fraude de acreedores¹¹³. De ahí que la principal preocupación *práctica* del régimen rescisorio, en un sistema así, sea tipificar unas situaciones de las que deducir, con valor de *presunción* (a veces, se nos dice, que con valor *iuris et de iure*¹¹⁴) un determinado estado intelectual (y en su caso volitivo) por parte del adquirente del daño que la enajenación causa a los acreedores del enajenante¹¹⁵, lo que sería suficiente para convertir en oponible el daño ocasionado a los acreedores, y por ello, justificar que haya de soportar la consecuencia revocatoria.

No se cuestiona que se llegue a soluciones apropiadas: lo que se cuestiona es el camino seguido para llegar a ellas: la evolución legislativa y la aplicación jurisprudencial de la figura, confirman

¹¹³ ROCA SASTRE entendía en este sentido que el adquirente en el negocio rescindible no es, en realidad, un auténtico *tercero*: «el primer adquirente, o sea, el adquirente directo del deudor (...) no es tercero (...) porque está ligado con él por una relación o vínculo jurídico cuasi delictual». Y añade: «[L]a acción Pauliana (...) es una acción personal, que obra *ex nunc* (...). ¿Ataca, pues, al adquirente, y, no obstante, la acción Pauliana es de carácter personal? Pues esto demuestra que acreedor y adquirente no son terceros» («La acción Pauliana y el artículo 37 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, 512-513).

En este sentido, el estado subjetivo del adquirente es lo que permite, en palabras de BETTI, desgarrar el diafragma que, otro modo, hubiese permitido separar la esfera jurídica de los terceros respecto de la relación deudor-acreedor. En opinión de este autor, «la relación de obligación será separada de la esfera jurídica de los terceros por un diafragma de intrascendencia (...). [M]ientras que el tercero se hace cómplice de una iniciativa conscientemente lesiva de la garantía patrimonial de los acreedores, se puede decir que este comportamiento suyo, violando un elemental deber de corrección y estableciendo un nexo de causalidad psicológica objetivamente controlable, penetra y desgarrar, por así decir, el mencionado diafragma de irrelevancia, para herir un elemento patrimonial que pertenece a la esfera de los acreedores» (BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, Madrid, t. II, 1970, 399). Más adelante, en p. 404-405, añade: «[P]ara el tercero que se presta a la enajenación fraudulenta el ilícito tiene naturalmente carácter extracontractual. Es una especie de aquel genérico deber de conservación y de respeto que le incumbe frente a las esferas de los intereses de los demás miembros del cuerpo social. Especificación que nace del hecho de que, por efecto de la oferta contractual que le viene del deudor fraudulento, el tercero se encuentra en esta situación de contrato [sic; probablemente se quiso decir «contacto»] social: poder concurrir con él a violar la garantía patrimonial y así defraudar la expectativa del acreedor. Normalmente no se encuentra en esta situación, pero si se presta a ser cómplice del fraudulento deudor, está claro que lesiona, en combinación con él, la garantía patrimonial que corresponda a los acreedores y precisamente por ello se convierte en persona pasivamente legitimada para el ejercicio de la acción revocatoria».

¹¹⁴ Así, en los casos en que el adquirente del deudor lo es a título lucrativo. ROCA SASTRE entendía que en estos casos incluso había enajenación *con causa torpe* por haber una posición fraudulenta del enajenante y una posición no equitativa del adquirente, el cual se enriquece injustamente a expensas de los acreedores (*op. cit.*, 515).

También en los casos contemplados en el art. 1292 CC, que es una disposición muy valiosa para identificar en torno a él un grupo de supuestos en que la rescisión debe mantenerse apoyada sobre parámetros objetivos (la mera lesión al interés del acreedor). *Vid.* sobre esta cuestión JEREZ DELGADO, Carmen. *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (La acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, 171, y 321 y ss.

Como proposición de *lege ferenda*, en igual sentido, véase la propuesta de BOSCH, POZO y VAQUER, *op. cit.*, art. 62.1, y su comentario en p. 214.

¹¹⁵ Ilustrativa al respecto es la lectura de TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *op. cit.*, §§ 1079-1080 (pp. 867-868).

que a lo que se tiende es a ampliar los contextos en los que se *presume* la imputabilidad de la causa de la rescisión al adquirente (que, así, no puede desconocerla), hasta acabar identificando *eventus damni* con *scientia fraudis*¹¹⁶ y ¹¹⁷.

Desde el punto de vista de la evolución legislativa, lo pone de manifiesto la redacción propuesta del artículo 1310 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia del Derecho de Obligaciones, y el tratamiento de la rescisión en el marco del concurso de acreedores¹¹⁸.

Jurisprudencialmente, se llega de hecho a una exigencia de «diligencia» por parte del adquirente, que reduce a meramente nominal el requisito de *scientia fraudis*. Buenos ejemplos de ello son las SSTs de 7-IX y de 26-X, ambas de 2012.

La STS de 7-IX-2012 (RJ 2012\2265) hace un interesante análisis del sentido del requisito del *consilium fraudis* y de la *scientia fraudis* como elementos de triunfo de la pretensión revocatoria, en una decidida dirección objetivista, aunque no se desprende enteramente de cierto grado de imputabilidad al adquirente de la causa de la rescisión, como tipo de ineficacia contractual. En ella se puede leer que «la moderna configuración de la acción tiende a invertir el arquetipo tradicional recibido, delimitado en torno a una concepción extremadamente subjetiva del fraude, así como a una aplicación excepcional de su recurso, por el de un concepto operativo del mismo que tiende a objetivar la responsabilidad deri-

¹¹⁶ Identificación ésta que viene de antiguo, y que de forma más o menos implícita se ha venido arrastrando desde el Derecho Romano, pasando por el Derecho de Partidas, hasta el vigente Código Civil.

Señaló Xabier D'ORS que «[l]as construcciones de genitivo con «causa» y «gratia» tienen, para los clásicos, un sentido totalmente diferente, si bien en un momento posterior terminan por confundirse. «Causa», para los clásicos, es todo hecho antecedente que determina la eficacia o ineficacia de un hecho subsiguiente. «Gratia», en cambio, indica la finalidad que persigue el acto (...). [P]arece muy probable que los bizantinos hayan entendido la expresión *fraudenti causa* con un matiz final [finalista] (...). Para los clásicos esta expresión no tuvo ese sentido final, sino el causal que aparece en otras expresiones similares» (*op. cit.*, 137). Y continúa el mismo autor que, al margen de qué se entienda por causa aquí, lo cierto es que el demandante no tenía que probar dicha causa (ya entendida como intención, ya entendida como insolvencia); y en este sentido concluye: «no siendo el *consilium* [que se identifica con la idea anterior de *causa*] un hecho que haya de ser probado, se debe decir que es un hecho presumido, precisamente *ex eventu damni*. En otras palabras: de la comprobación del *eventus damni* realmente causando a los acreedores, se deduce retroactivamente un *consilium fraudis* en el deudor, que consiste precisamente en una previsión conjetural de la ulterior insolvencia patrimonial (*op. cit.*, 137-138).

En relación al Derecho Castellano, de una forma muy similar, explicaba GÓMEZ DE LA SERNA que «una presunción *juris et de jure* hace que se suponga que procede con intención de defraudar a sus acreedores el que ha sido condenado a pagar una o más deudas, y á hacer entrega de sus bienes, porque el que enajena en tales circunstancias, dá claramente á entender, como dicen las Partidas, que *lo faze maliciosamente y con engaño*, cuando por resultado de la enajenación viene á quedar insolvente» (*Ley Hipotecaria, op. cit.*, t. I, 1862, 650).

¹¹⁷ Lo mismo sucede, v. gr., en el Derecho italiano. Por todos, véase GAZZONI, *op. cit.*, 686.

¹¹⁸ Para una visión general de la rescisión por fraude en el concurso, véase el citado trabajo de JEREZ DELGADO, en *Anuario de Derecho Concursal, op. cit.*, 2013.

vada bajo el protagonismo del *eventus damni* como presupuesto impulsor del ejercicio de la acción rescisoria (...) Es un daño (la disminución de la garantía patrimonial del deudor hasta el límite de su insolvencia) en el que el plano de la culpabilidad aparece como un elemento más bien negativo: la falta de justificación de dicha disminución con arreglo a los específicos principios y deberes de tutela de la efectividad del derecho de crédito (...) Esta idea se refuerza cuando se examina que, además de la imposibilidad de demostrar un estado de malicia que pertenece al proceloso mundo de las intenciones, la vinculación del adquirente a las consecuencias de la acción rescisoria (...) no se basa en el dolo al menos entendido como un grado de conciencia, sino el *consilium fraudis* se apoya en la idea de mala fe del tercero que nos conduce a la constatación de un error excusable y, por tanto, a la diligencia para conocer, más que al exacto grado de conocimiento. El tercero indemne no tenía por qué conocer que la transmisión efectuada a su favor generaba una situación de insolvencia en el transmitente, o que se había dictado sentencia o librado mandamiento de embargo. *Pero en estos últimos casos, la presunción juega en contra del tercero, sobre el que pesará la carga de la prueba de la diligencia media, y no podrá apoyarse en grado de conocimiento o de ignorancia alguno, entre otras razones porque es perfectamente indemostrable.* Luego hemos de pensar que aquí juega restrictivamente la buena fe del tercero, lo que al menos indica en estas hipótesis que se puede llegar a prescindir del tan reiterado *consilium fraudis*» (la cursiva es mía).

En la de 26-X-2012 (RJ 2012\10414) se puede leer que «la [compradora] sabía que había pendiente un procedimiento de reclamación de cantidad de intereses moratorios (...) [contra el vendedor], pues así se hizo constar en la escritura si bien se mencionaba que por una cantidad inferior a la real, al transcribir una nota simple, errónea, del Registro de la Propiedad, que puede expresar, aunque equivocadamente, el importe del embargo, pero no el importe reclamado en el procedimiento, que con un mínimo de cautela [el comprador] pudo conocer». «A la vista de ello la [compradora] era consciente de que la venta se efectuaba pocos meses después de iniciado un proceso de ejecución (artículo 1297 CC) y una diligencia mediana *habría exigido que se hubiese puesto en contacto con el acreedor para conocer la totalidad de la deuda, no limitándose sólo a confiar en una Nota simple*» (fundamento de derecho cuarto; la cursiva es mía).

En ambas resoluciones de 2012, en mi opinión se llegó a la solución apropiada: estimar la rescisión; lo que ocurre es que, seguramente, forzando demasiado los términos de la doctrina tradicional de la acción revocatoria en lo que se refiere al estado subjetivo del adquirente, con tal de poderle oponer (autoimputándole) la causa de rescisión y hacerle así merecedor de los efectos de la acción.

2. CRÍTICA DE LA TRADICIONAL DISTINCIÓN ENTRE LAS ENAJENACIONES A TÍTULO ONEROSO Y A TÍTULO GRATUITO, DE CARA A EXIGIR O NO *SCIENTIA FRAUDIS* EN EL ADQUIRENTE PARA QUE SOPORTE LAS CONSECUENCIAS DE LA RESCISIÓN

Es tradicional afirmar que, de cara al triunfo de la acción revocatoria, no merece la misma protección el adquirente del deudor, según dicha adquisición haya sido a título oneroso o a título gratuito. Y ello, se dice, porque no es adecuado que el adquirente a título oneroso (que ha dado una contraprestación para su adquisición) quede tan expuesto a la revocación como pueda quedar el adquirente a título lucrativo, que sólo ha experimentado beneficio-enriquecimiento con su adquisición; por ello, hay que ser más cauto a la hora de sacrificar la adquisición a título oneroso, que la adquisición gratuita, porque en esta última hipótesis, en el peor de los casos el adquirente se queda en la misma posición que la que tenía antes de su adquisición; lo que no sucede con el adquirente a título oneroso¹¹⁹.

De esta doctrina es tributario nuestro artículo 1297 CC, que *presume* el fraude siempre en las enajenaciones a título gratuito¹²⁰, mientras que en las enajenaciones a título oneroso, sólo en determinados contextos, no en otros.

Sin embargo, esta forma de enfocar el conflicto de intereses sobre el que se pretende justificar la extensión de los efectos revocatorios en uno y otro grupo de casos, lleva a una incoherencia que ha sido puesta de manifiesto por Terré, Simler y Lequette¹²¹. Tanto la adquisición onerosa como la gratuita son revocables, *porque* suponen un daño a los acreedores del disponente que el Ordenamiento entiende que no han de soportar. Ese perjuicio (insolvencia o difícil solvencia del enajenante) no es, objetivamente, de distinta calidad *porque* proceda de una enajenación onerosa o gratuita; o lo que es igual: no hay ninguna razón por la que, cuando el acto de disposición implica *todo él* un empobrecimiento en el disponente sea innecesario investigar el estado subjetivo del adquirente, mientras que *si sólo lo implica parcialmente* –en la parte en la que, en términos de mercado, no hay conmutatividad–, sí es necesario investigar dicho estado subjetivo. Entre nosotros, ya señaló Puig Brutau que «[d]ebería imponerse la consideración de que no puede

¹¹⁹ Por todos, JEREZ DELGADO, Carmen, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (La acción de rescisión por fraude de acreedores)*, *op. cit.*, 161-164.

¹²⁰ Cfr. también art. 643 CC. Su conexión con la acción pauliana ha sido defendida, por todos, por JEREZ, *op. cit.*, 1999, 179-191.

¹²¹ *Op. cit.*, § 1083 (pp. 870-871).

prevalecer el interés de los donatarios por encima del de los acreedores del donante. Socialmente es más conveniente proteger a los acreedores que a los donatarios». Y concluía: «con una apreciación realista de nuestra legislación en este punto, creemos que el Código Civil está muy próximo al sistema de supresión de este requisito subjetivo»¹²².

Esta forma tradicional de enfocar la cuestión conlleva problemas añadidos, en aquellos casos en los que ni siquiera es fácil saber si estamos ante una enajenación onerosa o gratuita, aun cuando haya existido «precio»¹²³. Cuando, en este estadio regulativo, el Legislador tipifica supuestos en los que se *presume* el fraude¹²⁴, acaba por perderse definitivamente la referencia de la presunción, que ya no se sabe si se refiere a la buena o mala fe del adquirente, o a la onerosidad o gratuidad del negocio (y de ahí, a su vez, presumir la buena o mala fe, respectivamente).

3. LAS PRESUNCIONES DEL ARTÍCULO 1297 DEL CÓDIGO CIVIL

El problema de coherencia institucional en la regulación de la rescisión por fraude de acreedores, en lo referente al intento de seguir justificando la rescisión en un reproche subjetivo de los intervinientes en el negocio objeto de rescisión, alcanza su máxima expresión en aquellos casos en los que, sin renunciarse a la exigibilidad de tal elemento subjetivo, se tipifican supuestos legales en los que, no sólo es lícito presumir que concurra, sino que la presunción ni siquiera admite prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*). En tales casos, es verdad que el Legislador no está renunciando a que el requisito subjetivo sobre el adquirente siga siendo constitutivo de la acción revocatoria. Más bien al contrario; lo que sucede

¹²² *Op. cit.*, 349.

¹²³ Los problemas se plantean, y son descritos, en los ordenamientos que parten de esta distinción tradicional. Así, el Derecho francés (TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves, *loc. cit.*). Para el Derecho italiano, cfr. GAZZONI, *op. cit.*, 687.

¹²⁴ Este es el modelo del art. 1310.2 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones: «(...) son fraudulentos: los actos dispositivos a título gratuito; los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos y los actos a título oneroso en los que éste y el otro contratante hayan conocido o debido conocer el perjuicio causado. Las disposiciones onerosas en las que, en detrimento del patrimonio del deudor, haya un notable y manifiesto desequilibrio entre el valor de las prestaciones, serán tenidas por gratuitas en la medida del enriquecimiento del otro contratante». Y se añade: «Se presume el fraude de acreedores en las disposiciones onerosas a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor, en las realizadas por éste en una situación de insolvencia notoria y en las enajenaciones a título oneroso hechas después de haberse pronunciado contra él sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes».

es que tal y como se articula la presunción, como veremos, el elemento subjetivo es completamente *inútil*, y más bien la presunción vale como una *formal* intención de continuar exigiendo ese requisito, tanto en esos supuestos donde rige la presunción, como en el resto de casos, en los que la presunción no juega.

Esto es lo que pasa en el contexto del artículo 1297. Contra lo que pudiera parecer a primera vista, las presunciones del artículo 1297 se refieren al elemento subjetivo de fraude, referido al adquirente (y no al transmitente), y además, son presunciones que operan *iuris et de iure*:

a) Respecto a lo primero (la presunción recae sobre la intención del adquirente, y no del enajenante), me parece que ello se deriva de que es la lectura que hace a la presunción más útil. Todas las causas de rescisión enumeradas en el artículo 1291 CC (salvo, precisamente, el fraude de acreedores) son eficaces frente al adquirente, porque se apoyan en circunstancias que son oponibles a ese tercer adquirente, independientemente de que éste sea de buena o de mala fe: es la propia naturaleza, de la situación que justifica la rescisión, la que ya es de por sí oponible al adquirente: que éste sea de mala o de buena fe puede ser un elemento que agrave su posición, pero no hace la situación «más o menos oponible» a él. Pero en el caso de la rescisión por fraude, la situación determinante de la rescisión es la insolvencia (o reducción grave de la solvencia) del enajenante: la situación patrimonial del enajenante es inoponible, por su propia naturaleza, al adquirente: de ahí que el empleo del requisito de la mala fe, y de sus presunciones, sea necesario para articular la oponibilidad de una situación que, por su propia naturaleza, es inoponible: la mala fe (también la presunta) la convierte en oponible.

De ahí que las presunciones del artículo 1297 se refieran al elemento subjetivo referido al adquirente: dichas presunciones sólo son útiles por cuanto construyen el elemento referente de la oponibilidad de la insolvencia respecto al adquirente, que es en definitiva el que ha de soportar los efectos de la revocación.

b) Por lo que se refiere a lo segundo (la presunción es *iuris et de iure*), la razón de ello se encuentra en la propia estructura de la presunción, en la que, de haber, la prueba en contrario que cabría para destruir dicha presunción sólo podría recaer sobre el hecho de que la enajenación, ya la hecha a título gratuito, ya la realizada en el contexto del segundo párrafo del artículo 1297, no produce el perjuicio «pauliano» del que protege la acción «pauliana».

La presunción, como herramienta procesal, es la tipificación de un proceso deductivo, a través del cual de un hecho cierto se deduce un hecho incierto con verosimilitud lógica (legalmente tipifica-

da) suficiente para ser tomado como cierto. Pero ya la presunción sea *ius tantum* o *ius et de iure*, lo cierto es que debe existir una relación *lógica* (Cortés Domínguez) entre el hecho probado y el hecho presunto deducido de aquél.

Trasladado este esquema al ámbito del artículo 1297, y ante la alternativa de referir la presunción, ya al *consilium fraudis* –o al menos a la *scientia fraudis*– del adquirente, ya al elemento consistente en el *eventus damni*, parece más probable que se refiera a lo primero, siquiera sea porque referirlo a lo segundo conduce a que a cualquier acreedor, por ejemplo, de un donante, le bastaría alegar su condición de tal acreedor, sin más, para que, por ese solo hecho, se cargue al adquirente (donatario) con la prueba de que la donación no le perjudica; pero sin embargo, no quede relevado de probar la mala fe, o al menos la *scientia fraudis* en el adquirente.

Una regla presuntiva como la del artículo 1297 debe presuponer que el perjuicio revocatorio se ha producido¹²⁵, porque sólo en ese contexto tiene sentido una presunción como al del artículo 1297, que por tanto ha de referirse al estado subjetivo del adquirente.

El artículo 1297 es probablemente la traducción a términos presuntivos de lo dispuesto en P. 5.15.7, cuando se preveía que «acaefce a las vegadas que defpues que es condenado [el deudor personal], en juyzio, que pague las debdas e ha mandado el juzgador fazer entrega de los bienes del que los enagena todos porque no pueden fallar de lo fuyo, de que entregue a aquellos que lo deuen auer. E porende dezimos que tal enagenamiento como efte, puede revocar aquellos (...). Porque fe da a entender, que pues que todo lo fuyo enagena defta manera, que lo faze maliciosamente e con engaño»¹²⁶.

¹²⁵ La carga de la prueba del perjuicio recae sobre el acreedor demandante (JEREZ DELGADO, Carmen, La restitución de los enriquecimientos causados, *op. cit.*, 2013, § 22.

¹²⁶ Si el artículo 1297 presume el fraude, y a lo que ahora interesa, presume también el ánimo fraudulento por el mero hecho de ser la enajenación a título lucrativo, la lógica de las presunciones impone que, el efecto presuntivo de ésta, se ha de romper probando el hecho opuesto, que en este caso, si lo que se presumiera es el ánimo fraudulento, tendría el demandado de rescisión que probar que tal ánimo no existe. El ya derogado artículo 1251 CC, en su redacción original, ya preveía que las «presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente lo prohíba». ¿Bastaría, pues, para evitar la rescisión de la enajenación a título lucrativo, a pesar de ser objetivamente perjudicial para los acreedores, que se lograra probar que no hubo *animus fraudatoris*, sino otro distinto? Porque si fuera así, entonces sí que el *animus fraudatoris* resulta un elemento constitutivo de la pretensión revocatoria.

La cuestión se ve aún más clara en la construcción de la presunción del segundo párrafo del art. 1297. En él, y de nuevo presuponiendo que el acto de cuya rescisión se trata es objetivamente dañoso, *presume* fraudulenta toda enajenación a título oneroso hecha «por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes». Nótese que el contrato rescindible aquí no es aquel que tenga por objeto las cosas que hayan sido objeto de embargo o de medida cautelar, sino aquel que es realizado por una persona sobre la que ha recaído sentencia condenatoria, pendiente de ejecución. Ante la alternativa de interpretar esta disposición como si dijera que aquel sobre el que ha recaído sentencia condenatoria pendiente de ejecución tiene paralizada su actividad económica (opción interpretativa ésta que parece descartable), sólo parece posible otra alternativa interpretativa: las presunciones del artícu-

En definitiva, la virtualidad de dicho precepto consiste en señalar unas hipótesis o contextos *sospechosos*, en los que es *posible* presumir, no el *eventus damni*, sino el *consilium fraudis* y la *scientia fraudis*. En este sentido, en el Derecho comparado, resulta ilustrativo lo dispuesto en el artículo 2179 del Código Civil Federal mejicano del año 1928, en el cual, con una similitud literal tal que permite afirmar que el legislador mejicano tuvo como modelo el precepto español, se prevé: «Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquiera instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes...»; pero se añade un último inciso que no aparece en el precepto español: «... cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de los acreedores». La disposición mejicana, con este inciso, no pretende separarse de la disposición española, sino exteriorizar lo que en el Código español sólo puede deducirse: que la presunción tiene como objeto el estado subjetivo de los protagonistas, y no el daño a los que acreedores que produce la enajenación, pues este daño es un *presupuesto*, no un hecho *presumido*.

En otras palabras: el fraude a los acreedores no se produce por el hecho de que se enajene en los contextos descritos en el artículo 1297, sino porque tales enajenaciones sean objetivamente dañosas desde el punto de vista de la solvencia del deudor enajenante. Resulta exagerado presumir de ahí «ánimos fraudulentos». Más bien, se trata de *contextos sospechosos* (enajenaciones a título lucrativo, sentencia condenatoria pendiente de ejecución). Contextos sospechosos del *daño*, no del ánimo fraudulento en el enajenante, porque de hecho en estos casos se prescinde por completo de dicho ánimo¹²⁷. Y pueden justificar una inversión de la carga de la prueba, no de la buena o mala fe del transmitente o del adquirente, sino del *eventus damni* como dato objetivo¹²⁸.

Nótese la diferencia de la idea de fondo de este artículo 1297 CC y el artículo 1310.2 de la *Propuesta de Modernización*. En el primero, *presupuesto* el menoscabo de la solvencia del deudor provocada por la enajenación (*eventus damni*), *se presume* el fraude en

lo 1297 suponen una inversión de la carga de la prueba contra el demandado de rescisión, que para evitar sus efectos, lo que ha de probar es que el acto en cuestión *no es perjudicial* para sus acreedores, es decir, no produce el perjuicio del que protege la acción pauliana. Porque lo que no tiene ningún sentido, es partir de que todos los actos realizados por un deudor en la situación del segundo párrafo del art. 1297 deban *presumirse*, salvo que el demandado demuestre otra cosa, que se hacen con ánimo fraudulento por ese solo hecho.

¹²⁷ En este sentido, y en relación a las enajenaciones a título gratuito, PUIG BRUTAU señalaba que «tal vez sería preferible afirmar, pura y simplemente, esto es, al margen de toda presunción real o ficticia, que un deudor no puede sustraer bienes a la acción de sus acreedores a base de enajenarlos a título gratuito». Y más abajo, ante la alternativa de entender que la presunción del art. 1297 sea *iuris tantum* o *iuris et de iure*, concluye que «la solución no es muy satisfactoria y, en todo caso, la tendencia moderna señala al conveniencia de considerar rescindibles las enajenaciones a título gratuito». *Op. cit.*, 347-348.

¹²⁸ Inversión de la carga de la prueba, que es jurisprudencia consolidada entre nosotros. Así véase el reciente ATS de 15-III-2017 (RJ 2017\71538), en el que se citan al respecto las SSTs de 20-II y 11-IV-2001, 31-X y 12-XII-2002, y 21-IV-2004.

las dos hipótesis señaladas (enajenación a título lucrativo, enajenación a título oneroso cuando ya se dictó sentencia condenatoria o mandamiento de embargo), esto es, se introduce (forzadamente) en el supuesto, presumiéndolo, el *consilium fraudis* o la *scientia fraudis* a pesar de ser contextos en los que es perfectamente posible la ignorancia por parte del adquirente. En cambio, en el artículo 1310.2, es un precepto dictado en un contexto en el que el estado subjetivo del adquirente no es elemento *constitutivo* de la pretensión rescisoria, de modo que, probado el perjuicio a la solvencia del deudor enajenante, la presunción sólo tiene sentido referida a la *mala fe* del adquirente.

4. EL ÁNIMO FRAUDATORIO EN EL DEUDOR ENAJENANTE

Es tradicional enumerar entre los requisitos para que prospere la acción revocatoria, una intencionalidad fraudulenta en el enajenante (deudor). Las razones de la exigencia de este requisito giran fundamentalmente en torno a dos órdenes de ideas:

– Contemplada la acción revocatoria como un mecanismo de reacción típico ante el «ilícito» que supone la despatrimonialización del deudor, y por tanto desde una perspectiva que pone la acción revocatoria en un lugar muy cercano, sino entre los casos, de responsabilidad, se ha afirmado que puesto que esta acción supone para los acreedores una protección frente a la «violación de la relación de *garantía* patrimonial» presente en toda relación obligatoria, la acción revocatoria es un mecanismo por el que hacer valer la responsabilidad *contractual* del deudor¹²⁹.

– Para otro sector, la razón por la que se defiende la necesidad de este requisito es explicada por Mazeud (Henry, León y Jean) y Chabás en el sentido que la acción pauliana constituye una injerencia grave en los asuntos del deudor, y por ello, también los intereses de los terceros que contratan con él; por ello, tanto la libertad de acción del deudor, como los intereses de los terceros que contratan con él, sólo deben ser sacrificados cuando puede afirmarse que existe *fraude*, porque un acto involuntario o imprudente, con ser dañoso para los intereses de los acreedores, no justifica dicha injerencia¹³⁰.

¹²⁹ BETTI, Emilio, *op. cit.*, t. II, 404.

¹³⁰ «[L]’action paulienne constitue une immixtion grave dans les affaires du débiteur; d’autre part, elle lèse gravement les intérêts du tiers qui a traité avec lui. La liberté d’action du débiteur, comme les intérêts des tiers, ne doivent être sacrifiés aux créanciers que si une fraude a été commise; une faute involontaire, une imprudence serait insuffisante» (MAZEUD / MAZEUD / CHABÁS, *op. cit.*, 1063)

Sin embargo, en un sistema revocatorio por fraude de acreedores, articulado sobre el esquema rescisorio contractual, el problema se plantea no tanto en encontrar las razones por las que hacer que el deudor soporte las consecuencias de la rescisión, sino las razones por las que debe soportarlas el tercer adquirente, porque es sobre su patrimonio sobre el que se legitima, al acreedor victorioso de rescisión, para actuar. En un panorama tal, no se ve qué utilidad añadida ofrece al Sistema Jurídico, en el marco de la rescisión contractual, seguir exigiendo como requisito que el deudor enajenante actúe con ánimo fraudulento. A lo que cabe añadir que, si la acción revocatoria exigiese ánimo fraudulento en el deudor, sería conceptualmente imposible diferenciar la nulidad por causa ilícita –torpe– y la rescisión por fraude de acreedores¹³¹, a menos que ésta se entendiera un subtipo de aquélla.

VI. RELACIÓN JURÍDICA RESTITUTORIA ENTRE EL ADQUIRENTE QUE SOPORTA LA REVOCACIÓN Y EL DEUDOR ENAJENANTE

Esta cuestión tampoco está regulada en el Código Civil. Sin embargo, hay buenas razones para entender aplicable a esta materia el régimen de saneamiento por evicción¹³², cuando el tercero que soporta la revocación fue un adquirente a título oneroso; con una única excepción: en los casos en que resulten de aplicación, también, las consecuencias de los artículos 1305 y 1306¹³³.

En este sentido, deben tenerse en cuenta las siguientes ideas:

a) El régimen de saneamiento por evicción, aunque ubicado sistemáticamente en sede del contrato de compraventa, no es sólo para la compraventa. Lo demuestra el que se trata de una regulación que el mismo Código declara aplicable en sede del contrato de

¹³¹ Ello conduciría, como ha señalado SABORIDO SÁNCHEZ, a «confundir ambas figuras» (“Donación realizada en fraude de acreedores. Nulidad por causa ilícita o rescisión de la donación”. Comentario a la STS de 4 de febrero de 2005 (RJ 2005, 946)», *Revisita Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2006, núm. 17, 170).

¹³² Así lo defendió DE CASTRO, Federico, *La acción pauliana*, *op. cit.*, 226. No obstante, téngase presente que PUIG BRUTAU entendía que la legitimación pasiva en la acción pauliana no se reducía sólo al adquirente que debía soportar sus efectos, sino que se extendía a «los dos contratantes que hayan celebrado [el] contrato en fraude de acreedores» (*op. cit.*, 353).

¹³³ La razón es obvia: ya el *accipiens* sea o no participe en el fraude-causa ilícita, debe tener cerrada toda posibilidad de acción por evicción frente al transmitente (*fraudator*): la congelación del *status quo*, como desviación de la consecuencia que de otro modo se revelaría apropiada (la reposición de las prestaciones *ex art.* 1303), quedaría fuertemente desvirtuada (y anulada) si se admitiera el saneamiento en este sentido.

arrendamiento (cfr. art. 1553), al censo enfiteútico (cfr. art. 1643) o al contrato de sociedad civil (cfr. art. 1681); incluso a las adjudicaciones consecuencia de la partición hereditaria (cfr. art. 1069).

b) El adquirente que soporta la revocación pauliana y el adquirente al que el Código protege con el saneamiento por evicción, tienen una posición análoga, que no merece ser tratada de una forma distinta: sus *propios bienes* están cumpliendo una función patrimonial puesta al servicio de otra persona distinta: en el primer caso, al servicio de la responsabilidad patrimonial del transmitente (*ex art.* 1911 CC, como si el bien aún fuese de él); en el segundo caso, ya al servicio del uso o disfrute de un tercero (aspecto *activo* patrimonial), ya al servicio también de la responsabilidad del deudor (p. ej., por haberse constituido previamente una hipoteca mobiliaria, una prenda sin desplazamiento de la posesión, o incluso una hipoteca inmobiliaria) (aspecto *pasivo* patrimonial)¹³⁴.

Como explicó De Castro, el concepto de patrimonio es un elemento de referencia que facilita, o incluso permite, el desarrollo adecuado de otras instituciones¹³⁵. Al analizar el concepto de patrimonio, De Castro diferenciaba una perspectiva *activa* de la idea de patrimonio (lo que De Castro llamaba «poder, ámbito de libertad») y una perspectiva *pasiva* (lo que el mismo autor llamaba «garantía para los acreedores»)¹³⁶.

La persona es el punto de referencia subjetivo del patrimonio: no puede existir «patrimonio» si éste no pertenece a «alguien» (ya

¹³⁴ Téngase presente que el artículo 1483 CC resulta aplicable aun en el caso de que la carga o servidumbre estuviesen inscritas en el Registro de la Propiedad. La cuestión se ve con claridad considerando tanto el caso en que la finca no esté inmatriculada, como cuando lo está: (1) si no está inmatriculada, y por ello no está (porque no puede estar) inscrita la carga o el gravamen previo, estos *son oponibles* al adquirente posterior, por la propia lógica de los derechos reales. (2) Si la finca está inmatriculada: (2.1) si la carga o gravamen están inscritos, son oponibles igualmente a cualquier adquirente posterior, no tanto por la inscripción en sí, sino por la propia naturaleza del derecho; (2.2) si no están inscritos, sencillamente no le son oponibles por el principio de fe pública registral. El radio de acción del art. 1483 CC, lógicamente, sólo puede cuestionarse respecto a los supuestos (1) y (2.1) anteriores, porque la razón del perjuicio que sufre el adquirente es la misma. Debe evitarse considerar que la inscripción del gravamen o carga elimina en el tercer adquirente su *buena fe*, por el mero hecho de la inscripción; basta pensar que es perfectamente posible la usucapción *ordinaria* y *contra tabulas*, a pesar de lo dispuesto (aún) en el art. 1949 CC. Consecuentemente, la mera publicidad registral de la carga o gravamen a que se refiere el art. 1483 no puede impedir la protección del adquirente por vía del saneamiento por evicción.

¹³⁵ De forma similar, también DE LOS MOZOS, para el cual el concepto de patrimonio «es un concepto diferente de otros conceptos jurídicos, ya que no se corresponde, como sucede en otras ocasiones, con un concepto natural que toma en consideración el Ordenamiento (...), sin que llegue a formar parte de los conceptos jurídicos puros, es decir, de los derechos» («Aproximación a una teoría general del patrimonio», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1991, 588)

¹³⁶ DE CASTRO, Federico, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, reimp. 1976, 28.

sea una persona física o jurídica)¹³⁷. Desde este punto de vista, el *punto de partida* debe ser, naturalmente, que las funciones patrimoniales activa y pasiva vengan referenciadas a una única persona. Pero ello no implica una imposibilidad ontológica para asignar, en determinados casos y para determinados elementos patrimoniales (no de la estructura patrimonial como tal, sino sólo de determinados elementos), las funciones patrimonialmente activas a un sujeto (titular de ellas) y las pasivas a otra persona distinta.

La ruptura del *prejuicio* conforme al cual la titularidad del aspecto activo y pasivo del patrimonio deban ir juntos¹³⁸, es lo que ha permitido, recientemente, *de lege ferenda*, proponer entre nosotros la idea del *trust* como conjunto de bienes separado y autónomo, y lo más importante, excluido de la persecución por los acreedores del constituyente del *trust*¹³⁹. Y *de lege lata*, ha permitido también un serio intento de conceptualización de la hipoteca como «patrimonio de destino», como un supuesto en el que el bien hipotecado es un elemento afecto a la responsabilidad (patrimonial) del deudor, aunque dicho bien haya pasado a manos de un tercero (y que por tanto sólo será titular de lo que podría llamarse «perspectiva patrimonial activa»)¹⁴⁰. Este último intento de construcción, que parte de una determinada concepción de lo que deba entenderse por «patrimonio», es quizá novedosa en su aplicación a campos muy específicos, pero no es tan novedosa en las bases de su formulación, contra lo que a primera vista pudiera parecer. Von Tuhr ya puso de manifiesto que «la situación jurídica del patrimonio expuesto a la acción ejecutiva del acreedor puede expresarse bastante exactamente con la palabra *Responsabilidad*», y más abajo,

¹³⁷ «El sujeto da unidad al patrimonio porque, en principio, rige la norma de que a cada sujeto le corresponde un único patrimonio (...). El sujeto no puede dividir arbitrariamente sus derechos patrimoniales en dos masas diferentes (...). El sujeto no puede liberarse de su patrimonio». VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Vol. 1-1. *Los derechos subjetivos y el patrimonio*. Traducción de Tito Ravá. Madrid-Barcelona, 1998, 322-323

¹³⁸ Prejuicio que está presente, por ejemplo, en PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, cuando afirman que «[d]e la idea de unidad –rectamente entendida– se desprende que la adición y la separación de partes del patrimonio puede modificar su extensión, pero no su identidad. Haciéndose eco de esta idea el art. 1.911 habla de bienes presentes y futuros, pero omite toda mención de los pasados. Otra cosa es la acción de impugnación de los actos en fraude de acreedores (arts. 1.111, 1.291 núm. 3.º, 1.297 y 1.298), que deriva de consideraciones prácticas y no de abstracciones en torno al concepto de patrimonio» (cursiva añadida). Ver sus notas a ENNECCERUS/LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, Primer tomo, *Parte General*, I, Barcelona: Bosch, 1947, 598.

¹³⁹ Así, resulta de interés la lectura del trabajo de MUÑIZ ESPADA, Esther, *La acción revocatoria como vicisitud del concurso*, Madrid, 2006. Por su parte, ARROYO I AMAYUELAS ha afirmado que, entre nosotros, el art. 1911 CC no supone un verdadero impedimento para reconocer el *trust* como posibilidad. Véase su trabajo «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad», en GARRIDO MELERO, Martín, y FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. III, *Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el Derecho internacional y comparado. Fiducias y trust*, Barcelona, 2005, 600 y ss.

¹⁴⁰ Al respecto, véase el interesante trabajo de CANALS BRAGE, Fernando, *La hipoteca como patrimonio de destino. Una charla y sus digresiones*, Madrid, 2013, sobre la base de que la acción ejecutiva sobre el bien, aunque esté hipotecado, se encuentra no en la hipoteca como *derecho*, sino en la responsabilidad que deriva del incumplimiento correspondiente.

añade que, en el desenvolvimiento concreto de la responsabilidad, «no responden los bienes que salgan del patrimonio del deudor antes de entablarse la acción ejecutiva, a menos que se hallen sujetos a gravamen real, o que se puedan retrotraer nuevamente a la zona ejecutiva mediante el procedimiento de impugnación [la cursiva es mía]. A esta responsabilidad que abarca el patrimonio todo del deudor, suele darse el nombre de responsabilidad personal»¹⁴¹. En esta línea, no sorprende que en la doctrina italiana, al estudiar los efectos de la acción revocatoria (rescisoria por fraude de acreedores) se haya señalado expresamente el paralelismo entre la situación del tercero que sufre la acción revocatoria, y el tercer poseedor hipotecario¹⁴².

Consiguientemente, un autor como Von Tuhr, que parte de una construcción de patrimonio referenciada necesariamente a un sujeto titular del mismo (*vid. supra*), no tiene más que reconocer que la acción revocatoria por fraude de acreedores supone en cierta medida una *excepción* a esa idea de unidad patrimonial por referencia al sujeto que sea su titular¹⁴³.

¹⁴¹ VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*. Traducción del alemán y concordado por W. Roces. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada, 2007, 8-9. De forma similar, también en su *Parte general del Derecho Civil*. Traducción del alemán y concordado por W. Roces. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada, 2006, 29.

¹⁴² Al respecto, DI MARTINO, Angelo, Voz «Azione revocatoria (Diritto Privato)». *Novissimo Digesto Italiano* (dirs. Antonio Azara y Ernesto Eula) t. II, (AZ-CAS), Torino, 1958, 155. También D'ERCOLE, S., «L'azione revocatoria», *Trattato di Diritto Privato* (dir. Pietro Rescigno). 20-II, *Tutela dei diritti*. Torino, 1985, 163. También MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, t. IV: *Derecho de las obligaciones. Parte general*, Buenos Aires, 1979, 158.

¹⁴³ Se pronuncia en términos muy expresivos en su Derecho Civil, en el volumen dedicado a *Los derechos subjetivos y el patrimonio*: «lo afectado a la responsabilidad es el patrimonio actual del deudor; lo que egresó del patrimonio no está expuesto a la aprehensión de los acreedores. Pero hay una excepción: la acción revocatoria de los acreedores (...). Algunos autores ven en ese caso –según creo, injustamente– un acercamiento de las obligaciones a los derechos absolutos: la obligación respecto de la prestación incumbe únicamente al mismo deudor. El deudor contra quien se dirige la acción revocatoria no viola esa obligación, sino que simplemente quita a la aprehensión de los acreedores ciertos objetos que el legislador no quiere liberar de la responsabilidad en consideración de las circunstancias en que se ha producido la adquisición. Por eso, el acreedor tiene la facultad de dirigir la ejecución sobre estos objetos, aun cuando hayan salido del patrimonio del deudor (...)» (pp. 218-219). Y más adelante, al explicar el patrimonio como idea que respalda la responsabilidad, explica, en una línea muy similar, que «[e]l acreedor cuenta con el patrimonio del deudor, aunque ninguno de los derechos que posteriormente lo componen existiese en la época en que nació su crédito. Sin embargo, así como se beneficia por todos los incrementos del patrimonio del deudor, de la misma manera debe tolerar cualquier egreso que se realice en él: cualquier derecho que por enajenación o de otra manera se separa del patrimonio del deudor, queda, por eso mismo, sustraído a la aprehensión de los acreedores. Es ésta una norma indispensable (...). La acción pauliana constituye una excepción; por ella, en ciertos casos, el derecho que se separó del patrimonio del deudor continúa afectado a la satisfacción de un acreedor determinado» (p. 325). VON TUHR, Andreas, *Derecho Civil*, Vol. 1-1. *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, *op. cit.*

Entre nosotros Clemente DE DIEGO explicaba la acción pauliana desde «el principio (...) de que los bienes del deudor son la garantía de los acreedores», y en este sentido, la acción pauliana «evita el fraude activo que puede cometer por acción el deudor, desmembrando su patrimonio y haciendo desaparecer con ello la seguridad en el cobro de los créditos» (*Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, 1945. t. V. *Derecho de obligaciones*, 99). La evitación de esa desmembración, que como sabemos no

Que la función patrimonial (en su aspecto *pasivo*) la cumpla el bien, en favor de un tercero (distinto del dueño), ya por un acto de tráfico (constitución de garantía real por el anterior propietario), ya por un acto judicial (la sentencia condenatoria estimatoria de la revocación pauliana) debe ser irrelevante: en ambos casos el titular debe gozar de una protección similar, que es la ofrecida por el régimen del saneamiento por evicción.

Además, el régimen restitutorio del saneamiento por evicción ofrece unas soluciones apropiadas y coherentes al conflicto presente en este punto: artículo 1478.1.º (respecto a la restitución de la cosa) y 2.º (respecto a los frutos).

Ahora bien: si el negocio es, también, nulo por causa ilícita, y por consiguiente resultan de aplicación las consecuencias de los artículos 1305 y 1306 CC, *lógicamente* el adquirente que soporta la revocación no puede estar protegido por el régimen del saneamiento por evicción: lo contrario conduce a dejar, más o menos directamente, sin eficacia las normas restitutorias de los citados artículos 1305 y 1306.

VII. CONCLUSIONES

1. El devenir histórico de la acción pauliana o revocatoria por fraude de acreedores, está marcado por una evolución que va desde su concepción como una subespecie de responsabilidad civil, hasta su consideración como un elemento más en la posición jurídica de todo acreedor. Esto explica el progresivo vaciamiento de la institución de consideraciones culpabilísticas o de reproche subjetivo (cuya máxima tensión conceptual se encuentra en las hipótesis en que se presume la *scientia fraudis iuris et de iure*) hacia el que ha de soportar la revocación: ahora se trata de buscar una adecuada ponderación de los intereses enfrentados (el del acreedor perjudicado por la despatrimonialización de su deudor y el del adquirente de ese deudor), en términos de justicia material y de seguridad en el tráfico.

2. El perjuicio pauliano no es, en sí mismo, causa de anulación / nulidad del contrato. No afecta, pues, a la validez del negocio, sino sólo a sus consecuencias o «eficacia final» pretendida. La

supone la recuperación del dominio del bien, sólo puede producirse a base de la reconstrucción patrimonial del deudor *sólo en su perspectiva pasiva*, lo que, necesariamente, supone una *disociación* de ambos aspectos patrimoniales (activo y pasivo), que por tanto pertenecen a distintos titulares.

consecuencia de estas ideas, en la lógica transmisiva de nuestro Derecho (título más modo) es que la rescisión, como tal, no niega que haya existido un título válido a efectos del 609, como sí lo niega la nulidad. Esto conduce a que la protección que ofrece la rescisión o revocación, admite *graduación* sobre los efectos finales del negocio: la rescisión sólo se produce en la medida *necesaria* para salvaguardar los intereses del acreedor, y *no más*; a diferencia de la nulidad / anulabilidad, puesto que en estos casos el ataque es al título, y por tanto, respecto a la eficacia transmisiva es «de todo o nada». Por ello, identificar la consecuencia restitutoria típica de la rescisión con la destrucción del contrato origen de las prestaciones que hay que restituir, es un mecanismo simplificador que aproxima a la categoría de la rescisión a los esquemas, seguramente más familiares, de la nulidad y de la anulabilidad, aunque funcionan justo «al revés» en el orden causa-consecuencia. El contrato *se rescinde* en la medida en que el Ordenamiento *extirpa del tráfico* sus consecuencias perjudiciales a los acreedores del enajenante. Por eso el artículo 1171 del Proyecto de Código Civil de 1851 preveía que «el efecto de la restitución es el de *rescindir* el contrato».

3. Como consecuencia de lo anterior, la protección registral del que adquiere, de un titular registral que a su vez adquirió por un negocio *rescindible por fraude de acreedores*, no se rige por lo dispuesto en el artículo 34 LH, puesto que aquel subadquirente adquiere *a domino*: no se trata –como sí sucede típicamente en el artículo 34 LH– de reconstruir en el tercero un dominio que nunca pudo adquirir derivativamente de su *tradens* puesto que *nemo dat quod non habet*, sino de considerar cuándo a ese tercero le debe resultar oponible la causa de rescisión que afectaba al negocio de su *tradens*. A esta lógica responde el artículo 37 LH. Por ello, cuando el artículo 37 LH protege al subadquirente cuando éste haya inscrito «conforme a lo prevenido en esta Ley», no debe entenderse como sinónimo de que «reúna los requisitos del artículo 34 LH», sino a que su adquisición sea de fecha *anterior* a que *registralmente le resultara oponible la causa de revocación* (típicamente, mediante anotación preventiva).

4. Lo dispuesto en el artículo 1290 («Los contratos *válidamente celebrados* pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley») ha hecho concluir que el remedio rescisorio-revocatorio por fraude de acreedores queda descartado si puede afirmarse que el contrato tiene causa ilícita o torpe; y el contrato celebrado con el fin de defraudar a los acreedores lo es. Cuando el artículo 1290 se refiere a los contratos «válidamente celebrados», parece estar refiriéndose a los contratos «verdaderamente celebrados», y no al con-

trato que no es nulo o anulable. Lo confirma el hecho de que la aplicación de las reglas restitutorias previstas en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil no siempre ofrecen una adecuada respuesta al acreedor.

Nulidad por causa ilícita, y rescisión-revocación por fraude de acreedores, más que excluirse, deben ser mecanismos complementarios.

5. La *restitución* que procede en caso de rescisión contractual por fraude de acreedores, no puede equipararse a la *devolución* que opera en caso de resolución por incumplimiento, o de nulidad o anulación del contrato. El bien cuya enajenación supuso el *perjuicio pauliano* no retrocede al deudor enajenante: permanece *activamente* al patrimonio del adquirente, pero *pasivamente* queda afecto a la responsabilidad del deudor enajenante.

6. Respecto a los frutos que la cosa haya podido generar desde la enajenación hasta la interposición de la demanda de revocación, las consecuencias de esta revocación no afectan a los frutos de igual manera que afecta al bien enajenado que los ha producido: la triple consideración consistente en que

a) los frutos no han ingresado nunca en el patrimonio del deudor enajenante;

b) los frutos tienen la consideración de bienes como tales, independientes del bien fructífero una vez se han obtenido;

c) sólo de una forma indirecta se puede afirmar que el deudor enajenante se ha empobrecido en la medida de la no obtención de los frutos que luego la cosa ha generado (y que, de no haber enajenado el bien, hubiesen quedado al alcance de sus acreedores); conduce a afirmar que los frutos generados por el bien sólo pueden ser objeto de *revocación pauliana*

1) desde el momento en que la causa de revocación es oponible al adquirente demandado de revocación (si es de mala fe, desde el momento de la adquisición del bien fructífero; si es de buena fe, desde el momento de interposición de la demanda); y 2) subsidiariamente, cuando la consecuencia revocatoria operada sobre la cosa fructífera no es suficiente para proteger a los acreedores.

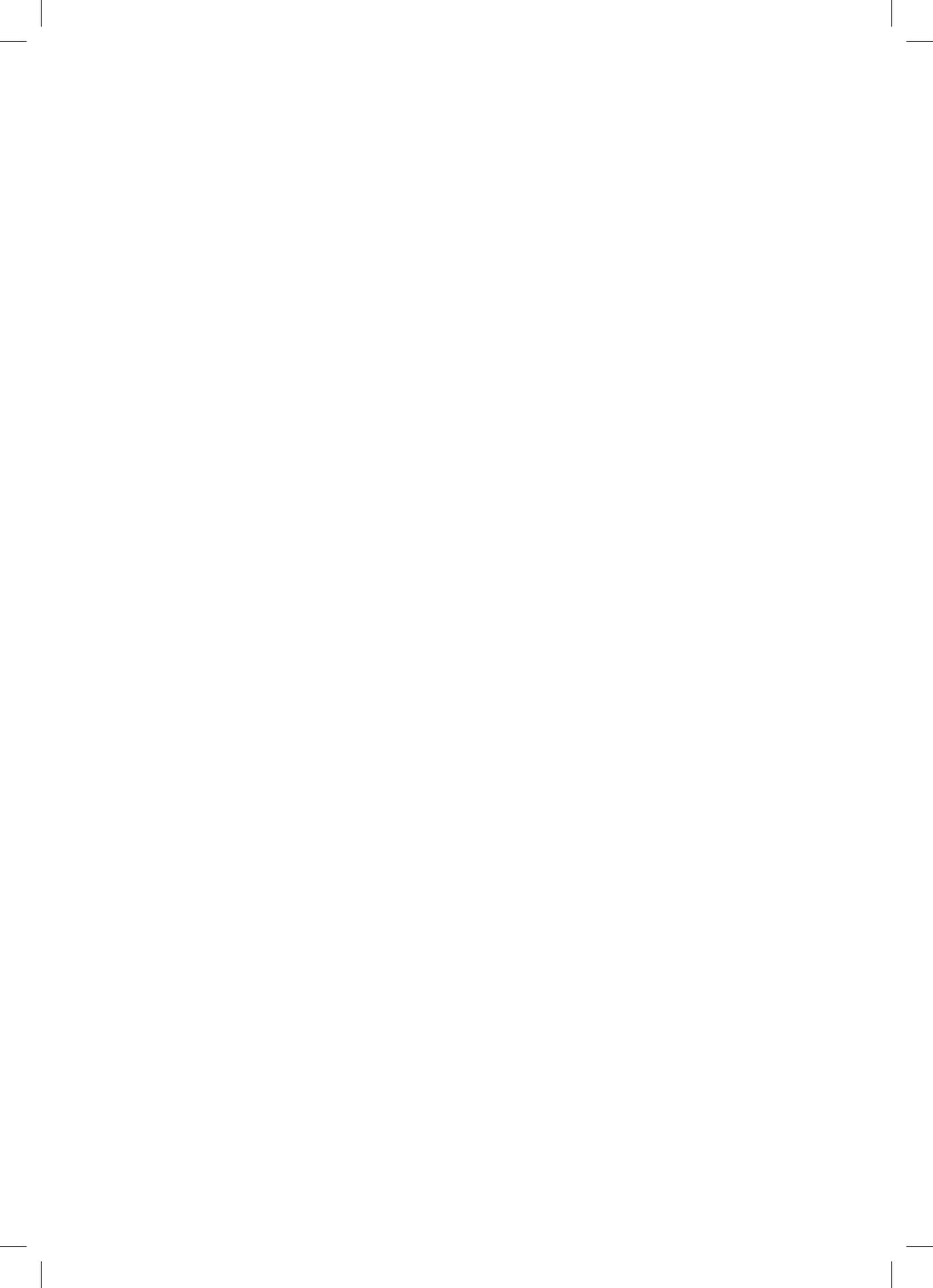
7. Las reglas del saneamiento por evicción ofrecen una regulación apropiada para disciplinar la relación jurídica que, con ocasión de la revocación, surge entre el deudor enajenante y el adquirente de buena fe a título oneroso que soporta en su patrimonio la consecuencia revocatoria (agresión patrimonial de los acreedores del enajenante).

BIBLIOGRAFÍA

- ADMETLLA Y BALSELLS, J.: «Enajenación en fraude de acreedores», *Revista Jurídica de Cataluña*, tomo tercero, 1897.
- BETTI, Emilio: *Teoría general de las obligaciones*, trad. y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. II, 1970.
- CANALS BRAGE, Fernando: *La hipoteca como patrimonio de destino. (Una charla y sus digresiones)*, Madrid, 2013.
- CARBONNIER, Jean: *Droit Civil. 4. Les obligations*. París, 2000.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 1978 (12.ª ed.).
- CASTRO, Federico de: «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1932.
- *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.
- *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- CENDON, Paolo: «2902-Effetti», *Commentario al Codice Civile*. Artt. 2740-2906. Milán, 2009.
- COLIN, A; CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil* (trad. de la última edición francesa por Demófilo De Buen), 1923, t. III, *Teoría general de las obligaciones*.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Fundamento y naturaleza jurídica de la acción pauliana», *Revista de Derecho Privado*, octubre, 2001.
- D'ERCOLE, S.: «L'azione revocatoria», *Trattato di Diritto Privato* (dir. Pietro Rescigno), 20-II, *Tutela dei diritti*, Torino, 1985.
- D'ORS, ÁLVARO: «Varia romana», *Anuario de Historia del Derecho*, t. XX, 1950.
- D'ORS, XABIER: *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano clásico*, Roma-Madrid: C. S. I. C., 1974.
- DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS: «Artículo 1306», *Comentario del Código Civil* (dirs., Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitx, Pablo Salvador Coderch). Madrid, 1991, t. II.
- DI MARTINO, ANGELO: Voz «Azione revocatoria (Diritto Privato)», *Novissimo Digesto Italiano* (dirs. Antonio Azara y Ernesto Eula), t. II (AZ-CAS), Torino, 1958.
- DIEGO, Clemente de: *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, 1945, t. V. *Derecho de obligaciones*.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Madrid, t. I, 1973.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, *Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998.
- «Actuación de la acción pauliana», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coords. Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio M. Morales Moreno, Fernando Pantaleón Prieto), Madrid, 2003, II.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852.
- GAUDEMET, EUGÈNE: *Teoría general de las obligaciones*, México D. F., 1974, (trad. y notas de Derecho mexicano por Pablo Macedo).
- GAZZONI, Francesco: *Obbligazioni e contratti*, Nápoles, 2009.

- GIMÉNEZ ARNAU: «La acción pauliana y la Ley Hipotecaria», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VII, 1953.
- GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO: *Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*, Madrid, 1862.
- *Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español*, Madrid, 1869.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Negocios a título gratuito y fraude de acreedores», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coords. Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio M. Morales Moreno, Fernando Pantaleón Prieto), Madrid, 2003, II.
- GUTIÉRREZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, t. IV, 1869.
- HEVIA BOLAÑOS, Juan de: *Labyrintho de comercio terrestre y nauval, : donde breue y copiosamente se trata de la mercancia y contratacion de tierra y mar, vtil y prouechoso para mercaderes, negociadores, nauegantes, y sus consulados, ministros de los iuyzios, profesores de derechos, y otras personas*, Lima, 1617.
- *Curia filípica*, Madrid, 1722.
- JEREZ DELGADO, Carmen: *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (La acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999.
- «La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio del tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28, enero-abril, 2013.
- «Elementos para la construcción del régimen jurídico del fraude de acreedores», *Estudios jurídicos en homenaje a José María Miquel* (coord. Luis Díez-Picazo), Pamplona, 2014, Vol. I, 1657-1675.
- JORDANO BAREA, JUAN: *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Granada, 2001.
- KIPP, Theodor: «Impugnación de los actos "in fraudem creditorum"», en *Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español*, *Revista de Derecho Privado*, núm. 124, 1924.
- LABANDERA Y BLANCO, Víctor: «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil. Arts. 1.261, 1.300 y 1.290», *Revista de Derecho Privado*, 1914.
- LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española*, t. 4, *Codificación Civil*, vol. I, Madrid, 1970.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, t. VIII, 1907.
- MARÍN PÉREZ, José Antonio: *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995.
- MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre: *Droit Civil. Les obligations*, t. 1: *Les sources*, París: Sirey, 1988.
- MAZEAUD (Henri / Leon / Jean); CHABAS (François): *Leçons de Droit Civil*, t. II-1.º *Obligations. Théorie générale*, París, 1998.
- MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de Santiago Sentis Melendo, t. IV: *Derecho de las obligaciones. Parte general*, Buenos Aires, 1979.

- MORENO QUESADA, Bernardo: «Art. 1295», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Madrid, t. XVII, vol. 1.º, 1981.
- MOZOS, José Luis de los: «Aproximación a una teoría general del patrimonio», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1991.
- OLIVER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1892-1896.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, José María: «Causa ilícita y fraude de acreedores (Sentencia de 26 de abril de 1962)», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, fasc. IV.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; ALGUER, José: *Anotaciones a Enneccerus, Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Vol. 2.º, 2.ª parte, Barcelona, 1981.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos del Derecho Civil*, II, Vol. 1.º, *Doctrina general del contrato*, Barcelona, 1954.
- ROCA SASTRE, Ramón María: «La acción pauliana y el artículo 37 de la Ley Hipotecaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 127, 1935.
- SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma: «Donación realizada en fraude de acreedores. Nulidad por causa ilícita o rescisión de la donación. Comentario a la STS de 4 de febrero de 2005 (RJ 2005, 946)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2006, núm. 17.
- SALA, Juan: *Institutiones romano-hispanae: ad usum tironum hispanorum ordinatae*, Valentiae, 1808.
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1945.
- SCOGNAMIGLIO, Renato: *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Lima, 2004 (edición, traducción y notas de Leysser L. León).
- TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves: *Droit Civil. Les obligations*, París, 1996.
- TORRES PEREA, José Manuel de: *Presupuestos de la acción rescisoria*, Valencia, 2001.
- «La acción rescisoria por fraude de acreedores en la práctica judicial, en especial análisis del requisito de la subsidiariedad procesal», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012.
- VILLARES PICÓ, Manuel: «La Ley Hipotecaria de 1861. Artículos modificados y los motivos de tales modificaciones», *RCDI*, marzo-abril, 1960.
- VON TUHR, Andreas: *Derecho Civil*, Vol. 1-1. *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, trad. de Tito Ravá, Madrid-Barcelona, 1998.
- *Tratado de las obligaciones*, trad. del alemán y concordado por W. Roces. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, 2007
- ZIMMERMANN, Reinhard: *Derecho de obligaciones. Estudios*, Legales ediciones, Perú, 2012 (traducción de Antoni Vaquer Aloy).



La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad*

ANTONIO ISMAEL RUIZ ARRANZ**

Contratado Predoctoral FPU
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La oferta vinculante de contrato es una institución jurídica que, con algunas notables excepciones, apenas ha sido objeto de estudio por los autores. Cuando lo ha sido, los esfuerzos se han concentrado fundamentalmente en estudiar su funcionamiento junto con la aceptación, como declaraciones de voluntad que pueden formar el contrato, si concurren. También se ha estudiado la sustantividad de la oferta en los casos de muerte del oferente. Sin embargo, la responsabilidad en que puede incurrir el oferente por revocación de una oferta vinculante no ha sido tratada en solitario, como fenómeno, más allá de la ruptura de los denominados tratos preliminares. Este trabajo se ocupa de la oferta vinculante de contrato y las fuentes de las que nace o puede nacer esa vinculación para el oferente, teniendo en cuenta el Derecho comparado. Ello con el objetivo de analizar la particular responsabilidad del oferente que revoca la oferta vinculante y los modos en los que puede articularse dicha responsabilidad en los diferentes supuestos.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-84947-P del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

** El origen de este estudio se remonta al Trabajo de Fin de Máster defendido públicamente en diciembre de 2016 en la Universidad Autónoma de Madrid y realizado bajo la dirección del profesor Antonio Manuel Morales Moreno, Catedrático Emérito de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, a quien, desde estas líneas, expreso mi más sincera admiración y gratitud. Sirva este trabajo como modesto homenaje a su magisterio y su persona; arquetipo del profesor volcado a la universidad en cuerpo y alma. Agradecimiento aparte merece la profesora Nieves Fenoy Picón, por las horas del día altruistamente dedicadas a leer el borrador del trabajo y los acertados consejos, sin ellos este trabajo desmerecería aun más. Las conversaciones de las que han brotado impagables sugerencias a cargo del profesor Máximo Juan Pérez García, así como de las profesoras Isué Vargas Brand y Marta Pantaleón Díaz, deben también destacarse en esta nota al pie, por lo demás insuficiente. Agradezco, por último, a los dos evaluadores anónimos del Anuario de Derecho Civil sus valiosos comentarios y críticas a la versión evaluada del trabajo. En lo restante, los errores que el presente trabajo contuviere solo a mí me son atribuibles.

PALABRAS CLAVE

Oferta de contrato, oferta vinculante, oferta irrevocable, eficacia vinculante de la oferta, plazo para la aceptación, confianza del destinatario, revocación, aceptación, responsabilidad por revocación, operación de reemplazo, negocio de cobertura, error del oferente, fin de protección del contrato, alteración de circunstancias.

The contract offer: binding effect and liability**ABSTRACT**

The contract binding offer is a legal institution that, excluding some notable exceptions, has barely been addressed. When it has been addressed, authors have mainly focused on the way it functions regarding acceptance. Some Authors have also tackled the matter of the maintenance of the offer in case of death of the offeror. On the contrary, the liability arising from the withdrawal of a binding offer has not been targeted beyond the breach of preliminary negotiations. This paper analyses the binding offer and the way its binding effectiveness emerges from a comparative perspective. The purpose is to study the offeror's liability when withdrawing a binding offer and the articulation that the mentioned liability may adopt.

KEY WORDS

Contract bid, binding offer, irrevocable offer, binding effectiveness, period for acceptance, offeree's reliance, withdrawal, acceptance, replacement transaction, substitute transaction, offeror's error, prospective purpose of the contract, change of circumstances.

SUMARIO: I. *Introducción y delimitación de la materia objeto de estudio.*

PARTE PRIMERA: *La eficacia vinculante de la oferta en el Derecho comparado, el Derecho uniforme y el soft law.*—II. *La oferta vinculante de contrato en Derecho angloamericano:* 2.1 El Derecho inglés. 2.2 El Derecho estadounidense. 2.2.1 Consideraciones generales. El progresivo abandono de la regla del *common law*. 2.2.2 La confianza del destinatario como fuente de vinculación. Contratos de obra. 2.2.2.1 Perspectiva general. 2.2.2.2 *James Baird v. Gimbel Bros; Drennan v. Star Paving & Co.* 2.2.2.3 El (des)encuentro entre *Baird* y *Drennan: Pavel Enterprises, Inc. v. A. S. Johnson CO., Inc.* 2.2.2.4 ¿De regreso a *James Baird*? Valoraciones de la doctrina estadounidense.—III. *La oferta de contrato en el Derecho francés.* 3.1 La oferta de contrato antes de la reforma del *Code*. 3.2 La nueva regulación de la oferta en el *Code*.—IV. *La oferta de con-*

trato en el Derecho alemán. 4.1 La evolución histórica de la oferta en Derecho alemán. 4.1.1 Las soluciones anteriores a la discusión codificadora del siglo XIX. 4.1.2 Discusión doctrinal en el siglo XIX. 4.1.2.1 Jhering. 4.1.2.2 La línea del Derecho común (los pandectistas). 4.1.2.3 La línea favorable a codificar la eficacia vinculante de la oferta. 4.2 La operativa actual del sistema alemán: entre la vinculación estricta *ex lege* y la flexibilización jurisprudencial. 4.3 La responsabilidad por revocación de la oferta vinculante. 4.3.1 Líneas generales. La indemnización de daños y perjuicios. 4.3.2 El error del oferente en el cálculo del precio y el umbral de confianza del destinatario. 4.3.3 La alteración sobrevenida de las circunstancias y la revocación de la oferta en Derecho alemán.—V. *Recapitulación y conclusiones sobre el Derecho comparado analizado.*—VI. *La oferta en el Derecho uniforme y el soft law.* 6.1 La oferta de contrato en la CISG. 6.1.1 La eficacia vinculante de la oferta en la CISG. 6.1.2 La laguna sobre la responsabilidad del oferente. 6.2 Los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales. 6.3 Los principios europeos de Derecho de contratos. 6.4 El marco común de referencia. 6.5 Los principios latinoamericanos del Derecho de los contratos. 6.6 Conclusión parcial.

PARTE SEGUNDA: *La oferta vinculante de contrato en el Derecho civil español.*—VII. *El plazo para la aceptación y la eficacia vinculante de la oferta.* 7.1 La discusión sobre la eficacia vinculante en la doctrina española. 7.2 El plazo implícito para la aceptación y la oferta vinculante. 7.3 El plazo explícito para la aceptación y la oferta vinculante. 7.4 La Propuesta de Modernización del Código Civil.—VIII. *Las fuentes de vinculación a la oferta de contrato en España.* 8.1 La declaración expresa de irrevocabilidad de la oferta. 8.1.1 La oferta vinculante como negocio jurídico unilateral. 8.1.2 La voluntad unilateral como fuente de obligaciones y la oferta vinculante. 8.1.3 Conclusión parcial. 8.2 La confianza productora de eficacia vinculante. 8.2.1 La confianza del destinatario. 8.2.2 La valoración de la confianza merecedora de protección en casos de error del oferente al formular su oferta. 8.2.3 El daño como requisito de la irrevocabilidad por razón de la confianza. 8.2.4 Recapitulación y aproximaciones. 8.3 Las ofertas vinculantes por cumplimiento de una obligación contractual del oferente. El *confirming*. 8.4 La oferta que solo contiene obligaciones para una parte. 8.5 La venta con posibilidad de prueba.—IX. *La responsabilidad del oferente por revocación de una oferta vinculante.* 9.1 El planteamiento inicial de la cuestión. Los límites de la irrevocabilidad. 9.2 Las construcciones de responsabilidad por revocación ligadas a la naturaleza jurídica de la oferta vinculante. 9.3 Modernización del Derecho de obligaciones y revocación. 9.4 La responsabilidad por revocación. La operación de reemplazo. 9.5 La limitación de la responsabilidad del oferente. 9.6 ¿Puede exigir el destinatario el *commodum ex negotiatione*? 9.7 El tratamiento jurisprudencial de la venta de la cosa ofrecida a un tercero. 9.8 La posible responsabilidad del tercer contratante. 9.9 La responsabilidad del oferente por pérdida de la cosa ofrecida. 9.10 El error del oferente en el cálculo del precio y su responsabilidad.—X. *La alteración sobrevenida de circunstancias y la revocación de la oferta vinculante en Derecho español.* 10.1 La alteración relevante a efectos de la oferta vinculante. 10.2 Las consecuencias de la alteración de circunstancias.—XI. *A modo de conclusiones de la Parte Segunda. Abreviaturas. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO

1. La oferta o promesa¹ de contrato ha sido definida como aquella *declaración de voluntad* por la que el oferente manifiesta su interés en alcanzar la formación de un contrato, estableciendo su contenido necesario, de manera que este quedará formado si recae la aceptación². La conceptualización de la oferta como declaración de voluntad es el punto de partida del presente trabajo. Con la oferta, el emisor muestra su intención de *vincularse* contractualmente en el futuro, si recae aceptación³. Que la oferta constituya el reflejo de la intención concreta de un sujeto permite trazar una línea divisoria, más o menos nítida, entre esta y los denominados tratos preliminares. Esta división posibilita asimismo estudiar la oferta como realidad jurídica separada de la dinámica de los tratos preliminares y más cercana al contrato, cuyo contenido (pre)establece⁴. La oferta puede, en ocasiones, tener la condición de vinculante o irrevocable.

2. Mi intención es ocuparme de la oferta vinculante de contrato, lo que requiere una breve precisión. Toda oferta de contrato tiene, en sí, cierto nivel mínimo de eficacia vinculante que se traduce en que, desde que llega al destinatario y en tanto no sea revocada, el contrato se puede perfeccionar, de concurrir aceptación del destinatario (art. 1262 CC)⁵. Esta sería una eficacia vinculante entendida en sentido amplio, que se correspondería con la denominada «*oferta simple*»⁶. Junto a esta noción amplia de vinculación a la oferta,

¹ Se usarán los términos promesa u oferta de manera indistinta. La primera acepción que la RAE propone para la palabra «oferta» es «promesa que se hace de dar, cumplir o ejecutar algo» (<http://dle.rae.es/?id=QvJWZSZ> [última consulta: 2.11.2017]). No se emplea, en este trabajo, la distinción entre oferta y promesa (oferta al público) según expresa DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, Vol. I, 6.ª ed., 2007, pp. 335-336.

² Definición de DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 330.

³ Vid. PLANA ARNALDOS, «Formación del contrato. Requisitos de la oferta y diferencia entre tratos previos y perfección del contrato», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2012, parte comentario, p. 35; TARABAL BOSCH, «Sentencia de 2 de noviembre de 2010», *CCJC*, 87, septiembre-diciembre 2011, § 2311, p. 1593.

⁴ TARABAL BOSCH, «Sentencia de 2 de noviembre de 2010», cit., p. 1601.

⁵ La vinculación a la que me refiero ha sido puesta de relieve por CAPILLA CASCO cuando afirma que «la oferta contractual es vinculante porque, una vez aceptada, el oferente queda obligado por su declaración de voluntad» («Los tratos preliminares, cartas de intenciones, ofertas vinculantes y no vinculantes. Su problemática contenciosa», en SEBASTIÁN QUETGLAS (Dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones*, 2016, p. 127).

⁶ En contra de la idea que propongo se muestra TARABAL BOSCH, quien considera que «ni los tratos preliminares ni la oferta producen por sí solos efectos vinculantes pues incluso la oferta necesita para ello de la aceptación». Este autor reconoce, sin embargo, que lo que produce la oferta es una «vinculabilidad» que es el elemento que, a su juicio, la separa de los meros tratos preliminares, intrascendentes para el Derecho (vid. «Sentencia de 2 de noviembre de 2010», cit., p. 1600).

existe otra, más estricta, que significa que la oferta no se puede revocar antes de que transcurra un plazo determinado o se acepte por el destinatario. Tradicionalmente, esta oferta se ha denominado «irrevocable». La oferta de que trato en este ensayo es esta. A ella me referiré preferentemente como «oferta vinculante», «oferta con eficacia vinculante» o simplemente oferta «irrevocable».

3. En Derecho español, la oferta de contrato carece, como norma general, de eficacia vinculante. A esta cuestión dedico un apartado completo (el VII), ya que la rotundidad de la afirmación precedente no está exenta de dudas ni de matizaciones, que evidentemente afloran en el terreno de la práctica. Aun así, puede decirse que la oferta vinculante de contrato es la excepción a la regla general. Tampoco debe confundirse la oferta vinculante de contrato con el contrato de opción, pues este último ya refleja la voluntad de ambos contratantes⁷. No me dedicaré a estudiar el contrato de opción, sin perjuicio de realizar puntuales alusiones a este.

4. La excepcionalidad de la oferta vinculante de contrato no significa que sea infrecuente. Solo que el ordenamiento español considera que la oferta es, en principio, no vinculante o, si se prefiere, revocable. Mi propósito es, por tanto y en primer término, estudiar aquellos casos en que la oferta de contrato adquiere eficacia vinculante en Derecho español. Para ello, trataré de identificar lo que he denominado «fuentes de vinculación a la oferta» (apartado VIII).

5. De poco serviría detectar y definir las «fuentes de vinculación», si a esa tarea no le acompaña una significación práctica. Por eso, al final me dedicaré a analizar la responsabilidad en que incurrir, en su caso, el oferente de una oferta vinculante, cuando revoca la misma durante su periodo de vigencia (apartado IX). Aparentemente, podría pensarse que esta cuestión ya está resuelta, gracias a la noción de «irrevocabilidad» que acompaña a la oferta vinculante. Sin embargo, limitar la eficacia vinculante de la oferta a su carácter «irrevocable» parece miope. Ello equivaldría a decir –salvando las distancias– que un contrato perfeccionado (art. 1261 CC) es, permítaseme la expresión, «inincumplible». Caracterizar la oferta vinculante como irrevocable constituye, en mi opinión, un punto de partida, no de llegada. Esta idea la desarrollaré en su momento.

En el trabajo, trataré de responder a la pregunta de si puede hacerse responder al oferente, que revoca indebidamente una oferta

⁷ DÍEZ-PICAZO tiene dicho que, «desde el punto de vista de su finalidad, el contrato de opción guarda una cierta semejanza con la oferta irrevocable, pero se diferencia de ella en que en la oferta solo hay una declaración unilateral de voluntad, la del oferente, y por consiguiente una única vinculación, la suya, mientras que en la opción hay un negocio bilateral, que obliga a ambas partes y puede, por tanto, determinar para el beneficiario unos específicos deberes» (*Fundamentos...*, cit., p. 441).

vinculante, y si esa responsabilidad debe canalizarse por la vía extracontractual (precontractual), o si es preferible la contractual. La responsabilidad derivada de la revocación indebida de una oferta con eficacia vinculante no ha sido tratada de manera individualizada por los autores y, cuando se ha tratado, se ha ligado a la responsabilidad precontractual⁸. Por tanto, mi objetivo es comprobar la hipótesis de que la responsabilidad del oferente por revocación de una oferta vinculante puede ser distinta de la mera responsabilidad precontractual por ruptura de los tratos preliminares; pues, como digo, se parte de que oferta y tratos, aunque relacionados, son cosas distintas⁹.

7. La lectura de este trabajo requiere una puntualización desde el punto de vista sistemático y de contenido. Para agilizar la exposición y dinamizar el trabajo desde un punto de vista lógico, he creído conveniente fraccionar su estructura en dos partes diferenciadas.

La PARTE PRIMERA comprende el Derecho comparado escogido para el análisis, así como los principales instrumentos de Derecho uniforme y el *soft law*. Hay que indicar que la oferta contractual presenta sustanciales diferencias en los ordenamientos, que llegan a soluciones divergentes. Por ello, los epígrafes II, III y IV versan respectivamente sobre las particularidades de la oferta en (i) el Derecho angloamericano; (ii) el Derecho francés; y (iii) el Derecho alemán. Al analizar cada ordenamiento me detendré en (i) la eficacia vinculante de la oferta; y (ii) la responsabilidad por revocación que cada uno propone. Tras ello, dedicaré un apartado a la oferta vinculante y la responsabilidad por revocación en el Derecho uniforme y en los principales textos de *soft law* (VI).

La PARTE SEGUNDA engloba el estudio del Derecho español en lo referente a (i) oferta vinculante; y (ii) responsabilidad del oferente por revocación (apartados VII, VIII, IX y X). Con los mimbres de la Parte Primera, estaré en mejores condiciones de enfocar el estudio que pretendo acometer en relación con nuestro Derecho.

PARTE PRIMERA: LA EFICACIA VINCULANTE DE LA OFERTA DE CONTRATO EN EL DERECHO COMPARADO, EL DERECHO UNIFORME Y EL *SOFT LAW*

Merece la pena ofrecer al lector unas breves pinceladas sobre el estado de la cuestión inherente a la oferta de contrato en los ordena-

⁸ Así, por ejemplo, en la extraordinaria monografía de GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, 1991, pp. 142-150; también en la obra referente de MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, 1998, pp. 216-223.

⁹ Vid. PLANA ARNALDOS, M., «Formación...», cit., p. 42; refiriéndose a la STS 2.11.2010 (Pte. O'Callaghan Muñoz, RJ 2010/8016).

mientos de Derecho comparado escogidos para el estudio. Mientras el Derecho angloamericano parte de que la oferta es revocable por el oferente en cualquier circunstancia (salvo que vaya acompañada de *consideration* o reciprocidad), el Derecho alemán y los ordenamientos en él inspirados configuran, de manera legal, una vinculación del oferente a su oferta. Si hablamos de las consecuencias asociadas a la revocación, el Derecho angloamericano, en principio, no impone responsabilidad al oferente, que revoca; en tanto que el Derecho alemán *parece* que, simplemente, sustrae de todo efecto jurídico a la declaración de voluntad revocatoria, pues configura una oferta vinculante *ex lege*. A caballo entre ambos sistemas, se sitúa el Derecho francés, donde (i) la oferta no es revocable, como norma general, en tanto no haya transcurrido su plazo de duración o, en su defecto, uno razonable; pero (ii) la revocación de la oferta, de producirse, obliga al oferente a responder extracontractualmente por daños y perjuicios.

II. LA OFERTA DE CONTRATO EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO

Si bien tanto el Derecho inglés como el estadounidense presentan unas similares bases dogmáticas a la hora de configurar la oferta de contrato y su revocabilidad, existen notables diferencias entre ellos, que no deben pasarse por alto y que aconsejan su tratamiento por separado.

2.1 EL DERECHO INGLÉS

1. En el Derecho inglés, como norma general, una oferta puede ser revocada en cualquier momento, mientras no haya sido aceptada por el destinatario¹⁰. Esta regla resulta de aplicación, incluso cuando el oferente ha prometido mantener su oferta durante un plazo concreto para su aceptación¹¹. La solución del Derecho inglés se basa en que la oferta no está sostenida por la *consideration* y, por lo tanto, no es vinculante¹². Dicho de otro modo, no hay reciprocidad que permita que el oferente quede vinculado. Esta es la solución tradicional del *common law*. En efecto, la *consideration* se basa en

¹⁰ TREITEL, *The law of contract*, 14.^a ed., 2015, 2-058, p. 46; CHEN-WISHART., en BEALE., *Chitty on Contracts*, 32.^a ed., Vol. 1, 2015, párr. 2-093, p. 249; RAWLINGS, en BRIDGE (ed.), *Benjamin's sale of goods*, 9.^a ed., 2014, párr. 2-010, p. 117.

¹¹ *Routledge v Grant* [(1828) 4 Bing 653, 660]; CHEN-WISHART, cit., párr. 2-093, p. 250.

¹² CHEN-WISHART, cit., párr. 2-093, p. 250.

la idea de reciprocidad¹³, de modo que –como ha apuntado Treitel– el destinatario debe entregar «*algo valioso a los ojos de la ley*¹⁴», si quiere que la promesa sea vinculante. No en vano, el propósito de la *consideration* es poner límites legales a la obligatoriedad de los acuerdos, incluso cuando estos van destinados a ser legalmente vinculantes y no están viciados por error, dolo, coacción o ilegalidad¹⁵.

Por ejemplo, un oferente que reciba 100 a cambio de mantener su oferta abierta durante un plazo de 10 días, queda vinculado a su oferta, que deviene vinculante en tanto que sostenida por la *consideration*. Sin embargo, esto nos acerca, más bien, al contrato de opción.

2. La revocación de la oferta en Derecho inglés exige que esta sea comunicada efectivamente al destinatario. De ahí que una actuación inconsistente con la oferta –por ejemplo, enajenar la cosa ofrecida a un tercero– no constituya, de por sí, revocación¹⁶. La revocación es recepticia¹⁷. Ahora bien, la jurisprudencia inglesa considera que la comunicación de la revocación de la oferta al destinatario no tiene por qué proceder del oferente¹⁸. Esta visión jurisprudencial ha sido criticada por los autores ingleses, porque consideran que la no exigencia de que la comunicación revocatoria tenga que proceder del oferente constituye una incerteza que coloca al destinatario en la difícil posición de decidir si su fuente de información es fiable o no. Asimismo, se considera que resulta difícil para el destinatario determinar con exactitud el momento de revocación de la oferta¹⁹. Parece que la cuestión se complica, cuando el oferente simplemente realiza una segunda oferta a un tercero, pero sin aceptación de este.

¹³ Según la regla *consideration*, una parte únicamente puede quedar vinculada cuando la otra parte (el destinatario, en lo que nos concierne) ha realizado una contraprestación, o ha prometido hacerlo. CALAMARI y PERILLO entienden que la *consideration* hace referencia a aquellas promesas que el Derecho hace exigibles, y toman las palabras de la jurisprudencia para añadir que *consideration* es «el pegamento que junta a las partes en un contrato» (*Contracts*, 3.^a ed., 1987, p. 185).

¹⁴ Algo susceptible de ser estimado en términos de valor económico o monetario, incluso cuando no haya un modo del todo preciso de cuantificar dicho valor. Por este motivo, no puede entenderse que exista *consideration* en los casos de promesas realizadas sobre la base del amor o el afecto (TREITEL, en BEALE, *Chitty on Contracts*, cit., 4-022).

¹⁵ TREITEL, en BEALE, *Chitty on Contracts*, cit., 4-001, p. 399.

¹⁶ CHEN-WISHART, en BEALE, *Chitty on Contracts*, cit., 2-094, p. 250.

¹⁷ CHEN-WISHART, M., en BEALE, H., *Chitty on Contracts*, cit., 2-094, p. 250.

¹⁸ Así se declaró en *Dickinson v. Dodds* (1876) 2 Ch. D. 463 o en *Cartwright v. Hoogstoel* (1911) 105 L. T. 628. En *Dickinson*, el oferente (Dodds) ofreció el miércoles a *Dickinson* la venta de una propiedad, declarando mantener su oferta en pie hasta el viernes a las 9 de la mañana. El jueves, *Dickinson* tomó conocimiento de que *Dodds* había vendido la propiedad a un tercero, el Sr. Allan. Ante ello, el destinatario de la oferta acudió a casa de la madrastra del oferente para comunicarle que aceptaba su oferta de venta. Según la prueba practicada, el oferente no llegó a conocer este hecho, pues no se lo comunicó su madrastra. La *Court of Appeal* consideró que la oferta, como tal, podía ser revocada en cualquier momento antes de la aceptación y que, si la venta de la cosa objeto de la oferta llegó a conocimiento del destinatario por vía indirecta, la revocación deviene efectiva.

¹⁹ Vid. TREITEL, cit., párr. 2-059, p. 47; CHEN-WISHART, cit., párr. 2-095, p. 251.

3. El Derecho inglés protege, quizás con buenos argumentos, abiertamente los intereses del oferente, en detrimento de los del destinatario, que queda prácticamente desprotegido. La toma en consideración de los intereses del destinatario de la oferta viene después, a través de la denominada *mailbox rule*, según la cual el oferente no puede revocar su oferta tras la emisión de la aceptación por parte del destinatario. En sus orígenes, la *mailbox rule* respondía a la idea de que el oferente autorizaba implícitamente a la oficina de correos que actuase como su agente para recibir aceptaciones. De esta forma, el contrato se perfeccionaba una vez depositada la aceptación en la sede postal, como si la declaración hubiese sido entregada personalmente al oferente²⁰.

4. La libre revocación de la oferta en Derecho inglés implica, hasta donde sé, que la revocación carezca de consecuencias jurídicas para el oferente.

2.2 EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

2.2.1 Consideraciones generales. El progresivo abandono de la regla del *common law*

1. En el Derecho estadounidense, una oferta puede ser revocada, como norma general, en tanto no haya sido aceptada por el oferente²¹. Rige pues la norma tradicional del *common law*, antes expuesta²² con algunas excepciones a las que ahora me referiré. En cambio, para ciertos autores no está tan claro que la regla de la libre revocación constituya una concreción de la doctrina de la *consideration*. En efecto, Allan Farnsworth considera que la revocabilidad sirve, más bien, para conjurar el riesgo de que el destinatario especule a costa del oferente; cosa que sucedería, si se atribuyese a la oferta algún tipo de eficacia vinculante²³.

2. El Derecho estadounidense exige también que la revocación sea comunicada al destinatario, pues –como advirtiese Oliver Wendell Holmes– «resultaría monstruoso permitir una actuación inconsistente con la oferta, desconocida o no comunicada al desti-

²⁰ Sobre la *mailbox rule* se ha afirmado, a veces, que su justificación estriba en que, si el oferente es quien elige iniciar negociaciones por correo, asume el riesgo de retrasos y accidentes en el servicio. No obstante, ninguna justificación de esta aparece como completamente satisfactoria. De esta forma, la regla cumple un papel muy útil a la hora de limitar el poder del oferente de revocar la oferta a su voluntad. TREITEL, *The law of contract*, cit., 2-031, pp. 28-29).

²¹ FARNSWORTH, *On contracts*, Vol. 1, 3.^a ed., 2004, § 3.17, p. 303.

²² *Supra* 2.1 [1].

²³ FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.17, p. 304.

natario, que afectase a la formación del contrato²⁴». La comunicación indirecta de la revocación de la oferta, a la luz del caso *Dickinson v. Dodds*²⁵, ha sido incluida en el *Restatement of contracts*²⁶.

3. No puede pasarse por alto que el Derecho estadounidense ha sido más crítico con la libre revocación de la oferta y, a la vez, más prolijo en la búsqueda de soluciones que protejan al destinatario. Así, se han equiparado las acciones de preparación de la futura transacción, realizadas por el destinatario, a la *consideration*. También se ha tratado de fortalecer la posición del destinatario mediante la confianza de este en que la oferta no se revocará. Con todo, en ambos casos se reconocen las dificultades que plantea tanto (i) convencer al juez de que la preparación equivale a la *consideration*; y (ii) probar la confianza del destinatario²⁷.

Dentro de la lógica de favorecer la posición del destinatario, el Derecho estadounidense llega a considerar suficiente la declaración ficticia de que el destinatario ha abonado una suma de dinero a modo de *consideration*. En ese caso, existiría un contrato de opción con fuerza obligatoria²⁸. El § 87.1 a) *Restatement (Second)* permite esta solución²⁹, al establecer que una oferta es vinculante, como contrato de opción, si, emitida por escrito y firmada por el oferente, declara la existencia de una *consideration* presunta y propone un intercambio equitativo durante un período razonable de tiempo. Como advierte Farnsworth, la alusión al período razonable de tiempo y a los términos equitativos persigue evitar la eventual especulación del destinatario a costa del oferente³⁰.

4. El último hito en la evolución del Derecho estadounidense hacia la mejora de la posición del destinatario de la oferta se aprecia en el *Uniform Commercial Code*. El *Uniform Commercial Code*—cuerpo legal que gobierna las transacciones comerciales para prácticamente el grueso de los Estados Unidos— abandona la tradición del

²⁴ *Vid. Brauer v Shaw* (1897), 46 N. E. 617 (618).

²⁵ *Supra* 2.1 [2]; nota 18.

²⁶ Así, el § 43 *Restatement (Second)* dispone hoy que «an offeree's power of acceptance is terminated when the offeror takes definite action inconsistent with an intention to enter into the proposed contract and the offeree acquires *reliable* information to that effect» (la cursiva es mía). El *Restatement (First)*, en el § 42, codificó el caso *Dickinson* limitado precisamente a cuando la oferta se circunscribe a la venta de un terreno y el oferente la vende a un tercero con conocimiento del destinatario (revocación indirecta). El § 43 *Restatement (Second)* incluye la regla de *Dickinson* en términos más generales, extendiéndola a cualquier caso en el que el oferente acomete una acción definitiva e inconsistente con la intención de entrar en el contrato propuesto inicialmente.

²⁷ FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.23, p. 346.

²⁸ FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.23, p. 347.

²⁹ § 87.1 a): «An offer is binding as an option contract if it (a) is in writing and signed by the offeror, recites a purported consideration for the making of the offer, and proposes an exchange on fair terms within a reasonable time».

³⁰ FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.23, p. 347.

common law. Este código dispone que una oferta firme, realizada por un empresario para comprar o vender bienes en un soporte escrito firmado que, por sus términos, confiera la seguridad de que se va a mantener, *no es revocable*, por falta de *consideration*, durante el tiempo en ella establecido o durante un período razonable, si no se ha especificado tiempo (Sección 2-205 UCC³¹). En una segunda proposición –y buscando proteger ahora al oferente del riesgo de especulación del destinatario³²– la Sección 2-205 UCC establece que el período en que la oferta posee eficacia vinculante no puede exceder de tres meses. Según sus comentaristas, la Sección 2-205 UCC busca limitar el poder de revocación libre del oferente cuando el destinatario confía en la firmeza de la oferta, pues permite al oferente «conceder» una oferta firme al destinatario, sin que este tenga que pagar una opción a cambio³³. En su lugar, se requiere, simplemente, que vengan caracterizadas como tal en un documento escrito y firmado.

5. ¿Cuál es ahora la consecuencia jurídica a la revocación de una oferta con eficacia vinculante en el Derecho estadounidense bajo la Sección 2-205 UCC? Parece que entonces la revocación carece de efectos y el destinatario puede aceptar y demandar al oferente por incumplimiento del contrato, si el este termina incumpliendo su prestación³⁴. Aun así, estas líneas generales no permiten conocer el desarrollo del Derecho estadounidense allí donde este ha sido más conspicuo en relación con la oferta, a saber, la eficacia vinculante de la oferta producida por la confianza del destinatario.

2.2.2 La confianza del destinatario como fuente de vinculación. Contratos de obra

2.2.2.1 PERSPECTIVA GENERAL

1. En el Derecho estadounidense, se ha discutido la incorporación de una regla que proteja al destinatario del riesgo de revocación de la oferta antes de la aceptación, cuando la oferta invita a la aceptación, mediante una actuación positiva del destinatario. Con carácter general, se ha negado la protección del destinatario en estos casos, pues este perfectamente puede aceptar la oferta antes

³¹ «§ 2-205 UCC. Firm offers: An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but in no event may such period of irrevocability exceed three months; but any such term of assurance on a form supplied by the offeree must be separately signed by the offeror».

³² FARNSWORTH, *On contracts*, § 3.23, p. 347.

³³ WHITE/ SUMMERS/ HILLMAN, *Uniform Commercial Code*, Vol. 1, 6ª ed., 2012, § 2:35, p. 135.

³⁴ FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.23, p. 348 y nota 22.

de realizar actuaciones confiando en que la oferta se mantendrá³⁵. Aun así, esta visión tradicional del *common law* ha sido revisada en el Derecho estadounidense.

2. La revisión se ha producido a la luz de contextos de licitaciones para *contratos de obra*, en los que intervienen, a grandes rasgos, tres actores: (i) el dueño de la obra, que saca a concurso o licitación la realización de un proyecto; (ii) un operador económico que se postula como contratista y realiza una oferta para que le sea concedida la realización de la obra por el dueño; y (iii) un segundo operador económico que, ante la anterior solicitud del operador que se postula como candidato a contratista, emite una oferta, bien de suministro de determinados materiales, bien de realización de parte de los trabajos objeto de licitación, como subcontratista. A este tercer sujeto me referiré como oferente u oferente-subcontratista. Quedan dos advertencias para terminar de delimitar el supuesto. La primera es que el candidato a contratista suele solicitar ofertas a varios subcontratistas a la vez. La segunda es que ese mismo candidato utilizará una de las ofertas de los subcontratistas en la confección de la suya propia. Con estos mimbres, el problema surge cuando el contratista gana la licitación, pero el oferente-subcontratista –cuya oferta empleó el entonces candidato a subcontratista para crear la suya propia– revoca la oferta. Los motivos del oferente-subcontratista para revocar su oferta pueden ser –como indica Farnsworth³⁶– una mejor oportunidad de negocio, un repentino incremento de los costes o un error en la configuración de su oferta.

El mismo Farnsworth se ocupa de ofrecernos tres posibles soluciones al problema planteado, sin que ninguna sea plenamente satisfactoria. Veámoslas³⁷.

El primer enfoque consistiría en tratar la oferta del subcontratista como una oferta revocable que permite la aceptación del contratista por medio de su declaración de voluntad, cuando éste haya ganado la licitación del contrato de obra. Hasta la aceptación, la oferta sería plenamente revocable. El único efecto sería que el contratista no volvería a confiar en la respetabilidad negocial del suministrador para negocios futuros, porque ha revocado una oferta en la que confió. Esta solución constituye una sanción social o de mercado, pero no una sanción jurídica, ni mucho menos un remedio frente a la revocación.

El segundo enfoque trata igualmente la oferta del subcontratista como una oferta que permite al contratista aceptar, cuando gane

³⁵ Así, por ejemplo, en *Friedman v Tappan Dev. Co.*, [(1956) N. J. 126 A.2d 646] el destinatario de una oferta de venta que, en confianza de esta, gasta una cantidad de dinero en investigar la titularidad real del inmueble carece de protección si la oferta es finalmente revocada antes de que acepte (*vid.* FARNSWORTH, A., *On contracts*, cit., § 3.25, p. 362).

³⁶ FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.25, p. 362.

³⁷ *Vid.* FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.25, pp. 362-364.

la licitación. La diferencia estriba en que, durante un periodo razonable, tras la comunicación al contratista de que su oferta ha resultado vencedora en la licitación, la oferta del subcontratista deviene irrevocable. Esta solución es más onerosa para el subcontratista, que se vincula; pero no así el contratista. Además, el subcontratista se vuelve más vulnerable al *bid shopping*³⁸.

El tercer enfoque considera a la oferta del subcontratista como una propuesta que permite la aceptación del contratista mediante declaración de voluntad. La aceptación del contratista, por medio de su declaración de voluntad, se produce cuando éste emite su propia oferta en la licitación (en lugar de después de haber vencido en ella, como en los dos anteriores enfoques). La aceptación de la oferta del subcontratista es una aceptación tácita, que viene determinada por el hecho de emplear la oferta del subcontratista para emitir la suya propia en la licitación. Así, entre contratista y subcontratista se perfeccionaría un contrato sometido a la condición suspensiva de que el contratista gane la licitación. Con esta solución, ambas partes quedarían vinculadas y se previene el *bid shopping*. Sin embargo, tampoco está exenta de problemas³⁹.

Tras esta perspectiva general, voy a referirme en el siguiente subapartado a dos casos en torno a los cuales ha pivotado el debate sobre la protección del contratista destinatario de una oferta, en contratos de obra, y que han marcado la evolución del sistema estadounidense. Ambos supuestos tienen en común que el subcontratista-oferente se equivocaba al elaborar el precio de su oferta, por un error en el cálculo de sus costes.

2.2.2.2 JAMES BAIRD V. GIMBEL BROSS Y DRENNAN V. STAR PAVING CO

1. El primer caso es *James Baird v. Gimbel Bros*⁴⁰. En él, el Juez Hand fundó su fallo en la tradicional doctrina contractual del *common law*⁴¹. Los hechos son los siguientes:

2.1. *James Baird, Co.* («Baird») era un contratista que pujaba para obtener la construcción de un edificio gubernamental en Harrisburg, Pennsylvania. *Gimbel Bros, Inc.* («Gimbel»), los

³⁸ El *bid shopping* constituye una práctica considerada antiética en la industria constructora conforme a la cual el contratista—con el fin de obtener la oferta de precio más bajo de entre una serie de subcontratistas—hace que los suministradores compitan entre sí, en una suerte de guerra de precios

³⁹ Los problemas surgen, para los subcontratistas, a la hora de demostrar que su oferta fue la efectivamente utilizada por el contratista. Y es que el contratista puede no haber identificado al concreto subcontratista en su oferta para licitar, o no haber comunicado al subcontratista que empleó su oferta para licitar. Además, las ofertas de los subcontratistas son susceptibles de contener problemas de concreción, o pueden necesitar de una modificación para ajustarse a las particulares necesidades del contratista (FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.25, p. 364).

⁴⁰ 64 F.2d 344 (1933).

⁴¹ *Supra.* 2.1.

famosos grandes almacenes de Nueva York, envió una oferta de suministro de linóleo a una serie de contratistas el 24 de diciembre. Baird recibió la oferta de Gimbel el 28 de diciembre. Con esta oferta, Baird realizó su propia oferta para concurrir a la concesión de la obra, empleando el precio del linóleo fijado por Gimbel. Gimbel se percató después de que su oferta de suministro de linóleo contenía un error de cálculo y notificó su revocación a Baird el mismo 28 de diciembre. Gimbel había *infravalorado su oferta en un 50%*. La autoridad adjudicataria concedió la realización de la obra a Baird el 30 de diciembre, sobre la base del precio inicial total con el que Baird había pujado. Este precio incluía el cálculo inicial del linóleo ofertado por Gimbel. Baird aceptó formalmente la oferta de Gimbel el 2 de enero (dos días después de la revocación de la oferta por éste). Gimbel se negó entonces a aceptar el perfeccionamiento del contrato. El juzgado de primera instancia determinó que no se había perfeccionado el contrato. Ante ello, Baird recurrió a la Corte de Apelación de los Estados Unidos para el Segundo Distrito.

El Juez Hand estimó que el suministrador que descubre un error en la composición numérica de su oferta antes de que ésta haya sido aceptada por el contratista puede revocarla a pesar de la confianza del segundo. El razonamiento del Juez Hand descansó en la idea de que la oferta no puede «ser contemplada como una opción, dando al demandante el tiempo razonable para aceptarla [...], en caso de que su oferta sea aceptada a su vez en la licitación, pero sin vincularle a él mismo a tener que tomarla y pagar si puede obtener un mejor negocio en otro lugar. No hay ninguna razón para suponer que el demandado quisiese someterse a sí mismo a semejante obligación unilateral». Para Hand, no podía aplicarse el denominado «*promissory estoppel*» (impedimento promisorio) a favor del destinatario de la oferta –desarrollado hasta entonces al albur de las promesas puramente gratuitas⁴²–, que impidiese al oferente revocar su oferta simplemente en atención a la confianza del destinatario. Hand entendió que el «*promissory estoppel*», contenido en el § 90 *Restatement (First)*⁴³, no era aplicable a un contexto en el

⁴² El *promissory estoppel* es una doctrina que, durante el siglo XIX, permitía que, en algunas promesas formuladas a título gratuito, la confianza fuese reconocida como base para exigir su cumplimiento. Y es que, en caso de incumplimiento de la promesa, a la parte que se había visto privada de obtener lo prometido le estaba vedado alegar o probar que había actuado movida por mor de la promesa elaborada por el promitente y en la que había confiado. Por ello, los tribunales impidieron (*estopped*) al promitente esgrimir en su defensa que su promesa adolecía de *consideration*. Esta clase de impedimentos (*estoppel*) pasó a denominarse *promissory estoppel* (vid. FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 2.19, pp. 167-171; HENDERSON, «Promissory estoppel and traditional contract doctrine», *Yale Law Journal*, 78, n.º 3, 1969, pp. 350-351).

El *case law* estadounidense habitualmente afirma hoy que el incumplimiento de contrato (*breach of contract*) y el *promissory estoppel* son «*two sides of the same coin, and that coin is a cause of action for breach of contract*» (*Qatar Nat'l Navigation & Transp. Co. v. Citibank N. A.*, No. 89 Civ. 464 (CSH), 1998 WL 516117, at *7 (S. D. N. Y. Aug. 20, 1998); o que el «*promissory estoppel is an equitable remedy, the effect of which [...] is to estop [the defendant] from denying the existence of the contract pleaded*») (*Pitak v. Bell Atl. Network Servs. Inc.*, 928 F. Supp. 1354, 1367 (D. N. J. 1996).

⁴³ § 90 *Restatement (First)*, titulado, «Promise reasonably inducing definite and substantial action»: «A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and

que las partes negocian y en el que la oferta, para adquirir eficacia vinculante, requiere una aceptación en forma de promesa (*promise*); ello por mucho que el destinatario confiase en la oferta. A juicio de Hand, el «*promissory estoppel*» se reservaba a casos donde concurrían compromisos altruistas («*charity pledges*»).

2.2. La opinión del Juez Hand fue muy criticada, pero también profundamente influyente. La crítica principal se basa en que, según la doctrina de *Baird*, el contratista general está vinculado por el precio de contrato que remite a la adjudicataria de la obra, pero no los subcontratistas, quienes pueden revocar libremente sus propuestas, aunque contengan errores. Algún autor norteamericano ha advertido que, cuando esto sucede, se puede reducir el beneficio del contratista, de tal suerte que un contrato inicialmente beneficioso pueda terminar convertido en un mal negocio⁴⁴. La «injusticia» achacada a la solución de este caso fue traída a la palestra en el segundo caso clave, del que a continuación me ocupo.

3. Se trata del caso *Drennan v. Star Paving Co.*⁴⁵. Aquí, la Corte Suprema de California se separó, un cuarto de siglo después, del análisis tradicional imperante en el *common law* y, con ello, de la solución del Juez Hand. Los hechos del caso son:

3.1. *Star Paving Co.* («Star Paving»), subcontratista, había ofertado por teléfono a *William A. Drennan* («Drennan») realizar el pavimentado de la «Monte Vista School» en Lancaster (California) por 7.131,60 dólares. Drennan era un contratista que iba a pujar en la licitación de los trabajos de cimentado. Como la oferta de Star Paving era la más baja, Drennan la empleó en la confección de la suya para la obra, *incluyendo el nombre del subcontratista en su oferta*. Y es que la licitación exigía que se incluyesen los nombres de los subcontratistas que asumirían un 0,5% o más de la obra, así como el ofrecimiento de un aval de 317,385 dólares, como garantía de que se entraría en el contrato en caso de ser concedido. La oferta de Drennan resultó ser la más baja y le fue adjudicado el contrato de obra, pero Star Paving le comunicó, al día siguiente y antes de que hubiese aceptado su oferta, que había cometido un fallo en el cálculo de su oferta, y que no le era posible realizar el trabajo por menos de 15.000 dólares. Drennan tuvo que solicitar presupuestos alternativos para obtener una oferta de un subcontratista lo más baja posible y, transcurridos meses, consiguió que otro subcontratista (L & H Paving Company) hiciera el trabajo por 10.948,60 dólares. Drennan demandó a Star Paving por la diferencia entre la oferta del subcontratista y el coste que finalmente le supuso a Drennan el pavimentado, a la sazón 3.817 dólares. Star Paving se opuso alegando que no había contrato alguno perfeccionado que amparase la acción ejercitada por Drennan y que, por el contrario,

which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise».

⁴⁴ SCHULTZ, «The firm offer puzzle: a study of business practice in the construction industry», *19 University of Chicago Law Review*, 1952, p. 239.

⁴⁵ 51 Cal. 2d 409 (1958).

lo que existía era una oferta revocable que, además, fue revocada eficazmente antes de cualquier aceptación. Siguiendo la opinión del Juez Traynor, la corte falló dando la razón a Drennan y concediéndole la diferencia como indemnización.

3.2. Para la resolución del caso, Traynor aplicó el § 90 del *Restatement (First)* (vigente en 1958) y lo interpretó en términos de «*promissory estoppel*»⁴⁶, impidiendo al oferente revocar su oferta, habida cuenta del perjuicio económico que la confianza en ella había provocado al destinatario (lo que, en Derecho estadounidense, se conoce como «*detrimental reliance*»). Esta confianza, que produjo un perjuicio en el destinatario, permitió sustituir a la *consideration*, convertir la oferta en vinculante e indemnizar al destinatario el daño provocado por la revocación⁴⁷.

El § 90 del *Restatement (First)* disponía: «A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise». Como se ve, la aplicación de la «*detrimental reliance*», en relación con el «*promissory estoppel*» exige que se haya producido un daño derivado de la acción o la omisión del destinatario⁴⁸. La Corte consideró que la confianza en el mantenimiento y corrección de la oferta reemplazaba a la *consideration*, porque indujo al destinatario –al contratista– a realizar una acción que, de otro modo, no habría ejecutado (y que le había causado daños). A ello se suma, según la Corte, el propio interés económico del subcontratista en que al contratista-destinatario le fuese concedido el contrato de obra, pues ello redundaría en su propio beneficio. Con ello, la Corte entendió que era *justo* permitir al contratista aceptar la oferta del subcontratista, una vez que el contrato al que licitó le fue adjudicado⁴⁹. La regla de *Drennan* fue codificada en el § 87.2 del *Res-*

⁴⁶ *Supra* nota 42.

⁴⁷ El razonamiento de la Corte, en lo que interesa, es el siguiente: «When plaintiff used defendant's offer in computing his own bid, he bound himself to perform in reliance on defendant's terms. Though defendant did not bargain for this use of its bid neither did defendant make it idly, indifferent to whether it would be used or not. On the contrary it is reasonable to suppose that defendant submitted its bid to obtain the subcontract. It was bound to realize the substantial possibility that its bid would be the lowest, and that it would be included by plaintiff in his bid. It was to its own interest that the contractor be awarded the general contract; the lower the subcontract bid, the lower the general contractor's bid was likely to be and the greater its chance of acceptance and hence the greater defendant's chance of getting the paving subcontract. Defendant had reason not only to expect plaintiff to rely on its bid but to want him to. Clearly defendant had a stake in plaintiff's reliance on its bid. Given this interest and the fact that plaintiff is bound by his own bid, it is only fair that plaintiff should have at least an opportunity to accept defendant's bid after the general contract has been awarded to him».

⁴⁸ *Vid.* Voz «*Promissory estoppel*», *West's Encyclopedia of American Law*, 2 Edition, 2008, The Gale Group [última consulta el 16.01.2018 en <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/promissory+estoppel>].

⁴⁹ No sin razón, se ha apuntado que la solución contenida en *Drennan* podría situar la protección del contratista en cotas muy elevadas, teniendo en cuenta además la concepción angloamericana de la eficacia vinculante de la oferta. Aun con todo, *Drennan* se ha utilizado en resoluciones posteriores. Es por este motivo que los tribunales angloamericanos se han cuidado de puntualizar (*i*) que la eficacia vinculante de la oferta pervive únicamente el tiempo suficiente para otorgar al contratista la oportunidad razo-

tatement (*Second*)⁵⁰. Dicha codificación ha recibido críticas, pues la mayoría de casos se han resuelto según el § 90⁵¹ *Restatement (Second)*⁵².

3.3. El error del oferente en la configuración de su oferta cobra particular importancia en *Drennan* en relación con la confianza del destinatario. El demandado alegaba que el error en el cálculo de su oferta le permitía revocarla y citaba precedentes a su favor. La Corte consideró que, en esos precedentes, el error del oferente era o debió haber sido conocido por el destinatario. Para el caso, la Corte entendió que *Drennan*, como destinatario, tenía motivos para confiar en la corrección de la oferta y que, por tanto, no le era exigible conocer el error de cálculo, dado que en la zona de Lancaster había una oscilación de un 160% entre las ofertas de pavimentado más caras y las más baratas, de modo que no podría haber inferido el error. La confianza era digna de protección. Esto denota la importancia del caso concreto, a la hora de enjuiciar la confianza del destinatario. En efecto, los tribunales norteamericanos han llegado a considerar aceptable una diferencia del 125%, sobre la base del testimonio del propio destinatario (el contratista) de que en el mercado las diferencias entre las ofertas más altas y las más bajas eran más del doble. A la vez, se ha negado la razonabilidad de la confianza en ofertas cuyas diferencias oscilaron entre el 35%, 40%, 50% y hasta el 290%⁵³.

nable de aceptar; y (ii) que los contratistas que abusan de la regla de *Drennan* mediante el *bid shopping* pierden la protección (vid. FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 3.25, p. 363).

⁵⁰ § 87.2 *Restatement (Second)*: «An offer which the offeror should reasonably expect to induce action or forbearance of a substantial character on the part of the offeree before acceptance and which does induce such action or forbearance is binding as an option contract to the extent necessary to avoid injustice». *Supra* 2.2.1 [3] para el § 87.1.

⁵¹ El § 90 (1) *Restatement (Second)*, figura redactado de manera prácticamente similar al § 90 *Restatement (First)* y dispone: «A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires». Como se ve, el precepto contiene una proposición final a cuyo tenor «el remedio concedido por el incumplimiento puede limitarse según lo exija la justicia». Esta frase ha sido interpretada en el sentido de que la promesa es exigible en sí misma, pudiendo con ello el destinatario ver satisfecho su interés de cumplimiento (interés positivo). Sin embargo, si el fundamento de la indemnización del destinatario se contemplase como interés de confianza, parecería apropiado limitar la indemnización al valor de ese interés. En consecuencia, el § 90 (1) *Restatement (Second)* parece permitir al juez proceder de cualquiera de las maneras, en función de las necesidades de la justicia en cada caso concreto. Además, el juez puede tener en cuenta si el oferente que revoca ha procedido de mala fe en su revocación, para conceder el interés de cumplimiento o el interés de confianza, en cada caso (vid. FARNSWORTH, *On contracts*, cit., § 2.19, pp. 182-183). Esta solución es criticable a mi juicio, pues (i) parece dejar al arbitrio del juez la manera de proceder a la hora de conceder indemnización por la revocación de la oferta, lo que produce inseguridad jurídica; y (ii) atribuye un tinte sancionador a la decisión del juez.

⁵² Vid. GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*): Much Ado about (almost) nothing», *Journal of legal analysis*, 2011, pp. 581-582.

⁵³ Vid. GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*)...», cit., p. 558

4. El impacto de *Drennan* merece ser precisado ahora, por lo que después se dirá⁵⁴. Lejos de constituir una «carta blanca» para la aplicación sin límite del «*promissory estoppel*» a todo tipo de realidades, el efecto del caso es simplemente convertir en irrevocables a determinadas ofertas, hasta que el destinatario tiene la posibilidad de aceptar. Lo que sucede es que la teoría del «*promissory estoppel*» fue la vía teórica disponible que permitió este resultado⁵⁵. Ello quizás dote de sentido a la posterior codificación de la regla de *Drennan* en el § 87.2 *Restatement (Second)*, pues con ella se pretendía dar carta de naturaleza a la aplicación del «*promissory estoppel*» a contextos negociadores, sin necesidad de realizar juegos de escapismo con el § 90.1 *Restatement*⁵⁶.

2.2.2.3 EL (DES)ENCUENTRO ENTRE *BAIRD* Y *DRENNAN*: *PAVEL ENTERPRISES, INC. v. A. S. JOHNSON CO., INC.*

1. Robert Scott y Jody Krauss se han referido a *James Baird y Drennan* como dos casos en los que dos gigantes judiciales –Learned Hand y Roger J. Traynor– tomaron posiciones opuestas sobre la problemática de la revocación de las ofertas en contratos de obra⁵⁷. Las doctrinas de los citados casos se encontraron en *Pavel Enterprises, Inc. v. A. S. Johnson CO., Inc*⁵⁸, caso resuelto por la *Court of Appeals of Maryland*. Los hechos del caso son:

El *National Institute of Health* («NIH») sacó a concurso el proyecto de renovación de un edificio de su campus en Maryland. El proyecto implicaba trabajos de demolición, pero el componente principal del trabajo era de mecánica, incluyendo trabajos sobre el sistema de calefacción, ventilación y aire acondicionado. Pavel Enterprises («Pavel») preparó, como contratista, una oferta para el NIH. En la confección de su oferta, Pavel solicitó ofertas de varios constructores mecánicos. La *A. S. Johnson Company* («Johnson») respondió, como subcontratista, a Pavel con una propuesta de trabajo por escrito para las obras de calefacción, ventilación y aire acondicionado. En la mañana del 5 de agosto de 1993, el NIH abrió la licitación y Pavel remitió una oferta oral que incluía un presupuesto de 898.000 dólares para los trabajos de sobre los componentes de calefacción, ventilación y aire acondicionado. El presupuesto de 898.000 dólares era el resultado de la oferta de Johnson

⁵⁴ *Infra* 2.2.2.4.

⁵⁵ HENDERSON, «Promissory estoppel...», cit., pp. 356 y 366-367; GAIDES, «The «firm offer» problem in construction bids and the need for promissory estoppel», *William & Mary Law Review*, Vol. 10, Issue, 1968, pp. 225-227.

⁵⁶ Así, refiriéndose al borrador del *Restatement (Second)*, HENDERSON, «Promissory estoppel...», cit., p. 368.

⁵⁷ SCOTT / KRAUSS, *Contract Law and Theory*, 5.ª ed., 2013, p. 243.

⁵⁸ 342 Md. 143, 674 A.2d 521 (1996)

(subcontratista). Para el proyecto, en su conjunto, la oferta de Pavel ascendía a 1.585.000 dólares.

La oferta de Pavel fue la segunda más competitiva en precio, lo que significaba que no había sido aceptada. Sin embargo, a mediados de agosto, la oferta aparentemente más competitiva en precio fue descalificada y el NIH comunicó a Pavel que su oferta sería aceptada. Tras mantener una reunión, el 26 de agosto de 1993, Pavel remitió un fax a todos los subcontratistas con los que había contactado para confeccionar su oferta. En dicho fax, Pavel requería a los subcontratistas para que revisasen sus ofertas. En particular, Pavel les pedía que eliminasen de sus ofertas la partida de suministro de corriente y que recalculasen sus ofertas en atención a esta modificación.

El 30 de agosto de 1993, Pavel comunicó al NIH que Johnson era el subcontratista elegido para realizar los trabajos de ventilación, calefacción y aire acondicionado de la obra. El 1 de septiembre de 1993 Pavel remitió por fax y correo postal una carta a Johnson, en cuya virtud Pavel aceptaba la oferta de Johnson. Recibida por Johnson la aceptación de Pavel, Johnson llamó e informó a Pavel que su oferta contenía un error y que, como resultado, el precio era demasiado bajo. Según comunicó el responsable de presupuestos de Johnson, el error había sido descubierto antes, pero no se había comunicado a Pavel en la creencia de que el NIH no le había adjudicado el contrato principal. Por ello, no consideraron preciso corregirlo. De este modo, Johnson revocó su oferta el 2 de septiembre de 1993. A ello respondió Pavel, comunicando su negativa a permitir la revocación de la oferta de Johnson. El 28 de septiembre de 1993, el NIH concedió formalmente la realización de la obra a Pavel, quien tuvo que procurarse otro subcontratista que le hiciese los trabajos mecánicos. El precio de este nuevo subcontratista fue de 930.000 dólares. En consecuencia, Pavel demandó a Johnson reclamando la diferencia entre la oferta de Johnson (898.000 dólares) y la del subcontratista sustituto: (32.000 dólares)⁵⁹.

2. La Corte de Maryland analizó si resultaba de aplicación la teoría de la «*detrimental reliance*» (aplicada en *Drennan*), esto es, si la confianza razonable de Pavel en la oferta recibida permitía convertirla en vinculante para Johnson, por haberle causado un daño. La respuesta fue negativa. Para la Corte, la oferta de Johnson no era vinculante, porque Pavel no depositó, en ella, una confianza «*sustancial y definitiva*». La «*detrimental reliance*» exigía, en opi-

⁵⁹ El tribunal de instancia realizó algunos apuntes valiosos sobre este supuesto, como son: (i) Pavel confió en la suboferta de Johnson y la empleó en la confección de la suya propia para el proyecto en conjunto; (ii) El hecho de que la oferta general de Pavel solo fuera la más competitiva tras la descalificación del contratista con la oferta aparentemente más competitiva sustrae el caso de la normalidad; (iii) Johnson revocó su oferta el 2 de septiembre, antes de que la obra le fuese adjudicada a Pavel (el 28 de septiembre); y (iv) La carta, de 26 de agosto, de Pavel a todos los potenciales subcontratistas indica que no había un acuerdo definitivo entre Pavel y Johnson y, más aun, que Pavel no confió plenamente en la oferta de Johnson, como subcontratista.

nión de la Corte, (i) que el destinatario no «jugase» al «*bid shopping*» (como parecía estar haciendo Pavel con su carta a los subcontratistas); (ii) que el destinatario comunicase al subcontratista oferente su intención de hacer uso de la oferta en la licitación; y (iii) si la oferta del subcontratista es tan baja que un contratista prudente y razonable, situado en su posición, no habría confiado en ella, el juzgador puede entonces inferir que el contratista no confió, de hecho, en la oferta errada. Por tanto, la oferta se reputó no vinculante y no se aplicó la doctrina de la «*detrimental reliance*»⁶⁰.

2.2.2.4 ¿DE REGRESO A *JAMES BAIRD*? VALORACIONES DE LA DOCTRINA ESTADOUNIDENSE

1. En *Pavel* la Corte no aplicó la doctrina del juez Traynor en *Drennan*, aunque los hechos del caso eran un tanto particulares. Tanto *Pavel* como *Baird* y como *Drennan* versaron sobre la *equivocación* del oferente en el cálculo del precio de su oferta. La regla de *Baird* asignó el riesgo del error al contratista destinatario, mientras que en *Drennan* se le atribuyó al oferente. Por este motivo, Victor Goldberg ha calificado la regla de *Drennan* como una «*regla asimétrica*»⁶¹ que causa desprotección en el subcontratista⁶². La doctrina estadounidense coincide en que el problema reside, en última instancia, en determinar qué parte –si el oferente o destinatario– debe asumir el riesgo de un error en el cálculo del precio de la oferta. Y advierte que la asignación del riesgo de error en el precio de la oferta al oferente incentivaría la corrección de las ofertas, pero también se cuestiona si ello no provocaría que los contratistas destinatarios fuesen menos vigilantes a la hora de comparar ofertas⁶³. La dificultad para determinar la alternativa que permita reducir mejor la comisión de errores ha conducido a la dogmática norteamericana a buscar respuestas en la práctica empírica de la industria de la construcción.

⁶⁰ En la fundamentación de su fallo, la Corte de Maryland tuvo presente el lapso entre la apertura de la licitación y la concesión de la obra a Pavel, así como que –tras serle concedido el contrato de obra– Pavel enviase un fax a todos los subcontratistas solicitándoles una revisión de sus ofertas sin incluir, esta vez, el precio del suministro de corriente.

⁶¹ GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*)...», cit., p. 542.

⁶² La desprotección del subcontratista se aprecia en otro caso resuelto, una década después por el Juez Traynor. El caso fue *Southern California Acoustics Co. v. C. V. Holder, Inc.* (71 Cal.2d 719, 456 P.2d 975, 79 Cal. Rptr. 319 (1969)). En este caso, fue el subcontratista quien demandó al contratista. El contratista, habiendo ganado la licitación, reemplazó (con el consentimiento del dueño de la obra) al subcontratista que había formulado la oferta más competitiva, por otro que prefería. En su demanda, el subcontratista oferente reclamaba que había confiado en que su oferta había sido seleccionada y que, por ello, se había abstenido de ofertar en otros proyectos. El Juez Traynor, fiel a la regla de *Drennan*, concluyó que el contratista no estaba vinculado, pues él no realizó promesa alguna.

⁶³ Vid. SCOTT / KRAUSS, *Contract law...*, cit., pp. 243-244.

2. Destaca, aquí, el trabajo de Franz Schultz⁶⁴. Schultz llama la atención acerca de que, en la práctica, existen poderosas *sanciones extralegales* que, de por sí, compelen a los oferentes-subcontratistas a mantener su oferta, aunque se equivoquen (como la pérdida de la reputación, el temor a que se les encarguen ofertas en el futuro, etc.). Ahora bien, Schultz informa de la poca importancia que muchos contratistas confieren a la revocación de la oferta y al reducido número de estos que recurrirían a sanciones extralegales o a demandas judiciales en caso de revocación. En su trabajo, Schultz refleja la realidad de una industria donde la práctica es flexible y donde en muchos casos la confianza del contratista en la oferta no es sino irónica, pues tras serle concedida la obra renegocia con el oferente o busca otro subcontratista. Por eso, se muestra suspicaz hacia admitir –en el ramo de la construcción– una regla de eficacia vinculante de la oferta como la de *Drennan* y la Sección 2-205 UCC; ello cuando, además, el oferente suele ser –según expone– la parte más débil en la negociación⁶⁵.

3. A la luz del estudio de Schultz y asumiendo la eficacia de las sanciones extralegales, Scott y Krauss abogan por una vuelta a la doctrina de *Baird*. Los autores consideran que los oferentes tomarán las precauciones necesarias, merced a las sanciones extralegales; y, al mismo tiempo, que los destinatarios tomarán sus propias cautelas para evitar que se defraude su confianza⁶⁶ (el oferente podría revocar libremente)⁶⁷.

4. Asimismo, Goldberg llama la atención de que, tratándose de dueños de obra privados, los problemas que surgen son menores y se suelen resolver extrajudicialmente por los implicados⁶⁸. Según Goldberg, en el sector privado, al dueño, de ordinario, le será indis-

⁶⁴ SCHULTZ, «The firm offer puzzle...», cit., pp. 252 y ss.

⁶⁵ SCHULTZ, «The firm offer puzzle...», cit., pp. 284-285.

⁶⁶ SCHULTZ sostuvo que una prueba de la confianza del destinatario contratista puede ser la inclusión de la oferta exacta del subcontratista en su estimación general. Y que una prueba incluso mejor radica en demostrar que, con la obtención de la oferta del subcontratista en cuestión, el contratista ya no tenía intención de negociar con él un mejor precio ni de acudir a otros en ejercicio del «*bid shopping*». No obstante, esto último es extremadamente complicado de demostrar. Puede decirse que, si el destinatario ha hecho esfuerzos para entrar en un contrato detallado y condicionado a la concesión de la obra, el juez tiene buenas razones para apreciar confianza razonable («The firm offer puzzle...», cit., p. 248). En cualquier caso, los supuestos de oferta de contrato con eficacia vinculante derivada de la confianza del destinatario son tremendamente casuísticos. La confianza se convierte entonces en una cuestión puramente fáctica. No en vano, la calificación de la oferta como vinculante presenta un valor económico para el destinatario. Este valor incrementa con el tiempo en que la oferta existe y la variación de los costes del oferente, en particular, su coste de oportunidad. Puede decirse que, si el valor esperado de la oferta para el destinatario es mayor que el coste que al oferente le supone su formulación (y mantenimiento) existirá un incentivo económico a calificar la oferta como vinculante (GOLDBERG, «Traynor (Drennan) v. Hand (Baird)...», cit., p. 564).

⁶⁷ SCOTT / KRAUSS, *Contract law...*, cit., p. 245.

⁶⁸ GOLDBERG, «Traynor (Drennan) v. Hand (Baird)...», cit., p. 564.

tinta la figura del subcontratista. Su relación es con el contratista y se aquietará al buen juicio de este último en la elección de los subcontratistas⁶⁹. La regla de *Drennan* parece entonces abocada a la aplicación en la contratación pública⁷⁰.

5. En lo que me consta, la doctrina estadounidense se inclina hoy más por la solución de *James Baird*, negando la eficacia vinculante a la oferta del subcontratista⁷¹. Sin embargo, los comentaristas de la Sección 2-205 UCC se muestran más proclives a la aplicación de soluciones como la de *Drennan*, ya sobre la base de dicha sección, ya sobre la doctrina del «*promissory estoppel*» o el § 87.2 *Restatement (Second)*⁷² (*supra* 2.2.2.2 [3.1]).

III. LA OFERTA DE CONTRATO EN EL DERECHO FRANCÉS

1. El *Code civil* de 1804 ha sido recientemente reformado, en materia de obligaciones y contratos, mediante la *Ordonnance* núm. 2016-131, de 10 de febrero⁷³. Dicha reforma ha incluido una regulación sobre la oferta de contrato, hasta el momento, inexistente en el *Code civil*. Por eso, antes de abordar la actual regulación de la oferta, me referiré al estado de la cuestión previo a febrero de 2016.

3.1 LA OFERTA DE CONTRATO ANTES DE LA REFORMA DEL *CODE CIVIL*

1. La ausencia de previsión normativa sobre la oferta de contrato en el *Code* antes de la reforma de 2016 obligó a un desarrollo jurisprudencial de la cuestión. Desde antaño, la *Cour de Cassation*

⁶⁹ GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*)...», cit., p. 566.

⁷⁰ GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*)...», cit., p. 585.

⁷¹ Como ha apuntado Goldberg la influencia de *Drennan* ha sido escasa más allá de la inclusión de su regla en el § 87.2 *Restatement (Second)*, que tilda de fracaso. En cualquier caso, Goldberg señala también que la cuestión de revocación de ofertas es raras veces planteada cuando el dueño de la obra es un ente privado (*vid.* GOLDBERG, «Traynor (*Drennan*) v. Hand (*Baird*)...», cit., pp. 540-541).

⁷² WHITE / SUMMERS / HILLMAN, *Uniform commercial code*, cit., § 2:35, pp. 135-136.

⁷³ Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Journal Officiel de la République Française, 11 février 2016. FAGES ha llamado la atención sobre la sorpresa que le produjo el método empleado para acometer la modernización del Derecho de obligaciones francés, a través de una Ordenanza y no de una Ley, como se hiciera en Alemania mediante la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*. Califica ello como un misterioso «*bureau du droit des obligations*» antes que como una comisión gubernamental bien identificada, como fue la alemana («*Le processus de formation des contrats*»), en SCHULZE, y otros (Dir.), *La réforme du droit des obligations en France. 5^{èmes} Journées franco-allemandes*, Vol. 20, 2015, p. 41).

consideró que la oferta podía revocarse en cualquier momento anterior a su aceptación⁷⁴. Hay que advertir que el Derecho francés, en este punto, era deudor –como en otros tantos– de las ideas de Pothier⁷⁵.

Junto con lo anterior, la jurisprudencia francesa consideraba que la oferta hecha a persona determinada obligaba al oferente a su mantenimiento durante el plazo de vigencia por él indicado⁷⁶ o, en su defecto, durante un plazo razonable («*délai raisonnable*») a fijar por el tribunal en función de las circunstancias y los usos. El fundamento de esta «obligación», de creación jurisprudencial, se buscó en la teoría del precontrato, en la voluntad unilateral como fuente de obligaciones o en la responsabilidad extracontractual para el caso de revocación⁷⁷. La doctrina más autorizada, sin embargo, optó por considerar que la revocación indebida de una oferta constituía un ilícito extracontractual («*faute*») que obligaba a su autor a responder *ex* artículo 1382 *Code civil* con una indemnización al destinatario, cuya confianza se había visto defraudada⁷⁸. En cualquier caso, la responsabilidad extracontractual del oferente por *culpa in contrahendo* exigía la efectiva irrogación de un perjuicio al destinatario⁷⁹.

⁷⁴ La antigua sentencia de la *Cour de Cassation* (troisième chambre civil) de 3 de febrero de 1919 (DP, 1923. I.126) señaló que «*une offre étant insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut, en général, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée valablement*».

⁷⁵ POTHIER diferenciaba, por un lado, el contrato, formado por el concurso de oferta y aceptación, y la policitación (*pollicitatio*) o promesa, por el otro. Para Pothier, la policitación no producía obligación alguna, de modo que quien la formula puede revocarla. Una sola voluntad no podía, para este autor, generar vinculación por sí misma. (*Tratado de las obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations* de Pothier, 1978, n.º 4, p. 13).

⁷⁶ Sentencia de la *Cour de Cassation* de 7 de mayo de 2008 (Bulletin 2008, III, n.º 79).

⁷⁷ *Vid.* COLIN / CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, Teoría General de las Obligaciones, 1924, p. 556. En efecto, algunos autores entendieron que, junto con la oferta, concurre una suerte de contrato preliminar que obliga al oferente a mantener la oferta en pie durante un tiempo. Este contrato sería ficticio y su perfección se produciría, según esta visión, mediante la aceptación tácita del destinatario, pues le favorece (*vid.* SCHMIDT, *Négotiation et conclusion de contracts*, 1982, n.º 223 y ss.; COLIN / CAPITANT, *Curso elemental...*, cit., p. 556). Tampoco fueron infrecuentes, en la etapa previa a la modificación del *Code*, las tesis que recurrieron a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, con el fin de dotar a la oferta de eficacia vinculante. Para los defensores de esta última postura, el oferente quedaría obligado con la manifestación de su declaración (unilateral) en tal sentido, aun antes de que el destinatario de la oferta hubiera tenido conocimiento de ella (*vid.* COLIN / CAPITANT, *Curso elemental...*, cit., pp. 557-558). La crítica a esta doctrina es que una manifestación de voluntad solo produce efectos cuando es conocida por su destinatario (*vid.* PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome VI, Obligations, Première partie, 2.ª ed., 1952, n.º 131).

⁷⁸ *Vid.*, en este sentido, la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 17 de diciembre de 1958 (D 1959.1.33); MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7.ª ed., 2015, 470, p. 241; MALINUAD / FENOUILLET / MEKKI, *Droit des obligations*, 14.ª ed., 2017, p. 124.

⁷⁹ MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 2015, cit., 470, p. 241.

2. Por lo tanto, antes de la inclusión de la oferta en el articulado del *Code* en 2016, la responsabilidad por revocación era extracontractual⁸⁰. A ello respondía el consenso francés relativo a la imposibilidad de obligar al oferente, que revoca, a celebrar un contrato que no quiere⁸¹. Se consideraba que la revocación privaba de cualquier (re)encuentro posible entre la oferta y la aceptación, como declaraciones de voluntad, y que, en consecuencia, no se podía ya perfeccionar el contrato⁸².

3.2 LA NUEVA REGULACIÓN DE LA OFERTA EN EL *CODE CIVIL*

1. La nueva regulación de la oferta no ha roto con la tradición francesa. Más bien al contrario⁸³. El nuevo artículo 1116 *Code*⁸⁴ parece adoptar una solución que dota a la oferta de contrato de eficacia vinculante, cuando dice, en su párrafo primero, que la «*oferta no puede ser revocada antes de que expire el plazo fijado por el oferente o, en defecto de éste, antes del transcurso de un plazo razonable*». La rotundidad de este primer párrafo se desdibuja en el segundo, que dispone que «*la revocación de la oferta contraviniendo esta prohibición impide la formación del contrato*». Por último, el artículo 1116.3 *Code* establece la consecuencia de la revocación indebida de la oferta: «*ella [la revocación] trae consigo la responsabilidad extracontractual del oferente según las prescripciones del Derecho común, sin quedar este obligado a compensar la parte correspondiente a las ventajas esperadas del contrato*».

2. La opinión de los autores franceses avala la solución codificada en el artículo 1116 *Code* y que recoge la tradición francesa

⁸⁰ Ello pese a la existencia de algunas voces que consideraban que las transacciones económicas, especialmente las comerciales, apenas serían posibles si las ofertas no tuvieran cierto carácter obligatorio (vid. PLANIOL / RIPERT, *Traité pratique...*, cit., n.º 131).

⁸¹ O, al menos, la jurisprudencia se mostraba dubitativa al respecto, según informa FAGES, «Le processus de formation...», cit., p. 44.

⁸² Vid. MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 2015, cit., 470, p. 241.

⁸³ Según el Informe al presidente de la República que siguió a la publicación de la Ordenanza, la nueva regulación codifica las soluciones jurisprudenciales que se estaban aplicando en materia de formación de los contratos (vid. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Ministère de la Justice, JORF n.º 0035 du 11 février 2016 texte n.º 25, sur 113, p. 7).

⁸⁴ Art. 1116. – *Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.*

La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat.

sobre la materia. En particular, se muestran satisfechos con evitar cualquier atisbo de acercamiento entre la revocación de la oferta y la responsabilidad contractual (art. 1116.3 *Code*). Al mismo tiempo, se reafirman en la visión que impide el concurso de voluntades y el consiguiente perfeccionamiento del contrato cuando se produce la revocación de la oferta; ello en atención al principio de libertad contractual que no permite emitir un consentimiento forzado⁸⁵. A juicio de la doctrina francesa actual, la oferta no confiere a su destinatario un derecho al contrato, por lo que la reparación a que puede aspirar el «afectado⁸⁶» por una revocación indebida no puede comprender el interés positivo⁸⁷ o de cumplimiento⁸⁸.

IV. LA OFERTA DE CONTRATO EN EL DERECHO ALEMÁN

1. La eficacia vinculante de la oferta de contrato adquiere su máxima significación en el Derecho alemán, así como en los ordenamientos jurídicos que han sido influidos por él⁸⁹. El § 145 del Código Civil alemán (BGB) contiene el principio de vinculación a la oferta de contrato. Este párrafo dispone que «*quien ofrece a otro la celebración de un contrato queda vinculado a su oferta, salvo que haya excluido la vinculación*» (traducción propia). Por tanto, el oferente no puede revocar su oferta de manera eficaz y queda vinculado a ella mientras perdure la vinculación⁹⁰. La vinculación del oferente a su oferta comienza cuando la oferta adquiere eficacia, es decir, en el momento en que llega al destinatario (§ 130.1 S 1 BGB)⁹¹; y se prolonga, bien hasta la llegada del plazo

⁸⁵ MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9.^a ed., 2017, 474, p. 272; MALINUAUD, P. / FENOUILLET / MEKKI, *Droit des obligations*, cit., p. 125.

⁸⁶ En efecto, se emplea el término «*victime d'une revocation fautive*» en MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 2017, cit., p. 272.

⁸⁷ MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 2017, cit., p. 272.

⁸⁸ La solución del art. 1116.3 fue aplaudida por FAGES, incluso antes de su definitiva promulgación, toda vez que preservaría una cierta flexibilidad para las relaciones comerciales, sin conferir a la oferta una eficacia vinculante demasiado fuerte en términos de responsabilidad (*vid.* «*Le processus de formation des contracts*», cit., p. 44).

⁸⁹ § 145 BGB; § 862 S.3 ABGB; arts. 3 y 5 OR; art. 185.f CC griego; art. 230 CC portugués, art. 974 CC argentino de 2015. También se aprecia en la regulación de otros ordenamientos no necesariamente influenciados por el BGB: art. 846 CCom colombiano; art. 443 CCom costarricense; art. 317.1.º CC cubano; art. 1521 CC guatemalteco; art. 718 CCom hondureño; art. 1804 CC mexicano; art. 89 CCom. nicaragüense; art. 2453 CC nicaragüense; art. 1137.5.º CC venezolano.

⁹⁰ BUSCHE, «BGB § 145 Bindung an der Antrag», en SÄCKER, *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 1, 7.^a ed., 2015, Rn. 1; ELLENBERGER, «§ 145 BGB», en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 76.^a ed., 2017, Rn. 3.

⁹¹ La revocación de la oferta solo es eficaz cuando llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta (§ 130.1 S.2 BGB). En ese caso debe hablarse propiamente de

marcado por el oferente (§ 148 BGB), bien hasta el transcurso de un plazo adecuado en atención a las circunstancias (§ 147.2 BGB).

2. Estas serían, a grandes rasgos, las líneas básicas que determinan la eficacia vinculante de la oferta en el Derecho alemán. Como se observa, la configuración del modelo alemán de vinculación a la oferta se aparta por completo de la tradición del *ius commune*. Resulta obligado, entonces, exponer primero los antecedentes histórico-legislativos que precedieron a la codificación del § 145 BGB.

4.1 LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA OFERTA EN EL DERECHO ALEMÁN

En la evolución dogmática y legal de la eficacia vinculante de la oferta en el Derecho alemán pueden distinguirse tres fases. La primera se remonta a las soluciones anteriores a la discusión codificadora del siglo XIX. La segunda comprende el proceso codificador alemán durante el siglo XIX, que culmina en la redacción del BGB. La tercera alude a la actual interpretación jurisprudencial de la eficacia vinculante de la oferta de contrato.

4.1.1 Las soluciones anteriores a la discusión codificadora del siglo XIX

1. Los antecedentes teóricos que fundamentaron la opción legislativa alemana consistente en dotar a la oferta de contrato de eficacia vinculante pueden hallarse en (i) la tradición teórico-filosófica y religiosa; (ii) la propia vinculación a la palabra dada provocada por los juramentos; y (iii) la constancia, según fuentes romanas, de la existencia de eficacia vinculante en promesas especiales jurídicamente vinculantes (*pollicitatio*)⁹². De los tres, la vinculación a la promesa unilateral presenta mayor interés y únicamente me referiré a ella.

2. En efecto, la *pollicitatio* en Derecho romano consistía en la promesa unilateral emitida por parte de un ciudadano para la ejecución de una obra en su lugar de origen o el pago de una suma de dinero. Semejante promesa era vinculante, sin aceptación⁹³, solo si el ciudadano emisor se postulaba para un cargo público o para el

retirada de la oferta y no de revocación.

⁹² OESTMANN, «§§ 145-146», en SCHMOECKEL, *Historisch-kritiker Kommentar zum BGB*, Band I, 2003, Rn. 25, p. 856.

⁹³ Vid. la celeste ensoñación pandectista, de JHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, 1987, p. 259.

sacerdocio. En Alemania, la *pollicitatio* se reconoció hasta el siglo XVIII, mencionándose en el § 2, Capítulo 1, Parte 4.^a del Código Maximiliano de 1756. En aquel momento, la figura ya había perdido las connotaciones de Derecho público⁹⁴.

3. Más tarde, la vinculación jurídica a una promesa adquirirá verdadera concreción en la Escuela de Derecho Natural. Así, *Hugo Grotius*, apoyándose en fuentes bíblicas, así como en las aportaciones de pensadores antiguos como Cicerón, diseña, a mediados del siglo XVII, un sistema tripartito de declaraciones jurídicas, posicionándose en contra de la doctrina tradicional del Derecho común, a cuyo tenor no hay vinculación sin contrato. Para este autor, una vez el oferente pone de manifiesto su propósito de vincularse jurídicamente, se produce una limitación voluntaria de su libertad de acción, siendo esta limitación eficaz. En este sentido, la emisión de una promesa es equiparable a la transmisión (física) de una cosa, porque en ambos casos el legitimado hace entrega de una parte de sus derechos⁹⁵. Para la Escuela de Derecho Natural, la oferta vinculaba al oferente.

4.1.2 Discusión doctrinal en el siglo XIX

1. La doctrina de la Escuela de Derecho natural se recoge por primera vez en el *Landrecht* Prusiano de 1794⁹⁶ (ALR). Este cuerpo legal establecía determinados plazos para la aceptación de la oferta en función de la lejanía que separase a las partes, obligando al oferente a esperar durante un tiempo razonable. No obstante, la eficacia vinculante de la oferta no se desprendía explícitamente del Código, sino que se deducía analógicamente de la concesión de un plazo para la aceptación⁹⁷.

El § 862 del Código civil austriaco de 1811 (ABGB) toma la regulación del ALR y añade que la promesa no es susceptible de ser revocada antes del transcurso de los plazos fijados legalmente, en lo que constituyó una formulación en términos negativos. Será el artículo 319 del Código de Comercio alemán de 1861 (ADHGB) el cuerpo legal que modifique el sentido de la proposición a términos positivos (similares a los del actual § 145 BGB) y pase a rezar que el declarante está vinculado por su oferta.

2. Aunque la línea codificadora del círculo germánico terminó siendo eminentemente unívoca⁹⁸ (en el sentido de atribuir

⁹⁴ OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 28, p. 858.

⁹⁵ OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 28, p. 859.

⁹⁶ I 5 §§ 94-98 ALR.

⁹⁷ OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 29, pp. 859-860.

⁹⁸ Como excepción puede citarse el § 816 del Código Civil de Sajonia de 1863, donde se rechazó la eficacia vinculante de la oferta de contrato y se adopta una solución en

ex lege eficacia vinculante a la oferta de contrato), la cuestión sobre si la oferta era o no irrevocable –como regla general– no fue pacífica durante el proceso codificador del BGB en Alemania. Dos líneas interpretativas aparecen nítidamente contrapuestas.

La primera, compuesta fundamentalmente por romanistas de la escuela pandectista, se nutría del Derecho común y partía de la idea de la revocabilidad de la oferta. Para los representantes de la línea del Derecho común, la facultad de revocación subsistía hasta la aceptación, pues un contrato perfeccionado no era ya susceptible de revocación unilateral⁹⁹. La solución lógica propugnada por la línea de Derecho común consistía en que, dado que se defrauda la confianza de la parte receptora de la oferta en la inminente celebración del contrato, el oferente está obligado, tras la revocación a prestar una indemnización por daños.

Una segunda línea interpretativa se derivaba de la tradición germánica y defendía la eficacia vinculante de la oferta inspirada en la confianza («*Treu*»), el ALR y el ADHGB. Esta línea ponía el acento en que, otorgando eficacia vinculante a la oferta, la seguridad del tráfico jurídico entre ausentes quedaba estimulada y posibilitada.

Como paso previo al estudio de ambas líneas, me detendré brevemente en las aportaciones de Jhering, cruciales para entender la problemática de la oferta en aquel tiempo.

4.1.2.1 JHERING

1. Como es sabido, *Rudolph von Jhering (1818-1892)*, en su estudio sobre la *culpa in contrahendo*, trató de encontrar un fundamento para indemnizar los daños en caso de nulidad del contrato. Semejante fundamento no podía hallarse, para él, en la responsabilidad extracontractual, pues ni la *actio doli* ni la *actio de legis aquiliae* ofrecían solución (la primera por falta de intencionalidad, la segunda por la exigencia de daño patrimonial que le era inherente); además, la circunstancia de que el contrato jurídicamente no produzca efectos no permitía acudir a la responsabilidad contractual¹⁰⁰. Con base en fuentes romanas, Jhering advirtió que en los casos de venta de una herencia inexistente o de una cosa fuera del comercio, al acreedor se le concedía una pretensión indemnizatoria basada en la *actio empti*¹⁰¹. De este hecho infirió que, en tales supuestos, el contrato –

coherencia con la tradición del Derecho común: el oferente solo está vinculado cuando concede un plazo para la aceptación.

⁹⁹ OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 30 y Rn. 31, p. 860.

¹⁰⁰ JHERING, «Culpa in contrahendo», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, IV, 1861, p. 23.

¹⁰¹ JHERING, «Culpa in contrahendo», cit., p. 27.

pese a la nulidad— había producido algún tipo de efectos obligacionales, los cuales no se dirigían tanto al cumplimiento del mismo, sino, por ejemplo, a la restitución o a la indemnización de daños. La indemnización se concretaba en el interés negativo (el acreedor es situado en la posición en que estaría de no haber llegado a contratar)¹⁰².

2. Para Jhering, la anterior solución (responsabilidad por *culpa in contrahendo*) es aplicable también a los casos de revocación de oferta en tiempo útil, pero que llega al destinatario tras la emisión de la aceptación¹⁰³. En su opinión, los presupuestos de la *culpa in contrahendo* eran extrapolables a la revocación, porque con la llegada de la oferta el destinatario se coloca en una posición de seguridad con arreglo a la cual puede comenzar a operar. Esta seguridad tenía, para el floreciente comercio, un valor incalculable, por lo que, al revocar el oferente habría de considerar que el destinatario bien podía haber comenzado con la preparación ejecutiva del contrato. Y, si no quería pechar con el reproche, entonces debía asegurarse de que tal ejecución no hubiese comenzado. A juicio de Jhering, el oferente que omitiera este hecho incurría en culpa y debía indemnizar¹⁰⁴. Conviene señalar que, para Jhering, la indemnización quedaba indisolublemente ligada a que el destinatario hubiera *aceptado*, pues las actuaciones acometidas antes de la aceptación no podían fundamentar pretensión indemnizatoria alguna¹⁰⁵.

4.1.2.2 LA LÍNEA DEL DERECHO COMÚN (LOS PANDECTISTAS)

1. El representante más autorizado de la línea del Derecho común que influyó en la codificación alemana es, sin duda, el pandectista *Bernhard Windscheid (1817-1892)*¹⁰⁶. Este autor defendía que la oferta de contrato puede revocarse hasta que el destinatario emita su aceptación¹⁰⁷; sin que, por lo demás, fuese exigible que la revocación llegase al destinatario para considerarla existente y válida¹⁰⁸. Ahora bien, el oferente que revoca quedaba obligado — para Windscheid— a indemnizar al otro, que confió en que se celebraría el contrato (mediante su aceptación), todos los daños que se

¹⁰² JHERING, «Culpa in contrahendo», cit., p. 18.

¹⁰³ JHERING, «Culpa in contrahendo», cit., p. 26.

¹⁰⁴ JHERING, «Culpa in contrahendo», cit., p. 73.

¹⁰⁵ JHERING, «Culpa in contrahendo», cit., pp. 38 y 73.

¹⁰⁶ Otros autores, igualmente relevantes, defendieron la revocación de la oferta como regla general, al tiempo que reconocen la existencia de ofertas en las cuales la revocación se excluye (renuncia), bien explícita, bien implícitamente (*vid.* REGELSBERGER, *Civilrechtliche Erörterungen*, 1868, p. 71).

¹⁰⁷ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.^a ed., 1906, Band II, §307, p. 249.

¹⁰⁸ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., p. 249, nota 3.

le hayan causado, como consecuencia de esa confianza¹⁰⁹. Windscheid pone, como ejemplo, (i) al comprador que, en la esperanza de que el contrato de compraventa se perfeccionara, pierde la oportunidad de satisfacer su necesidad de otra manera; y (ii) al vendedor que, como consecuencia de la revocación, ha perdido una provechosa oportunidad de venta¹¹⁰. La indemnización de daños no alcanzaba, para Windscheid, el denominado interés de cumplimiento¹¹¹, limitándose al interés negativo¹¹². El fundamento de la formulación *windscheidiana* residía en que cada parte precontractante debe responsabilizarse de los daños que, con su declaración de voluntad, haya podido producir en la confianza del otro en adquirir un derecho de crédito en el marco del contrato; ello en la medida en que dicha adquisición se ve frustrada por un motivo –inherente al oferente– que el destinatario ni conoce ni está obligado a conocer¹¹³. Con base en las fuentes, el pandectista alemán cita el caso en que alguien promete algo imposible¹¹⁴.

¹⁰⁹ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 249.

¹¹⁰ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 250, nota 4a.

¹¹¹ SCHOTT considera, por el contrario, que existe un contrato celebrado en el interin (*Interimvertrag*), concertado para perfeccionar el contrato bilateral final, y, en consecuencia, acepta la obligación del oferente revocante de indemnizar el interés de cumplimiento (*Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, 1873, pp. 95 y ss.). REGELSBERGER, por su parte, señala el fundamento de la eficacia vinculante de aquellas ofertas cuya revocación se excluye (renuncia) de manera explícita o implícita, no en la declaración de voluntad, sino en un contrato. En esos casos, junto con el ofrecimiento principal cohabita una *segunda oferta*. Sin embargo, una aceptación explícita de dicha oferta subyacente solo se producirá en algunos casos. En los supuestos de ofertas que otorgan un beneficio al destinatario sin imponerle carga alguna, no se exigirá aceptación alguna de la oferta subyacente de renuncia a la revocación, de tal modo que el contrato por el cual se fundamenta la vinculación del oferente se entienda perfeccionado en el momento en que la oferta completa (léase, la oferta de contrato y la oferta subyacente) llega a conocimiento del destinatario (*Civilrechtliche Erörterungen*, cit., p. 72). La construcción de REGELSBERGER es cuanto menos discutible. A este respecto, THOL sostuvo que a aquel a quien se le formula una oferta de contrato disfruta de una pura arbitrariedad para decidir si contratar o si no hacerlo. Tampoco está obligado a dar respuesta; su silencio, en sí y para sí, no da pie a la conclusión de que está de acuerdo con el contrato, ni a que no lo está, y, por tanto, el consentimiento del que calle debe ser explicado de otra manera (*Das Handelsrecht*, Band I, 1879, § 237, p. 735).

El propio JHERING, para defender la vinculación del oferente, estima que, como antes de la aceptación no existe contrato, la vinculación se fundamenta en relación con una segunda relación jurídica comprendida durante el proceso formativo. Es decir, el oferente está vinculado antes de la aceptación en la medida en que tiene que permitir el curso de desarrollo de la relación, sin impedir la llegada de la aceptación que resta (*Passive Wirkung der Rechte*, citado por SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgründung*, 1873, p. 64).

¹¹² WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., §307, pp. 249-250. La idea de que el oferente que revoca su oferta está obligado a la indemnización del interés negativo se encuentra también presente en THÖL. Para THÖL, el oferente que revoca su oferta que, en ausencia de revocación habría conducido a la celebración de un contrato entre él y el destinatario, está obligado a indemnizar todas las pérdidas ocasionadas a éste como consecuencia de haber supuesto que el oferente se mantendría en su oferta. Por tanto, a consecuencia de tal creencia en el mantenimiento de la oferta, el destinatario tiene una pretensión fundada en la buena fe (*Das Handelsrecht*, cit., § 237, p. 734).

¹¹³ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., §307, p. 250, nota 5.

¹¹⁴ «Actio in factum» (I. 8. § 1 D. 11. 7).

Otros, como Mommsen, reconocerían un deber de indemnizar de quien revoca sobre la base de las normas del mandato; deber de indemnizar limitado a los daños derivados de una actividad del destinatario motivada por la oferta, en especial aquellos gastos abnegadamente realizados en vistas a la ejecución del contrato. Mientras tanto, Dernburg se posicionó frente al deber de indemnizar¹¹⁵.

2. Windscheid reconoció, asimismo, que cabía renunciar al derecho de revocar la oferta y que esa renuncia era válida. En ese caso, el que revoca respondería en la medida del interés positivo, como si no hubiese revocado¹¹⁶. Interesa destacar que, para Windscheid, la renuncia al derecho de revocar la oferta no se produce, sin más, en una oferta que incluye plazo para su aceptación; la fijación de un plazo significa para él que la aceptación solo es posible durante dicho plazo¹¹⁷. Al ocuparse de la renuncia al derecho de revocación del oferente, Windscheid alude a un contrato de renuncia («*Verzichtvertrag*»), que se perfeccionaría mediante una aceptación derivada del silencio del destinatario¹¹⁸. Esta construcción es ficticia, pero responde al «dogma de la voluntad» que imperaba en un sector del pensamiento pandectista, entre la que se encontraban Savigny¹¹⁹ y el propio Windscheid, como discípulo suyo.

3. Con su teoría, Windscheid se situó en las antípodas del punto de vista defensor de la eficacia vinculante de la oferta de contrato –y por tanto de irrevocabilidad– basado en su supuesta naturaleza de promesa unilateral. El autor expone que para defender esta postura se había afirmado antes que el componente vinculatorio ligado a la promesa unilateral es una consecuencia del concepto mismo de promesa¹²⁰. En su opinión, todas las construcciones tendentes a mantener la eficacia vinculante de la oferta sirven al

¹¹⁵ Citados por WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., §307, p. 250, nota 5.

¹¹⁶ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 251.

¹¹⁷ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, pp. 251-252.

¹¹⁸ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 251, nota 6. En este sentido, el también pandectista REGELSBURG sostuvo que determinadas ofertas de contrato contienen una renuncia tácita a libre facultad de revocación (*Civilrechtliche Erörterungen*, cit., p. 73). Con este reconocimiento se aleja de algún modo de la teoría de WINDSCHEID, pese a coincidir en la regla general de revocabilidad. Se trata de aquellas ofertas que permiten al destinatario acometer la ejecución inmediata del contrato (estando la mayoría relacionadas con el contrato de mandato y no tanto con los negocios de intercambio); las ofertas del tráfico mercantil sin excepción. El problema de esta construcción es, para el propio WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 251, nota.7), si puede aceptarse tal renuncia tácita del oferente; pregunta que REGELSBURG responde remitiéndose al derecho consuetudinario mercantil (para la oferta mercantil), lo cual deja en el aire la solución para el resto de las ofertas. La construcción teórica de REGELSBURG busca proteger al destinatario de tener que probar, en estos casos, el montante del interés negativo, de modo que el remedio frente a la revocación consiste en tenerla por no hecha, como si el contrato ya se hubiera cumplido o la disposición para su cumplimiento ya hubiera sido tomada de forma vinculante (*Civilrechtliche Erörterungen*, cit., p. 76).

¹¹⁹ SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, tomos I-II, 2004, § CIV, pp. 143-145.

¹²⁰ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., §307, p. 252, nota 7a.

propósito práctico de proteger al destinatario frente a los daños que se le puedan causar y, de hecho, llega a compartir el loable fin de justicia material que perseguía esta posición. Ahora bien, en lo que el autor difiere es en el modo de impartir dicha justicia. Para Windscheid, la justicia material debía traducirse, más bien, en conceder al destinatario, que ve revocada la oferta, un derecho a ser indemnizado en el interés negativo –no en el de cumplimiento–, y ello supeditado a haber aceptado la oferta¹²¹. Por consiguiente, lo que Windscheid sugería es que los remedios que buscaban proteger al destinatario de la oferta a través de su irrevocabilidad no estaban sino resarcido más de lo debido, pues, de algún modo, concedían indemnización por el interés positivo, con carácter general.

4.1.2.3 LA LÍNEA FAVORABLE A CODIFICAR LA EFICACIA VINCULANTE DE LA OFERTA

1. Otros autores alemanes del siglo XIX adoptaron una posición favorable a reconocer eficacia vinculante a la oferta¹²². Este tipo de posturas se impusieron finalmente en la redacción del Código civil alemán (BGB), cuyos redactores se enfrentaron a la cuestión de si debían o no separarse de la tradición del Derecho común¹²³, que permitía revocar las ofertas, concediendo a la parte cuya confianza había sido defraudada una indemnización por *culpa in contrahendo*. El redactor del Preproyecto del Derecho de obligaciones, Franz Kübel, confeccionó, para la sesión de la Primera Comisión

¹²¹ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., § 307, p. 253, nota 7a.

¹²² Por ejemplo, SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund...*, cit. pp. 45-52. Con anterioridad, este autor sostuvo que la promesa unilateral es fuente de las obligaciones, junto con los contratos. Para este autor no existe en la dogmática contractual alemana ninguna razón que permita excluir que la voluntad de convertirse en deudor no sea suficiente por sí sola, siempre que se den el resto de condiciones inherentes a la relación obligatoria, a las que pertenece el acreedor. Incluso en el supuesto de los contratos, la promesa es tal que resulta de la libre iniciativa del que la emite; la declaración de voluntad del destinatario se hace accesoria y, por tanto, necesaria en la medida en que la exige el promitente. Si arraigase la exigencia de aceptación, entonces se suprimiría cualquier razón para afirmar la eficacia de la promesa. SIEGEL considera, refutando las soluciones inspiradas en la tradición romana, que tan insostenible es defender que una promesa aún no aceptada es revocable, como mantener que una promesa que ha sido aceptada jamás puede serlo. El derecho de una parte a arrepentirse [*Reuerecht*] demuestra que la irrevocabilidad de los contratos es un efecto necesario de los mismos, pero también un error. La aceptación no constituye ningún obstáculo insalvable, es accesoria. Por lo tanto, para el autor, puede convenirse jurídicamente que, si una promesa puede retirarse pese a su aceptación, entonces el Derecho puede igualmente concluir que la promesa tiene que mantenerse, aunque no se haya producido aceptación. Con estos mimbres, SIEGEL considera que la oferta a persona ausente se encuadra dentro de estas promesas y la obligación que el Derecho liga a ésta únicamente consiste en que el oferente debe *mantenerla* durante un plazo razonable, siendo ineficaz cualquier revocación: el oferente está vinculado a su oferta, del igual modo que lo está a su palabra (SIEGEL, H., *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund...*, cit., pp. 53-59)

¹²³ OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 8, p. 844.

reunida el 17 de octubre de 1877, una propuesta recogida cuyo título era ciertamente expresivo: «*La promesa unilateral como fundamento de la obligación a mantener la palabra dada*¹²⁴». A este título le seguía un primer artículo, a cuyo tenor «*la oferta de contrato produce una vinculación temporal del oferente a su palabra dada*». Durante los trabajos preparatorios, se llegó a proponer conjugar ambos principios (vinculación y revocación), de modo que la vinculación operase en los casos de concesión de plazo para la aceptación. Sin embargo, ese compromiso fue omitido y finalmente se impusieron las tesis de Kübel: el § 145 BGB reconoció la eficacia vinculante de la oferta de contrato¹²⁵. A fin de fortalecer la línea argumental basada en que la eficacia vinculante de la oferta se derivaba de la obligación de mantener la palabra dada, Kübel recurrió a dos razones más. La primera referida a las necesidades del tráfico, que exigían el mayor grado de seguridad en cuanto al mantenimiento de las ofertas de contrato (sobre todo entre ausentes); la segunda aludía a una consideración de tipo moral.

2. El motivo de mayor peso para la adopción de la solución adoptada en el § 145 BGB fue, qué duda cabe, la protección del tráfico. Ello se advierte, sin esfuerzo, si atendemos a los motivos de los redactores del BGB¹²⁶. En ellos, se hacía referencia al peligro a que quedaba expuesto el destinatario de la oferta con la posibilidad de revocación; peligro que exigía excluir soluciones indemnizatorias en caso de no poder celebrarse el contrato¹²⁷. El parecer del codificador alemán puede resumirse entonces en la siguiente cita¹²⁸:

«El tráfico exige una conclusión veloz y clara de los negocios, mientras que la remisión a una indemnización de daños conduce, a tenor de la experiencia, a complicados procedimientos judiciales

¹²⁴ Vid. KÜBEL, *Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zur Erfüllung*, en SCHUBERT, *Die Vorentwürfe der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, III, 1980, pp. 1145-1155.

¹²⁵ OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn.8, p. 844.

¹²⁶ Con todo, un miembro desconocido de la Primera Comisión redactora del BGB disintió, en 1881, de la solución adoptada, que entendía injusta, ya que con ella el oferente quedaba unilateralmente vinculado, pero no así el receptor. Este miembro sostuvo que era falso derivar la eficacia vinculante de las exigencias del tráfico, porque ésta exige únicamente que el receptor de la oferta pudiera confiar –en el momento en el que procede a aceptar– en la perfección del contrato. Si en ese momento podía conocer que el oferente entre tanto había sopesado su oferta, entonces sus expectativas no tendrían por qué ser defraudadas (vid. OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn.10, p. 845).

¹²⁷ *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, I, 1888, § 80, pp. 165-166.

¹²⁸ «Der Verkehr erfordert eine glatte und rasche Abwicklung der Geschäfte, während die Verweisung auf Schadensersatz erfahrungsgemäß zu Prozessen heikler Art und von zweifelhaftem Erfolge führt und auf den Verkehr lähmend einwirkt» (*Motive...*, I., cit., § 80, pp. 166). En la transcripción se aprecia un adelanto de la penetración de las concepciones mercantiles en el desarrollo del Derecho civil general, en cuanto que la reducción de los costes de transacción ya emergía como principio rector (OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 10, p. 845).

de dudoso éxito, y ello actúa sobre el tráfico, paralizándolo». [Traducción propia.]

3. Ya entrado el siglo xx, juristas de la talla de *Ernst Rabel* (1874-1955) se postularán a favor de la solución ofrecida por el § 145 BGB; y lo harán en línea con lo expuesto¹²⁹.

4.2 LA OPERATIVA ACTUAL DEL SISTEMA ALEMÁN: ENTRE LA VINCULACIÓN ESTRICTA *EX LEGE* Y LA FLEXIBILIZACIÓN JURISPRUDENCIAL

1. La regla alemana de vinculación a la oferta se recogió en la primera proposición del § 145 BGB. Ahora bien, el mismo § 145 BGB deja a salvo, en su inciso final, la posibilidad de que el oferente excluya la vinculación a su oferta¹³⁰.

Será Karl Larenz quien nos recuerde que el hecho de que la eficacia vinculante de la oferta pueda ser excluida por el oferente demuestra que la vinculación no es un elemento intrínseco en ella¹³¹. Pese a la posibilidad de su exclusión, la vinculación no responde – para Larenz– a la voluntad del oferente, pues tal voluntad se dirige por lo general a obtener la vinculación al contrato, si concurre aceptación de la oferta¹³². A su juicio, la vinculación a la oferta –en contraposición a la vinculación al contrato– obedece más bien al imperativo legal, con vistas a colocar al destinatario en una posición jurídica segura hasta que expire la oferta (sobre todo en supuestos de plazos largos para la aceptación)¹³³. El destinatario debe poder sopesar si acepta o no la oferta durante el plazo de duración de esta, sin temor a que el oferente cambie de parecer y la revoque¹³⁴.

2. La solución adoptada en el § 145 BGB, a favor de la eficacia vinculante de la oferta, trajo consigo que numerosas ofertas incorporaran cláusulas rechazando dicha eficacia. La exclusión de dicha eficacia vinculante se ha buscado en diferentes fórmulas como, por ejemplo, la cláusula «*freibleibend*» (sin compromiso)¹³⁵. El sentido otorgado a este tipo de fórmulas no es pacífico y depen-

¹²⁹ RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, 1936, 1 Band, p. 86.

¹³⁰ Para mayor facilidad, se transcribe de nuevo la traducción del § 145 BGB: «quien ofrece a otro la celebración de un contrato queda vinculado a su oferta, salvo que haya excluido la vinculación».

¹³¹ LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*., 5.ª ed., 1980, § 27 I c, p. 478.

¹³² LARENZ, *Allgemeiner Teil*..., cit., § 27 I c, p. 478.

¹³³ LARENZ, *Allgemeiner Teil*..., cit., § 27 I c, p. 478.

¹³⁴ LARENZ, *Allgemeiner Teil*..., cit., § 27 I c, p. 478.

¹³⁵ Otras formas habitualmente empleadas son «*ohne Obligo*», «*Lieferfähigkeit vorbehalten*» y «*unverbindlich*» (vid. KRAMER, «BGB § 145 Bindung an der Antrag», en SÄCKER, F., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, §§ 1-240, 5.ª ed., 2006, § 145, Rn.7, p. 1825; BUSCHE, J., «BGB § 145...», Rn. 8).

de del concreto supuesto de hecho¹³⁶. A lo largo del tiempo pueden atisbarse, que me conste, tres corrientes entorno a la cuestión de si el empleo de cláusulas tipo «*freibleibend*» constituía una oferta propiamente dicha o una mera *invitatio ad offerendum*.

La jurisprudencia del *Reichsgericht* (RG) era unánime en considerar que las ofertas formuladas «*sin compromiso*» no constituían una oferta a los efectos del § 145 BGB, sino que, más bien, eran una simple invitación a ofrecer. No obstante, el RG entendía que la buena fe obligaba a responder, sin demora, la oferta recibida en respuesta a la invitación inicial, so pena de considerar el silencio del destinatario emisor de la *invitatio* como aceptación¹³⁷. Un sector de la doctrina alemana siguió la tesis del RG en este punto e interpretó la cláusula «*sin compromiso*» como una invitación a ofrecer cuyo emisor podía ser considerado aceptante, si no respondía de inmediato a la oferta formulada en respuesta a la invitación; formándose así el contrato¹³⁸.

Otros autores estimaron que una propuesta «*sin compromiso*» constituía también una oferta en el sentido del § 145 BGB, con la particularidad de que podía ser revocada por el oferente antes de que concurra la aceptación. Para estos autores, una oferta así presentada significaba que el oferente quería efectivamente excluir la eficacia vinculante, es decir, deseaba quedar habilitado para su revocación¹³⁹.

Finalmente, Larenz y Flume¹⁴⁰ vieron en la oferta emitida «*sin compromiso*» no solo una invitación a ofrecer, sino una oferta en sí que excluía la eficacia vinculante y que podía incluso revocarse de manera inmediata, tras la aceptación. Para Larenz, el rechazo de la aceptación tenía que ser, eso sí, tempestivo; de lo contrario, el silencio sería considerado como aceptación definitiva, de acuerdo con la buena fe y la confianza.

¹³⁶ Debe tenerse presente que, en Derecho alemán, cabe la posibilidad de que la cláusula «*sin compromiso*» venga referida, no a la oferta en sí misma, sino al contenido del contrato proyectado o a una parte de éste. En ese caso, la oferta tendrá siempre eficacia vinculante (§ 145 BGB), pero permite al oferente renegar del contrato, desistiendo por ejemplo. En cualquier caso, la exclusión de la vinculación en Derecho alemán debe hacerse con la propia oferta o, cuanto menos, debe llegar a su destinatario al mismo tiempo (BROX / WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 32.ª ed. 2008, párr. 170, p. 79).

¹³⁷ Puede citarse, por ejemplo, la Sentencia de 3 de junio de 1921 – III 481/20 (RGZ 102, 227). Ahora bien, el mismo RG estimaba que la buena fe imponía al destinatario la carga de responder sin demora a una invitación a ofrecer, de tal suerte que se le tenía por vinculado al contrato en caso de guardar silencio. Esta interpretación se fundaba en la idea de que, con la cláusula «*sin compromiso*», el oferente ponía de manifiesto su intención de rechazar la eficacia vinculante de la oferta y reservarse la decisión sobre contratar hasta la llegada de la respuesta del destinatario de su declaración. Por ello, debía comunicarle inmediatamente si hacía uso o no de su reserva, so pena de quedar contractualmente vinculado, si callaba.

¹³⁸ ENNECERUS./ NIPPERDEY, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I-2, 15.ª ed., 1960, § 161, pp. 991-992.

¹³⁹ LANGE / HEFERMEHL, «§ 145» en SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band I, 11.ª ed., 1978, Rn 9-10, p. 813.

¹⁴⁰ LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., § 27 I c, p. 478; FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Band II, 4.ª ed., 1992, §35 I 3 c, pp. 642-643.

4. Hoy en día, la cuestión dista de estar clara¹⁴¹. Así, lo más que puede decirse es que el BGH ha titubeado a la hora de valorar este tipo de cláusulas. En ocasiones, ha entendido que se trata de meras invitaciones a ofrecer, mientras que otras veces ha considerado que constituyen una oferta con reserva del derecho de revocación¹⁴². En cualquier caso y pese a la codificación legal de la eficacia vinculante de la oferta, Peter Oestmann apunta que la praxis jurídica ha desplegado una suerte de dinámica propia, que está haciendo retroceder cada vez más el principio de la eficacia vinculante de la oferta en Derecho alemán¹⁴³. Puede decirse entonces –con Peter Oestmann– que la moderna jurisprudencia alemana viene a derogar, de hecho, la vinculación del oferente conjugando dos vías: por un lado, amplía el plazo de reflexión del destinatario (§ 147.2 BGB); y por el otro, otorga al oferente la facultad de revocar una oferta vinculante, de acuerdo con el § 145 BGB. Con este proceder, señala Oestmann, el modelo diseñado por el BGB queda abierto ahora a las consideraciones jurisprudenciales¹⁴⁴.

¹⁴¹ Vid. BUSCHE, «BGB § 145...», cit., Rn 7-9. La Sentencia del BGH de 8.3.1984 (VII ZR 177/82) constituye quizá el *leading case* sobre esta cuestión. Los hechos del caso son los siguientes. La empresa turística T deseaba fletar un vuelo que tenía planeado para la temporada estival de 1979. Mediante teletipo de fecha de 2 de agosto de 1978, solicitó a la sociedad L que le remitiese una oferta a estos efectos. Dado que L no disponía de aviones para las fechas y días deseados por T, devolvió el teletipo a ésta. Ante ello, T envió un nuevo teletipo, el 4 de agosto, con referencia al primero, en el que solicitaba a L que le hiciese una oferta «lo más rápido posible». L respondió a este segundo teletipo, ofreciendo «sin compromiso y según disponibilidad» («*freibleibend entsprechend unserer Verfügbarkeit*») un Caravelle SE 2010 a un precio por vuelo de 18.016 marcos. Mediante escrito de 11 de agosto, T comunicó a L que estaba interesado en la oferta y le pidió que le reservase dicha aeronave. Posteriormente, el 10 de octubre de 1978, L comunicó a T que, tras el cierre de su planificación para el verano de 1979, no tenía «ninguna disponibilidad». Tuvo entonces que procurarse otro avión y demandó a L por el daño emergente que este hecho le había ocasionado (120.000 marcos). El BGH consideró que T había solicitado a L en dos ocasiones que le remitiese una oferta, de modo que la respuesta de L (de 4 de agosto) constituía una respuesta a dicha solicitud, por mucho que contuviese la cláusula «sin compromiso». L además debería haber supuesto que T interpretaría su respuesta como oferta. Por tanto, para el BGH se trataba de una oferta contractual, donde se había excluido eso sí la eficacia vinculante (§ 145 BGB). Sentado esto, el escrito de 11 de agosto emitido por T suponía una aceptación a la oferta. Ahora bien, no puede perderse de vista que en dicho escrito T simplemente indicaba su interés en la oferta. Esta objeción es salvada por el BGH interpretando conjuntamente la declaración, pues además se pedía a la oferente (L) que reservase la aeronave en cuestión. En definitiva, a juicio del BGH, entre las partes existía un contrato perfeccionado. Puede consultarse el fallo en «Zur Auslegung der Klausel: “freibleibend entsprechend unserer Verfügbarkeit”» *JZ*, 39. Jahrg., Nr. 14, (20. Juli 1984), pp. 681-682).

¹⁴² Las vacilaciones jurisprudenciales se resumen recientemente muy bien en ELLENBERGER, «§ 145 BGB», cit., Rn. 4; *vid.* también OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 41, p. 869; y *vid.* la Sentencia del BGH de 8.3.1984, expuesta *supra*.

¹⁴³ OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 41, p. 869.

¹⁴⁴ Este viraje jurisprudencial ha llevado a algunos autores a defender una dinámica operacional que combine la vinculación estricta con plazos de aceptación más breves; con ello se estima que se fortalecería la seguridad jurídica a la par que se reducirían los costes de transacción (OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 52, p. 880).

4.3 LA RESPONSABILIDAD POR REVOCACIÓN DE LA OFERTA VINCULANTE

4.3.1 Líneas generales. La indemnización de daños y perjuicios

1. Hay que decir, ya mismo, que la eficacia vinculante de la oferta no se traduce, en el Derecho alemán, en que esta sea irrevocable¹⁴⁵. El primer autor en poner de manifiesto esta idea fue *Andreas Von Tuhr (1864-1925)*¹⁴⁶. Para Von Tuhr, la oferta genera una relación jurídica con efectos particulares: el oferente –sin ser aún deudor contractual, pero pudiendo llegar a serlo mediante la aceptación del destinatario– debe procurar que no acontezca ningún suceso que imposibilite su deber de prestación en el contrato proyectado. Por eso, dice Von Tuhr, el oferente responde cuando frustra o empeora, de manera culposa, la posición jurídica del destinatario de la oferta. Así, por ejemplo, si la cosa objeto de la oferta de venta es dañada por culpa del oferente, entonces tendrá que indemnizar al destinatario, cuando el contrato se perfeccione con la aceptación. La indemnización alcanza el interés positivo.

En línea con las ideas de Von Tuhr, Werner Flume llamó la atención sobre lo incompleto de limitar la eficacia vinculante de la oferta a la mera irrevocabilidad. A su juicio, si el oferente destruye o vende la cosa ofertada antes de la aceptación, parece que –con la aceptación– se perfeccionaría un contrato nulo *ab initio* por imposibilidad de la prestación; y ello conduciría, entonces, a la indemnización del interés negativo por el oferente. A Flume esta solución le parece inadecuada. Por eso, propone –siguiendo a Von Tuhr– que la eficacia vinculante de la oferta comporte la restitución del subrogado, según disponía el entonces vigente § 281 BGB¹⁴⁷ para la responsabilidad contractual¹⁴⁸. De esta manera, se completaría, en opinión de Flume, la eficacia vinculante de la oferta; eficacia que quedaría truncada si únicamente se limitase a excluir la posibilidad de revocación.

2. El poso de los dos autores precitados se aprecia en la moderna dogmática alemana¹⁴⁹. En efecto, hoy se entiende que si

¹⁴⁵ Vid. KRAMER, «BGB § 145...», Rn.21; BUSCHE, «BGB § 145...», Rn. 20.

¹⁴⁶ VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II-1, 1957, § 62 III, p. 487.

¹⁴⁷ El contenido del § 281.1 pasó al § vigente 285 BGB, el cual se remite al § 275 BGB. Con esta remisión, se abarca todos los casos de imposibilidad fáctica.

¹⁴⁸ Vid. FLUME, *Allgemeiner Teil...*, § 35 I 3.e., pp. 644-645.

¹⁴⁹ Ante todo, hay que advertir que, según la moderna concepción alemana, junto al contrato y la ley se da una categoría intermedia, como es la «relación obligatoria derivada de los tratos preliminares». En ella, la responsabilidad por su infracción no responde a los esquemas de la responsabilidad delictual, sino a los deberes de cuidado en el marco de las

el oferente se niega sería y definitivamente a mantener su oferta y manifiesta que no está en condiciones de realizar la prestación, comete un incumplimiento, de concurrir aceptación. Este incumplimiento permite al destinatario reclamar una indemnización de daños y perjuicios contractuales cuando, como consecuencia de la negativa del oferente, termina desistiendo de celebrar el contrato (§§ 280.1¹⁵⁰ y 241.2 BGB¹⁵¹)¹⁵².

3. En esta línea, según da cuenta Jan Busche, el destinatario puede escoger entre exigir al oferente una indemnización de daños («Schadensersatz») o una indemnización de gastos («Aufwendersatz»), para el caso en que la prestación contractual ofrecida con la oferta no pueda llevarse a cabo por *imposibilidad inicial* (de conformidad con el § 311a.1 y 2 BGB y el § 284 BGB¹⁵³); bien porque el oferente enajenó la cosa a un tercero¹⁵⁴, bien porque pereció¹⁵⁵. La razón estriba en que, en esos casos, la pretensión de cumplimiento queda excluida *ex* § 275 BGB¹⁵⁶.

relaciones especiales (cfr. § 311 BGB) (LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2011, Rn. 89).

¹⁵⁰ Según el § 280.1 BGB «si el deudor incumple un deber a que estaba obligado en la relación obligatoria, el acreedor está facultado a reclamar la indemnización del daño emergente. Ello salvo que al deudor no le sea imputable el incumplimiento» (traducción propia).

¹⁵¹ El § 241 BGB contiene los deberes dimanantes de la relación obligatoria. En su segundo párrafo, dispone que «la relación obligatoria puede obligar a cada parte, según su contenido, a respetar los derechos, bienes e intereses de la otra».

¹⁵² BUSCHE, «BGB § 145...», cit., Rn. 20; en menor medida KRAMER, «BGB § 145...», cit., Rn. 21.

Otros autores, como SCHILDER se inclinan por defender una indemnización al destinatario de la oferta vinculante en la medida de su interés negativo por daño a la confianza, merced a una aplicación analógica del § 122.1 BGB, que regula el deber de indemnizar con que pecha el contratante cuando se anula a su favor el contrato por error por el daño a la confianza que produce en la otra parte. El autor parece asumir la diferencia entre la relación obligatoria contractual y precontractual expuesto en nota 149 (*Schadensersatz bei Durchbrechung der Bindung an obligatorische Vertragsofferten. Eine vergleichende Untersuchung zum BGB und zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 2003, pp. 193-236).

¹⁵³ El § 311a.1 establece que «la eficacia del contrato no se opone a que el deudor no pueda cumplir, según el § 275 1 a 3 y que el obstáculo para el cumplimiento *existiese ya al perfeccionar el contrato*» (traducción propia; la cursiva es mía). Tras ello, el § 311a.2 (primera proposición) BGB dispone «El acreedor puede, a su elección, reclamar indemnización de daños en lugar de la prestación o la indemnización de sus gastos en la medida del § 284» (traducción propia). El § 284 BGB permite al acreedor reclamar –en lugar de la indemnización de daños en vez de la prestación– la indemnización de los gastos inútiles que realizase en confianza del cumplimiento del contrato y que fuesen razonables.

¹⁵⁴ Adviértase que la emisión de una oferta de venta no afecta a la facultad de disponer sobre el bien (*vid.* VON TUHR, *Der Allgemeine Teil...*, cit., § 62 III, p. 467; ECKERT, «§ 145 BGB Bindung an der Antrag», en BAMBERGER / ROTH / HAU / POSECK, *Beck'scher online Kommentar zum BGB*, 2017, Rn. 31).

¹⁵⁵ BUSCHE, «BGB § 145...», cit., Rn. 20; KRAMER, «BGB § 145...», cit., Rn. 21; ELLENBERGER, «§ 145 BGB», cit., Rn. 3.

¹⁵⁶ Para mayor facilidad, adviértase que el § 275 BGB indica los supuestos en que la pretensión de cumplimiento queda excluida, bien por imposibilidad (1), bien por otros motivos en los que ahora no merece la pena detenerse (2 y 3); y, a la vez, recoge las alternativas que al acreedor contractual se le presentan. Entre ellas, el párrafo 4.º cita expresamente el § 311a BGB.

También de modo alternativo, la doctrina alemana actual parece reconocer al destinatario la posibilidad de optar por la restitución del subrogado *ex* § 285 BGB («*commodum ex negotiatione*»)¹⁵⁷, para cuando la cosa objeto de la oferta se ha vendido a un tercero antes de la aceptación¹⁵⁸.

4. La posible restitución del *commodum ex negotiatione* es una vieja discusión de la dogmática alemana, tras la promulgación del § 281.1 BGB (= § 285 BGB, hoy)¹⁵⁹. Según el § 285 BGB, cuando el deudor obtiene una indemnización o una pretensión indemnizatoria, como consecuencia de un hecho que le ha impedido cumplir su prestación (según el § 275 1 a 3 BGB), el acreedor puede reclamar la restitución de lo obtenido por aquel como indemnización o la cesión de la pretensión. La doctrina alemana ha rechazado usualmente que del § 285 BGB pueda obtenerse el *commodum ex negotiatione*. La razón estriba en que la imposibilidad de la prestación —en caso de venta de la cosa a un tercero— se deriva de la disposición de la cosa, mientras que el beneficio obtenido por el deudor se desprende del negocio causal subyacente a dicha disposición real; de este modo, fallaría la relación de causalidad entre (i) el hecho que ocasiona la imposibilidad de la prestación (la disposición de la cosa debida) y (ii) el *commodum* obtenido mediante el negocio causal¹⁶⁰. He de advertir la influencia que, sobre esta aproximación, tiene el sistema alemán de transmisión de la propiedad (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*; §§ 433 I 1 y 929 S 1 BGB). Con todo, la doctrina mayoritaria se posiciona hoy a favor de la inclusión del *commodum ex negotiatione* en el § 285 BGB, pues consideran que, aun así, existe causalidad adecuada, desde el punto de vista económico, entre el hecho que impide la prestación (transmisión de la cosa) y el hecho que ha permitido la obtención de la indemnización o beneficio (contrato de compraventa con el tercero)¹⁶¹. Hay que advertir que los autores que defienden esta postura equiparan la indemnización que, según el criterio de la causalidad adecuada, le sería debida al acreedor con el beneficio obtenido por el deudor con la venta de la cosa a un tercero. Esto es importante.

Lo que, precisamente, ha suscitado mayores dudas en Alemania es el caso en el que *commodum ex negotiatione* excede, con mucho, al valor de la cosa o a la cuantía de la prestación inicialmente acordada. ¿Puede, en ese caso, el acreedor reclamar ese valor extraordinario? Aquí, mientras una parte relevante de la doctrina se remite de nuevo al § 285 BGB, para admitirlo, cierto sector

¹⁵⁷ BUSCHE, J., «BGB § 145...», cit., Rn. 20.

¹⁵⁸ Lo dice abiertamente, KRAMER, E., «BGB § 145...», cit., Rn. 21.

¹⁵⁹ Sobre el reconocimiento, en Alemania, de la posibilidad de reclamar el *commodum ex negotiatione*, véase HELMS, *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, 2007, pp. 314-318.

¹⁶⁰ Da cuenta de ello, EMMERICH, «§ 285 Herausgabe des Ersatzes», *Munchener Kommentar zum BGB*, 6.ª ed., 2016, Rn. 22 (y nota 62).

¹⁶¹ Así opina EMMERICH, «§ 285 Herausgabe des Ersatzes», cit., Rn. 22 (y nota 63); también UNBERATH, H., «§ 285 BGB Herausgabe des Ersatzes», en BAMBERGER / ROTH. / HAU / POSECK, *Beck'scher online Kommentar zum BGB*, C. H. Beck, 2011, Rn. 10; en contra HELMS, *Gewinnherausgabe...*, cit., pp. 340-342.

apunta al valor de la cosa en *Derecho de enriquecimiento* (por tanto, al § 818.2 BGB)¹⁶². Veamos, brevemente, hasta dónde se extiende la acción de enriquecimiento en Derecho alemán, regulada en los §§ 812-818 BGB.

También en el Derecho alemán de enriquecimiento¹⁶³, se ha planteado si el *commodum ex negotiatione* tiene cabida en el § 818.1 BGB¹⁶⁴. Según este párrafo, la obligación de restitución se circunscribe a las utilidades obtenidas, así como a aquello que el deudor de la restitución adquiere como consecuencia de un derecho obtenido o como indemnización por la destrucción, deterioro o expropiación de la cosa obtenida. La opinión dominante en Alemania rechaza incluir el beneficio obtenido con la venta (o *commodum ex negotiatione*) dentro de este deber de restitución, derivado del enriquecimiento. En contraposición, dicha doctrina dominante admite conceder –en caso de venta de una cosa obtenida sin título, pero efectivamente realizada– una acción de restitución por el valor (objetivo) de la misma *ex* § 818.2 BGB¹⁶⁵. A juicio de esta opinión dominante, el § 818.1 BGB no ofrece el respaldo legal suficiente para obligar al deudor de la restitución, que ha alcanzado un negocio especialmente favorable, a comportarse como si hubiese puesto su capacidad negociadora al servicio del acreedor de la restitución. Dicho de otro modo, el § 818.1 BGB no permite remitir al acreedor al beneficio obtenido por el deudor, *si ese beneficio no se corresponde con el verdadero valor de la cosa*¹⁶⁶. Ahora bien, se duda si el beneficio concreto que haya obtenido el deudor mediante la venta se corresponde con el que *objetivamente* se puede percibir en el mercado, lo que permitiría al acreedor obtener la cantidad correspondiente *ex* § 818.2 BGB (valor objetivo).

Hay que referirse entonces al § 818.2 BGB. Según este precepto, cuando la restitución no es posible debido al estado de lo obtenido o el deudor no está en condiciones de proceder a su restitución, entonces *se debe indemnizar su valor*. Dicho valor, se entiende, es objetivo¹⁶⁷. Con ello, se ha planteado si existe la denominada responsabilidad general por ganancias («*generelle Gewinnhaftung*») derivada de este precepto¹⁶⁸, es decir, un derecho del acreedor a obtener por esta vía el beneficio obtenido por el deudor. La respuesta a la pregunta ha sido no¹⁶⁹. La siguiente

¹⁶² De ello da cuenta, EMMERICH, «§ 285...», cit., Rn. 23.

¹⁶³ Que, no olvidemos, distingue entre los enriquecimientos derivados de la prestación (*Leistungskonditionen*), como es la *condictio indebiti*; y los enriquecimientos no derivados de la prestación (*Nichtleistungskondition*), como es la *condictio* por intromisión.

¹⁶⁴ Un luminoso repaso de los diversos intentos realizados en Derecho alemán por extender la acción de enriquecimiento por intromisión a las ganancias obtenidas por el infractor se contiene en VENDRELL CERVANTES, «La acción de enriquecimiento por injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *ADC*, 2012-III, pp. 1180-1183.

¹⁶⁵ Así explica SCHWAB, «§ 818 BGB Umfang des Bereicherungsanspruchs», *Munchener Kommentar zum BGB*, 7.^a ed., 2017, Rn. 46.

¹⁶⁶ SCHWAB, «§ 818 BGB...», cit., Rn. 47. En contra, LIEB, «§ 818 BGB», *Munchener Kommentar zum BGB*, 4.^a ed., 2004, Rn. 18-24, 26 y 31.

¹⁶⁷ SCHWAB, «§ 818 BGB...», cit., Rn. 81.

¹⁶⁸ SCHWAB, «§ 818 BGB...», cit., Rn. 83.

¹⁶⁹ SCHWAB, «§ 818 BGB...», cit., Rn. 83 (y nota 227).

reflexión lo pone de manifiesto: Las ganancias inesperadamente elevadas derivadas de la enajenación de la cosa a restituir solo se comprenden en la obligación de restituir el valor –tal como resulta desde una perspectiva *ex post*– si la obtención de esas ganancias ya era determinable desde un principio. Por lo tanto, en la medida en que se demuestre que *esa* ganancia se corresponde con el valor objetivo de mercado. Esta visión puede comúnmente llevar a la conclusión de que la ganancia obtenida por el deudor de la restitución tiene que restituirse (como *commodum*). Sin embargo, este efecto no se produce, porque el beneficio obtenido sea en sí restituible, como norma general, *sino porque juega la presunción de que el precio ha sido fijado con arreglo a las normas de la oferta y la demanda en el mercado y que, por ello, representa el valor objetivo de la prestación*. Esta aproximación no viene entonces a suavizar la norma del § 818.2 BGB (para permitir obtener a través de él el *commodum ex negotiatione*), sino más bien a confirmar y concretar la teoría que remite al acreedor de la restitución *ex* § 818.2 BGB al valor objetivo¹⁷⁰.

5. La jurisprudencia alemana se ha pronunciado sobre la naturaleza de la responsabilidad del oferente en caso de revocación de una oferta con eficacia vinculante. En ella, se atisba el sedimento doctrinal que acabo de exponer. Suele tratarse de casos de ofertas en contextos de licitaciones para contratos de obra. Puede decirse que los tribunales alemanes reconocen una pretensión indemnizatoria por el interés positivo al destinatario de la oferta. En efecto, se considera que la emisión de una oferta vinculante hace surgir una relación jurídica precontractual con deberes de prestación correspondientes (§ 311a.2 BGB), cuyo incumplimiento fundamenta una responsabilidad por culpa. Así, la revocación obliga al oferente a responder en la medida del interés positivo, de tal suerte que el destinatario sea colocado en la posición que tendría si el contrato se hubiera perfeccionado. A contrario, la jurisprudencia alemana considera que no acompaña razón alguna para indemnizar al destinatario en la medida del interés negativo, toda vez que una oferta vinculante coloca al destinatario en una posición que se asemeja a la del contrato de opción, y su lesión (la de esta posición) debe entonces canalizarse por los principios que gobiernan la responsabilidad contractual. Se establece, con ello, una delimitación

¹⁷⁰ HELMS, *Gewinnherausgabe...*, cit., pp. 357-358. Refiriéndose al Derecho alemán, CARRASCO PERERA puso de manifiesto que la doctrina alemana, encabezada por Schultz, estima que deben restituirse todos los provechos derivados de la injerencia (*Gewinnherausgabe*). Al mismo tiempo, este autor llama la atención sobre los partidarios de la tesis contraria, quienes vindican que el § 818.2 BGB suministra la consecuencia general para todo enriquecimiento producido a través de una intromisión en asuntos ajenos: la restitución del *valor objetivo* de una cesión, de su precio objetivo si se consume, etc. («Restitución de provechos (y II)», *ADC*, 1988-I, pp. 131-132; *vid.* también VENDRELL CERVANTES, «La acción de enriquecimiento...», cit., p. 1182).

entre la simple responsabilidad por ruptura de unos tratos preliminares y la derivada de la revocación de una oferta vinculante¹⁷¹. Los supuestos de revocación atienden a errores en el cálculo de la oferta (sobre lo que volveré más adelante)¹⁷² y a mejores oportunidades de negocio del oferente¹⁷³.

4.3.2 El error del oferente en el cálculo del precio y el umbral de confianza del destinatario

1. El Derecho alemán también se ha enfrentado a casos en los que existe un error del oferente en la formulación del precio de su

¹⁷¹ *Supra* I.

¹⁷² La Sentencia del BGH de 24.11.2005 (VII ZR 87/04; NZBau 2006, 390) es quizás la más relevante. Los hechos son los siguientes. La comunidad de propietarios A pretendía realizar obras de saneamiento de su sistema de tuberías para el suministro de agua potable. A tal efecto encargó la realización del proyecto a la empresa B. A su vez, A solicitó a otras empresas de construcción la formulación de ofertas para llevar a cabo parte de los trabajos de saneamiento. Una de estas empresas era la demandada, C. En lo que interesa, y dejando a un lado un problema previo sobre condiciones generales de la contratación sobre los trabajos a realizar por la subcontratada, C comunicó mediante oferta que los podría realizar por 794.780,97 marcos. Otro oferente emitió una oferta que era 80.000 marcos más elevada que la de C. Casi 20 días después, C comunicó a B que no había incluido en el cálculo del precio de su oferta una remuneración adicional necesaria para llevar a cabo los trabajos. Ante ello, A terminó encomendando las tareas a D. Asimismo, A reclamó a C una indemnización por el mayor coste que le había supuesto terminar encomendando parte de los trabajos a D, cuya oferta era más cara. En tribunal de primera instancia desestimó la demanda, mientras que en segunda instancia fue estimada. Finalmente, el BGH consideró que (i) el oferente había incumplido su deber de prestación al comunicarle a que no estaba en situación de cumplir el contrato en los términos ofertados; y (ii) cuando el destinatario de la oferta se ve impedido a aceptarla por este motivo, tiene derecho a reclamar los daños que aquel incumplimiento le haya podido irrogar y que se concretaron en que el contrato con el oferente C no se perfeccionó, sino que tuvo que encargar el trabajo a otro operador.

¹⁷³ Puede citarse la sentencia del OLG de Colonia de 21.7.2014 (11 U 10/14; BeckRS 2014, 17386). En aquella oportunidad, los hechos fueron como sigue. El dueño de la obra (A) sacó a concurso la fabricación de un parque de atracciones. Para los trabajos a desempeñar se necesitaban piezas prefabricadas de acero. Un oferente (B) en la subasta, que no podía fabricar por sí mismo dichas piezas, tomó la oferta de un suministrador (C). La oferta de suministro de C era vinculante hasta el 31 de enero de 2011. Sin embargo, en diciembre de 2010, C comunicó a B que su empresa, como consecuencia de los nuevos pedidos recibidos, estaría a pleno rendimiento hasta abril de 2011, por lo que le revocaba la oferta de suministro. Dado que B no pudo encontrar en el poco tiempo otro suministrador, no pudo mantener su propia oferta de realización de la construcción del parque de atracciones frente a A. La realización del parque le fue concedida a un competidor de B. Ante ello, B reclamó a C una indemnización tasada en 91.000 euros. En su contestación a la demanda C alegó que (i) no era segura la concesión de la obra a B; (ii) B no había hecho suficientes esfuerzos en obtener un negocio de cobertura; y (iii) en cualquier caso, sería indemnizable el interés negativo, pero no el positivo concretado en la ganancia dejada de obtener. El OLG de Colonia dio la razón a B. A juicio del tribunal, C no podía revocar su oferta. Hay que advertir que, según la prueba practicada, quedó demostrado que a B le habría sido concedida la obra, de haber mantenido su oferta en pie. Y es que el dueño de la obra declaró que la segunda oferta más competitiva, tras la de B, era 300.000 euros más cara. En cuanto a la posibilidad de acometer un negocio de reemplazo, consideró el tribunal que ello no constituía una carga con la que tuviera que pechar el destinatario de la oferta, sino que más bien el oferente le debería haber indicado posibilidades a tales efectos.

oferta. Al igual que sucedía con el Derecho estadounidense, la cuestión parece quedar referida al ámbito de los contratos de obra¹⁷⁴. Los problemas que han surgido, en Derecho alemán, a la luz de estos supuestos atañen (i) al error del oferente; y (ii) al umbral de confianza del destinatario.

2. Respecto al error del oferente en la confección del precio de su oferta, las cuestiones que surgen no son nuevas¹⁷⁵: ¿debe el oferente mantener su oferta, cuando en su formulación ha cometido un error *en el cálculo del precio*? La doctrina alemana tampoco es ajena al problema de la ponderación de intereses: ¿debe protegerse al oferente que se equivoca y revoca la oferta o, más bien, al destinatario que, *en su caso*, confió en la corrección del precio? Al abordar la cuestión, los tribunales alemanes se han movido entre el error *de cálculo* («*Kalkulationsirrtum*») y el error en la declaración de voluntad («*Inhaltsirrtum*»)¹⁷⁶.

En un primer momento, la Sentencia del BGH de 7.7.1998¹⁷⁷ negó que la equivocación del oferente en el cálculo del precio de su oferta pudiese impugnarse por error de cálculo, pues la equivocación atañe al proceso formativo de la voluntad interna y el oferente es quien soporta el riesgo de su declaración; ello salvo que el destinatario se percatase o hubiese debido percatarse del error¹⁷⁸. En esta sentencia, el BGH opta por proteger el tráfico frente a la inseguridad jurídica que produciría la revocación de la oferta (impugnando la declaración por error de cálculo).

Sin embargo, el criterio del BGH ha variado con su Sentencia de 24.11.2005, a la que ya me he referido¹⁷⁹. En ella, el BHG realiza una serie de apuntes novedosos sobre el error del oferente. En lo que interesa, considera plausible –y lo somete a consideración del tribunal de apelación, a modo de *obiter dicta*– la existencia de un error en la declaración de voluntad (§ 119.1 BGB). Es decir, para el BGH resulta ahora posible pensar que el oferente quería que su declaración fuese entendida en el sentido de no comprender la rea-

¹⁷⁴ En este sentido y desde un punto de vista práctico para supuestos de obras públicas, destaca el trabajo de STÄDLER, «Der Umgang mit anfechtbaren Angeboten und Praxisfragen der dritten Wertungsstufe», *NZBau*, 2014, Heft 8, pp. 472-477.

¹⁷⁵ BENEDICT, «Schadensersatzanspruch des Ausschreibenden bei Verweigerung der Vertragserfüllung durch Bieter wegen Kalkulationsirrtums», *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1/06, pp. 361-362; STÄDLER, «Der Umgang...», cit., p. 473.

¹⁷⁶ Debe tenerse presente que, en Derecho alemán, oferta y aceptación son declaraciones de voluntad a las que resultan de aplicación las reglas generales de las declaraciones de voluntad (*Willenserklärungen*) (vid. REIDT, «§ 10 VOB», en DREHER / MOTZKE, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 2.ª ed., 2013, Rn. 41; ILLMER, «Contract (Formation)», en BASEDOW / HOPT / ZIMMERMANN, *The Max Planck encyclopedia of European Private Law*, Vol. 1, 2012, p. 378).

¹⁷⁷ X ZR 17/97, ZIP 1998, 1640. En aquella oportunidad, el BGH consideró también que los presupuestos de la *culpa in contrahendo* podían obligar al destinatario, en su caso, a avisar al oferente sobre su error.

¹⁷⁸ ARMBRÜSTER, «§ BGB § 119 Anfechtbarkeit wegen Irrtums», en *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.ª ed., 2015, Rn 122.

¹⁷⁹ *Supra* 4.3.2 [1], nota 172.

lización de determinadas prestaciones (de ahí que el precio calculado fuese menor). En ese caso –considera el BGH– la declaración del oferente tendría un contenido distinto al querido. Si esto fuera así, *no estaríamos en realidad ante un error de cálculo*, sino ante un error en la declaración de voluntad (oferta) que *podría* ser eficazmente impugnado. Y en ese caso, el BGH también plantea la posibilidad de una indemnización al destinatario, que confió en la oferta, por daño a la confianza (§ 122.1 BGB). Para que esta prestación indemnizatoria prosperase tendría que analizarse, dice el BGH, si el destinatario de la oferta debió haber conocido el error del oferente (§ 122.2 BGB)¹⁸⁰. Los autores alemanes que han abordado la cuestión se muestran confusos y subrayan el cambio de criterio del BGH¹⁸¹.

2. En cuanto al umbral de confianza, este se ha estudiado en Derecho alemán, a fin de valorar la posibilidad del oferente de «desdecirse» de su oferta. Städler informa aquí de los diferentes criterios manejados en la práctica y la dificultad de alcanzar soluciones netamente satisfactorias¹⁸².

4.3.3 La alteración sobrevenida de las circunstancias y la revocación de la oferta en Derecho alemán

1. El cambio sobrevenido de circunstancias durante el tiempo de vigencia de la oferta y su posible revocación por dicho motivo han sido tratados en el Derecho alemán. Lejos de sorprender, esta aproximación resulta lógica, si se tiene en cuenta la eficacia vinculante de la oferta, consagrada en el § 145 BGB. En efecto, la mayoría de los redactores del BGB advirtieron la desventaja que, desde el punto de vista de política legislativa, subyacía en las ofertas vinculantes con largos plazos para su aceptación. En estos casos –se decía– el destinatario puede aprovecharse del cambio de circunstancias y especular a costa del oferente, que permanece vinculado¹⁸³.

¹⁸⁰ El § 122.1 BGB reconoce –y esto es importante, pues no es así en nuestro Derecho– además el derecho de quien recibe la declaración de voluntad (o un tercero) a ser indemnizado por el daño a la *confianza*, salvo que conociese, o debiese haber conocido (de no haber procedido negligentemente), el error (§ 122 párr. 2 BGB).

Partidario de una aplicación analógica de la responsabilidad por daño a la confianza *ex* § 122.1 BGB a los casos de revocación de ofertas vinculantes se muestra SCHILDER, *Schadensersatz bei...*, cit., pp. 199-219.

¹⁸¹ *Vid.* BENEDICT, «Schadensersatzanspruch...», cit., 361-362.

¹⁸² En Alemania se han manejado criterios basados en diferencias porcentuales entre las ofertas más altas y más bajas en precio, así como otros basados en criterios inherentes al Derecho de la competencia. Últimamente parece existir cierto consenso en torno a una frontera del 20%, a partir de la cual el destinatario tiene que solicitar aclaración al oferente (STÄDLER, «Der Umgang...», cit., p. 476).

¹⁸³ *Motive...*, I, cit., § 80, p. 166; OESTMANN, «§§ 145-146», cit., Rn. 28, p. 860; KRAMER, «BGB § 145...», cit., Rn. 20.

La cuestión atinente a la revocación de la oferta vinculante por alteración sobrevenida de las circunstancias se trató en Alemania de nuevo durante la primera mitad del pasado siglo, habida cuenta de la situación económica y los vaivenes políticos¹⁸⁴.

2. La posterior doctrina alemana no permaneció ajena a este problema y desarrolló la teoría del cambio de circunstancias en la oferta de contrato. En este punto, debe destacarse el pensamiento de Flume. La concepción de este autor puede resumirse en que, para revocar eficazmente una oferta por alteración sobrevenida de las circunstancias, se exige (i) que la alteración de las circunstancias fuese imprevisible; y, (ii) que el destinatario de la oferta pudiese al mismo tiempo reconocer, sin duda, que el oferente, de haber previsto esa alteración, no habría emitido la oferta en los mismos términos. Añade Flume que, revocada una oferta en estos términos, no puede el destinatario reclamar una indemnización de daños¹⁸⁵. Matizando esta visión, Larenz apuntará que, cuando el cambio de circunstancias era previsible, no cabe revocar la oferta, pues en ese caso el oferente habrá asumido el riesgo¹⁸⁶.

3. Deudora del pensamiento de Flume, la doctrina alemana actual asume los postulados teóricos antes expuestos sobre el cambio de circunstancias y admite que debe concederse un derecho de revocación al oferente, cuando no le es exigible mantenerse vinculado a su oferta. Alternativamente, en Alemania se reconoce hoy la posibilidad de adaptar el contenido de la oferta al nuevo cambio de circunstancias (§ 313 BGB)¹⁸⁷. La jurisprudencia alemana ha reconocido la posibilidad de revocar una oferta de largo plazo de duración, cuando al oferente no le es exigible mantenerla¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Ante supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias, los tribunales alemanes también recurrieron a negar el carácter de oferta de contrato a aquellas propuestas que contenían la cláusula *freibleibend* (sin compromiso) como recurso frente al contexto de hiperinflación en los años veinte del siglo pasado o a otras dificultades de suministro. Asimismo, el *Reichsgericht* determinó que las cláusulas *freibleibend* referidas al precio no debían conducir a una eliminación de la oferta, en sí, tras la revocación, sino solo a un derecho unilateral del vendedor a fijar el precio. En este sentido, el *Reichsgericht* llegó incluso a entender que existía un derecho a establecer un precio justo. Hay que advertir, además, que los intentos de debilitamiento de la eficacia vinculante de las ofertas de contrato continuaron en Alemania durante los cincuenta años siguientes, en lo que OESTMANN considera una conexión descosida (*nahtlose Anknüpfung*) a la jurisprudencia de crisis de 1923. La razón está en que dicha jurisprudencia sirvió para reconducir a un estado jurídico normal lo que era una situación económica excepcional (hiperinflación alemana), concretada en el enorme riesgo financiero que acompañaba a una oferta vinculante (*vid.* «§§ 145-146», cit., Rn. 40, pp. 868-869).

¹⁸⁵ FLUME, *Allgemeiner Teil...*, cit., § 35 I 3 d, p. 644.

¹⁸⁶ LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, cit., § 27 I c, p. 478;

¹⁸⁷ *Vid.* KRAMER, «BGB § 145...», cit. Rn. 20, nota 5; BUSCHE, «BGB § 145...», cit., Rn. 19.

¹⁸⁸ Sentencia del OLG de Düsseldorf de 10.10.1991 (9 U 93/9 – NJW-RR 1991, 331). Se trataba de un caso en el que el propietario y arrendador de un terreno realizaba, durante la duración del arrendamiento, una oferta de venta del mismo terreno al arren-

4. También se ha discutido en Alemania, si la revocabilidad de la oferta por alteración sobrevenida de las circunstancias posee virtualidad propia o si, por el contrario, debe venir referida a la posibilidad hipotética de apreciar una alteración en la base del negocio que, en su caso, se celebraría (hoy recogida en el § 313 BGB). En una primera etapa, Flume y Larenz señalaron que la revocabilidad de la oferta en atención al cambio de circunstancias debía ser más laxa que la posibilidad de terminar o adaptar el contrato por este mismo motivo. Sin embargo, la doctrina actual –con Bork– considera que la revocabilidad solo tiene cabida si el contrato proyectado con la oferta es también rescindible, según la teoría de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*)¹⁸⁹. En la línea de Bork se mueve Dieter Medicus¹⁹⁰.

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES SOBRE EL DERECHO COMPARADO ANALIZADO

1. El breve estudio de Derecho comparado que he realizado exige que recapitule y me permite extraer algunas conclusiones.

2. El Derecho inglés configura la oferta como revocable en cualquier caso, salvo que la misma esté sostenida por la *consideration*¹⁹¹, en cuyo caso, la institución jurídica se acerca, a mi juicio, a la promesa de contrato y, con ello, al precontrato; nos alejamos de la oferta y su patología¹⁹². La revocación de una oferta no compor-

datario. En la oferta se indicaba que el arrendador y oferente permanecería vinculado irrevocablemente durante trece años. Tras ello, el arrendatario y destinatario de la oferta no pagó la renta del arriendo durante los tres meses de verano, desocupando el mismo y encontrándolo el arrendador y oferente abandonado con las puertas abiertas. Por este motivo, el arrendador y oferente declaró resuelto el arrendamiento y revocó su oferta de venta del terreno al arrendatario. En la sentencia, el tribunal resolvió que, ante una oferta vinculante con un plazo de duración tan extenso, al oferente no le era exigible el mantenimiento de esta. Para ello, aplica de manera analógica la doctrina de la base del negocio.

¹⁸⁹ BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3.ª ed., 2011, Rn. 724, p. 283.

¹⁹⁰ Este autor no advierte una gran diferencia entre la vinculación a la oferta y la vinculación a un contrato perfeccionado. Por lo tanto, considera que, para revocar la oferta, deben exigirse los mismos presupuestos que, en su caso, se exigirían para terminar o adaptar el contrato, según la teoría de la base del negocio (§ 313 BGB). (MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9.ª ed., 2006, Rn. 369, p. 143).

¹⁹¹ En Escocia no es de aplicación, hasta donde me consta, la teoría de la *consideration*, reconociéndose, por el contrario, la eficacia vinculante de la oferta en caso de establecimiento de un plazo para la aceptación (*vid. Morton's Trustees v. Aged Christian Friend Society of Scotland* (1899) 7 SLT 220 (IH (1 Div)) at 221; *Robertson v. Anderson* (2003) SLT 235 (IH (E Div)) at 240; también RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, cit., p. 71).

¹⁹² En efecto, en el caso en que existe un acuerdo entre el oferente y el destinatario para el mantenimiento de la oferta nos hallamos ante una opción, la cual suele garantizarse en escritura pública (*vid. BEALE / BÉNÉDICTE, RUTGERS / TALLON / VOGENAUER, Contract law*, 2010, pp. 271-272; KÖTZ, H., *Europäisches Vertragsrecht*, 2.ª ed., 2015, p. 31).

tará nunca consecuencias para el oferente. La *mailbox rule* es un intento de paliar la situación de incertidumbre que puede acusar el destinatario, protegiendo su confianza¹⁹³. Tras ella, subyace a mi juicio un intento de distribución más equitativo de riesgos entre el oferente y el destinatario. Asimismo, con esta regla, se ha venido a moderar el completo poder de revocación ostentado por el oferente, en lo que supone una suerte de reconocimiento indirecto de los efectos perniciosos derivados de una aplicación generalizada de la solución inglesa, que requiere la *consideration* para proteger al destinatario.

En contraposición al Derecho inglés, el Derecho estadounidense ha desarrollado las bases dogmáticas para una mayor vinculación a la oferta de contrato. Como vimos, la doctrina estadounidense cuestiona que la regla general de libre revocación de la oferta se fundamente en la *consideration*. Y quizá, con ese cambio de paradigma, es capaz de ofrecer soluciones que buscan ser más conciliadoras con los intereses implicados (Sección 2:205 UCC). Al mismo tiempo, la jurisprudencia estadounidense ha sido especialmente activa en tratar de dar respuesta a la posible eficacia vinculante de la oferta, debido a la confianza de su destinatario; y lo ha hecho al albur de la problemática inherente a los contratos de obra, donde nos encontramos con dos colosos jurisprudenciales: *James Baird* y *Drennan*. Aunque hoy parezca rechazarse la regla de *Drennan*, protectora de la confianza del destinatario, fuera de la contratación pública¹⁹⁴, creo que constituye un precedente relevante a la hora de enjuiciar cuándo la oferta adquiere eficacia vinculante en atención a la confianza y la eventual responsabilidad del oferente por su revocación.

En particular, *Drennan* resulta de especial interés por la consecuencia que anuda al reconocimiento de eficacia vinculante en la oferta por «*detrimental reliance*». El lector atento habrá intuido, sin dificultad, que la solución de *Drennan* fue conceder al contratista la indemnización consistente en la diferencia entre el precio del pavimentado de la primera oferta recibida y el precio estipulado en la operación de reemplazo a que se vio abocado. La indemnización consistió, por tanto, en el mayor coste de la operación de reemplazo. Conviene dejar este hecho aquí apuntado, por lo que más tarde se dirá, para el Derecho español¹⁹⁵.

¹⁹³ Los iuscomparatistas KÖTZ y ZWEIGERT han puesto de relieve que, para el observador extranjero, la *mailbox rule* puede resultar difícil de conciliar con la naturaleza consensual del contrato, ya que esta regla implica entender perfeccionado el contrato con la emisión de la aceptación sin el conocimiento del oferente (*Introducción al derecho comparado*, cit., p. 377).

¹⁹⁴ *Supra* 2.2.2.4 [4].

¹⁹⁵ *Infra* 9.4.

3. El Derecho francés ha codificado una oferta no revocable, como norma general, hasta que expire su plazo de duración o, en su defecto, hasta que expire un plazo razonable (art. 1116.1 *Code*). A la vez, ha establecido que la revocación de la oferta impide la formación del contrato (art. 1116.2) y, por tanto, solo da lugar a la responsabilidad extracontractual (art. 1116.3). Hay que advertir que la nueva regulación francesa puede dar lugar a malentendidos, pues parece hacer lo que en realidad no hace o, dicho de otro modo, parece ser menos fiel a la tradición jurisprudencial de lo que en realidad es. Veamos por qué. El *Code* formalmente parece admitir la eficacia vinculante de todas las ofertas (art. 1116.1), pero inmediatamente se desdice y reconoce que la revocación de la oferta es del todo posible antes de su aceptación. De producirse la revocación, se impide la celebración del contrato (art. 1116.2)¹⁹⁶. La responsabilidad por revocación es extracontractual y en ningún caso faculta al destinatario a obtener el interés de cumplimiento (art. 1116.3 *Code*)¹⁹⁷.

Con todo, la reforma francesa merece ser valorada positivamente, toda vez que –más allá del zigzagueo del artículo 1116– el *Code* es pionero en ofrecer, hoy, una consecuencia jurídica concreta y expresa a la revocación indebida de una oferta vinculante. Además, el artículo 1116 *Code* supera el tradicional dogma ligado a la oferta vinculante, consistente en pensar que la irrevocabilidad constituía el único remedio frente a la revocación de la oferta.

4. El Derecho alemán, al apartarse –no sin debate– de la tradición del *ius commune*, regula una oferta con eficacia vinculante *ex lege*, salvo que sea excluida por el oferente (§ 145 BGB); para ello se utilizan fórmulas, como «*freibleibend*», cuyo sentido no es del todo pacífico. Así, la vinculación *ex lege* de la oferta parecer ser relajada jurisprudencialmente, según algún autor ha informado.

¹⁹⁶ Esta manera de operar es quizá la que llevó a un comparatista, como RABEL, a sostener que el sistema francés «se acobarda» ante la solución jurídica consistente en tratar una revocación (indebida) como ineficaz, conformándose con una indemnización de daños y perjuicios (*Das Recht des Warenkaufs*, cit. p. 75).

¹⁹⁷ Semejante serpenteo ha sido merecedor –incluso antes de su aprobación y sobre la base del precepto del proyecto de Ordenanza, que no difiere en lo sustancial del texto finalmente aprobado para la oferta– de críticas desde autores alemanes, calificándola de «tramposa», porque si se reconoce que la revocación de la oferta es ineficaz, no cabe impedir la formación del contrato y este acto (la revocación) no daría nunca lugar a la responsabilidad extracontractual, sino a la *responsabilidad contractual* (vid. REINER, «Le processus de formation du contrat dans le projet d'ordonnance de la chancellerie: quelques commentaires», en SCHULZE, y otros (Dir.), *La réforme du droit des obligations en France. 5^{èmes} Journées franco-allemandes*, Vol. 20, 2015, p. 60).

Como se ha visto, el Derecho alemán, en contra de lo que pudiera pensarse¹⁹⁸, traduce la eficacia vinculante de la oferta en responsabilidad contractual del oferente por daños y perjuicios, que, según los casos, puede llegar a alcanzar el interés positivo del destinatario. Importa destacar que el sistema alemán parte de que la imposibilidad inicial de cumplimiento del contrato proyectado con la oferta – derivada, por ejemplo, de la venta o pérdida de la cosa ofrecida – no afecta a la validez del contrato que pueda formarse, sino que simplemente reconduce la satisfacción del interés del acreedor a otros remedios contractuales, como la indemnización de daños, la indemnización de gastos o, incluso, la restitución del subrogado.

El Derecho alemán tampoco ha permanecido ajeno a la dinámica de las ofertas en entramados de contratos de obra. No en vano, la jurisprudencia alemana se ha ocupado de casos donde el error del oferente en la configuración del precio de la oferta desemboca en la revocación de esta. En este aspecto, la más reciente jurisprudencia del BGH parece querer encarrilar la equivocación del oferente dentro de la figura del error en la declaración de voluntad (§§ 119 y 122 BGB).

Finalmente, el contrapunto a la fuerte vinculación legal del oferente en Derecho alemán se encuentra en la búsqueda de soluciones que eviten su exposición a la especulación del destinatario gracias a un cambio de circunstancias en ofertas con largos plazos de duración. El intento de conjurar este riesgo explica el mayor desarrollo de la doctrina del cambio de circunstancias aplicada a la oferta vinculante de contrato para permitir la adaptación de la oferta o su libre revocación. No obstante, hoy parece haberse endurecido esta posibilidad.

5. Las soluciones de cada sistema jurídico responden a distintas ponderaciones de los intereses en juego para, primero, construir la norma general y, después, dosificar sus efectos por medio de excepciones¹⁹⁹. Así, los resultados prácticos que la comparación entre sistemas arroja ofrecen un panorama relativamente uniforme (quizás con la excepción del *common law*). Esta relativa uniformidad se ha logrado, en mi opinión, gracias a las consecuencias jurídicas

¹⁹⁸ Vid. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, cit., pp. 32-33). La doctrina española que se ha ocupado del asunto en Derecho alemán parece asumir también esta idea (vid. ASÚA GONZÁLEZ, *Culpa in contrahendo. Tratamiento en Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, 1989, pp. 153-154).

¹⁹⁹ En efecto, permitir la libre revocación se sitúa claramente a favor de los intereses del oferente, que puede haber descubierto la posibilidad de vender los bienes objeto de su oferta a un mejor precio y que, por tanto, desea terminar con la vinculación a su oferta. En el otro lado, el destinatario confía o puede haber confiado en la oferta y, con ello, haber emprendido actuaciones previas a la aceptación formal (por ejemplo, negociar un préstamo bancario o buscar potenciales compradores para revender) (SMITS, *Contract Law. A comparative introduction*, 2014, p. 51).

asociadas a la revocación de la oferta en cada sistema o, si se quiere, a la responsabilidad que cada sistema atribuye al oferente que revoca una oferta considerada como vinculante. Puede decirse –parafraseando a Puig Brutau sobre el particular– que la diferencia, existente entre el «*Derecho en los libros*», queda muy atenuada en el «*Derecho en acción*»²⁰⁰.

VI. LA OFERTA EN EL DERECHO UNIFORME Y EL *SOFT LAW*

El Derecho uniforme y los instrumentos de *soft law* contractual no han permanecido ajenos a la problemática de la oferta de contrato. En este apartado, estudiaré los más relevantes. Por su importancia e influencia posterior, comenzaré refiriéndome a la Convención de Viena CISG)²⁰¹.

6.1 LA OFERTA DE CONTRATO EN LA CISG

6.1.1 La eficacia vinculante de la oferta en la CISG

1. No iba desencaminado Luis Díez-Picazo –sino más bien todo lo contrario, como de costumbre– cuando calificó a la CISG como el «*fruto de la correlación de fuerzas de origen*»²⁰². No lo iba, al menos, en relación con la revocabilidad de la oferta de contrato²⁰³. Según el artículo 16.1 CISG, la oferta es revocable como regla general, si la revocación llega al destinatario antes de la aceptación. Sin embargo, el artículo 16.2 dispone que la oferta no podrá revocarse (*i*) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o, de otro modo, que es irrevocable; y (*ii*) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

²⁰⁰ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, Vol. I, 3.ª ed., 1988, p. 187.

²⁰¹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980. La adhesión del Estado español se produjo por Instrumento de 17 de julio de 1990.

²⁰² Díez-Picazo, «Prólogo», en Díez-Picazo (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, 1998.

²⁰³ Una narración exhaustiva de lo acontecido en los debates que antecedieron a la CISG, en relación con la eficacia vinculante de la oferta, se contiene en HONNOLD, *Documentary history of the uniform law for international sales the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, 1989, pp. 261, 280-281, 306-308, 374-375, 396, 412, 498-501, 665-666, 740. Un gran resumen en castellano en PERALES VISCASILLAS., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, 1996, pp. 427-442.

2. La declaración de revocación libre no impide pensar que quizás las excepciones (art. 16.2 CISG) sean más importantes que la propia regla general. En particular, no resulta clara la función que debe atribuirse al plazo. La pregunta es si el plazo produce, por sí mismo, vinculación o si es necesario que la oferta indique que es irrevocable, en cuyo caso el plazo sería un indicio. Esta dificultad condujo a John Honnold a sostener que ambas posiciones pueden acomodarse, concluyendo que la referencia a un plazo fijo para la aceptación origina una «presunción de irrevocabilidad hasta la fecha señalada»; presunción rebatible demostrando que el plazo solo significa expiración automática de la oferta (art. 18.2 CISG), pero no promesa de no revocar²⁰⁴. Los comentaristas españoles del artículo 16 CISG suelen coincidir en que el plazo, por sí solo, no imprime eficacia vinculante a la oferta²⁰⁵.

3. En cuanto a la actuación del destinatario basada en la creencia de que la oferta era vinculante (art. 16.2 CISG), los comentaristas de la Convención aluden a la confianza como elemento generador de vinculación. Para ilustrar la confianza originadora de eficacia vinculante, Honnold²⁰⁶ se vale del ejemplo paradigmático en contextos de licitaciones para contratos de obra:

El ejemplo que utiliza es el siguiente: El 1 de mayo un constructor solicita a un suministrador que le remita una oferta de venta de una cantidad determinada de ladrillos. El constructor le explica que necesita esa oferta para concurrir, a su vez, a una licitación de un contrato de obra de un edificio. El constructor añade que debe presentar su oferta el 1 de junio y que la apertura de las propuestas y el otorgamiento final del contrato de obra tendrán lugar el 14 de junio. El 7 de mayo el suministrador comunica al constructor su oferta de venta de ladrillos, oferta que el constructor emplea para el cálculo de los costes y, con ello, confeccionar su propia oferta para el contrato de obra, que presenta el 1 de junio. El 10 de junio el suministrador le comunica que revoca su oferta, mientras que el 15

²⁰⁴ HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4.ª ed., 2009, párr. 143.1, pp. 218-219.

²⁰⁵ Es claro Díez-PICAZO cuando, en su comentario al art. 16 CISG, sostuvo que «la solución final parece producirse en el sentido de que por el mero hecho de establecer plazo para la aceptación no deviene [la oferta] irrevocable y solo lo es en la medida en que además del plazo incorpore la declaración de irrevocabilidad» («Comentario al art. 16», en Díez-PICAZO (Dir.), *La compraventa internacional...*, cit., p. 174); *vid.* también en este sentido PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato...*, cit., pp. 437-438). Por el contrario, CARRASCO PERERA ha considerado que el art. 16.2.a CISG no solo propone la irrevocabilidad de la oferta sometida a plazo como «una cuestión de interpretación de la declaración del oferente, ni como una regla presuntiva sobre el alcance de la voluntad del oferente, sino que lo construye como una regla independiente de toda interpretación; para el Convenio el plazo vale como declaración de irrevocabilidad» (la cursiva del autor). Al mismo tiempo, este autor señala que «esta opción es equivocada, porque peca de rigidez» (*Derecho de contratos*, 2.ª ed., 2017, p. 211).

²⁰⁶ HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 144, p. 220). La problemática de estos casos ya la expuse al hilo del Derecho estadounidense (*supra* 2.2.2.1 y 2.2.2.2.)

de junio le es notificado al constructor que su propuesta de contrato de obra ha sido aceptada. Acto seguido, el constructor hace saber al suministrador que acepta su oferta de venta de ladrillos.

En sus anotaciones, Honnold considera que el constructor destinatario de la oferta podía, en el ejemplo, razonablemente confiar en su mantenimiento y no revocación. Otros comentaristas a la Convención han enunciado más ejemplos donde la confianza se traduce en una concreta actuación del destinatario, que confía en que la oferta no será revocada²⁰⁷. Parece que el artículo 16.2.b CISG no exige la irrogación de un daño efectivo al destinatario, pues no se circunscribe a los supuestos en que hay «*detrimental reliance*»²⁰⁸. Expresado de otro modo, el supuesto de hecho del artículo 16.2.b CISG no parece ser exactamente una versión del «*promissory estoppel*» norteamericano²⁰⁹, en tanto que no requiere que la confianza se traduzca finalmente en la provocación de un daño al destinatario²¹⁰. Aun así, cabría una reducción teleológica del precepto, si los tribunales terminan aplicándolo *de facto* como una manifestación del «*promissory estoppel*»²¹¹.

Conviene advertir –con Honnold– que la actuación del destinatario en la que se refleja su confianza (productora de vinculación del oferente) ha de interpretarse a la luz del principio de buena fe (art. 7.1 CISG). Ello con el fin de prevenir comportamientos abusivos por el destinatario o conductas ambiguas²¹².

²⁰⁷ Como el comienzo de las actividades de producción, la adquisición de materiales, la celebración de contratos, el alquiler de almacenes, la reventa de la mercancía objeto de oferta de compra, el perfeccionamiento de contratos de transporte, la apertura de una línea de crédito y, bajo determinadas circunstancias, la contratación de personal. La actuación del destinatario, en confianza del mantenimiento de la oferta, puede consistir también en una omisión como, por ejemplo, la no aceptación de otras ofertas similares (*vid.* SCHROETER, «Art. 16 CISG» en SCHLECHTRIEM / SCHWENZER, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 6.ª ed., 2013, p. 348). Con todo, no es unánime que el artículo 16.2.b CISG comprenda también una omisión en confianza de que la oferta es irrevocable (MATHER, «Firm offers under the UCC and the CISG», *Dickinson Law Review*, 105, Fall 2000, p. 49).

²⁰⁸ SCHROETER, «Art. 16 CISG», cit., p. 348.

²⁰⁹ *Supra* 2.2.2.2.

²¹⁰ *Vid.* *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc* [98 CIV 861 (RWS) and 99 CIV 3607 (RWS)], donde la Federal District Court de Nueva York rechaza expresamente que la CISG adopte el modelo americano del «*promissory estoppel*».

²¹¹ *Vid.* MATHER, «Firm offers...», cit., p. 48. No puede perderse de vista que durante la discusión de la octava sesión del Grupo de Trabajo UNCITRAL se redactó el art. 5.3 exigiendo, para convertir en irrevocable la oferta derivada de la confianza, que el destinatario hubiese sufrido un daño al alterar su posición. Este inciso final se retiró del artículo durante la novena sesión (*vid.* EÖRSI, «Article 16» en BIANCA-BONELLI, *Commentary on the International Sales law*, 1987, p. 152).

²¹² Por ejemplo, cuando el destinatario de una oferta de compra –que en cualquier caso tiene que adquirir las materias primas para producir los bienes objeto de su actividad comercial– trata de revestir esa adquisición como una actuación acometida confiando en el mantenimiento de la oferta (HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 144, pp. 220-221).

6.1.2 La laguna sobre la responsabilidad del oferente en la CISG

1. El artículo 16 CISG no ofrece ninguna pista sobre la responsabilidad en que incurre el oferente que revoca una oferta vinculante. Parece que la CISG presenta una laguna en este punto, tal y como subrayó Honnold con el estudio de un ejemplo concreto²¹³:

Un operador emite una oferta de compra de una concreta máquina muy compleja y específica a un fabricante, el cual la elaborará atendiendo al diseño e instrucciones suministradas por el oferente. La oferta de compra incluía la prescripción de que se mantendrá vigente durante dos meses, a fin de permitir al fabricante decidir si le era factible acometer la construcción de la máquina al precio consignado en la oferta. El fabricante inicia de inmediato el proceso de diseño de la máquina y el cálculo de costes. Dos semanas más tarde –habiendo desembolsado importantes sumas el fabricante para calcular sus costes, pero sin haber finalizado– el oferente le comunica que no le es ya posible adquirir ni utilizar la máquina solicitada y revoca su oferta de compra. El fabricante destinatario de la oferta detiene sus trabajos de cálculo de costes y diseño. Para él, no resulta económico invertir más sumas en la preparación de la fabricación de una máquina, cuya recepción el oferente no aceptará y presumiblemente no podrá abonar.

Si se considera que la oferta es vinculante –por incluir plazo o porque esta era la voluntad del oferente²¹⁴–, el destinatario cuenta con su mantenimiento para realizar las operaciones necesarias y decidir si acepta o no. Estas operaciones implican gastos. Sin embargo, la oferta es revocada antes de que el destinatario esté en condiciones de saber si le interesará contratar o no. Para saberlo, necesita afrontar gastos adicionales, pero el oferente ya le ha comunicado que no podrá pagarle. ¿Qué puede hacer el destinatario? Según el artículo 16 CISG, parece que la única solución es aceptar la oferta (que suponemos vinculante) y obligar al oferente a cumplir el contrato, pese a la revocación²¹⁵ (noción de «irrevocabilidad»)²¹⁶.

Honnold apunta que la CISG, al igual que otros cuerpos legales, no contempla un sistema articulado de remedios efectivos alternativos a la exigencia de mantenimiento de la oferta (irrevocabilidad), cuando esta es vinculante. Por eso, se plantea si el artícu-

²¹³ HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 148, p. 223.

²¹⁴ *Supra* 6.1.1; también *infra* 7.3.

²¹⁵ HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 150, p. 224.

²¹⁶ *Supra* I [5].

lo 7.2 CISG²¹⁷ autoriza al Juez para recurrir al Derecho interno y aplicar un remedio diferente al previsto por el artículo 16 CISG. Para Honnold, la respuesta es positiva, toda vez que lo contrario dejaría en una posición comprometida al destinatario de ofertas como las del ejemplo antes transcrito. El autor apunta a un remedio orientado a indemnizar, extracontractualmente, los daños causados por la revocación prevista en algunos ordenamientos locales. Este proceder permitiría, para Honnold, (i) rellenar la laguna de la CISG; y (ii) avanzar hacia una mayor uniformidad, ya que las soluciones serían tomadas en cuenta por los tribunales nacionales, emergiendo una jurisprudencia común en este ámbito²¹⁸. Y es que Honnold juzga contradictorio con el deber de mitigar el daño (art. 77 CISG) que el destinatario tenga que seguir realizando dispendios, si quiere beneficiarse de la eficacia vinculante²¹⁹.

Como se ve, Honnold pretende, con el supuesto de hecho expuesto, destacar una laguna, a su juicio existente, en la CISG. Otros no han pensado como él. Para Peter Schlechtriem, la irrevocabilidad de la oferta en la CISG significa que el destinatario puede aceptar y perfeccionar el contrato, pese a la revocación. Schlechtriem considera a la regulación de la CISG como excluyente en este punto y rechaza la aplicación de las normas nacionales. Por eso, objeta que el destinatario pueda tratar la revocación como efectiva y, a partir de ahí, exigir una indemnización por daños y perjuicios por el interés negativo (gastos o negocios de cobertura). A juicio Schlechtriem, las acciones de daños por *culpa in contrahendo* o la cláusula general de responsabilidad extracontractual, según Derecho nacional, deben obviarse, salvo dolo o fraude del oferente que revoca²²⁰.

6.2 LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

1. Los Principios Unidroit (PICC) siguen, de modo prácticamente literal, la CISG, de cuya influencia son deudores²²¹. Así, el

²¹⁷ Artículo 7.2 CISG: «Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado».

²¹⁸ HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 150, p. 224.

²¹⁹ HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., párr. 150, p. 224.

²²⁰ SCHLECHTRIEM, «Art. 16 CISG», en SCHLECHTRIEM, / SCHWENZER, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 4.ª ed., 2004, p. 250.

²²¹ Vid. NOTTAGE, «Art. 2.1.4 (Revocation of offer)», en VOGENAUER, (ed.), *Commentary On the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª ed., 2015, p. 279.

artículo 2.1.4 (1) establece que la oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación. Tras ello, vienen, de nuevo, las excepciones a la regla general, que son idénticas a las de la CISG²²². Su condición de herederos del consenso de Viena hace que los PICC presenten la misma carencia exegética que su causante en lo referido al plazo para la aceptación, lo que ha sido criticado entre nosotros²²³.

6.3 LOS PRINCIPIOS EUROPEOS DE DERECHO DE CONTRATOS

La regulación de los PELC es, en gran medida, deudora de las experiencias de la CISG y los PICC; y ello se advierte en materia de oferta de contrato²²⁴. Aun así, se advierte algún cambio. El artículo 2:202 (1) PECL dispone, como regla general, que la oferta puede revocarse si la revocación llega a su destinatario antes de que este haya remitido su aceptación o, en los casos de aceptación derivada de una conducta, antes de que el contrato nazca en virtud de los apartados (2) o (3) del artículo 2:205. Las excepciones a la regla general son similares, pero no idénticas, a las estudiadas para la CISG y los PICC²²⁵. Quizás la principal diferencia estriben en que el artículo 2:202 (3) (b) PECL dispone, a las claras, que la oferta es vinculante si indica plazo para su aceptación.

La edición comentada de los PECL informa de que, en los casos de irrevocabilidad, si se acepta la oferta, esta deviene obligatoria, aun cuando se hubiera revocado antes de su aceptación. Ello abre

²²² Art. 2.1.4 PICC: «La oferta no podrá revocarse: (a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta».

²²³ Con razón, considera PERALES VISCASILLAS que bien debería hacerse un esfuerzo por especificar con claridad los efectos del plazo que acompaña a la oferta. Y es que, al igual que con la CISG, el art. 2.1.4 admite dos interpretaciones. La autora parece decantarse por no atribuir a la oferta con plazo eficacia vinculante, pues propone una redacción del art. 2.1.4 (1) PICC en los siguientes términos: «La oferta, *aun cuando establezca un plazo fijo para aceptar*, podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación» (cursiva mía) («Formación», en MORÁN BOVIO, (Coord.), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.ª ed., 2003, pp. 123-124).

²²⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO / ROCA TRÍAS / MORALES MORENO, *Los principios europeos del Derecho de contratos*, 2002, pp. 82-84 y 187.

²²⁵ Son tres: «(a) si la oferta indica que es irrevocable, (b) o fija un plazo determinado para su aceptación, (c) o si su destinatario podía creer de manera razonable que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en función de dicha oferta».

la puerta a los remedios contractuales frente al incumplimiento y, en particular, a la indemnización²²⁶.

6.4 EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA

El artículo II – 4:202 DCFR se pronuncia en términos idénticos a los de los PECL. Por ello, no transcribiré su dicción. En lo que interesa, sienta (párrafo 1.º) la regla general de libre revocación de la oferta y establece (párrafo 3.º) excepciones a la revocabilidad²²⁷. En tales casos, dispone que la revocación no impide la formación del contrato ni tampoco la subsecuente responsabilidad por incumplimiento, si el destinatario acepta. Según sus impulsores, el párrafo 3.º representa una versión mejorada del compromiso logrado en la CISG.²²⁸ Al igual que los PECL, la oferta confectionada por el DCFR es irrevocable, si indica plazo para su aceptación.

6.5 LOS PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DEL DERECHO DE CONTRATOS

1. Los neonatos Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos (PLDC)²²⁹ bien merecen ser incluidos en una revisión del *soft law* sobre la materia. Ello no solo por ser hoy primicia, sino también por reflejar el intento de los países latinoamericanos²³⁰ de dotarse a sí mismos de un instrumento de derecho contractual que tome en consideración los problemas de la región, atesorando al tiempo una impecable solidez dogmática²³¹. Con estos mimbres, el artículo 17 PLDC establece que la oferta puede revocarse hasta que el destinatario haya enviado su aceptación; y, en los casos en que la aceptación consiste en una conducta distinta a una

²²⁶ LANDO/BEALE (eds.), *Los principios de derecho contractual europeo (los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, vol. I-II, Edición española, 2003, p. 229.

²²⁷ A saber, (i) si indica que es irrevocable; (ii) si establece plazo; o (iii) si la confianza del destinatario en la oferta le empujó a actuar en aras a la misma.

²²⁸ VON BAR / CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 1, 2009, p. 302.

²²⁹ La versión final, en castellano, de los PLDC en DE LA MAZA GAZMURI/PIZARRO WILSON/VIDAL OLIVARES, *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos*, 2017, pp. 79-102.

²³⁰ Tampoco pueden perderse de vista los Principios OHADAC. Para una presentación general *vid.* FENOY PICÓN, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, 2017-II, pp. 526-537.

²³¹ Un ilustrativo resumen sobre el *iter* de la concepción de los PLDC, problemas que afrontan y ámbito de aplicación en FENOY PICÓN, «La revisión...», *cit.*, pp. 568-580.

declaración, hasta el perfeccionamiento del contrato. En un precepto separado (art. 18) –titulado «irrevocabilidad de la oferta»– los PLDC establecen que la oferta es irrevocable si el oferente le ha atribuido ese carácter, o ha fijado un plazo para la aceptación sin reserva expresa de la facultad de revocarla (apartados 1.º y 2.º). Tampoco puede revocarse la oferta si el destinatario hubiera podido confiar, conforme a la buena fe, en su irrevocabilidad (art. 18.3 PLDC)²³².

2. Debe resaltarse la regulación de la oferta vinculante en los PLDC. Los PLDC parecen dar un paso más en la polémica cuestión del plazo dispuesto en la oferta²³³ e inclinarse –no sin rodeos– por una solución que no convierte al plazo, *per se*, en un elemento que dote de eficacia vinculante a la oferta. Además, es de destacar la ligazón que el artículo 18.2 PLDC asienta entre la confianza productora de vinculación y la buena fe.

6.6 CONCLUSIÓN PARCIAL

Los textos analizados en este apartado VI han centrado sus esfuerzos –quizás por influencia de la CISG– en la eficacia vinculante de la oferta y en tratar de alcanzar soluciones de consenso. Aun así, respecto al papel desempeñado por el *plazo en la oferta*, la regulación es ambivalente en unos (CISG y PICC), inclinada por completo hacia la irrevocabilidad en otros (PECL y DCRF) y aparentemente dirigida hacia el sentido opuesto en los recién llegados PLDC.

Respecto a la eficacia vinculante producida *por la confianza*, los materiales analizados nos muestran que la clave no es la confianza aisladamente considerada, sino la dicha confianza debe ser siempre puesta en relación con una actuación (u omisión) del destinatario de la oferta; actuación sostenida por la creencia razonable de que la oferta se mantendría. Al mismo tiempo, no me parece descabellado exigir, para considerar irrevocable la oferta, que la actuación por razón de la confianza depositada en la oferta deba haber irrogado un daño al destinatario («*detrimental reliance*»²³⁴).

²³² Así queda la versión final de los PLDC. Hasta ahora, en las anteriores versiones, que me conste, el art. 18 se dividía en dos párrafos, unificando en uno solo la declaración expresa de irrevocabilidad y el plazo para la aceptación (*vid.* SAN MIGUEL PRADERA «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *ADC*, 2016-III, p. 1016).

²³³ *Infra* 7.3, 7.4 y 7.5.

²³⁴ *Infra* 8.2.3.

La alusión al plazo²³⁵ por parte de los principales instrumentos de Derecho uniforme y el *soft law* no debe confundirnos. A mi juicio, tales textos no se refieren al plazo aisladamente, sino al plazo como exteriorización de la voluntad del oferente. Con su mención al plazo para producir vinculación en la oferta –lo que es más o menos claro en función del texto– pretenden dotar de sentido a la declaración de voluntad del oferente. Nada más²³⁶.

Con todo, sigue resultando inexplicable, a mi juicio, la absoluta falta de desarrollo que el Derecho uniforme y los distintos instrumentos de *soft law* dedican a las consecuencias de la revocación de una oferta con eficacia vinculante, una vez que se ha determinado que tiene²³⁷. Existe una laguna en los textos uniformes y otros instrumentos de *soft law*, arrastrada desde la CISG. Afirmar que la oferta es «irrevocable» no añade nada a la cuestión de la responsabilidad del oferente. Se hace necesario articular remedios que den mejor respuesta a los intereses implicados, escapando de la tan asentada noción de «irrevocabilidad» como solución aparente. Ante ello, vimos que Honnold abogó por la indemnización extracontractual de daños, mientras que Schlechtriem se conformaba con la propia noción de irrevocabilidad.

PARTE SEGUNDA: LA OFERTA VINCULANTE DE CONTRATO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

El Código Civil no contiene regla alguna que nos ilustre sobre la eficacia vinculante de la oferta de contrato²³⁸, a diferencia de la Compilación Navarra de 1973 (Ley 521)²³⁹. Mucho menos nos provee de pauta para determinar las consecuencias jurídicas de su revocación. En un plano de derecho positivo, se desconoce cuándo la oferta de contrato es vinculante en nuestro Derecho, y si, en tal

²³⁵ Sobre el plazo y su posible relación con la eficacia vinculante de la oferta, *infra* 7.3.

²³⁶ Conviene tener presente, por un lado, que en el comercio internacional de mercancías (CISG) puede tener sentido avanzar legislativamente hacia una mayor vinculación a la oferta que potencie la seguridad jurídica y la confianza de los operadores del mercado. Ello se consigue atribuyendo significado (eficacia vinculante) a un elemento de la oferta, el plazo para la aceptación; elemento que forma parte de la declaración de voluntad del oferente.

²³⁷ Ello aun cuando se reconocen las diferencias que el Derecho de los ordenamientos europeos presentan en esta cuestión (*vid.*, por ejemplo, VON BAR / CLIVE, cit., p. 304).

²³⁸ En cambio, y como referencia histórica, puede citarse el art. 229 del Código de las Obligaciones del Protectorado español en Marruecos de 1914 (COPM). Este precepto establecía que la oferta es revocable mientras no haya sido aceptada.

²³⁹ Ahora bien, este precepto se refiere a la promesa y no a la oferta de contrato. La STSJ Navarra 11.12.2008 (Pte. Fernández Urzainqui, RJ 2009/1597) deslinda con claridad la promesa pública de la Ley 521 Comp. Navarra 1973 de la oferta de contrato, considerando a la primera conceptualmente distinta y perfectamente distinguible de la segunda (FD 3.º [1]).

caso, la revocación entraña algún tipo de responsabilidad para el oferente. El único precepto del Código civil que trata sobre la oferta es el artículo 1262²⁴⁰. Ninguna otra norma del Código se refiere de manera explícita a ella y a nadie se le escapa el «laconismo» que encierra²⁴¹. La tarea exegetica ha recaído, al igual que en la Francia anterior a reforma²⁴², en la jurisprudencia, que considera que la oferta puede ser libremente revocada, como norma general, antes de la aceptación²⁴³. A su vez, en la fundamentación de su razonamiento la jurisprudencia parece haberse basado en la doctrina²⁴⁴.

VII. EL PLAZO PARA LA ACEPTACIÓN Y LA EFICACIA VINCULANTE DE LA OFERTA

El desarrollo de la oferta, como institución jurídica, se ha efectuado gracias al impulso de nuestra doctrina. En efecto, los autores españoles no han escatimado ni el esfuerzo ni el ingenio en discutir sobre si la oferta es revocable, como regla general. Con frecuencia, este debate se ha asociado a la pregunta de si la oferta contiene, en sí misma, plazo para la aceptación, y de cuál es el papel de dicho plazo en relación con la vinculación o irrevocabilidad. Comenzaré presentando las diferentes posturas que he advertido presentes en la doctrina española.

²⁴⁰ Artículo que simplemente exige el concurso de oferta y aceptación como requisito para formar el consentimiento. Algunas leyes sectoriales sí prevén (o han previsto) la existencia de ofertas con eficacia vinculante. Así, el art. 8 LCCC establece que «el prestamista que ofrezca un crédito a un consumidor estará obligado a entregarle antes de la celebración del contrato, si el consumidor así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito en términos idénticos a lo establecido en el artículo 10 para la información previa al contrato, como *oferta vinculante* que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días naturales desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él»; el art. 6 LCS dice que «la proposición de seguro por el asegurador *vinculará* al proponente durante un plazo de quince días»; el art. 113 LMV prescribe que «reglamentariamente [art. 30.1 RD 1066/2007] se establecerán: d) los términos en que la oferta será irrevocable (...)»; el art. 56 LOCM dispone que «la celebración de una pública subasta consiste en ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien o servicio a favor de quien ofrezca»; y el art. 8.2 LDAT 1998 (derogada por la LDAT 2012) atribuyó al documento informativo el carácter de «oferta vinculante».

²⁴¹ TARABAL BOSCH, «Sentencia de 2 de noviembre de 2010», cit., § 2311, p. 1590.

²⁴² *Supra* 3.1.

²⁴³ SSTS 19.6.1950 (RJ 1950\1028), 6.3.1969 (Pte. Cantos Guerrero, RJ 1969/1175), 7.6.1986 (Pte. Santos Briz, RJ 1986/3296); 28.1.2000 (Pte. González Poveda, RJ 2000/454); o 29.1.2009 (Pte. Marín Castán, RJ 2009/1278).

²⁴⁴ Así, la STS 7.6.1986 (Pte. Santos Briz, RJ 1986/3296): «es *doctrina científica comúnmente admitida* que la oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya perfeccionado, habiendo de constar de modo inequívoco y claro la coincidencia de oferta y aceptación, sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admita plenamente y sin que sea posible apreciar la existencia de aceptación cuando, como en el caso debatido, se formulan modificaciones o alterando la propuesta o someténdola a condición» (FD 3.º) (la cursiva es mía).

7.1 LA DISCUSIÓN SOBRE LA EFICACIA VINCULANTE EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

1. La posición doctrinal de que la oferta de contrato es revocable, por principio, se aprecia, ya con nitidez, en los primeros comentaristas españoles del Código civil²⁴⁵. Para ellos, la revocación constituía un derecho del proponente²⁴⁶. Continuando esta línea, L. Díez-Picazo razonará que la oferta puede revocarse porque no existe ningún tipo de vinculación del oferente, quien solo ha emitido una comunicación dirigida a posibilitar la contratación, pero sin contratar; y si no ha contratado, no está obligado. A ello, L. Díez-Picazo añade que la llegada de la oferta al destinatario tampoco provoca un estado de confianza en el destinatario que sea merecedor de protección²⁴⁷. La libre revocabilidad de la oferta, hasta que recaiga aceptación, en atención a su debilidad para producir cualquier tipo de efectos vinculantes es compartida por otros autores²⁴⁸.

2. De otro lado, no han faltado autores que, quizá influidos por la experiencia alemana²⁴⁹, defendieron la conveniencia de reconocer eficacia vinculante a la oferta de contrato, al menos durante un tiempo mínimo para que produjese sus efectos y el destinatario pudiese emitir, en su caso, su respuesta²⁵⁰. Otros autores, como Lacruz Berdejo, parecen haber mantenido posiciones eclécticas sobre la base de distinciones conceptuales un tanto oscuras²⁵¹.

²⁴⁵ SCAEVOLA ligó la facultad revocatoria de la oferta al hecho de no existir aún contrato y por aplicación analógica de la regla de la estipulación en favor de tercero (art. 1257 II CC). Para él, esa estipulación en favor de tercero representa una oferta hecha por los otorgantes, la cual tampoco produce efecto alguno hasta hacer saber su aceptación al obligado, y puede ser revocada antes de su aceptación» (*Código Civil comentado y concordado extensivamente*, t. XX, 1904, p. 588).

²⁴⁶ MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, 1901, p. 598.

²⁴⁷ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 341.

²⁴⁸ ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, II, Vol. 1, 8.ª ed., 1989, p. 409; GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 1262», en ALBALADEJO GARCÍA / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, Vol. 1-b, 1989, pp. 68-69; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 209; CAPILLA RONCERO, «Voz Oferta», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. III, 1995, p. 4561.

²⁴⁹ GALLART CASES –quien defendía que nuestro Derecho, por respuesta al sistema tradicional, otorga al proponente el derecho de revocar su oferta– advirtió que algunos civilistas, como De Diego, «cuyo germanicismo es de sobra conocido», entendían que la oferta dirigida a una persona debe ser mantenida por el tiempo que se señale o por el que prudencialmente se considere necesario según la naturaleza del contrato y circunstancias de la oferta («El problema de la fuerza vinculante de la oferta», *RJC*, 1959, p. 657).

²⁵⁰ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., pp. 189.-190; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español común y foral*, III, 15.ª ed., 1988, pp. 595-601; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, t. III, 2.ª ed., 1972, p. 468.

²⁵¹ LACRUZ BERDEJO distingue entre el eventual carácter obligacional de la oferta de contrato, que niega, y el deber jurídico de mantenerla durante el tiempo previsto en ella o, en su defecto, el tiempo determinado por el uso. Para este autor, la oferta (todavía no acep-

3. El tratamiento de la eficacia vinculante de la oferta en Derecho español se ha enfocado desde el posible reconocimiento de un plazo implícito para la aceptación²⁵².

7.2 EL PLAZO IMPLÍCITO PARA LA ACEPTACIÓN Y OFERTA VINCULANTE

1. Como he indicado, el debate sobre la eficacia vinculante de la oferta se ha planteado por los autores españoles en relación con la posible existencia de un plazo implícito para la aceptación. El debate así planteado ha oscurecido la cuestión. Y es que una parte de nuestros autores han tenido que defender la inexistencia de un plazo implícito acompañando a la oferta. No por convicción, sino porque, de lo contrario, parece que también habrían tenido que admitir que la oferta de contrato es vinculante, como norma general²⁵³. Otros han preferido desligar la cuestión del plazo implícito acompañando a la oferta de cualquier valoración respecto a su eficacia vinculante, atribuyendo al plazo los solos efectos de provocar la caducidad o expiración de la oferta²⁵⁴.

2. La Sala 1.^a del TS (e incluso el TC) admitió la existencia de un plazo implícito junto con la oferta, pero sin aclarar del todo si ello afectaba o no a su eficacia vinculante²⁵⁵. Por tanto, la pregunta

tada) puede originar un deber jurídico, mas no una obligación en sentido técnico. El deber jurídico de mantenerla durante cierto tiempo puede basarse –para Lacruz–, ya en el principio de buena fe, ya en la costumbre, o ya considerando implícito en la promesa una renuncia al derecho de retirarla, válida al amparo del art. 6.2 CC. En definitiva, LACRUZ BERDEJO reconoce eficacia vinculante a la oferta e inmediatamente la desliga de un posible carácter obligacional (*Elementos de Derecho civil*, II, 4.^a ed., 2007, p. 121). El pensamiento de LACRUZ BERDEJO acaso se derive de la tesis de PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER en sus anotaciones al BGB: «No se trata de que el oferente esté *obligado* por su oferta (obligación que solo puede venir en virtud de la subsiguiente aceptación), sino de que está *vinculado*, es decir, no que deba no revocar, sino que no pueda revocar por haber renunciado a tal derecho» (ENNECERUS / KIPP / WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, t. I, Vol. II, 1981, p. 263).

²⁵² Vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, cit., p. 409.

²⁵³ DE COSSÍO y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, I, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1991, p. 428; GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 1262», cit., p. 80; CUEVILLAS MATOZZI, «Revocación de la oferta: un análisis desde la órbita del Derecho Uniforme (1)», *Actualidad Civil*, n.º 16, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Sep. 2004; PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato...*, cit., p. 399 y ss.

²⁵⁴ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual...*, cit., p. 149; COCA PAYERAS, «Comentario al artículo 1262», en PAZ ARES / Díez-PICAZO, L. / BERCOVITZ, / SALVADOR CODERCH, *Comentarios del Código civil*, 1993, p. 448.

²⁵⁵ La STS 22.12.1956 (Pte. Bonet Ramón, RJ 1956/1170) revela que «respecto a la fuerza vinculante de la proposición, oferta o peticionamiento de contrato, mientras la doctrina civilista tradicional considera que si aquella no contiene fijación de un plazo para la aceptación, corresponde al proponente en todo momento el derecho absoluto de retirar su oferta, la doctrina moderna estima que toda oferta lleva consigo la fijación de un plazo para la aceptación, que cuando es implícito hay que entender como tal el corriente, lógico, adecuado a la naturaleza de la oferta hecha, correspondiente a ella por su valor económico, por

a responder es si reconocer que la oferta incluye siempre un plazo, aun implícito, equivale a reconocer que la oferta de contrato posee eficacia vinculante, en España.

3. Los antecedentes histórico-legislativos del artículo 1262 CC pueden ayudarnos a arrojar luz sobre la cuestión del plazo implícito y su relación con la eficacia vinculante de la oferta.

El antecedente del artículo 1262 CC se encuentra en el artículo 1275 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888²⁵⁶. Este precepto –se nos ha dicho– recoge las influencias de los artículos 1058 del Anteproyecto belga de Laurent, 1144 y 1145 del CC argentino de 1869 y 5 del Código de las obligaciones suizo de 1881 (OR)²⁵⁷. A simple vista, resulta complicado hallar la influencia del artículo 5 OR en nuestro artículo 1262 CC²⁵⁸, que más bien parecería por completo deudor del artículo 1058 del Anteproyecto belga de Laurent²⁵⁹. ¿Dónde está entonces la influencia del artículo 5 OR? A mi juicio, en un precepto de escasa trascendencia, pero revelador, como es el artículo 226 del Código de las Obligaciones del Protectorado español en Marruecos (COPM). Según este artículo, «la oferta hecha a persona ausente *sin fijación de plazo obliga a quien la hizo a esperar la respuesta durante el tiempo preciso para recibirla por correo en circunstancias normales*» (la cursiva es mía)²⁶⁰. Parece claro que «obligar a esperar la respuesta» implica reconocer que la oferta incorpora plazo implícito (para permitir la aceptación), pero no que la oferta sea por ello vinculante; pues el

una serie de circunstancias que solo dado el caso práctico pueden determinarse» (CDO 1.º). También la STC 16.11.1981 (Pte. Rubio Llorente, RTC 1981/37) apunta que «toda oferta de contrato debe ser mantenida, de acuerdo con los usos del comercio, durante el tiempo razonablemente necesario para que pueda ser conocida por aquellos a quienes se dirige» (FD 1 [2]).

²⁵⁶ Que establecía que «*el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*».

²⁵⁷ Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2.ª ed., 2006, p. 386; LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, t. IV, Vol. II, 1970, p. 670.

²⁵⁸ Según el artículo 5 OR 1881: «Cuando la oferta se hubiere hecho sin determinación de plazo a persona no presente, el oferente quedará vinculado hasta el momento en que habría de esperarse la llegada de una respuesta que fuera expedida oportuna y regularmente. El oferente tiene derecho a suponer, para el cálculo que ha de realizar, que el destinatario recibió la oferta en el tiempo querido» (traducción tomada de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto...*, p. 386).

²⁵⁹ Según este precepto «el consentimiento se forma por el concurso de la oferta y de la aceptación. La aceptación hecha por carta no obliga al oferente sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato se realiza en el lugar en que se hizo la oferta y en que se recibe la aceptación» (Vid. GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 1262», cit., p. 50).

²⁶⁰ El empleo del COPM resulta muy ilustrativo a efectos interpretativos, ya que la sensación que la lectura de su contenido produce es que, junto con la transcripción literal de los artículos ya existentes en el propio Código civil, en 1914 se introdujeron aquellos otros que, consciente o inconscientemente, los codificadores obviaron en 1889. Por consiguiente, la compatibilidad entre una regla general de revocabilidad de la oferta y el reconocimiento de que ésta va acompañada de un plazo implícito para la aceptación es arrojada por una interpretación sistemática de los arts. 223 a 229 COPM.

artículo 229 COPM disponía, acto seguido, que la oferta es revocable *mientras no haya sido aceptada*²⁶¹.

En consecuencia, parece que, según nuestra tradición, toda oferta contiene –si no expresa plazo– un *plazo implícito de vigencia*, necesario para que pueda desarrollarse, en su caso, el concurso con la aceptación. En tal caso, el plazo de vigencia implícito se correspondería, además, con el plazo (máximo) de aceptación²⁶² con que cuenta el destinatario, más allá del cual no cabe aceptación alguna, pues la oferta debe caducar en algún momento por razones de seguridad jurídica.

4. Si lo anterior es correcto, puede decirse entonces que el plazo de vigencia de la oferta y el plazo máximo para la aceptación serían las dos caras de una misma moneda, de tal forma que –si ni el oferente ni la ley los han estipulado– tendrán que determinarse según las circunstancias, los usos del tráfico y/o el tipo de contrato proyectado con la oferta²⁶³.

De este modo, el plazo implícito solo incide en la duración de la oferta, pero no en su eficacia vinculante, que circula por otros derroteros. Debe quedar entonces muy bien trazada la diferencia entre identificar un plazo implícito de duración de la oferta, por un lado, y la eficacia vinculante de la oferta, por el otro. El reco-

²⁶¹ Hay que reconocer que la regulación que se acaba de presentar podría dar la razón a quienes entienden que el reconocimiento de un plazo de vigencia «mínimo» e implícito de toda oferta conduce inexorablemente a entender que toda oferta es vinculante. Si, por su naturaleza, la oferta tiene y necesita de un plazo mínimo que obliga a esperar, entonces es vinculante durante ese mínimo plazo. Así, la STS 22.12.1945 (citada por la STS 7.3.1968 [Pte. De Vicente Tutor y Guelbenzu, RJ 1968/1735]) declaró –a mi juicio, siguiendo la estela del art. 226 COPM– que una oferta que no establecía plazo para su aceptación podía revocarse, pero transcurrido un plazo mínimo lógico para decidir en apelación a la importancia y cuantía del objeto ofrecido (CDO 5.^o). Esta resolución merece ser comentada. La oferta, como elemento que en última instancia tiende a permitir la perfección del contrato si media aceptación, necesita dinámicamente de un elemento temporal (plazo mínimo de vigencia o existencia). Este plazo varía según el caso y tipo de oferta. Ello porque, de otro modo, no se podría perfeccionar el contrato. Creo que ahí está el fundamento de obligar al oferente a esperar; esperar, no porque esté vinculado por su oferta, sino porque si quiere celebrar el contrato, tendrá que hacerlo hasta obtener una respuesta en modo de aceptación. Reconocer esto no equivale, a mi juicio, a concluir que el oferente no puede revocar. Podrá revocar su oferta, si esta no es vinculante. La STS 22.12.1945 conduce a entender que toda oferta es vinculante durante un plazo mínimo, transcurrido el cual puede revocarse (divide el plazo de vigencia en dos). Esta visión trae más problemas de los que soluciona y aún puede producir más, si el oferente ha expresado plazo con su oferta. ¿Acaso la oferta es vinculante durante ese primer plazo expresado o una parte razonable del mismo a partir de la cual ya no lo es hasta su expiración?

²⁶² El plazo del que hablaba el art. 226 COM no era un plazo al que necesariamente le acompañase el atributo de «mínimo», sino simplemente era el plazo preciso para que la oferta de contrato de que se tratase pudiera ser aceptada por el destinatario, en su caso y en cada caso.

²⁶³ Vid. GONZÁLEZ GOZALO, *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico*, 2004, pp. 62-63; CUADRADO PÉREZ, «La formación del contrato en la propuesta de modernización del Código Civil» en PARRA LUCÁN (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, 2014, pp. 211-212.

nocimiento de que toda oferta va acompañada de un plazo implícito no tiene nada que ver con valoraciones inherentes a la eficacia vinculante de la misma. Reconocer que, si la oferta no incorpora plazo, esta tiene aun así un plazo implícito de duración no es sino reconocer un elemento connatural a toda oferta²⁶⁴. El destinatario necesita una base firme para su decisión, lo que le puede exigir un tiempo²⁶⁵.

Ese plazo implícito *razonable según los usos y el tipo de contrato proyectado* además bien podría ser fijado por el Juez en aplicación del artículo 1128 CC²⁶⁶. Para el establecimiento del plazo implícito de vigencia de la oferta (o máximo de aceptación), cabe recurrir a la interpretación de la declaración de voluntad²⁶⁷, teniendo en su caso en cuenta los usos del comercio²⁶⁸. Otros factores pueden ser la naturaleza de las cosas objeto de la oferta (cfr. art. 1118 II CC), la expectativa del oferente, el comportamiento previo de las partes o la actuación del oferente después de la formulación de la oferta²⁶⁹.

Con todo, no faltan sentencias que –reconociendo un plazo implícito para la aceptación– anudan al plazo el efecto de impedir que el proponente revoque la oferta en cualquier momento antes de la aceptación²⁷⁰.

5. Ahora bien, ¿qué sucede cuando la oferta sí incorpora plazo? ¿Se debe entender su inclusión como manifestación de voluntad de convertir la oferta en irrevocable?

²⁶⁴ SCAEVOLA, en su día, tampoco creyó que pudiera entenderse que, si el oferente no fija plazo, la aceptación pueda hacerse indefinidamente, ya que «en los derechos y obligaciones no cabe lo infinito e indeterminado» (*Código civil comentado y concordado extensamente*, cit., p. 587).

²⁶⁵ Vid. RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato», *InDret*, 1/2012, p. 19.

²⁶⁶ En este sentido, MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., p. 191; ALONSO UREBA / VIERA GONZÁLEZ, «Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por internet» en MATEU DE ROS (Coord.), *Derecho de internet*, 2003, p. 314; GONZÁLEZ GOZALO, *La formación del contrato*, cit., p. 62.

Nótese que el señalamiento judicial del plazo *ex art.* 1128 CC se realiza mediante expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 96 y 97 LJV).

²⁶⁷ La Sala 1.^a del TS ha admitido la aplicación de las normas sobre la hermenéutica contractual a los actos preparativos de los contratos, como es la oferta contractual. En este sentido pueden citarse, entre otras, las SSTS 20.5.1996 (Pte. Almagro Nosete, RJ 1996/3793), 28.1.2000 (Pte. González Poveda, RJ 2000/454) y 17.11.2013 (Pte. Saraza Jimena, RJ 2013/6826).

²⁶⁸ STC 16.11.1981 (RCT 1981/37): «Toda oferta de contrato debe ser mantenida, de acuerdo con los usos del comercio, durante el tiempo razonablemente necesario para que pueda ser conocida por aquellos a quienes se dirige» (FD 2.º) (la cursiva es mía).

²⁶⁹ Así GUILLÉN CATALÁN, «Análisis de la oferta contractual desde la perspectiva del derecho europeo de contratos», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25/2010, parte varia, Aranzadi, p. 191.

²⁷⁰ STS 3.11.1993 (Pte. Almagro Nosete, RJ 1993/8963). La STSJ Navarra 11.12.2008 (Pte. Fernández Urzainqui, RJ 2009/1597) declara abiertamente que la oferta de contrato genera, hasta su aceptación, el *deber jurídico* de mantenerla durante un plazo razonable (FD 3.º [1]).

7.3 EL PLAZO EXPLÍCITO PARA LA ACEPTACIÓN Y LA OFERTA VINCULANTE

1. En Derecho español tampoco es pacífico si el establecimiento de un plazo en la oferta convierte a esta automáticamente en vinculante²⁷¹. Destaca, entre los autores españoles, la opinión de Durany Pich, que comparto. Para él²⁷², la oferta con plazo de aceptación es una oferta normal y corriente, porque toda oferta contiene un plazo; lo que ocurre es que el plazo –que si no se dice nada está implícito y abierto a la interpretación– pasa ahora a ser concreto y explícito²⁷³. Esta visión es seguida por otros autores²⁷⁴. Con todo, no es infrecuente encontrar autores que sostienen que la oferta que indica plazo es vinculante y no puede ser revocada hasta que expire el mismo²⁷⁵.

2. Si el plazo no genera eficacia vinculante, hay que determinar entonces cuál es su función. En un plano objetivo, el plazo especificado por el oferente permite que la oferta caduque o expire una vez transcurre²⁷⁶. En un plano subjetivo, el plazo dota de una mayor seguridad al destinatario de la oferta, que querrá disponer de cierto tiempo

²⁷¹ *Supra* 6.1.1 [2], al hilo del Derecho uniforme, concretamente el art. 16.2.a CISG.

²⁷² *Vid.* DURANY PICH, *La formación del contrato*, Tesis Doctoral, 1993, p. 28.

²⁷³ En esta línea, MENÉNDEZ MATO ha sostenido, con cita de jurisprudencia del TS, que, dado que el principio general subyacente al art. 1289 CC, en relación con el art. 6.2 CC, ordena resolver las dudas en favor de la mayor reciprocidad de intereses cuando se trata de la renuncia de determinados derechos por parte de algún contratante, para que dicha renuncia sea válida, esta debe acreditarse de manera explícita, clara y terminante, sin que pueda deducirse de actos de equívoca significación (*La oferta contractual*, cit., p. 191, nota 483); en igual sentido, GUILLÉN CATALÁN, «El plazo de aceptación de la oferta como límite de vigencia. Comentario a la STS núm. 506/2013, de 17 de septiembre (RJ 2013, 6826)», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19, enero 2015, p. 616. 608-617

²⁷⁴ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 343; CAPILLA RONCERO, cit., p. 4561; MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, 1963, pp. 182-183; MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., p. 191; GUILLÉN CATALÁN, «El plazo de aceptación...», cit., pp. 616-617.

²⁷⁵ Así, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil», *La Ley*, 1989, II, p. 1148. En la misma línea hoy se muestra CHAPARRO MATAMOROS, quien entiende que «la irrevocabilidad es una consecuencia de todas las ofertas con plazo de vigencia, teniendo el plazo precisamente la finalidad de restringir el poder absoluto de revocación del oferente» («Momento de aceptación de la oferta contractual y de perfección del contrato. Régimen de revocación de la oferta. Interpretación y aplicación de las cláusulas penales previstas para el caso de incumplimiento. Sentencia 17 septiembre 2013 (RJ 2013, 6826)», *CCJC*, 95, mayo-agosto 2014, § 2537, pp. 305-306).

²⁷⁶ ALBALADEJO GARCÍA, para quien, eso sí, la concesión de un plazo por el oferente torna la oferta en vinculante, ha distinguido entre el caso en que la oferta se hace para que esté en vigor durante un cierto tiempo, transcurrido el cual ésta se extingue automáticamente sin necesidad de revocación; y que la oferta se haya hecho, no para un plazo determinado, pero sí comprometiéndose a no retirarla durante cierto tiempo, en cuyo caso, entiende el autor, que concluido el primer plazo, la oferta pervive mientras no se revoque expresamente (*Derecho Civil*, cit., p. 411).

MORENO QUESADA dejó sentado que «la renuncia expresa al derecho de revocar la oferta puede hacerse por un tiempo determinado, que es posible sea menor que el concedido para aceptarla, ya que es dable por el oferente, al manifestar su proposición, lo haga comprometiéndose a no revocarla durante un cierto tiempo, recuperando esta facultad para el resto de su vigencia [...], manteniéndose la misma a pesar de que a partir de un tiempo determinado deje de ser irrevocable» (*La oferta de contrato*, cit., pp. 180-181).

para sopesar la aceptación; así como para conferir cierta seguridad al propio oferente²⁷⁷. Puede decirse, por tanto, que el plazo cumple siempre la misma función, que es producir la caducidad o expiración de la oferta cuando transcurre (impidiendo aceptaciones tardías) e informar del período en que la oferta se mantiene vigente. El establecimiento del plazo hace explícito lo que figura implícito de por sí.

La explicitación de plazo con la oferta no comporta vinculación, del mismo modo que el reconocimiento de la existencia de plazo implícito tampoco la generaba. La eficacia vinculante de la oferta no se produce porque se indique plazo en ella, sino porque el oferente quiera efectivamente quedar vinculado a su oferta. Es la voluntad del oferente y no el plazo lo que dota a la oferta de eficacia vinculante. Otra cosa es que la inclusión de plazo, junto con otros elementos y circunstancias, pueda ser tenida en cuenta a la hora de valorar la voluntad del oferente, en aquellos casos en que no está clara. Pero el plazo, por sí, solo indica la duración de la oferta²⁷⁸; duración exigida por la seguridad jurídica y el principio de exclusión de los vínculos perpetuos²⁷⁹.

3. La Sala 1.^a del TS parece haber asumido que la inclusión de un plazo en la oferta, no influye en su eficacia vinculante²⁸⁰. Las AAPP también parecen haber tomado esa senda en los últimos años²⁸¹, aunque no de manera uniforme²⁸².

²⁷⁷ Vid., en este sentido, PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato...*, cit., p. 419.

²⁷⁸ Un ejemplo se contiene en el art. 27.3 LSSI atribuye al plazo el mero efecto de provocar que la oferta emitida por vía electrónica expire cuando transcurra el plazo por el que fue realizada. Si no se acompaña de plazo, este precepto dispone que la oferta es válida durante todo el tiempo en que permanezca accesible a los destinatarios del servicio, lo que podría interpretarse como que la oferta no expira nunca mientras se mantenga accesible a los destinatarios. Esto puede entrar en contradicción con la idea de existencia de un plazo implícito de vigencia (plazo máximo para la aceptación) que la haga perecer. La aparente contradicción se resuelve si tenemos en cuenta que los contratos celebrados desde un dominio web se pueden equiparar a los celebrados previa oferta en un escaparate. El dominio web es el escaparate tradicional. Así, la oferta de contrato, si no va acompañada de plazo explícito, no necesita tener uno implícito de vigencia (plazo máximo para la aceptación), pues tampoco se dispone de él en las ventas en establecimientos abiertos al público: la oferta permanece vigente el tiempo en que los consumidores pueden acceder a ella (art. 9.1 LOCM) (vid. ALONSO UREBA / ARÍSTIDES VIERA, «Formación y perfección de los contratos a distancia...», cit., p. 315).

²⁷⁹ Vid. a propósito PÉREZ GARCÍA, «La duración del modo impuesto en una donación: ¿carácter temporal o perpetuo?», *ADC*, 2009-I, p. 162.

²⁸⁰ Así la STS 17.11.2013 (Pte. Saraza Jimena, RJ 2013/6826) (que será tratada más adelante), y recientemente la STS 11.10.2017 (Pte. Orduña Moreno, RJ 2017/4298). Esta última resolución parece confirmar (FD 3.º [2]) la interpretación que atribuye al plazo los solos efectos de hacer que la oferta expire o caduque cuando transcurre. Se trataba de un caso de «oferta vinculante» de compra de bienes de una sociedad concursada sujeta a un plazo de caducidad de 90 días.

²⁸¹ SSAP Cádiz (Secc. 8.ª) 27.12.2012 (Pte. González Castrillón, JUR 2016/90872), Murcia (Secc. 5.ª) 28.11.2008 (Pte. Hervás Ortiz, JUR 2009/103827), Cádiz (Secc. 8.ª) 27.2.2004 (Pte. Ercilla Labarta, JUR 2007/79453). En contra, SAP Málaga (Secc. 6.ª) 24.7.2014 (Pte. Orellana Cano, JUR 2015/199911).

²⁸² La SAP Murcia (Secc. 4.ª) 15.7.2010 (Pte. Martínez Pérez, JUR 2010/296249) atribuye a la concesión de un plazo para la aceptación el efecto de convertir la oferta en vinculante, en aplicación del art. 16.2.b CISG (FD 2.º).

7.4 LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

1. La oferta de contrato –apenas atendida por el codificador de 1889, como he expuesto– se regula con mayor intensidad en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (en adelante, «PMCC»). Las disposiciones sobre la oferta de la PMCC son indiscutiblemente deudoras de la CISG y los PICC²⁸³, si bien se incluyen, en mi opinión, elementos inéditos.

2. La Propuesta parece establecer, sin decirlo abiertamente, la libre revocación de la oferta de contrato, una vez esta surte efectos con su llegada al destinatario²⁸⁴. En efecto, el artículo 1248 PMCC indica los casos en que «la oferta será, *sin embargo*, irrevocable» (cursiva mía)²⁸⁵, y son (i) la atribución expresa por el oferente de tal carácter; (ii) la fijación de un plazo para la aceptación, a menos que el oferente se haya reservado expresamente la facultad de revocar la oferta; y (iii) la confianza del destinatario en la eficacia vinculante de la oferta por las declaraciones o comportamiento del oferente; confianza traducida en la realización de actos o negocios sobre su base²⁸⁶.

2.1 En cuanto al plazo para la aceptación, la solución del artículo 1248.2 PMCC parece confirmar la idea de que la fijación de plazo para la aceptación no genera de por sí eficacia vinculante²⁸⁷. En efecto, parece posible, según el artículo, que exista una oferta de contrato, que fije plazo, pero que sea revocable. Lo determinante, como vemos, es la voluntad del oferente y no el plazo en sí mismo.

2.2 Y parece posible inferir de la PMCC que el reconocimiento de un plazo implícito con la oferta actúa a efectos de que la aceptación acontezca, en su caso, dentro de un plazo delimitado;

²⁸³ DÍEZ-PICAZO, «La propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», *BMJ*, núm. 2130, abril 2011, p. 5.

²⁸⁴ El art. 522-7 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil se redacta en términos similares al art. 1248 PMCC. En ella se establece la libre revocación, como regla general. Sin embargo, desde un punto de vista expositivo, el art. 522-7.3 no indica cuándo la oferta es irrevocable, sino cuándo la revocación de la oferta es *ineficaz*.

²⁸⁵ El carácter excepcional de la oferta vinculante se aprecia también en el art. 1249 PMCC, según el cual toda oferta, aun cuando fuere irrevocable, queda ineficaz en el momento en que la comunicación rechazándola llegue al oferente.

²⁸⁶ GARCÍA RUBIO –al referirse al art. 1248 PMCC– entiende la «irrevocabilidad» como una limitación de carácter legal que impide apartarse de las negociaciones preliminares («La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2010-IV, pp. 1627-1628).

²⁸⁷ *Supra* 7.2 y 7.3.

sin dotar de eficacia vinculante a la oferta²⁸⁸. Así se observa en el artículo 1250 III PMCC cuando dispone: «*La aceptación no surtirá efecto cuando no llegue dentro del plazo fijado en la oferta; o si no se hubiere fijado ninguno, dentro del que resulte razonable por las circunstancias de la negociación y las características de los medios de comunicación*»²⁸⁹.

2.3. Respecto a la confianza del destinatario, la PMCC incorpora la idea de que no es la confianza, en sí misma, la que genera irrevocabilidad, sino que esta debe interpretarse puesta en relación con los actos del oferente y los del propio destinatario (vid. *supra* 6.1.1 y 6.6.). No se especifica, en la PMCC si la confianza productora de irrevocabilidad de la oferta requiere de la producción de un daño al destinatario («*detrimental reliance*»). Ello dependerá de la interpretación que se dé al artículo 1248.3.º PMCC²⁹⁰.

VIII LAS FUENTES DE VINCULACIÓN A LA OFERTA DE CONTRATO EN ESPAÑA

He expuesto que el Derecho civil español no reconoce, como norma general, la eficacia vinculante de la oferta de contrato y que la inclusión de un plazo en la oferta no dota, de suyo, eficacia vinculante a la oferta²⁹¹. En este apartado me referiré entonces a los supuestos donde la oferta puede adquirir eficacia vinculante, como excepción a la norma general.

8.1 LA DECLARACIÓN EXPRESA DE IRREVOCABILIDAD DE LA OFERTA

1. El oferente puede acompañar a su oferta la declaración de que ésta es irrevocable durante un plazo determinado²⁹². Para ello,

²⁸⁸ La propuesta de Código Civil elaborada por BOSCH CAPDEVILA / VAQUER ALOY / DEL POZO CARRASCOSA establece que la oferta puede ser revocada por el oferente *una vez transcurrido un plazo razonable* (art. 25.1) Estos autores, adoptan la regla general de que la oferta puede ser revocada por el oferente, pero añaden que el principio de buena fe exige, para ello, el transcurso de un plazo razonable, ya que el destinatario debe tener un mínimo de tiempo para poder decidir si acepta o no. Ese tiempo varía en función de las características de la propia oferta (*Teoría General del Contrato, propuesta de regulación*, 2016, pp. 117-118).

²⁸⁹ El artículo es heredero del art. 18.2 CISG. En la CISG, si el oferente no explicita plazo, este puede deducirse de la interpretación *ex art. 8 CISG* (vid. SCHLECHTRIEM, «Art. 16 CISG», cit., p. 247).

²⁹⁰ *Supra* 2.2.2.2 (derecho estadounidense); 6.1.1 [3] (CISG); *infra* 8.2.3.

²⁹¹ *Supra* 7.1 y 7.3.

²⁹² MANRESA y NAVARRO destacó que «si la renuncia se limita a un cierto plazo, es perfectamente lícita, y aun puede ser conveniente para permitir la reflexión del aceptante; pero no cabe admitir la renuncia absoluta, la irrevocabilidad de la oferta, porque eso supondría una obligación existente antes de nacida, y un solo contratante obligado o no

caben diferentes fórmulas con las que expresar tal intención. Por ejemplo, «esta oferta es firme», o «mantendremos nuestra oferta hasta recibir su aceptación». Así indicadas, estas ofertas no son problemáticas respecto su eficacia vinculante. El problema reside en aquellas indicaciones que *implícitamente* pueden ser consideradas como determinantes de la voluntad del oferente de hacer su oferta vinculante. Esta cuestión puede resolverse mediante la interpretación de los términos en que la oferta se formula²⁹³. Precisamente aquí es donde, a mi juicio, entra en juego el plazo para la aceptación que, como elemento de la declaración de voluntad, que es la oferta, es susceptible de ser interpretado²⁹⁴.

2. Los autores suelen coincidir en que la declaración de irrevocabilidad equivale a una renuncia del oferente a su facultad de revocar la oferta²⁹⁵, de tal suerte que la eventual revocación, por el oferente sería ineficaz²⁹⁶. Por lo demás, las valoraciones sobre las consecuencias jurídicas de la revocación de una oferta vinculante las señalo en el apartado correspondiente²⁹⁷.

3. Las ofertas que incorporan una declaración expresa de irrevocabilidad han tratado de ser explicadas a la luz de los negocios jurídicos unilaterales, así como de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones²⁹⁸. A continuación, me refiero a ambas instituciones.

8.1.1 La oferta vinculante como negocio jurídico unilateral

1. Autores muy relevantes han atribuido a la oferta que expresamente indica que es irrevocable la condición de negocio jurídico unilateral. Así, L. Díez-Picazo señaló que la oferta irrevocable constituye un negocio jurídico unilateral del proponente, que atribuye al destinatario un *derecho potestativo*, que le faculta para per-

para siempre al arbitrio del otro, en contra de las razones que inspiran el art. 1256 CC» (*Comentarios al Código Civil español*, cit., pp. 598-599).

²⁹³ Por ejemplo, una declaración en la oferta en la que se urge al destinatario a aceptar en los próximos 3 días, en atención a la elevada contratación del producto en cuestión, añadiendo que después de esa fecha probablemente no podrá contratar no puede llevarnos a pensar que la oferta tiene eficacia vinculante durante los tres días a que hace referencia.

²⁹⁴ *Supra* 7.3.

²⁹⁵ *Vid.*, por todos, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil*, II, 2012, p. 237.

²⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 342-343. Expresamente, el art. 522-7.3 Propuesta Asociación de Profesores de Derecho civil.

²⁹⁷ *Infra* IX.

²⁹⁸ Una luminosa presentación de las diversas tesis doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de la oferta con cláusula de irrevocabilidad en MENÉNDEZ MATO, J., C., *La oferta contractual*, cit., pp. 190-196.

feccionar el contrato con su sola aceptación²⁹⁹. Esta aproximación quizá soslaye que la formación del contrato nunca se basa en la sola declaración de aceptación por el destinatario, sino en las declaraciones de las dos partes –oferente, primero, y aceptante, después. También puede que se valga de una ampliación desmesurada del concepto de «derecho potestativo»³⁰⁰.

En mi opinión, la clasificación de una oferta irrevocable como negocio jurídico unilateral depende del concepto de negocio jurídico que se maneje, bien amplio, bien más restringido. En efecto, si por negocio jurídico consideramos la voluntad que, por sí misma, crea algún tipo de efectos jurídicos, parece obvio que toda oferta (y con más razón la que expresa que es irrevocable) que llega al destinatario los crea mínimamente: en caso de ser aceptada antes de la revocación, se produce el concurso de voluntades y se forma el contrato³⁰¹. Ahora bien, si nuestro concepto de negocio jurídico es más estricto, tengo mis dudas sobre si es posible vestir a la oferta autoproclamada como irrevocable de negocio jurídico unilateral³⁰².

2. Parece que la renuncia expresa del oferente a revocar su oferta –lejos de responder a un negocio jurídico unilateral– simplemente busca dotar de mayor seguridad al destinatario³⁰³, que contará con un elemento de mayor certidumbre y podrá aprovechar el tiempo de vigencia de la oferta³⁰⁴ en adoptar una decisión. Además, la inclusión de una cláusula de irrevocabilidad puede atender al interés del propio oferente en contratar cuanto antes, advirtiendo al otro de la firmeza de sus intenciones.

²⁹⁹ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 343.

³⁰⁰ Federico DE CASTRO y BRAVO criticó el empeño doctrinal en dar título de derecho subjetivo especial y en señalar sus peculiares caracteres a una serie confusa de poderes jurídicos. Para este autor, estos derechos (conocidos hoy como potestativos) comprendían facultades inconcretas, derivadas algunas de la capacidad jurídica y otras de la potestad de hacer negocios jurídicos o capacidad negocial. Bajo estos se situaba –a su parecer– el derecho a aceptar la oferta contractual. Lo que ocurría es que el poder de aceptar no era sino un reflejo de la capacidad de obrar, en su aspecto negocial o de autonomía de la voluntad; y ello llevó a DE CASTRO y BRAVO a sostener que una desmesurada ampliación de este tipo de derechos conducía a desnaturalizar el concepto de derecho subjetivo. (*Derecho Civil de España*, Parte General, 2.ª ed., 1949, pp. 603 y ss.). En similar sentido, GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 1262», cit., p. 83.

³⁰¹ *Supra* I [2].

³⁰² El concepto de negocio jurídico que manejaba Federico DE CASTRO y BRAVO es restringido. Para este autor, el Derecho considera «negocio jurídico» a «la declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base solo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos». Este concepto de negocio jurídico excluye de su condición otras realidades a las que le son de aplicación otras reglas (*El negocio jurídico*, 1967, §§ 33-35, pp. 34-35).

³⁰³ Al final, pero todavía dentro de una fase –la precontractual– sobre la que se cimentará el futuro desarrollo de la relación jurídica programada.

³⁰⁴ *Supra* 7.2 y 7.3.

8.1.2 La voluntad unilateral como fuente de obligaciones y la oferta vinculante

1. Que la voluntad unilateral no es, en general, fuente de las obligaciones se reconoce, en Derecho español, desde De Castro³⁰⁵; fuera de determinados casos como la promesa pública de recompensa. Ello no ha impedido, aun así, que la oferta vinculante permaneciese ajena del debate sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones³⁰⁶. La doctrina española ha rechazado que la oferta vinculante admita ser considerada como voluntad unilateral productora de obligaciones, pues los efectos obligacionales que pudiere tener solo se producen cuando concurre con la aceptación, no por sí sola³⁰⁷.

Igualmente, en el plano jurisprudencial³⁰⁸, muchas resoluciones adolecen precisamente de un error de principio, por cuanto aquellas que han considerado que la oferta vinculante constituía un ejemplo de voluntad unilateral como fuente de obligación lo han hecho en casos donde existía una oferta ya aceptada por el destinatario³⁰⁹. Pero, en ese caso, resulta que la obligación jurídica no bebe ya de la voluntad unilateral incorporada en la oferta, sino más bien del contrato perfeccionado por el concurso entre esta y la aceptación³¹⁰.

³⁰⁵ Para DE CASTRO y BRAVO, la voluntad unilateral no podía ser considerada en sí misma fuente de obligaciones, fuera de los casos legalmente previstos. Por ejemplo, en las donaciones por razón de matrimonio el art. 1330 CC, en su redacción anterior a la modificación del Código Civil (Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio), decía que «no es necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones». En el resto de los casos, la eficacia obligacional de la declaración unilateral solo acontece –en su opinión– una vez se acepta («Declaración unilateral de voluntad. STS 17 octubre 1975», *ADC*, 1977-I, pp. 200-205).

Por otro lado, el art. 1093 PMCC considera a la promesa pública de recompensa fuente de obligaciones, si se realiza la conducta, se produce el resultado o se está en la situación contemplada. Para un estudio sobre la promesa pública de recompensa en el marco del moderno Derecho de obligación, véase ALONSO PÉREZ, «La promesa pública y unilateral de prestación de recompensa y la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2018-I, pp. 95-106.

³⁰⁶ Vid. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, p. 199.

³⁰⁷ PÉREZ GONZÁLEZ / ALGUER, en ENNECERUS / KIPP / WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, cit., pp. 262-263; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», cit., p. 200; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, cit., p. 302; ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Estudios de Derecho Privado*, I, 1948, p. 200 y 204; DURANY PICH, *La formación del contrato*, cit., 1993, pp. 15-17; DURANY PICH, «Oferta, consensualidad y voluntad unilateral en el contrato de seguro», *ADC*, 1990-IV, p. 1330).

³⁰⁸ En la jurisprudencia española no se adivina una línea lo suficientemente clara como para poder afirmar que la voluntad unilateral es fuente de las obligaciones. ALBALADEJO GARCÍA llega a decir: que el tratamiento jurisprudencial de la cuestión ha sido confuso y contradictorio, sin que, por lo demás, nunca el fallo haya dependido de semejante aspecto (*Derecho Civil*, cit., p. 296).

³⁰⁹ Vid. DE CASTRO y BRAVO, «Declaración unilateral de voluntad. STS 17 octubre 1975», cit., p. 205; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, cit., p. 301.

³¹⁰ En la STS 5.5.1958 (Pte. De la Cruz Díaz, RJ 1958/1714) se dice que una declaración unilateral de voluntad constituida por una promesa, posteriormente aceptada, deviene obligatoria para el oferente, lo cual no es sino enunciar que los contratos perfeccionados obligan a las partes (CDO 3.º).

2. Cuestión distinta parece ser la supuesta obligación de no revocar en que incurriría el emisor de una oferta vinculante. Es decir, no me refiero ahora a la obligación que produciría la propia oferta si se le atribuyese la cualidad de ser fuente de obligaciones, sino a la supuesta obligación (más simple) de no revocar la oferta durante la vigencia. ¿Es esto una obligación? A mi juicio, no. Siguiendo a Moreno Quesada, la renuncia a la facultad de revocar no produce *obligación* alguna a cargo del oferente, sino que lo que provoca es la desaparición del derecho de revocar como resultado de la renuncia al mismo³¹¹. Pero esto es otra cosa. Una oferta considerada como vinculante comporta que el oferente no puede en principio revocarla. Y, si la revoca, el destinatario puede aceptar y perfeccionar el contrato con las consecuencias que luego estudiaremos³¹². Ello no tiene que ver con la eficacia obligacional del contrato, pues para que la imposibilidad de revocar tuviese carácter obligacional haría falta, desde luego, la aceptación del destinatario; lo que nos conduce al contrato de opción. Bajo mi óptica, la vinculación a la oferta vinculante es distinta a la vinculación al contrato, tal y como pone de relieve Larenz, para el Derecho alemán (*supra* 4.2 [1]).

8.1.3 Conclusión parcial

Ni los negocios jurídicos unilaterales ni la voluntad unilateral como fuente de obligaciones son aproximaciones adecuadas para la oferta que incorpora una cláusula con renuncia expresa a la facultad de revocación. Encorsetar a la oferta vinculante en una categoría jurídica creo que enturbia, si de ello no se extraen consecuencias prácticas. Se trata, más bien, de determinar cuándo el ordenamiento atribuye eficacia vinculante a la oferta y qué consecuencias asigna a su revocación.

Acabamos de ver que, en algunos casos, la eficacia vinculante de la oferta vendrá expresamente incluida en ella, mediante diversas fórmulas³¹³. Junto a esta posibilidad existen otras, de las que me ocupo en los siguientes apartados.

8.2 LA CONFIANZA PRODUCTORA DE EFICACIA VINCULANTE

1. Otras veces, la oferta puede adquirir eficacia vinculante en virtud de la confianza del destinatario. Conviene, sin embargo, perfilar

³¹¹ MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., p. 192.

³¹² *Infra* IX.

³¹³ *Supra* 8.1.

con cautela los casos en que ello puede suceder, pues se está atribuyendo eficacia vinculante a una oferta, no por la voluntad del oferente, sino por la *reacción que la misma suscita en el destinatario*. Es decir, en estos casos, nos separamos de la sola declaración de voluntad del oferente para pasar a tener en cuenta más factores. Resulta también importante destacar que aquí la oferta deja de responder a la dinámica tradicional que preside el artículo 1262 CC, insertándose en una relación precontractual más compleja, y que muchas veces supone la respuesta a una previa invitación a ofrecer del destinatario; invitación que recoge los móviles o motivos del destinatario, que el oferente conoce.

2. El Código Civil español no reconoce la posibilidad de que una oferta adquiera eficacia vinculante debido a la confianza, cosa que sí hace la PMCC³¹⁴. Nuestra mejor doctrina, sin embargo, sí se ha hecho eco de la posibilidad. Así, L. Díez-Picazo dedica en sus *Fundamentos* un apartado a la «irrevocabilidad de la oferta nacida de la confianza», donde, sin duda, recoge las mejores aportaciones al hilo del artículo 16.2.b CISG³¹⁵. Con todo, L. Díez-Picazo no profundiza en grado de confianza necesario para que la oferta se convierta en irrevocable o vinculante; tampoco se detiene en aclarar si la revocación tiene que haber provocado un daño al destinatario para que la oferta pueda ser considerada vinculante, aunque pareciera admitir que sí³¹⁶.

3. En el presente apartado me ocuparé (i) de la confianza del destinatario; (ii) de la necesidad de un patrón para determinar un *umbral de confianza* que nos diferencie unos casos de otros; y (iii) de si se precisa que la revocación irroque un daño al destinatario de la oferta para atribuir eficacia vinculante a la misma. Todo ello a los efectos de perfilar mejor cuándo la oferta es vinculante, debido a la confianza del destinatario.

8.2.1 La confianza del destinatario

1. Debe partirse de que la simple confianza del destinatario no crea, por sí sola y aisladamente considerada, vinculación a la oferta³¹⁷. Antes bien, se trata de la confianza provocada por las pro-

³¹⁴ *Supra* 7.4.

³¹⁵ *Supra* 6.1. Díez-Picazo pone, como ejemplo paradigmático, el propuesto en su día por HONNOLD (*supra* 6.1.1 [3]) y desarrollado con profusión en el Derecho estadounidense para contratos de obra (*supra* 2.2.2). (*Fundamentos...*, cit., pp. 344-345).

³¹⁶ Díez-Picazo sostiene: «El daño que el constructor *experimentaría* si tuviera que proceder a una nueva contratación de los materiales a precios que pueden ser significativamente distintos, es un daño que no tiene por qué soportar» (*Fundamentos...*, cit., p. 345).

³¹⁷ Debo advertir que la confianza a que hago referencia en este apartado no se corresponde con el interés de confianza o interés negativo, como medida de la responsabilidad precontractual. El denominado interés de la confianza lo trato más adelante, al estudiar la responsabilidad del oferente (*infra* 9.1).

pias actuaciones del oferente³¹⁸, que además se debe traducir en una concreta actuación (u omisión) del destinatario.

2. En efecto, cuando existe una confianza del destinatario, esta confianza se exterioriza en una concreta actuación suya, que a su vez atiende a una previa declaración del oferente. La cuestión estriba en que, antes de todo ello, habrá existido un período en el que el destinatario tuviese que adoptar una posición activa a modo de «invitación a ofrecer»³¹⁹. Con esa «invitación», el destinatario transmite al oferente información sobre sus intereses, móviles o motivos; y el oferente formula su oferta. Por esta razón, creo que en ese momento surge una especie de preasignación de riesgos entre los implicados; preasignación que hay que tener en cuenta a la hora de evaluar, después, la confianza del destinatario. La explicación está en que, sin esa previa asignación de riesgos, no cabe evaluar en su totalidad la posterior actuación del destinatario, teóricamente confiando en la oferta formulada. Por eso, como han apuntado algunos, autores la confianza del destinatario debe suscitarse en relación con la actuación del oferente (formulación de la oferta), pero *de forma objetiva*³²⁰.

Por ejemplo, una simple oferta en la que el destinatario *confía en exceso* con base en diferentes causas (el prestigio del oferente, su solvencia o la aparente seriedad de que goza en el mercado, por ejemplo) no parece que pueda adquirir eficacia vinculante. No ha habido una preasignación de riesgos que nos permita objetivar luego la confianza, que solo se manifiesta de forma subjetiva y unilateral en el destinatario. Si una confianza así pudiese fundar la vinculación, la inseguridad jurídica sería enorme³²¹.

3. Y, como vimos en la CISG³²², la actuación del destinatario de la oferta confiando en esta –además de fundarse en la actuación del oferente previa, fruto de esa preasignación de ries-

³¹⁸ *Supra* 6.6.

³¹⁹ Así, en los contratos de obra analizados al hilo del Derecho estadounidense (*supra* 2.2.2.2), el destinatario (contratista) se dirigía primero al oferente (suministrador o subcontratista) y le solicitaba que le remitiese una oferta, que después utilizaría (o no) para la confección de la suya propia en la licitación del contrato de obra).

³²⁰ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 344; MARTÍNEZ GALLEGO, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, 2000, p. 69; CUADRADO PÉREZ, «La formación del contrato...», cit., p. 225.

³²¹ En contratos de obra, para valorar la confianza generadora de vinculación, en Derecho estadounidense se atendía a factores como (i) el porcentaje de obra que el subcontratista oferente realizará sobre el total de la obra; (ii) la intensidad de los tratos previos a la oferta; (iii) el número de ofertas de subcontratistas manejadas por el contratista destinatario (amenaza del «*bid shopping*»); (iv) el lapso entre la formulación de la oferta y la adjudicación de la obra al contratista. El contexto es, en suma, muy importante para calificar la oferta como vinculante en virtud de la confianza (GOLDBERG, «Traynor (Drennan) v. Hand (Baird)...», cit., p. 550).

³²² *Supra* 6.1.

gos— ha de ser concreta y no ambigua, y puede consistir en una omisión (por ejemplo, abstenerse de contratar con otro proveedor o cliente).

4. El análisis anterior sirve para definir mejor en qué debe basarse la confianza potencialmente generadora de irrevocabilidad en la oferta. Sin embargo, no basta para resolver los supuestos donde la confianza del destinatario responde al esquema expuesto (que he denominado de previa asignación de riesgos entre los implicados), pero la oferta formulada contiene un error (error que comete el oferente), que determina su revocación posterior. Por eso, se hace necesario establecer las bases que ayuden a fijar un umbral de confianza, a partir del cual el destinatario de la oferta merece protección.

8.2.2 La valoración de la confianza merecedora de protección en los casos de error del oferente al formular su oferta

1. Como vimos al analizar el Derecho estadounidense³²³, surgen problemas cuando el oferente comete un error en la elaboración de su oferta, el destinatario confía en la oferta errada y actúa en atención a esta (por ejemplo, la utiliza en una licitación). Urge entonces determinar qué grado de error del oferente permite al destinatario tener la oferta por seria o, por mejor decir, cuál es el *grado de confianza susceptible de protección* para que la oferta tenga eficacia vinculante. Habrá casos donde, por ser tan burdo el error cometido por el oferente, la confianza del destinatario no sea merecedora de protección y, en consecuencia, no permita considerar vinculante la oferta³²⁴.

A priori, el error del oferente al formular su oferta puede consistir, bien en ofrecer realizar la prestación a un precio que no responde a su estructura de costes reales (se ha omitido recoger algún coste que encarecería al oferta), bien en ofrecer realizar la prestación a un precio en cuyo cómputo se ha soslayado alguna tarea concreta que, de incluirse, lo elevaría³²⁵.

2. Para valorar el grado de confianza del destinatario merecedor de protección, se ha acudido al estándar del hombre medio. Así, L. Díez-Picazo se mostró partidario de tener en cuenta lo que ocurriría con personas actuando con una diligencia media, a efectos de evaluar si la confianza del destinatario resulta objetivamente

³²³ *Supra* 2.2.2.

³²⁴ *Supra* 2.2.2.3 [3.3], cuando me referí al caso *Drennan v Star Paving & Co.*

³²⁵ En Derecho alemán, como vimos, se planteaban problemas similares; *supra* 4.3.2.

relevante³²⁶. Esta aproximación, aunque acertada, no me parece del todo completa. Tal vez el problema admita observarse mejor desde la perspectiva del oferente (que es, además, quien se equivoca), y no solo desde la perspectiva del destinatario que «confía».

3. En este sentido, el error en los contratos puede ayudar a trazar un dibujo más completo, pues como es sabido atiende a los intereses de ambas partes implicadas. Ahora bien, primero se ha de determinar qué manifestación del error encaja mejor en nuestro supuesto.

4. En Derecho español, existe el denominado error *de cuenta*. El artículo 1266 III CC dispone que «*el simple error de cuenta solo dará lugar a su corrección*». El error de cuenta es el que se produce en las operaciones de cálculo³²⁷. Este tipo de error podría emplearse para medir la confianza de un destinatario ante una oferta errada. Ahora bien, el simple error de cuenta tiene como presupuesto la previa fijación del precio (por ejemplo, el precio de la finca total se fija a razón de una cantidad de dinero por hectáreas³²⁸). Por este motivo, no parece encajar bien en el supuesto de hecho del oferente que determina erróneamente el precio de su oferta (de suministro en un contrato de obra, pongamos por caso), ya que ese cálculo equivocado del oferente afecta y altera uno de los elementos esenciales de la organización contractual de intereses del contrato proyectado con la oferta³²⁹. El recurso al error de cuenta cobraría sentido solo si el error del oferente, al formular su oferta, fuese estrictamente aritmético, es decir, se ofrece a un precio que responde a una errada suma de los costes que la propia oferta recoge. Más allá, creo que el error de cuenta no alcanza para solventar aquellos supuestos donde la equivocación del oferente no responde a errores simplemente aritméticos (por ejemplo, una multiplicación o una suma), como los planteados.

5. Tal vez el *error en la declaración de voluntad* constituya un mejor patrón para la cuestión que nos atañe.

Como es sabido, en este caso, la invocación del error está supeditada a la protección de la confianza de la parte que no lo sufre³³⁰, toda vez que la voluntad declarada, aunque creada por un sujeto, debe ser armonizada con el resto de los intereses en juego³³¹. La oferta de contrato que contiene un error en la deter-

³²⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 344.

³²⁷ MORALES MORENO, «Artículo 1266» en ALBALADEJO GARCÍA / DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, Vol. 1.º-B, 1993, p. 275.

³²⁸ MORALES MORENO, *El error en los contratos*, 1988, p. 181.

³²⁹ MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., p. 183.

³³⁰ O que lo sufre, atribuyendo a lo dicho o hecho un valor que no tiene, si asumimos la tesis de DE CASTRO y BRAVO (*El negocio jurídico*, cit., § 151, p. 122).

³³¹ MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., p. 120.

minación del precio parece que puede encauzarse mejor a través del error en la declaración de voluntad, entendido como discordancia entre lo querido y lo declarado por quien la emite. En efecto, el error del oferente, al calcular el precio de la cosa ofertada, puede equipararse a una falta de conciencia entre lo verdaderamente querido (ofrecer al precio que responde a su estructura de costes en relación con el contrato proyectado, o al precio que ciertamente refleja las prestaciones incluidas en el contrato proyectado con la oferta) y lo declarado (ofrecer al precio resultante de omitir partidas de costes reales o tareas concretas incluidas, lo que redundaría a la baja en el precio). A fin de no inducir a confusión, conviene aclarar que, en el supuesto planteado, el oferente se equivoca al formular su oferta, no por un error aritmético, sino porque calcula mal sus costes (que son esos, en todo caso) o porque soslaya incluir en el cálculo de los mismos una prestación a la realmente se comprometería, de celebrarse el contrato. Por eso, me parece adecuado canalizar la cuestión por la vía del error en la declaración de voluntad.

Debe tenerse presente que un error en la declaración de voluntad *puede* provocar un desajuste económico severo en el contrato proyectado con la oferta, ya que, si no se concede relevancia al error del oferente, se protege la confianza del destinatario. En ese caso, la oferta podría ser considerada irrevocable en atención a la confianza y podría terminar en la perfección de un contrato muy desequilibrado para el oferente, que se equivocó³³². En otros casos, por el contrario, apreciar el error en la declaración *puede* ser compatible con una justa organización de los intereses en juego³³³. Dependerá del caso. En este sentido, Morales Moreno ha llamado oportunamente la atención sobre «*el elevado coste que para el oferente puede suponer mantener su oferta equivocada*», a la hora de valorar las circunstancias económicas subyacentes a la decisión de proteger a una u otra parte³³⁴.

Creo que la doctrina del error en la declaración constituye un punto de encuadre apropiado para los casos en que el oferente se equivoca al formular su oferta y esa equivocación puede suscitar una confianza del destinatario susceptible de convertir la oferta en vinculante. El error en la declaración tiene en cuenta, de un lado, la confianza del destinatario de la oferta y la propia responsabilidad

³³² En ese caso, la revocación del oferente se canalizaría en responsabilidad contractual; *infra* 9.4.

³³³ MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., p. 119.

³³⁴ MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., p. 120.

del emisor de la oferta³³⁵; pero, de otro, también considera los intereses del oferente que yerra³³⁶. Así, se llega a una mejor ponderación de los intereses implicados, que no son solo los del destinatario. Asimismo, el error en la declaración del oferente nos permite denegar la protección al destinatario, por razón de su confianza, cuando pudo precisamente haber evitado depositarla en la oferta mediante el empleo de una mínima diligencia, teniendo en cuenta su condición³³⁷. De este modo, puede construirse un umbral para la confianza.

En suma, el oferente que comete un error en el precio al emitir su oferta de contrato –en la que se dan las circunstancias expuestas antes³³⁸– podrá «anular» su declaración de voluntad (*rectius*, revocar su oferta), si la confianza del destinatario –traducida, insisto, en una determinada actuación u omisión³³⁹– no es protegible. En ese caso, puede decirse que la confianza no alcanza para considerar la oferta como irrevocable o vinculante. Y la confianza del destinatario no será protegible, según lo veo, cuando el contrato proyectado con la oferta resulte absolutamente desequilibrado para el oferente, como consecuencia de su error (oferente convertido en deudor tras la aceptación). De ser así, la protección de la confianza del destinatario debe ceder, pues cabrá presumir que conoció o debió haber conocido que la oferta era errada.

En el caso de que el oferente pueda revocar su oferta vinculante, por error en su declaración de voluntad, cabe preguntarse si sería pertinente permitir, en Derecho español, una indemnización por daño a la confianza del destinatario, similar a la contenida en el § 122.2 BGB³⁴⁰. No obstante, parece difícil cohonestar, *lex data* en nuestro Derecho, la admisión de la impugnación de la declaración de voluntad (por el oferente, en este caso) con la protección del interés de la confianza de la otra parte (el destinatario)³⁴¹.

³³⁵ DE CASTRO y BRAVO, *El negocio jurídico*, § 152, p. 122 y § 161, p. 126; MORALES MORENO, *Glosas sobre la doctrina del error de Federico de Castro*, en Díez-PICAZO (Dir.), *Glosas sobre Federico de Castro*, 2015, p. 326.

³³⁶ Tal confianza será protegible en algunos casos, mientras que en otros no lo será. Entran aquí en juego los límites de la protección de la confianza. Dentro de ellos, creo que la confianza del destinatario de la oferta no merecerá protección, cuando se aprecie nítidamente que la declaración de voluntad en que se concreta la oferta dará lugar –si concurre aceptación por su parte– a un contrato claramente lesivo para el oferente (convertido en deudor con la aceptación), que desvirtúe la equivalencia de las prestaciones (*vid.* MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., pp. 129-130).

³³⁷ *Vid.* MORALES MORENO, «Art. 1266», cit., pp. 275 y ss.

³³⁸ *Supra* 8.2.1.

³³⁹ *Supra* 8.1.1.

³⁴⁰ Precepto que, si se recuerda (*supra* 4.3.2), prevé la posibilidad de indemnizar al contratante, que no sufre el error, por daño a la confianza, cuando el contrato ha sido anulado, salvo que conociese la anulabilidad, o, por negligencia, no la hubiese conocido.

³⁴¹ Lo rechaza, con buenos argumentos, MORALES MORENO, *El error en los contratos*, cit., p. 125. DE CASTRO y BRAVO pareció sugerir, sin aludir al sistema alemán, la responsabilidad negocial por defectuosa declaración concretada, bien en la indemnización del

En cualquier caso, se debe proceder con cautela al evaluar si la oferta es irrevocable o no, es decir, si, ante el error del oferente, la confianza del destinatario merece o no protección. Ello para evitar penalizar al destinatario permitiendo al oferente la «anulación» de su declaración de voluntad (esto es, revocar la oferta). Y es que el destinatario se encuentra con la (legítima) posibilidad de comprar más barato o vender más caro, salvo que se diga que el Derecho no permite nunca realizar buenos negocios.

8.2.3 El daño como requisito de la irrevocabilidad por razón de la confianza

1. Para proteger al destinatario, el Derecho estadounidense exige que la revocación de la oferta tiene que haber irrogado un daño al destinatario («*detrimental reliance*»³⁴²). La cuestión es si en Derecho español debe aplicarse también este requisito o si, por el contrario, debemos prescindir de él³⁴³.

2. A mi juicio, la construcción de la eficacia vinculante de la oferta, por mor de la confianza del destinatario, debe exigir también que la revocación de esta haya irrogado un daño al destinatario. Una vez se admite que no es la confianza aislada del destinatario la que produce vinculación, sino la confianza puesta en relación con la actuación del oferente y que se traduce en una determinada acción u omisión (contractual, por ejemplo) del destinatario, debemos exigir que a esta acción u omisión le siga un daño concreto y efectivo. El daño, como tal, puede ser variado. Así, cabe pensar en el daño derivado de la contratación de seguros, suministros, almacenaje, garantías o, incluso, en la pérdida de otros negocios (cfr. art. 1899 CC). Ese daño será la constatación última de la eficacia vinculante de la oferta merced a la confianza del destinatario. Y es que perfectamente se puede pensar en una confianza del destinatario en el contenido de la oferta que siendo «sustancial y definitiva»³⁴⁴ y mereciendo protección (caso de error del oferente) no termine produciendo ningún daño al destinatario³⁴⁵. En ese caso, creo que una adecuada ponderación de intereses no puede

interés negativo de la parte que recibe la declaración (cuando el contrato se anula), bien en la celebración del contrato (*El negocio jurídico*, § 161, p. 126).

³⁴² *Supra* 2.2.2.2 [3].

³⁴³ Me remito aquí a las valoraciones realizadas al estudiar el art. 16.2.b CISG; *Supra* 6.1.1 [3].

³⁴⁴ *Supra* 2.2.2.3.

³⁴⁵ Porque, por ejemplo, el destinatario habría tenido que incurrir en un gasto igual de cualquier manera o porque –en los casos de contratos de obra– el contratista destinatario que vio defraudada su confianza pudo después procurarse, a un mejor precio, un bien o servicio igual o mejor que el ofrecido, gracias a los vaivenes del mercado.

llevar a considerar la oferta vinculante, por motivo de la confianza. La oferta vinculante derivada de la confianza debe exigir algo más.

Cierto es que la exigencia de un daño presupone una revocación y conduce a una valoración de la oferta *ex post a* su emisión. Pero es que la construcción de la eficacia vinculante de la oferta por la confianza ya exige de suyo valoraciones posteriores a la propia emisión.

8.2.4 Recapitulación y aproximaciones

1. Puede concluirse, que para que una oferta adquiera eficacia vinculante en virtud de la confianza del destinatario se precisen los siguientes elementos. En primer lugar, un comportamiento activo inicial del destinatario con el que se transmita información y pueda surgir una suerte de preasignación de riesgos. Tras ello, una confianza del destinatario de la oferta, que tiene que ponerse en relación con la propia oferta y que debe concretarse en una determinada actuación u omisión suya. No cabe la confianza aislada, subjetiva o abstracta. En tercer lugar, dicha confianza debe ser merecedora de protección, lo que no sucede en los casos en que la oferta contiene un error burdo, que pudo ser detectado por el destinatario. La figura del error en la declaración de voluntad juega aquí un importante papel ponderador de intereses. Finalmente, la revocación debe haber producido un *daño efectivo* al destinatario; y creo que nos acompañan buenas razones de índole práctica y de seguridad jurídica para incorporar este requisito a la interpretación de cualquier precepto que incorpore una regla similar a la del artículo 16.2.b CISG.

Debe advertirse que la responsabilidad por revocación del oferente no se deriva del daño irrogado a la confianza. La producción de un daño es lo que permite finalmente considerar que la oferta es vinculante (cuando además se han cumplido el resto de los requisitos) pero no es lo que fundamenta, en última instancia, la responsabilidad indemnizatoria de que pueda ser acreedor el destinatario³⁴⁶.

2. En los casos estadounidenses sobre contratos de obra, la doctrina diferenciaba entre supuestos donde el dueño era una administración pública y donde no³⁴⁷. Quizás esta aproximación tenga alguna utilidad para el Derecho español. Aquí, el interés de la Administración pública, como dueño de la obra, parece situarse por encima del resto de intereses³⁴⁸. Por esta razón, podría tener

³⁴⁶ *Infra* 9.4

³⁴⁷ *Supra* 2.2.2.4 [4].

³⁴⁸ Así, en la contratación con el sector público la existencia de subcontratistas es tenida en cuenta por la Administración *ab initio* en la licitación (art. 227.2 LCSP 2017), a pesar de la incomunicación entre el dueño (Administración) y el subcontratista.

más sentido una mayor protección de la confianza del destinatario contratista en supuestos de licitaciones públicas; frente a los casos donde el dueño es una empresa privada (aquí el ordenamiento no parece tener tan clara su ponderación)³⁴⁹.

8.3 LAS OFERTAS VINCULANTES POR CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DEL OFERENTE. EL *CONFIRMING*

1. Una oferta puede tener eficacia vinculante cuando su formulación responde al cumplimiento de una obligación contractual del oferente, inserta en una relación contractual más amplia³⁵⁰.

2. Un supuesto práctico donde puede apreciarse la existencia de este tipo de ofertas vinculantes en el tráfico es el «*confirming*»³⁵¹. En él, la empresa cliente remite las facturas a la entidad financiera

³⁴⁹ Ello se aprecia, por ejemplo, en la existencia de *acción directa* del subcontratista frente al contratista. En el ámbito privado, el art. 1.597 CC permite la acción directa hasta el límite de la cantidad que el dueño adeude al contratista. Por el contrario, en la contratación administrativa los subcontratistas no tienen, en ningún caso (desde 2011), acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos (art. 227.8 LCSP 2017). Con estos mimbres, blindar al dueño frente a la acción directa implica una ponderación favorable a sus intereses, desde un punto de vista de política legislativa. Semejante ponderación contribuirá a que las ofertas de los subcontratistas hacia los contratistas sean vinculantes o, por mejor decir, a que se sea más laxo a la hora de apreciar la vinculación derivada de la confianza. A contrario, si se permite la acción directa, la ponderación de intereses es más difusa y, con ello, parecería tener más sentido una mayor exigencia a la hora de calificar a la oferta del subcontratista como vinculante.

Como fuere, la supresión de la acción directa del subcontratista frente a la Administración ha sido recientemente matizada por influjo de la Directiva 2014/24/UE; y es que la disposición adicional 51.^a LCSP 2017 prevé la posibilidad de que el órgano de contratación prevea en los pliegos de cláusulas administrativas la realización de pagos directos a los subcontratistas. Para una interpretación de esta disposición adicional *vid.* CARRASCO PERERA, «Acción directa y pagos directos en la subcontratación de obras públicas», *Análisis GA&P*, marzo 2018.

Hay que advertir también que, en el ámbito de la contratación pública, los subcontratistas solo quedan obligados ante el contratista principal que asume, en consecuencia, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración con estricto arreglo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares / documento descriptivo y a los términos del contrato; ello sin que el conocimiento por la Administración del hecho de la subcontratación altere la responsabilidad exclusiva del contratista principal (art. 227.4 LCSP 2017).

En el ámbito concursal, el art. 50 LC ha suspendido (tras la modificación operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre) la acción directa del subcontratista desde la declaración del concurso hasta su conclusión.

³⁵⁰ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 212-213.

³⁵¹ Se trata del «*contrato de gestión de pagos a proveedores*» o «*gestión financiera de compromisos de pago*» regulado por las normas de la comisión mercantil (arts. 244 a 280 CCom.) que se concierta entre una empresa de gran facturación (cliente) y una entidad de crédito para la gestión y administración de los pagos que la empresa tiene que efectuar (no para cederle los créditos a la entidad, salvo pacto expreso).

para que efectúe (anticipe) el pago a sus proveedores, emitiendo el banco la *oferta de descuento y anticipo* al acreedor del cliente. Con esta oferta y la subsiguiente aceptación del acreedor, surge una segunda relación contractual entre la entidad financiera y el tercero acreedor, en cuya virtud se aplica un descuento y anticipo de la factura, con unas determinadas condiciones, en las que puede participar o no la empresa cliente del «*confirming*»³⁵². Como se ve, la emisión por el banco de la oferta de anticipo y descuento responde al cumplimiento de la obligación contractual previa que la entidad financiera ha contraído con el cliente. La litigiosidad derivada de la *oferta de anticipo y descuento* no es infrecuente y en muchos casos se debe a su revocación por la entidad financiera³⁵³.

3. Conviene advertir que la oferta de anticipo y descuento no comporta solo obligaciones para la entidad financiera. Si el acreedor o proveedor del cliente acepta la oferta, se le carga una comisión a cambio del anticipo de su factura. Además, salvo que sea sin recurso pactado expresamente, el «*confirming*» no garantiza el pago. El banco no actúa como fiador o garante del pago, sino como gestor de este. Por ello, no puede decirse que la oferta de anticipo y descuento sea vinculante debido a que solo el banco asume obligaciones. La vinculación a la oferta se desprende de que se emite en cumplimiento de una previa obligación contractual del banco oferente.

8.4 LA OFERTA QUE SOLO CONTIENE OBLIGACIONES PARA UNA PARTE

1. El artículo 1333 CC italiano recoge la oferta vinculante *ex lege* para cuando, en el contrato, solo asume obligaciones el oferente, de modo que el contrato se entiende celebrado salvo que el destinatario la rechace³⁵⁴. Entre nosotros, Parra Lucán ha apuntado que el régimen de la oferta y la aceptación está elaborado con la

³⁵² De este modo, existen dos relaciones jurídicas diferenciadas, una, entre el cliente y la entidad financiera, por la que aquél encomienda a ésta la gestión de los pagos que tiene que efectuar a sus proveedores –garantizando a éstos o no, según se haya convenido con el cliente, el cobro del importe de la factura–; y otra, entre la mencionada entidad y los proveedores, cuyo contenido depende en gran medida de la modalidad y características del contrato antecedente de gestión.

³⁵³ SSAP Madrid (Secc. 12.ª) 10.4.2014 (Pte. Romero Suárez, JUR 2014/158042), Madrid (Secc. 13.ª) 28.6.2013 (Pte. Romero Suárez, JUR 2013/273908), Asturias (Secc. 5.ª) 17.12.2014 (Pte. Pueyo Mateo, JUR 2014/262381), o Ciudad Real (Secc. 1.ª) 20.4.2012 (Pte. Astray Chacón, JUR 2012/182167). Con todo, la jurisprudencia no ha reconocido abiertamente la eficacia vinculante de esta clase de ofertas en el «*confirming*».

³⁵⁴ Vid. CUADRADO PÉREZ, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, 2003, p. 124.

mira puesta en contratos de los que surgen obligaciones para ambas partes, y que, cuando se trata de contratos de los que únicamente nacerán obligaciones para una de las partes, no siempre se exige la aceptación del destinatario, que tiene interés al no quedar obligado³⁵⁵.

2. A propósito de lo anterior, se ha planteado la cuestión de la eficacia vinculante que ostentaría la (oferta de) fianza, toda vez que esta únicamente produce obligaciones para el oferente-fiador o, por mejor decir, tiene un carácter unilateralmente favorable para el acreedor³⁵⁶.

3. A mi juicio, el debate está mal enfocado. Veo difícil hablar de «oferta de fianza» en los casos en que el «ofrecimiento de fianza» viene exigido por un negocio previo celebrado, entre acreedor y deudor, en un contrato de préstamo (art. 1828 CC). En tal caso, más que de «oferta de fianza», creo que puede hablarse de constitución de la fianza por el fiador a favor del acreedor del contrato merced a un pacto preexistente³⁵⁷. Con la constitución de la fianza por el fiador no asistimos a un «ofrecimiento» propiamente dicho, sino a parte de la ejecución del contrato por el destinatario de la oferta de préstamo; realizada por un tercero. En efecto, lo que existe es un pacto entre el acreedor y el deudor por el que el deudor se compromete a buscar fiador (art. 1828 CC); la constitución de la fianza no es sino la manifestación del consentimiento del fiador; no olvidemos que tiene que consentir (art. 1254 CC)³⁵⁸. La fianza se constituye, no se ofrece su prestación, porque es accesoria (art. 1824 CC) y actúa como garantía personal de un contrato ya perfeccionado, que produce obligaciones. En ese contrato –pongamos de préstamo– ya consta una voluntad emitida, la del acreedor, que se habrá dado, condicionando la concesión del préstamo a la prestación de fianza a su favor. Y, si esto es así, no tiene ya sentido hablar de eficacia vinculante de la oferta de fianza ni mucho menos de revocación de la misma.

4. Como fuere, y aun asumiendo que existe oferta u ofrecimiento de fianza, creo que surgen dudas sobre la eficacia vinculante de la supuesta oferta de fianza. En primer lugar, porque si la oferta de fianza se desprende del pacto previo entre acreedor y deudor,

³⁵⁵ PARRA LUCÁN, M. A., «La formación del contrato como proceso», en PARRA LUCÁN (Dir.), cit., p. 72. En el plano del *soft law*, LANDO/BEALE indican que «las promesas que no necesitan aceptación son irrevocables» (*Principios...*, cit., p. 231).

³⁵⁶ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 219.

³⁵⁷ Puede ser, incluso, que en la oferta de préstamo la entidad prestamista oferente haya supeditado el perfeccionamiento del contrato de préstamo a la constitución de una garantía personal, por un tercero fiador.

³⁵⁸ CARRASCO PERERA, «Comentario al art. 1823 del CC», en BERCOVITZ (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2009, p. 2081.

dor en el contrato (de préstamo, por ejemplo) y responde al cumplimiento de una obligación de ese contrato, no creo que nos acompañe ninguna razón para atribuir eficacia vinculante a la oferta. Esta supuesta oferta de fianza no se derivaría de una obligación contractual asumida por el oferente en una (otra) relación contractual más amplia³⁵⁹.

5. Sí cabe hablar de oferta vinculante de fianza –asumiendo la tesis de que se exige oferta de fianza, porque se exige también aceptación por el acreedor–, cuando la fianza se desprende de la existencia de un pacto entre fiador y deudor (no entre acreedor y deudor), por el que el primero se obliga a garantizar la deuda del segundo ante su acreedor³⁶⁰. Aquí, la emisión de la oferta de fianza sí respondería a una previa obligación del oferente fiador³⁶¹.

6. En la jurisprudencia, la STS 23.3.1988³⁶² consideró que la fianza convencional es un contrato consensual que se perfecciona por el concurso de la oferta y la aceptación. Esta sentencia ha sido merecedora de elogios³⁶³ y críticas³⁶⁴. Sin embargo, la STS 4.7.2017³⁶⁵ –en un caso de responsabilidad de la entidad de crédito *ex* artículo 1 Ley 57/1968³⁶⁶– casa la sentencia de la AP que aplicaba la precitada STS 23.3.1988 y consideraba insuficiente la simple alusión, en el contrato de compraventa, al compromiso de garantizar la devolución con cargo a la línea de aval que habría tenido abierta la promotora con la entidad bancaria demandada; exigiendo, por tanto, el consentimiento individualizado de los acreedores para constituir la garantía.

8.5 LA VENTA CON POSIBILIDAD DE PRUEBA

1. Una de las explicaciones de la venta a prueba (art. 1453 CC) ha sido considerar que constituye una oferta de venta que no puede

³⁵⁹ *Supra* 8.3. *Vid.* CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 212 y 213 (nota 51).

³⁶⁰ CARRASCO PERERA, «Comentario al art. 1823 del CC», cit., p. 2.081.

³⁶¹ En ambos casos presentados –es decir, de entenderse que existe oferta de fianza, ya sea vinculante o no– la aceptación de esta por el acreedor destinatario puede venir «por hechos concluyentes (v. gr. concediendo crédito al deudor) o, simplemente, no rechazando la oferta cuando ésta llegó a su conocimiento». Lo cual terminaría eximiendo al acreedor de manifestar su aceptación (CARRASCO PERERA, «Comentario al art. 1823 del CC», cit., p. 2.081).

³⁶² Pte. Fernández-Cid de Temes, RJ 1988/2422.

³⁶³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, 2003, p. 132.

³⁶⁴ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 219.

³⁶⁵ Pte. Parra Lucán, RJ 2017/3684.

³⁶⁶ Para el caso de incumplimiento de la promotora cuando no se llegó a extender aval individual. Se trata de la derogada Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas.

revocarse, mientras se prueba. En efecto, una interpretación teleológica del artículo 1453 CC condujo a De Castro a defender la existencia de la oferta de venta con posibilidad de prueba como oferta vinculante, cuya revocación originaría responsabilidad extracontractual³⁶⁷.

2. ¿Tiene sentido hablar de la oferta vinculante de venta con posibilidad de prueba que el oferente se compromete a mantener mientras el destinatario decide aceptar o no según la *degustatio* realizada? La respuesta depende, en mi opinión, del significado que se otorgue a la acepción «prueba». Si entendemos prueba en sentido objetivo, como posibilidad del destinatario de la oferta de realizar las comprobaciones y mediciones necesarias de la calidad expresa o tácitamente aceptada del producto en cuestión³⁶⁸, quizás sí quepa hablar de eficacia vinculante de esta oferta (cfr. art. 328 CCo). No cabe hacerlo, a mi juicio, si por prueba entendemos el que la cosa satisfaga subjetivamente al destinatario (salvo que así se diga expresamente). Pero esto no nos resuelve si la oferta con prueba es vinculante.

3. Creo que la concesión de posibilidad de prueba por el oferente no se diferencia mucho del problema del plazo en la oferta. Al final, la oferta con posibilidad de prueba equivale a la concesión de un plazo implícito necesario para realizar determinadas comprobaciones de calidad; la prueba exige cierto lapso temporal (piénsese en una máquina, cuyo buen funcionamiento objetivo debe evaluarse). Ya hemos visto que el plazo implícito no convierte, por sí mismo, a la oferta en vinculante, conforme a Derecho español³⁶⁹. Lo determinante, de nuevo, no será la posibilidad de prueba, sino interpretar la voluntad del oferente a efectos de perfeccionar, si quiso convertir su oferta en vinculante³⁷⁰.

4. La gran particularidad de la oferta de venta con prueba es que el destinatario recibe la cosa antes de que el contrato se haya perfeccionado, es decir, antes de su aceptación. Este hecho, quizás, sí sea un indicador de su eficacia vinculante. La razón sería que, aunque la cosa esté en poder del destinatario, el oferente (y eventual vendedor) sigue siendo propietario y asume el riesgo de su pérdida, pues a él le corresponderán los frutos de la cosa³⁷¹. Nótese que el artículo 1453 CC se remite a las reglas de la condición sus-

³⁶⁷ DE CASTRO y BRAVO, «La promesa de contrato», *ADC*, 1959-IV, p. 1160.

³⁶⁸ DE CASTRO y BRAVO, «La promesa de contrato», cit., p. 1160.

³⁶⁹ *Supra* 7.2 y 7.3.

³⁷⁰ El término «prueba» será, al igual que el plazo un elemento más de la declaración de voluntad del oferente que puede constituir un indicio (*supra* 7.3 y 8.1).

³⁷¹ *Vid.* CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (I)», *ADC*, 1987-IV, p. 1140. En contra de esta idea, Díez-Picazo, «La reorganización del sector azucarero y el derecho del comprador a los frutos de la cosa vendida», *ADC*, 2015-II, p. 597.

pensiva, donde el artículo 1120 CC asigna al vendedor los frutos del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. No me detendré sobre la conexión que puede existir entre eficacia vinculante de la oferta y atribución de frutos³⁷².

IX. LA RESPONSABILIDAD DEL OFERENTE POR LA REVOCACIÓN DE UNA OFERTA VINCULANTE

9.1 EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LOS LÍMITES DE LA IRREVOCABILIDAD

1. La importancia práctica de considerar una oferta como vinculante radica en determinar qué sucede cuando dicha oferta es revocada por el oferente durante el plazo de vigencia y antes de su aceptación. El objetivo del presente apartado es responder a dicho interrogante. Dicho de otro modo, la pregunta que se plantea es en qué se ha de traducir la vinculación a la oferta de contrato.

2. La noción de «irrevocabilidad», habitualmente ligada a la oferta vinculante, ha conducido tradicionalmente a la idea de que el remedio ofrecido por el ordenamiento al destinatario no es otro que considerar ineficaz la revocación, pudiendo este aceptar, perfeccionar el contrato y compeler al oferente a ejecutarlo en los términos de la oferta³⁷³, mediante la *pretensión de cumplimiento*.

3. A la anterior solución se contraponía igualmente la tradicional objeción teórica –o, más bien, el prejuicio dogmático³⁷⁴– de

³⁷² Por ejemplo, podría considerarse la oferta de compra o de venta de herencia en este sentido. El art. 1533 CC atribuye al comprador de la *herencia* los frutos de esta, desde antes del perfeccionamiento del contrato. Ello invita a pensar en la posible eficacia vinculante de una oferta de *compra* de una herencia. El oferente, cierto es, no obtiene una prestación aquí en el estricto sentido de *consideration* angloamericana por mantener su oferta. Ahora bien, la perfección del contrato le da derecho a los frutos, si no se ha pactado nada en contrario. Y siempre podría salvar su mayor vinculación a la oferta de compra mediante una declaración en contrario (art. 1533 *in fine* CC).

³⁷³ Esta parece ser hoy la solución más ampliamente considerada por la doctrina española. Así, ASÚA GONZÁLEZ, *Culpa in contrahendo...*, cit., p. 279; Díez-PICAZO, «Fundamentos...», p. 343; MORENO QUESADA, cit., p. 192; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual...*, p. 144; ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, II, p. 913. Se recoge expresamente en el art. 522-7.3 Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

³⁷⁴ El prejuicio dogmático, que no puede ser aceptado en nuestro sistema, consistente en pensar que el contrato tiene que corresponderse en todo caso con la voluntad real de las partes hasta el último momento que precede a su perfección; de tal suerte que el contrato no se perfeccionaría, si la declaración del oferente no se corresponde con su voluntad real. Ha criticado esta idea CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 210. *Vid.* también RODRÍGUEZ GUITIÁN, *La muerte del oferente...*, cit., p. 139).

que emitida la declaración de voluntad revocatoria decae todo encuentro posible entre voluntades, no cabiendo aceptación *ex* artículo 1262 CC³⁷⁵. En ese caso, excluida la posibilidad lógica de aceptar, solo quedaba la vía de la responsabilidad extracontractual por revocación de la oferta³⁷⁶.

4. Puede afirmarse que la eficacia vinculante de la oferta (irrevocabilidad) se ha asociado usualmente, bien con la ineficacia de la revocación, bien con la obligación de indemnizar por extemporaneidad en la revocación (responsabilidad extracontractual)³⁷⁷.

5. En este apartado, se defenderá una solución distinta de las dos anteriores, que parte de una realidad práctica, a mi juicio, innegable: la revocación de la oferta, mediante declaración de voluntad, puede producirse, por muy irrevocable que esta sea³⁷⁸. Como he adelantado, la noción de «irrevocabilidad» de la oferta, asociada a la vinculación, simplemente informa de que el destinatario puede aceptar, aunque se produzca una declaración de voluntad revocatoria. Nada más. La «irrevocabilidad» no constituye un remedio en sí mismo, sino simplemente el reflejo de la eficacia vinculante, que permite al destinatario aceptar. Considerar la «irrevocabilidad» como remedio responde a una concepción tradicional y estática de la oferta, desgajada de su relación con el contrato y su influencia en la configuración de este. Además, supone construir, desde el plano abstracto, una solución teórica a un problema práctico³⁷⁹. La «irrevocabilidad» o eficacia vinculante de la oferta abre la puerta a la aceptación del destinatario, pese a la revocación. Por eso, sostengo que la noción de «irrevocabilidad» constituye un punto de partida, no de llegada. A partir de ahí, se han de buscar remedios efectivos con los que la responsabilidad del oferente pueda ser canalizada. Tal como lo veo, el error está en asociar los conceptos «irrevocabilidad» o «eficacia vinculante de

³⁷⁵ GARCÍA RUBIO señala que esta visión, de indudable influencia francesa, obedecía al carácter personal e incoercible del consentimiento (*La responsabilidad precontractual...*, p. 144).

³⁷⁶ En Derecho español, se ha admitido esta solución para la oferta simple, es decir, la que no es vinculante o irrevocable (*vid.* ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *cit.*, p. 913; MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, *cit.*, pp. 223 y 233-235). Aun así, como se vio al analizar la oferta de venta con posibilidad de prueba, DE CASTRO y BRAVO parecía canalizar la revocación de una oferta de esta clase, a la que atribuía cierta eficacia vinculante, por la acción de daños del art. 1902 CC (*vid. supra* 8.6 [1]).

³⁷⁷ Así lo afirma la STSJ Navarra 11.12.2008, FD 3.º [1] (Pte. Fernández Urzainqui, RJ 2009/1597).

³⁷⁸ Así lo reconoce la STSJ Cataluña 19.5.2003, FD 2.º (Pte. Bassols Muntada, RJ 2003/6230).

³⁷⁹ Lo que, como vimos, ni siquiera es seguido en aquellos ordenamientos, como el alemán, que atribuyen eficacia vinculante *ex lege* a la oferta de contrato (*vid. supra* IV, 4.2 y 4.3.1).

la oferta» a la ineficacia de la revocación, lo que conduciría, como mucho, a la pretensión de cumplimiento del contrato, como remedio, si recae aceptación. El testeo práctico nos desvela los límites de esta visión con rapidez.

6. En efecto, los límites de la «irrevocabilidad» se aprecian en los supuestos en que el oferente, durante el plazo de vigencia de la oferta, celebra un contrato incompatible con la oferta vinculante emitida. Por ejemplo, cuando vende la cosa ofrecida a un tercero, que la hace irreivindicable, o pierde la cosa con culpa suya. A ellos me referiré en este apartado. En estos casos, parece que el contrato proyectado adolecería de una *imposibilidad inicial de cumplimiento* (arts. 1272 y 1460 CC) que impediría al destinatario aceptar –amparándose en la irrevocabilidad– y, por tanto, exigir su cumplimiento³⁸⁰. La visión de que la oferta vinculante es «irrevocable», aunque impecable sobre el papel, quiebra en la práctica. Otro tanto de lo mismo sirve para todos aquellos casos en que, en general, la satisfacción del interés del destinatario acreedor ya no puede obtenerse por la vía de la prestación o cumplimiento inicialmente acordado^{381,382}, como sucede cuando el oferente comete un error en la formulación del precio de su oferta.

7. El *moderno Derecho de contratos* ofrece otra perspectiva. Sus postulados nos proporcionan, según lo veo, soluciones más consistentes con la práctica; y ello en el marco de la responsabilidad contractual. Como es sabido, estas soluciones se basan en una redefinición del papel de la pretensión de incumplimiento y de la indemnizatoria³⁸³.

8. Antes de explicar la influencia del moderno Derecho de contratos en la responsabilidad por revocación de la oferta, me referiré a dos interesantes posturas que han considerado contractual la responsabilidad por revocación de la oferta vinculante, cuando la cosa se vende a un tercero. Para ello, han atendido a la naturaleza de la oferta. Se trata de las tesis de García Rubio y Menéndez Mato.

³⁸⁰ Vid. MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., p. 166.

³⁸¹ GÓMEZ POMAR pone en duda –con gran acierto, a mi juicio– que la *pretensión de cumplimiento* sea el remedio prioritario; máxime cuando la prestación resulta de imposible ejecución, desproporcionadamente gravosa para el obligado, insatisfactoria para el acreedor o retardatorio de su satisfacción, de modo que el valor de conjunto se reduce para los contratantes («El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 3/2007, p. 18).

³⁸² La solución propuesta, en estos casos, ha sido la indemnización de daños al destinatario sobre la base de la responsabilidad precontractual, pues perfeccionar el contrato parece que no sería posible (*vid.* GALLART CASES, «El problema de la fuerza vinculante de la oferta», cit., pp. 660-662).

³⁸³ MORALES MORENO, *Claves de la modernización del Derecho de contratos*, ed. Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 100.

9.2 LAS CONSTRUCCIONES DE RESPONSABILIDAD POR LA REVOCACIÓN LIGADAS A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OFERTA VINCULANTE

1. García Rubio considera relevante calificar la acción indemnizatoria que el destinatario puede ejercitar en caso de perfección del contrato proyectado con la oferta con un tercero ajeno a la relación inicial. La autora, aun cuando reconoce que la voluntad unilateral no es fuente de las obligaciones, se inclina –no sin algunas dudas– hacia equiparar el «deber jurídico» de mantener la oferta con la *obligación*. Así, señala una analogía entre la revocación de la oferta vinculante y el incumplimiento del precontrato. Hay que advertir que la preocupación de García Rubio se cierne sobre el plazo de prescripción de la acción³⁸⁴.

2. Tiempo después, Menéndez Mato sostuvo que la responsabilidad del oferente, por su revocación, será contractual o extracontractual en función de la naturaleza jurídica que se asigne a la oferta vinculante³⁸⁵. Para él, la revocación de la oferta vinculante equivale al incumplimiento de un negocio jurídico unilateral y, por ende, de una obligación, debiendo regirse la responsabilidad del oferente por la vía del artículo 1101 CC³⁸⁶.

3. A mi juicio, ambas visiones suponen un gran avance, porque tratan de relacionar la responsabilidad por revocación de la oferta con la responsabilidad contractual (art. 1101 CC). Sin embargo, basan la responsabilidad contractual del oferente en la atribución de eficacia obligacional a la oferta vinculante de contrato. Como he indicado, resulta inane considerar la oferta vinculante como negocio jurídico unilateral o como productora unilateral de obligaciones³⁸⁷. En mi opinión, no es preciso recurrir a construcciones sobre la naturaleza de la oferta vinculante –entendiéndola como negocio jurídico unilateral o como cuasi obligación– si se reconoce que el destinatario puede aceptar la oferta y perfeccionar el contrato, aun cuando el cumplimiento del mismo sea imposible (o se diga que no cabe obligar al oferente a estar a su declaración de voluntad original). Según lo veo, la aceptación de la oferta irrevocable o vinculante abre la puerta a la responsabilidad contractual, aunque se haya revocado antes. Con la aceptación, se perfecciona el contrato proyectado por la oferta vinculante, a pesar de que el oferente haya emitido antes una declaración de voluntad

³⁸⁴ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual...*, cit., pp. 145-146.

³⁸⁵ MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., p. 222-223.

³⁸⁶ MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., pp. 199-201.

³⁸⁷ *Supra* 8.1.1 y 8.1.2.

revocatoria, haya contratado antes con un tercero o ambas cosas a la vez. Las bases del moderno Derecho de contratos contribuyen a sostener esta afirmación.

9.3 MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y REVOCACIÓN

1. En el moderno Derecho de contratos, la vinculación contractual ha superado la noción tradicional de deber de conducta del deudor, para entenderse como garantía del resultado de satisfacción del interés del acreedor, en la medida que resulte del contrato. Hoy se admite, con carácter general, que la vinculación contractual no se agota en el deber de prestación³⁸⁸. Antes bien, la vinculación contractual existe, aunque el deber de prestación del deudor resulte imposible (por imposibilidad inicial)³⁸⁹. Una construcción de la idea de vinculación en tales términos se proyecta sobre la noción de incumplimiento del moderno derecho, que ahora es más amplia (o, si se quiere, unitaria) y que desemboca en un sistema articulado de remedios frente al incumplimiento³⁹⁰.

2. A mi juicio, el sustrato ideológico del moderno Derecho de contratos tiene una incidencia capital en la responsabilidad por revocación de la oferta vinculante. Con la aceptación, la responsabilidad del oferente que revoca puede articularse contractualmente, pues se habrá perfeccionado el contrato³⁹¹. Ello, con independencia de que la prestación ofrecida sea imposible de realizar, por haberse perfeccionado y ejecutado antes un contrato incompatible con aquella. Dan buena cuenta de esta idea modernizadora los Motivos VI y XV de la Exposición de Motivos de la PMCC³⁹², sus

³⁸⁸ Vid. MORALES MORENO, «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, 2012-I, p. 9. En este sentido, PANTALEÓN PRIETO tiene señalado también que «una justa tutela del contratante acreedor de una prestación imposible, que no la sabía tal, exige no excluir absolutamente que pueda mantener el contrato (no resolverlo, si continua interesándole desprenderse del bien objeto de su prestación) y, lo mantenga o no, reclamar a la otra parte una indemnización (menor o mayor según se resuelva el contrato, pero) en la medida del interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, cuando la otra parte haya conocido la imposibilidad de la prestación que prometía, o quepa imputarle haberla prometido ignorando su imposibilidad» («Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-IV, p. 1721).

³⁸⁹ Por todos, MORALES MORENO, *Claves de la modernización...*, cit., p. 83.

³⁹⁰ MORALES MORENO, *Claves de la modernización...*, cit., pp. 88-92.

³⁹¹ SCHROETER ha defendido, en el marco de la CISG, que el destinatario de una oferta con eficacia vinculante puede aceptar y tratar la revocación como un supuesto de «*anticipatory breach of contract*» ex art. 72 CISG («Art. 16 CISG», cit., p. 350).

³⁹² Motivo VI: «La presente reforma se inspira en esa misma idea: la existencia del contrato o el hecho de que éste se considere celebrado desde el punto de vista jurídico, se facilita mediante una nueva regulación de la formación de los contratos, especialmente mediante el cruce de ofertas y aceptaciones, que está, sin duda, muy inspirada en la con-

propios artículos 1303 y 1460 I³⁹³, la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS³⁹⁴ o el artículo 4:102 PECL³⁹⁵.

3. Con estos mimbres, la responsabilidad del oferente, que revoca su oferta vinculante, bien puede traducirse en indemnización de daños por incumplimiento del contrato (proyectado con la oferta); indemnización que alcanzaría al interés contractual positivo³⁹⁶, sin por ello excluir el negativo³⁹⁷. Y es que no hay que olvidar –como señalara, con usual precisión, Pantaleón Prieto– que la presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato puede servir al acreedor para reclamar la *indemnización de aquellos gastos como la cuantía*

vención de Viena y en los Principios del derecho europeo de contratos. *Mas se facilita también al aceptar la regla, que hoy parece ya haberse abierto camino definitivamente, según la cual la imposibilidad inicial de la prestación no hace nulo por sí sola el contrato con independencia de que puedan existir otros motivos de anulación*» (la cursiva es mía).

Motivo XV: «La imposibilidad inicial ha sido considerada, tradicionalmente, en los ordenamientos europeos como una causa de nulidad del contrato. A ese criterio responde la redacción del párrafo primero del anterior artículo 1460. Pero tal criterio se halla sometido a revisión. *El hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa.* Esta nueva manera de resolver el problema de la imposibilidad inicial ha inspirado la modificación del código. El artículo 1460 ha sido suprimido sustituyendo su regulación actual por la del nuevo artículo 1450» (la cursiva es mía).

³⁹³ Artículo 1303 PMCC: «No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto de los mismos».

Art. 1460 I: «La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos».

³⁹⁴ La STS 22.10.2013 (Pte. Ferrándiz Gabriel, RJ 2013/7810) constituye un buen ejemplo al reconocer incumplida la obligación cuando el deudor no ejecuta la prestación debida, tanto si la falta de identidad plena entre lo contratado y lo ejecutado es consecuencia de no haber realizado mínimamente el comportamiento proyectado, como si lo es de una irregular realización por razones cualitativas, cuantitativas o circunstanciales (FD 6.º).

³⁹⁵ En su comentario al art. 2:202 PECL, LANDO/BEALE indican que la realización de contratos incompatibles con la oferta irrevocable no obsta que el destinatario acepte la oferta, pues el contrato no es nulo. La razón –explican– está en que el contrato no deja de existir por el hecho de que, en el momento de su conclusión, fuera imposible el cumplimiento de la obligación, ni por el hecho de que en aquel momento la parte no tuviera derecho de disposición de los bienes objeto del contrato (*Principios...*, cit., pp. 230-231).

³⁹⁶ En este sentido, CARRASCO PERERA entendió, para la revocación de la oferta, que sí hay lugar para indemnizar el interés de cumplimiento en los casos en que el oferente está obligado, por su propia declaración o por ley (art. 6 LCS) a mantener la oferta por un determinado plazo, porque el destinatario puede aceptar como si no hubiese sido revocada y considerar la revocación como incumplimiento («Artículo 1101», en ALBALADEJO GARCÍA / DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, Vol. 1, p. 434). Sin decirlo expresamente, este autor, parece querer aplicar esta solución a los casos en los que la revocación –de una oferta irrevocable– tiene como antecedente un acto del oferente que imposibilita la prestación del contrato proyectado.

³⁹⁷ *Infra*, 4 [9].

mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, ha de cifrarse el interés contractual positivo³⁹⁸.

4. El moderno Derecho de contratos permite abandonar la idea que impedía entender perfeccionado el contrato, aunque se aceptase la oferta, si la prestación ofertada ya no existía o se ha vendido la cosa a un tercero (por imposibilidad inicial; cfr. arts. 1272 y 1460 CC).

5. Conviene advertir que la responsabilidad del oferente por revocación exigirá la irrogación de un daño efectivo al destinatario³⁹⁹ que puede manifestarse de diversas formas⁴⁰⁰.

6. Es, por último, menester insistir en que el estudio de la responsabilidad del oferente que planteo se asienta sobre la base del moderno Derecho de contratos, lo que me permite llegar a proponer una solución diferente de la tradicional. Como he indicado, en el moderno Derecho el objeto vendido no es tanto el real, sino el ideal, según se quiso en el contrato. No se me escapa que tanto el artículo 1272 CC, en general, como el 1460 CC, para la compraventa, continúan siendo hoy Derecho positivo aplicable⁴⁰¹ y que la solución a la que se llegaría lejos los postulados del moderno Derecho de contratos sería distinta.

9.4 LA RESPONSABILIDAD POR REVOCACIÓN. EN PARTICULAR. LA OPERACIÓN DE REEMPLAZO

1. Como se ha anticipado, el estudio de la responsabilidad del oferente cobra especial importancia cuando el oferente celebra un

³⁹⁸ PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», pp. 1734-1735.

³⁹⁹ PANTALEÓN PRIETO ya advirtió esto, afirmando que «*por reprochable al deudor que haya sido una falta de cumplimiento, no existirá responsabilidad contractual, si el incumplimiento, como a veces sucederá, no causa daño al acreedor*» («El sistema...», cit., p. 1023). Así lo reconoció también, refiriéndose a la responsabilidad precontractual por revocación de la oferta, MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., p. 228).

⁴⁰⁰ Este daño, en muchos casos, bien puede traducirse en la existencia de un previo compromiso económico del destinatario de la oferta con la oferta misma, porque confiaba en su estabilidad (*vid.* CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 213). En otros supuestos, la no evidencia del daño no debe, a mi juicio, conducirnos a suponer su inexistencia. Si, por ejemplo, tras la revocación indebida, el destinatario se ve obligado a procurarse con rapidez la máquina objeto de una oferta de venta por otra vía en el mercado, porque ya había actuado en confianza de la no revocación (solicitud de préstamo, búsqueda de comprador para reventa, etc.).

⁴⁰¹ Me remito aquí a las recientes aportaciones de FENOY PICÓN en su estudio sobre la imposibilidad inicial (y el error) en diferentes textos jurídicos. En lo que interesa, la autora, al analizar los arts. 1303 y 1460 I PMCC, advierte de la existencia de posiciones doctrinales, como la de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, contrarias a dejar de tratar el supuesto de imposibilidad inicial como supuesto de nulidad («La revisión...», pp. 678-685). FENOY PICÓN analiza también el estado de la cuestión en otros textos modernizadores como la propuesta elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que parece excluir la nulidad absoluta en supuestos de imposibilidad inicial («La revisión...», p. 711); y la propuesta formulada por los profesores BOSCH, DEL POZO Y VAQUER, que por el contrario se acoge a la solución tradicional de la nulidad absoluta del contrato ante la imposibilidad inicial («La revisión...», pp. 718-721).

contrato incompatible con su oferta vinculante inicial, de modo que la prestación ofrecida ya no puede ser procurada al destinatario⁴⁰². El ejemplo paradigmático es la venta de la cosa ofrecida a un tercero⁴⁰³.

Adviértase que, para que exista revocación, en Derecho español es necesario que esta se comunique efectivamente al destinatario. En defecto de comunicación, no puede considerarse que el mero acto de la venta de la cosa a un tercero pueda suplir la revocación. La revocación es recepticia⁴⁰⁴, exige una comunicación al destinatario de la oferta de que ésta queda efectivamente revocada (porque se ha vendido a un tercero, por ejemplo⁴⁰⁵). El conocimiento de la venta que, por otra vía, adquiriera el destinatario resulta irrelevante en la oferta vinculante, pues podrá aceptar en tanto la oferta perdure.

2. La aceptación perfecciona el contrato proyectado con la oferta vinculante. Sin embargo, el destinatario de la oferta, convertido en acreedor tras la aceptación, no puede obtener la prestación contractual si la cosa ha pasado a manos de un tercero de manera irrevindicable (arts. 34 LH y 464 CC). En tal caso, la satisfacción del interés del acreedor destinatario de la oferta se articulará mediante el remedio indemnizatorio.

3. La cuestión estriba en identificar el daño indemnizable⁴⁰⁶. En muchos casos, *la cosa ofrecida no será específica*. Aquí, si el destinatario de la oferta vinculante ha tenido que procurarse un bien similar o igual al ofrecido (mediante una operación de reemplazo), abonando un precio superior, parece lógico que la indemnización que deba prestar el oferente (ahora deudor) sea la diferencia entre el precio de la oferta de venta vinculante y el mayor precio que el des-

⁴⁰² Y, en general, en todos aquellos casos en que la satisfacción del interés del destinatario, convertido en acreedor con la aceptación, no alcanza a ser procurada por la vía de la prestación en sí (*vid. supra* 9.1 [3]).

⁴⁰³ La revocación de la oferta vinculante por enajenación de la cosa ofrecida a un tercero es un caso recurrente en el Derecho comparado: *vid. supra* 2.1 [2], para el *common law*, y 4.3.1 [2] para el Derecho alemán.

⁴⁰⁴ Por todos, MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., p. 208). En contra, MORENO QUESADA quien defiende el carácter no recepticio de la revocación de la oferta (*La oferta de contrato*, cit., pp. 172 y ss.).

⁴⁰⁵ La STS 17.11.2013 (Pte. Saraza Jimena, RJ 2013/6826) considera que la revocación, al igual que la propia oferta, constituye una declaración de voluntad recepticia, que no requiere forma especial; y que la venta de la cosa ofrecida a un tercero no equivale a la revocación, si no se comunica al destinatario (FD 11.º).

⁴⁰⁶ En este sentido, GARCÍA RUBIO considera que la consecuencia jurídica de la enajenación a un tercero de buena fe de la cosa objeto de la oferta irrevocable de venta consiste en la condena al oferente a indemnizar los daños y perjuicios equivalentes exactamente a la prestación que hubiera debido ejecutarse si el contrato con el primer destinatario se hubiese celebrado (*La responsabilidad precontractual...*, cit., p. 144). La autora aplica esta solución (que comparto) aunque el destinatario de la primera oferta aún no la haya aceptado, lo que se enfrenta al obstáculo de que sin aceptación no se forma el contrato.

tinatario ha tenido que abonar en el mercado para satisfacer su interés. Esto es, el mayor coste de la *operación de reemplazo*⁴⁰⁷.

4. La indemnización al destinatario de la oferta vinculante del mayor coste de la operación de reemplazo actúa además como límite o contrapeso a la pretensión de cumplimiento del contrato, inicialmente proyectado con la oferta. Y es que la pretensión de cumplimiento del contrato proyectado con la oferta vinculante de venta se supedita a que la prestación sea todavía posible, sin que resulte física, jurídica o prácticamente imposible⁴⁰⁸. Siguiendo a Pantaleón Prieto, devenida imposible la prestación, el acreedor ostenta un interés subjetivo en ella; interés que no es evaluable en menos del valor de mercado del bien, en este caso ofertado⁴⁰⁹. Pues bien, yo creo que tal interés puede procurarse al destinatario a través de la operación de reemplazo⁴¹⁰, dentro de los márgenes del moderno Derecho de contratos donde el centro gravitacional de la relación obligatoria contractual parece haber virado hacia la pretensión indemnizatoria. A través de esta pretensión, la operación de reemplazo permite satisfacer *in natura* el interés del acreedor, más allá del cumplimiento específico del contrato⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Si se recuerda (*supra* 2.2.2.2), en *Drennan* la Corte Suprema de California consideró que el destinatario tenía una confianza razonable en el mantenimiento de la oferta («*detrimental reliance*») que obligaba al oferente a pechar con las consecuencias perjudiciales derivadas de la revocación de la oferta erróneamente calculada. Admitida la existencia de una oferta vinculante, a *Drennan* se le concedió: la diferencia entre (i) el precio de la oferta del subcontratista erróneamente calculado y que *Drennan* había empleado para la confección de la suya propia y (ii) el mayor coste que supuso para *Drennan* encontrar otro subcontratista que realizase el trabajo. Asimismo, la Corte asumió que *Drennan mitigó efectiva y razonablemente los daños*; y ello porque, como se ha expuesto, tuvo que invertir varios meses en analizar nuevas ofertas de subcontratistas y elegir la que finalmente resultaba más económica (10.948,60 dólares). Con todo, en *Drennan* no se aclaró si la responsabilidad era contractual o extracontractual.

⁴⁰⁸ PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1046.

⁴⁰⁹ En este sentido, el mismo autor concluye: «*Salvo prueba en contrario del deudor, dicho valor de mercado habrá de considerarse «daño mínimo» sufrido por el acreedor a causa de la imposibilidad sobrevenida*» (PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1052). Con todo, no puede pasarse por alto que el autor atribuye a la operación de reemplazo virtualidad meramente probatoria, sin considerarla una regla de valoración del daño indemnizable (*vid.* PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», cit., p. 1743). De la misma opinión, aunque algo matizada, por referencia al coste de sustitución en el mercado y al deber de mitigar, se muestra SOLER PRESAS, *La valoración del daño en la compraventa*, 1998, pp. 99, 107, 111, 115, 116, 118, 121, 123, 125, 126, 132 y 137.

⁴¹⁰ De entrada, he de aclarar que un estudio en profundidad de la operación de reemplazo excede, con mucho, el objeto de este trabajo. El Derecho positivo español reconoce la operación de reemplazo en sede de la compraventa internacional de mercaderías (art. 75 CISG). De este precepto, puede inferirse que los requisitos de la operación de reemplazo son la resolución del contrato, la buena fe y la razonabilidad del tiempo y del precio. Al respecto y sin ánimo de exhaustividad, *vid.* SOLER PRESAS, *La valoración del daño...*, pp. 93-138; PÉREZ VELÁZQUEZ, «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *InDret*, 1/2015; y ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo: bases para una teoría general de la operación de reemplazo en Derecho español*, Tesis Doctoral, 2013, pp. 269-301.

⁴¹¹ *Vid.* MORALES MORENO, A. M., *Claves de la modernización...*, cit., pp. 100-108.

Tampoco puede pasarse por alto que una indemnización así planteada –además de operar como límite a la pretensión de cumplimiento específico y forzoso⁴¹², que es lo que se pretendía al reputar ineficaz la revocación de la oferta vinculante– evita el daño o el incremento de su cuantía⁴¹³.

5. La indemnización al destinatario del mayor coste de la operación de reemplazo se erige como una solución razonable para encauzar la responsabilidad por revocación de la oferta vinculante. Esta solución tiene, como presupuesto, asumir que el coste de la operación de reemplazo constituye un daño irrogado al destinatario-acreedor; daño que será mínimo, en cualquier caso⁴¹⁴.

6. Que el mayor coste de la operación de reemplazo admite ser incluido dentro de los daños contractuales está, para mí, fuera de toda duda⁴¹⁵. De este modo, se satisface el interés que el destinatario-acreedor tiene en el cumplimiento del contrato proyectado con la oferta (se haya acudido a la regla de cobertura o a la regla del mercado)⁴¹⁶. Indemnizar al destinatario-acreedor, al menos, por el mayor coste que le ha supuesto la operación de reemplazo compensa el interés de cumplimiento⁴¹⁷, gracias a la «*obtención del resultado material esperado, pero con un sacrifi-*

⁴¹² En este sentido GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual...», cit., p. 18. Para el autor, la pretensión de cumplimiento puede hacer renunciar al acreedor a una operación de reemplazo que reduciría eficientemente las consecuencias negativas del incumplimiento. Contraria a la operación de reemplazo como límite a la pretensión de cumplimiento en el Derecho continental SOLER PRESAS, «Sentencias comentadas: El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1.ª de 15-11-94), ADC, 1995-II, p. 966.

⁴¹³ Lo sugiere, con matices, FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», ADC, 2011-IV, p. 1540; también lo apunta, como posibilidad que aparece en el moderno Derecho de contratos MORALES MORENO, *Claves de la modernización...*, cit., p. 102. Con acierto a mi juicio, este autor llama la atención sobre el prejuicio dogmático que planea sobre la pretensión de cumplimiento, valiéndose del supuesto en que el acreedor, en lugar de optar por la resolución, lo hace por el cumplimiento y se ve, con ello, abocado a acudir al procedimiento de ejecución; procedimiento donde, si la prestación de dar o hacer es fungible y el deudor desatiende el mandato judicial de ejecutarla, se manda hacerlo a su costa (vid. MORALES MORENO, *Claves de la modernización...*, cit., pp. 106-107).

⁴¹⁴ Sirve a ello la conveniencia práctica de no obligar al acreedor a tener que ejercer primariamente la pretensión de cumplimiento (vid. MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, 2010, p. 41; ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo...*, p. 510-511).

⁴¹⁵ Vid., recientemente en este sentido, bien que en sede de responsabilidad médica, SANTOS MORÓN, «La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual», *InDret*, 1/2018, p. 44.

⁴¹⁶ ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 512.

⁴¹⁷ Que, con la operación de reemplazo, el acreedor puede satisfacer igualmente su interés económico en el cumplimiento lo dice abiertamente, refiriéndose al deber de mitigar el daño, VIDAL OLIVARES, «La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional», en PIZARRO WILSON / VIDAL OLIVARES (eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 245-246.

*cio económico que en justicia no debe soportar según la regla contractual*⁴¹⁸».

7. Ni que decir tiene que el daño (coste del reemplazo) tendría que colmar los requisitos del artículo 1107 I CC, para ser indemnizable. Es decir, tendría que situarse dentro del fin de protección del contrato (proyectado con la oferta) o, si se quiere, cumplir con la regla de la previsibilidad. Dependerá de la interpretación. En general, creo que el coste del reemplazo caerá dentro del fin de protección, pues la obtención de la cosa ofrecida al precio indicado entra dentro del interés del destinatario-acreedor configurado y garantizado por el contrato⁴¹⁹. Opera también, a mi entender, la «presunción de previsibilidad⁴²⁰» al tiempo de contratar. En este sentido, y tal como lo veo, los daños irrogados al destinatario-acreedor quedarían limitados a los derivados de la regla del mercado, en caso de que no hubiese realizado operación de reemplazo, siendo ello posible⁴²¹.

Así, por ejemplo, en caso de revocación de una oferta vinculante en contratos de obra⁴²², si el contratista-destinatario se proporciona el material ofertado mediante una operación de reemplazo, su posición queda asegurada con la indemnización de la diferencia entre el precio de la oferta y el precio al que ha tenido que procurarse el material. Pero si nuestro contratista no se procura el material en el mercado –cosa que será extraña, pues está obligado a cumplir su contrato de obra– no puede pretender que, con su aceptación, el subcontratista-oferente le indemnice por todos los daños derivados de la paralización de su actividad en el contrato adjudicado. En caso de no cubrirse, la indemnización comprenderá únicamente el mayor precio que habría tenido que asumir para obtener el material objeto de la oferta, según la regla del mercado⁴²³, y también el daño del retardo a que se expuso para conseguir el citado material⁴²⁴.

⁴¹⁸ ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 513.

⁴¹⁹ Vid. RUIZ ARRANZ, «La doctrina del fin de protección del contrato en Derecho alemán y español. Un análisis comparado», *RJUAM*, n.º 34, 2016, p. 412.

No se olvide que la finalidad del art. 1107 I CC descansa en delimitar (*infra* 9.5) los daños y perjuicios indemnizables como consecuencia del incumplimiento del deudor (de buena fe) a aquellos contemplados como posibles al tiempo de contratar, lo cual comprende el cálculo de costes-beneficios que lleva a un contratante a ofrecer vender al precio concreto (*vid.* PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., pp. 1027-1028).

⁴²⁰ Vid. ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 21.

⁴²¹ Es decir, la diferencia entre el precio de la oferta de venta (precio del contrato) y el precio corriente en el mercado en el momento de la revocación de la oferta (*vid.* arts. 76 CISG). Automáticamente surge entonces la cuestión del momento relevante a efectos del reemplazo. ¿Debemos considerar el de revocación de la oferta o, más bien, uno posterior en donde la prestación ofrecida fuese debida? A mi parecer, y reconociendo la necesidad de ahondar más en la cuestión, creo que podría considerarse el momento de la revocación efectiva (comunicación) o, cuando menos, un momento muy cercano a este (*vid.* SOLER PRESAS, *La valoración...*, cit., pp. 98-99).

⁴²² *Supra* 8.2.1

⁴²³ *Supra* 9.4 [6].

⁴²⁴ ALCALDE SILVA, *Incumplimiento y reemplazo...*, cit., p. 456.

8. Por último, la indemnización al destinatario, al menos, mediante la operación de reemplazo no excluye la indemnización de otros posibles daños que se le hayan podido irrogar, como consecuencia de la revocación de la oferta y que se inserten dentro del fin de protección del contrato (*i. e.* gastos de transporte, depósito y custodia de los bienes objeto de operación de reemplazo; comisiones y cargos comerciales; o, incluso y bajo determinadas circunstancias, el daño derivado del incumplimiento por el acreedor-destinatario derivado de la reventa de un contrato que ya tenía formalizado en atención a la oferta vinculante⁴²⁵). La indemnización en responsabilidad contractual de los gastos satisfechos por el destinatario-acreedor es admitida, si se quiere como interés negativo (cfr. arts. 1478.4.º, 1486 CC; 1202 IV PMCC)⁴²⁶.

De nuevo, en supuestos de contratos de obras y ofertas vinculantes⁴²⁷, el dueño de la obra podría penalizar al contratista-destinatario en el contrato que licitó, por un comienzo tardío de las obras⁴²⁸. Este daño sí parece que tendría que serle indemnizado, incluso como partida propia del interés negativo, también sobre la base de la regla de la previsibilidad o fin de protección del contrato (art. 1107 I CC)⁴²⁹. Pero si, como consecuencia de tener que

⁴²⁵ Sobre este último ejemplo, *infra* 9.5.

⁴²⁶ En Derecho alemán se reconoce la «*Aufwendungsersatz*»: *Supra* 4.3.1 [2].

⁴²⁷ *Supra* 8.2.1.

⁴²⁸ En este sentido, el TRLCSP 2017 contempla en su articulado la posibilidad de establecer, en los pliegos o en el documento descriptivo, penalidades para los casos de incumplimiento, cumplimiento defectuoso de la prestación (art. 192 TRLCSP 2017) o demora en la ejecución (art. 193 TRLCSP 2017).

⁴²⁹ La STS 25.5.2016 [Pte. Pantaleón Prieto, RJ 2016/4301], abre la posibilidad de aplicar la regla de la previsibilidad a la indemnización del interés negativo. Lo ha hecho con el siguiente párrafo (FD 7.º), no exento de interrogantes: «Además, CAF pudo razonablemente prever, al tiempo de la celebración del Contrato de Suministro, que FESUR buscaría algún tipo de financiación para atender las obligaciones de pago que contraía, y que los gastos que de la misma se derivasen para FESUR resultarían plenamente “frustrados” o “hundidos” en caso de que el Contrato se *resolviera* sin que FESUR hubiese podido explotar ninguna de las locomotoras. Y eso basta para satisfacer el requisito de la previsibilidad, al tiempo de la celebración del contrato, de los daños y perjuicios causados, *si se asume –como lo han asumido ambas partes– que el referido requisito es también aplicable cuando la indemnización se pide en la medida del denominado “interés de confianza” o “interés contractual negativo”*» (cursiva mía). Mayores interrogantes plantea el hecho de si, ante la resolución del contrato, el acreedor puede optar por el interés contractual negativo, en lugar del positivo, en contra de muy autorizadas opiniones doctrinales (PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, 1989-IV, pp. 1165-1167; PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», *cit.*, p. 1734; y RODRÍGUEZ ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, 2013, p. 237). Así, no sin razón se ha dicho que el extracto de la sentencia expuesto plantea un enigma que la Sala 1.ª no se ve obligada a resolver en el caso concreto, pues ninguna de las partes en el litigio había suscitado la cuestión (*Vid.* GREGORACI FERNÁNDEZ, «Resolución por retraso a propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 [348/2016] (ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto)», *ADC*, 2016-III, p. 1129). Solo se me ocurre que, detrás de esta argumentación de la Sala, 1.ª subyazca la idea, apuntada también por PANTALEÓN PRIETO –tras rechazar conceder al acreedor la alternativa de exigir la indemnización en la medida de su interés contractual negativo–, de que cosa distinta es que, en

buscar otro suministrador incurre en un retraso que se arrastra hasta el final de la obra, de tal suerte que no puede cumplir los plazos marcados con la regularidad que había previsto, ese daño no debe ser resarcido por el oferente, pues resulta extraño al fin de protección del contrato. En ese caso, factores adicionales externos pueden entrar en juego para provocar el incumplimiento relativo final de las obligaciones del contratista-destinatario en su contrato. Junto a ello, el destinatario contratista, ante esa complicación sobrevenida, debe poder sobreponerse a la misma aumentando los trabajos, contratando más operarios, etc. (deber de mitigar el daño). Al oferente-subcontratista no se le puede trasladar todo el riesgo del incumplimiento del destinatario-contratista en su propio contrato; sí los costes que inmediatamente se le irroguen y penalizaciones en que incurra como consecuencia del tardío inicio de las obras.

Otra cosa es que la responsabilidad en que pueda incurrir el contratista-destinatario de la oferta para con su contraparte acreedora (dueño de la obra) pueda verse mitigada e incluso exonerada en función de las particularidades de la cosa objeto de oferta. Así, bien podría suceder que –en los casos donde el oferente-suministrador sea un monopolista– la revocación de la oferta atienda a un fallo imprevisible en la esfera de este que, a su vez, no permita al destinatario cubrirse eficazmente en el mercado⁴³⁰.

10. Como he expuesto, con el recurso a la operación de reemplazo (cuando esta es posible, por no ser específica la cosa), se desplaza la responsabilidad del oferente a la indemnización de los daños contractuales. A mi juicio, ello se compadece mejor con los dos intereses implicados (*i*) el interés del destinatario en que se mantenga la oferta irrevocable en sus propios términos, y (*ii*) el interés del oferente en que no sea así por cuanto es posible la satisfacción *in natura* del interés del destinatario.

11. Durante el razonamiento de este apartado, me he centrado en el supuesto en que la cosa no específica y cabe operación de reemplazo. Por eso, conviene aclarar que, si la cosa ofrecida es específica, la satisfacción del interés del destinatario acreedor se puede realizar también mediante la responsabilidad contractual, que podría comprender su lucro cesante, así como otros daños que se le hayan irrogado⁴³¹.

favor del acreedor, juegue la presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato que le sirva para poder reclamar la indemnización de aquellos gastos como cuantía mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, deba cifrarse el *interés contractual positivo* («Las nuevas bases...», cit., pp. 1734-1735). Esta idea se aprecia en el art. 1202 IV PMCC y ya se ha mencionado en este trabajo (*supra* 9.3 [2])

⁴³⁰ Vid. en este sentido, para la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1069.

⁴³¹ *Infra* 9.5 [3.2] y 9.6 [2].

9.5 LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL OFERENTE. LA REGLA DE LA PREVISIBILIDAD

1. La exigencia de que los daños derivados de la revocación de la oferta vinculante caigan dentro del fin de protección del contrato –como lo hace el coste del reemplazo⁴³²– obedece a la necesidad de limitar la cadena de los daños indemnizables. La doctrina del fin de protección del contrato, como concreción de la regla de la previsibilidad (art. 1107 I CC) sirve para evitar que cualquier daño, de los producidos por el incumplimiento –en que se traduce la revocación, gracias a la aceptación del destinatario– sea puesto a cargo del oferente⁴³³.

2. La SAP Murcia (Secc. 4.ª) 15.7.2010⁴³⁴ constituye un buen ejemplo de la necesidad de limitar los daños indemnizables; también en este ámbito. Esta sentencia aborda un supuesto de revocación de una oferta vinculante (donde resultaba de aplicación la CISG⁴³⁵), y se ocupa de la indemnización del daño en concepto de lucro cesante al destinatario de la oferta, convertido en acreedor con la aceptación. De nuevo, se trataba de la venta de la cosa ofrecida a un tercero⁴³⁶. La AP consideró que el perjuicio provocado al

⁴³² *Supra* 9.4 [7].

⁴³³ El fin de protección del contrato es, a mi juicio, la mejor forma de entender la regla de la previsibilidad del daño (art. 1107 I CC) (*vid.* RUIZ ARRANZ, «La doctrina del fin de protección...», cit., pp. 409-440). En este sentido, MORALES MORENO ha precisado –con habitual claridad– que el fin de protección del contrato determina el interés protegido, lesionable por el incumplimiento del contrato y fundamentador del derecho a exigir indemnización. Este autor se inclina recientemente por asociar el fin de protección del contrato con la delimitación del interés cuya lesión puede constituir daño; y esta función es predicable –cosa muy relevante para el ámbito que nos ocupa– tanto en relación con el interés positivo como con el interés negativo (*Claves de la modernización del Derecho de contratos*, cit., p. 116)

⁴³⁴ Pte. Martínez Pérez, JUR 2010/296249.

⁴³⁵ *Supra* 6.1.1 y 6.1.2.

⁴³⁶ Los hechos son los siguientes. La sociedad alemana *Krane Maschinen Service GmbH & Co. Handels KG* («Krane») recibió una oferta de venta de una grúa por parte de la sociedad española *Grúas Andaluza, S. A* («Grúas Andaluza»). La oferta concretaba el importe de venta de la grúa (512.000 euros) y exigía un adelanto de 60.000 euros a pagar el día siguiente al de formulación de la oferta. La oferta también indicaba un plazo para la aceptación de 6 días, dentro del cual Krane había de satisfacer el importe restante de la operación. Krane aceptó la oferta y realizó una transferencia por importe de 60.000 euros el día señalado. Esta transferencia fue rechazada por Grúas Andaluza el mismo día en que Krane la realizó. Tres días después, Grúas Andaluza llamó a Krane para revocar su oferta. En su llamada, Grúas Andaluza comunicó a Krane que el mismo día en que ésta había realizado la transferencia de la reserva le llamó otro comprador interesado para decirle que, esa misma mañana, efectuaría una transferencia por el importe total de la máquina (512.000 euros). Con ello, Grúas Andaluza enajenó la máquina a ese tercero. La comunicación de la revocación se produjo tres días antes de la finalización del plazo que inicialmente Grúas Andaluza había concedido a Krane para abonar el importe completo de la venta.

Puede dejarse a un lado la cuestión de si la aceptación se produjo con el abono de la reserva de 60.000 euros o si ésta estaba condicionada al completo abono del importe de la venta.

destinatario de la oferta, convertido en acreedor con la aceptación, se concretaba en las ganancias dejadas de obtener y que, según los hechos probados, este perjuicio era indemnizable *ex* artículos 74, 75 y 77 CISG. Ello porque (i) el daño derivado del beneficio dejado de obtener era previsible por el oferente (art. 74); (ii) no se acreditó que destinatario pudiera acometer una *compra de reemplazo* (art. 75); (iii) tampoco se acreditó que el destinatario no efectuase las medidas razonables para mitigar el daño (art. 77) (FD 3.º).

3. A mi juicio, la resolución del caso por la AP es criticable en lo que se refiere a la responsabilidad del oferente. Parece que el lucro de la reventa del destinatario de la oferta, concedido como indemnización, se sitúa extramuros del fin de protección del contrato proyectado con la oferta; ello salvo que en el contrato se hubiera incluido el propósito de reventa del destinatario o así pudiere deducirse de la interpretación⁴³⁷. En cualquier caso, hay que distinguir entre dos escenarios posibles.

3.1 Si la grúa objeto de la oferta vinculante no era específica y, por tanto, el destinatario pudo haberse procurado otra –a mayor coste que la ofertada– con la que cumplir a su vez el contrato que tenía concertado, este mayor coste sí sería indemnizable como daño (art. 75 CISG). De este modo, el destinatario habría visto satisfecho su interés en obtener la ventaja del intercambio, pues, con la indemnización del mayor coste que le habría supuesto en hipótesis la operación de reemplazo, el destinatario habría preservado su interés en realizar el contrato en las condiciones de equivalencia inicialmente pactadas⁴³⁸. El daño derivado del coste de la operación de reemplazo entraría dentro del fin de protección del contrato⁴³⁹. Que no se hubiera acreditado la posibilidad de una

Asumiendo que la oferta era irrevocable según el art. 16.2.b CISG, poco importa si la efectiva aceptación se produjo antes de la revocación indebida de la oferta. La AP consideró que la aceptación se produjo en el momento en que Krane realizó la transferencia de la reserva de 60.000 euros a Grúas Andaluza y que, en consecuencia, Grúas Andaluza incumplió los términos de la oferta de venta, al vender la grúa a un tercero; oferta que ya había sido aceptada por Krane.

Del relato de los hechos resulta (y esto es lo importante) que Krane tenía concertada ya una operación de reventa de la grúa a un tercero; reventa que se vio frustrada por la venta de la misma grúa a otro comprador por parte de Grúas Andaluza. Esta operación de reventa de la grúa estaba cifrada en 660.000 euros. En el proceso de instancia, Krane había demostrado eficazmente la existencia de este contrato de reventa de la grúa por el precio antedicho (660.000 euros). En consecuencia, Krane reclamaba en su demanda una indemnización de daños y perjuicios que ascendía a 122.850 euros; cantidad correspondiente a la ganancia dejada de obtener. Para el cálculo de este beneficio se tenía en cuenta el precio de compra de la oferta (512.000 euros) más el coste de ubicación de la grúa en el domicilio de Krane (25.000 euros). El Juzgado de Primera Instancia, así como la AP, consideraron ajustado a Derecho la concesión de esta indemnización de daños a Krane y condenaron a Grúas Andaluza a su abono.

⁴³⁷ Se desconoce la gestión que el destinatario-acreedor hizo (i) de la revocación de la oferta (incumplimiento del oferente); y (ii) de su propio incumplimiento del contrato de reventa.

⁴³⁸ *Vid.* MORALES MORENO, *Incumplimiento...*, cit., p. 43.

⁴³⁹ *Supra* 9.4 [7] y [8].

compra de reemplazo no implica que no existiese esa posibilidad, solo que no se probó. Es más, de haber existido esa posibilidad, el destinatario podría haber obtenido la diferencia entre el precio de la oferta vinculante de contrato y el precio corriente en el mercado (art. 76 CISG), aunque no hubiera procedido a la realización de la compra de reemplazo.

3.2 Si la grúa objeto de oferta de contrato era específica, no habiendo la posibilidad de obtener otra de similares características en el mercado –ni siquiera remotamente–, entonces quizás existan mejores, aunque no definitivos⁴⁴⁰, argumentos para conceder al destinatario el interés de intercambio en que se manifestaba el lucro cesante reclamado. En este escenario, resultaría más defendible conectar el lucro cesante con el fin de protección del contrato (arts. 1107 I CC y 74 CISG) proyectado con la oferta y finalmente celebrado (aunque habría que estar a la interpretación del contrato para determinar si el oferente, convertido en deudor con la aceptación, asumió el riesgo de garantía del buen éxito de la reventa). Con todo, nos acompañan buenas razones para suponer que, en este caso, la grúa ofertada no era ni única ni irremplazable (según los hechos, no había sido fabricada por encargo, se vendió a un tercer comprador que también se interesó por ella, etc.).

9.6 ¿PUEDE EXIGIR EL DESTINATARIO EL *COMMODUM EX NEGOTIATIONE*?

1. La venta de la cosa ofertada a un tercero ajeno genera la cuestión de si el destinatario de la oferta vinculante puede exigir, opcionalmente en ese caso, la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero al oferente o, en su defecto, la entrega de lo ya satisfecho por este, teniendo en cuenta que la suma puede ser mayor que la indemnización basada en el coste de la operación de reemplazo. La cuestión alude al *commodum ex negotiatione*, cuyo reconocimiento en Derecho español no es pacífico entre la doctrina.

Hay quienes, como Pantaleón Prieto, han argumentado que el acreedor puede obtener el *commodum ex negotiatione* por aplicación del art. 1186 CC, en principio pensado para el cómodo representativo. Este autor argumenta que la pretensión de entrega (o cesión de la pretensión) del beneficio interesará especialmente al acreedor, cuando, por esta vía, pueda obtener una suma mayor de la que percibiría como indemnización⁴⁴¹. Otros, como Carrasco Perera, se han posicionado en contra, al entender que el beneficio que obtiene el deudor incumplidor no guarda equivalencia con el

⁴⁴⁰ Vid. SOLER PRESAS, *La valoración...*, cit., pp. 138-148.

⁴⁴¹ PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», cit., p. 1737; y «El sistema...», cit., p. 1022; también BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, 1998, p. 181.

daño que se produce al acreedor; y que su reconocimiento sería punitivo para el deudor⁴⁴². Advierte Carrasco Perera que el hecho de que no exista correlación entre el incumplimiento y lo que al deudor aprovecha incumplir no es óbice para que cálculo del beneficio pueda ser utilizado como variable de la función del daño⁴⁴³. Díez-Picazo pareció coincidir aquí, de modo general, con Carrasco Perera⁴⁴⁴.

2. Si se recuerda, en Alemania se admite, como posibilidad, la obtención del *commodum ex negotiatione* por el destinatario de la oferta. En aquel sistema, la manera de traslación de la propiedad desempeña un papel importante para dar una respuesta fundada⁴⁴⁵.

Si bien en España nuestro sistema de transmisión de la propiedad exige título y modo (arts. 609 y 1095 CC), acaso de la explicación alemana, que rechazaba el *commodum ex negotiatione* con base en la dualidad del sistema traslativo⁴⁴⁶, pueda extraerse también la conclusión de que no cabe el *commodum ex negotiatione*, inserto en el artículo 1186 CC; *commodum* derivado, además, del mero derecho de crédito que no confiere un derecho sobre la cosa (*in re*). En mi opinión, nuestro destinatario-acreedor tendrá derecho a reclamar responsabilidad por incumplimiento del oferente, que vendió la cosa a un tercero. No así a hacer suya la ganancia del oferente-deudor con la venta (vía pretensión de entrega o cesión de la pretensión), si se admite que el beneficio debe pasar a integrar el patrimonio en el cual se genera. Ello, sin perjuicio de poder tener en cuenta el beneficio del deudor con el incumplimiento para la estimación de su lucro cesante⁴⁴⁷, sobre todo en los casos en que la cosa ofrecida era específica (y no cabía operación de reemplazo).

Resulta complicado, a mi entender, establecer una relación entre la ganancia del que incumple y la pérdida del acreedor; ello, sobre todo, cuando la ganancia obtenida es extraordinariamente superior al valor de la cosa (que precisamente es donde el *commo-*

⁴⁴² CARRASCO PERERA, «Artículo 1106», en ALBALADEJO GARCÍA / DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, Vol. 1, p. 668.

⁴⁴³ CARRASCO PERERA, «Artículo 1106», cit., p. 668.

⁴⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, «Commodum ex negotiatione», cit., p. 1607. También BARROS BOURIE, «Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BARROS BOURIE / GARCÍA RUBIO / MORALES MORENO, *Derecho de daños*, 2009, p. 45. Parece adherirse a la visión de DÍEZ-PICAZO, GARCÍA RUBIO, «Restitución de beneficios por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BOURIE / GARCÍA RUBIO / MORALES MORENO, cit., p. 116.

⁴⁴⁵ *Supra* 4.3.1 [4].

⁴⁴⁶ *Supra* 4.3.1 [4].

⁴⁴⁷ Como, por lo demás, hace el art. 6:104 NBW, cuya traducción en inglés es la siguiente: «If someone, who is liable towards another person on the basis of tort or a default of complying with an obligation, has gained a profit because of this tort or non-performance, then the court may, upon the request of the injured person, estimate that damage in line with the amount of this profit or a part of it».

dum es más provechoso de reclamar por acreedor). Según creo, el beneficio que percibe el deudor incumplidor no constituye, en sí mismo, un daño indemnizable. Es más, el daño podría incluso no existir, como explicaré. Hay que advertir que el caso planteado como problemático –para los autores que han defendido la viabilidad de obtener el *commodum ex negotiatione*– es aquel donde lo obtenido por el deudor, como consecuencia de su incumplimiento, excede con mucho el precio que el acreedor iba a abonarle por la cosa, según el contrato⁴⁴⁸.

Ahora bien, admitiendo que el valor de realización de la cosa *en el mercado* por el deudor incumplidor se corresponde con su valor objetivo de mercado (reflexión alemana), si el valor contractual de la cosa que al destinatario de la oferta le era debida era de 10 y el oferente-deudor la vende en el mercado por 15, entonces ese mayor valor (5) constituye un *lucro cesante* que –en su caso– podría ser *resarcible como daño* (no como restitución de la ganancia del acreedor) en la medida del interés del intercambio del acreedor⁴⁴⁹. Esto tiene razón de ser, a mi juicio, cuando la cosa es cierta y determinada (no cabe la operación de reemplazo)⁴⁵⁰. No obstante, esta visión supone, de algún modo, concluir que no cabe realizar buenos (mejores) negocios (al menos, no desde un punto de vista objetivo) o, por mejor decir, que todos los operadores económicos son iguales, pues el mercado ofrecerá siempre el valor objetivo. Al mismo tiempo, con la equiparación del lucro cesante al beneficio obtenido por el incumplidor, parece rechazarse, como factor a tener en cuenta, la mayor habilidad negociadora que pueda ostentar el deudor oferente o, cuanto menos, lo subsume en la regla del mercado. Pero el problema de admitir o no el *commodum ex negotiatione* no reside exactamente aquí, según lo veo. Veamos por qué.

Pantaleón Prieto consideró que al acreedor le convendrá optar por obtener la contraprestación entregada por el tercero (o la pretensión a obtenerla), *cuando tal contraprestación tiene un valor superior al del mercado de la cosa debida, y no cabía razonablemente prever que, de haber cumplido el deudor, el acreedor hubiera logrado celebrar con un tercero un contrato tan ventajoso como el conseguido por el deudor*⁴⁵¹. El autor se basa así (i) en la existencia de un valor de mercado y (ii) en la superación de dicho valor por el mejor negocio logrado por el deudor. Es decir, en la no equiparación entre ambos valores. De este modo, se escapa de la lógica

⁴⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1022.

⁴⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, «Commodum...», p. 1615.

⁴⁵⁰ CARRASCO PERERA considera que «si el vendedor que aún no ha entregado la cosa la vende por segunda vez a un mejor precio, el comprador sólo tendrá derecho al precio pagado y a los daños, no al mayor precio de venta del contratante incumplidor. Distinto es el caso del BGB, donde el § 281-2.º [hoy § 285] permite al vendedor elegir entre la restitución del cómodo representativo y la indemnización de los daños contractuales, imputando en su caso el valor de aquél al montante de la indemnización debida; y este cómodo no es meramente representativo, entendiendo la doctrina que se extiende también al *commodo ex negotiatione*» («Restitución de provechos (y II)», cit., p. 144).

⁴⁵¹ PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1.022.

alemana antes expuesta, que no contraponía los dos valores, sino que, para permitir la obtención del beneficio del deudor (*rectius*, del valor objetivo de la prestación) consideraba que el mercado es objetivamente capaz de ofrecerlo⁴⁵². Por este motivo, me parece que una solución así llegaría incluso a sancionar al deudor incumplidor. Una cosa es conceder al acreedor, en su caso como daño, el lucro que presumiblemente habría obtenido si el deudor hubiera cumplido su obligación de entrega de la cosa (interés en el intercambio), asumiendo para ello que *ese* es el valor objetivo de mercado que se obtendría (art. 1107 I CC); y otra cosa es concederle el mayor beneficio obtenido por su deudor fruto de la especial capacidad o habilidad negociadora de este; mayor beneficio que haya podido lograr el deudor en comparación con el normalmente obtenible en el mercado (beneficio normal, que es el que habría percibido el acreedor). De operar así –en el caso en que lo obtenido por el deudor supere con mucho el valor objetivo de mercado de la cosa debida– el acreedor percibiría más de lo que el cumplimiento del contrato le habría reportado.

Antes he indicado que el derecho de crédito no concede, tal como lo veo, derecho al acreedor sobre la cosa (vendida, en este caso). De una opinión distinta se muestran Pantaleón Prieto y Basozabal Arrue, quienes se apoyan en la atribución de frutos al acreedor *ex art.* 1095 CC para defender una suerte de *ius ad rem* del acreedor de cosa determinada⁴⁵³. A mi juicio, que el acreedor tenga derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (art. 1095 CC) o desde el *perfeccionamiento* (art. 1468 CC)⁴⁵⁴ no sé si nos permite declarar que tiene también por ello derecho a reclamar la entrega (o la cesión de la pretensión) del beneficio derivado de la transmisión de la cosa a un tercero de manera eficaz e irreivindicable. Ello, porque (i) no creo que el (mayor) precio obtenido por el deudor constituya un fruto del mismo⁴⁵⁵, y (ii) por la especial relación de esta regla con el sistema traslativo de la propiedad que el ordenamiento adopte⁴⁵⁶. Aun así, y asumiendo la propuesta de ambos autores, creo que el resultado al que se llega no sería muy divergente del antes expuesto: atribución, como mucho, al acreedor del valor objetivo de mercado de la cosa.

⁴⁵² *Supra* 4.3.1 [4].

⁴⁵³ PANTALEÓN PRIETO «Las nuevas bases...», cit., pp. 1736-1737; BASOZABAL ARRUE, *El enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 181.

Ha defendido esta tesis en Derecho alemán BOLLENBERGER, *Das stellvertretende Commodum. Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen*, 1999, pp. 99, 105, 129 y 162. En contra, HELMS, *Gewinnherausgabe...*, cit., pp. 354-356.

⁴⁵⁴ La perfección a que hace referencia el art. 1468 CC alude, en mi opinión, a la inmediata exigibilidad de entrega de la cosa por el deudor, por no estar sometida a condición ni a plazo; que, además, en un contrato sinalagmático, exige que haya sido cumplida u ofrecida, mediante puesta a disposición, la prestación a cargo del acreedor. Particularmente didáctica resulta aquí la STSJ Navarra 28.6.1995, FD 9.º (Pte. Fernández Urzainqui, RJ 1995/5928).

⁴⁵⁵ Me valgo de la definición de Díez-PICAZO, «Naturaleza jurídica de los minerales: ¿tienen o no la condición de frutos», *ADC*, 1954-II, p. 365. *Vid.* CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (I)», cit., pp. 1085-1086 y 1090; CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (y II)», cit., pp. 81 y 134.

⁴⁵⁶ *Vid.* STS 25.4.2014 (FD 3.º) (Pte. Ferrándiz Gabriel, RJ 2014/4205).

Veamos por qué. Admitir que al acreedor le corresponde una especie de *ius ad rem*, equivale, desde un punto de vista restitutorio, a admitir que el derecho de crédito presenta cierto *contenido de atribución*, esto es, que el derecho de crédito otorga una posición jurídica exclusiva sobre el bien objeto de venta atribuida por el ordenamiento jurídico al titular (acreedor)⁴⁵⁷. Ello es propio de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno. Desde esta lógica, podría pensarse que al acreedor corresponde, por tanto, la restitución de las ganancias obtenidas por el deudor con la venta a tercero. Pero tampoco es así. En realidad, el objeto de la pretensión restitutoria se limita, desde esta aproximación, a devolver al titular (acreedor) aquello que el ordenamiento le habría asignado en exclusiva. Pues bien, lo que el ordenamiento asignaría en exclusiva al acreedor (repito, desde esta lógica) no es el concreto beneficio percibido por el deudor, sino la posibilidad de obtener, él también, unas ganancias gracias a la (re)venta de la cosa (o su explotación), es decir, el valor de mercado del bien mediante la negociación. Con su actuación, el deudor ha impedido al acreedor obtener, en su caso, unas ganancias, pero no el concreto beneficio que obtuvo⁴⁵⁸.

Puede traerse aquí la STS 4.7.2011⁴⁵⁹ que –en un caso de venta de unos locales de negocio con transmisión de la propiedad al comprador (arts. 609 y 1462 CC) donde el vendedor, además de incumplir su obligación de entrega, continuó utilizando para sí los locales vendidos– consideró que el deudor había cometido una intromisión ilegítima en un derecho subjetivo ajeno (el del comprador, ya propietario) y le condenó a *indemnizar* al comprador el importe de lo que hubiera tenido que pagar por usar los locales, si el comprador hubiera estado dispuesto a arrendárselos. Es decir, condena a indemnizar el valor de uso o disfrute (valor de mercado). Luego parece razonable pensar que, si el vendedor hubiera arrendado los locales a un tercero –negociando una muy buena renta, tras la venta y transmisión de la propiedad– no debería indemnizar al acreedor por las ganancias obtenidas con ese arrendamiento (de haberse

⁴⁵⁷ Que el ordenamiento [el Código civil] otorga al acreedor de entrega de una cosa específica el «monopolio de utilidades de la misma» (frutos derivados del goce y precio por disposición) es abiertamente sostenido por BASOZÁBAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 181.

⁴⁵⁸ Me baso, para esta disertación, en las certeras aportaciones de VENDRELL CERVANTES al hilo de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno («La acción de enriquecimiento...»), cit., pp. 1136-1148 y 1178-1180).

⁴⁵⁹ Pte. Ferrándiz Gabriel, RJ 2011/4997 (FD 5.º). Citada por VENDRELL CERVANTES, «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en BASOZÁBAL ARRUE / DEL OLMO GARCÍA, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, 2017, pp. 313-314.

Concluye esta sentencia del siguiente modo (FD 5.º): «No hay que olvidar que la obligación del usurpador de pagar el precio procedente, en la hipótesis de haberse producido una cesión onerosa del bien usurpado –equivalente al mecanismo de reintegración propio de la llamada *condictio* por reintegración–, ha sido expresamente establecida, como una forma de indemnizar al perjudicado por las ganancias dejadas de obtener, en varias leyes de nuestro ordenamiento– artículos 43, apartado 2, letra c), de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, 66, apartado 2, letra c), de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, 55, apartado 2, letra c), de la Ley 20/2003, de 7 de julio, y 140, apartado 2, letra b), del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril».

podido ejecutar el contrato), sino de igual modo por el valor de uso de los bienes (valor de mercado).

Bien es verdad que el artículo 1683 atribuye a la sociedad las ganancias que, durante ella, el socio industrial haya obtenido en el ramo de la industria que sirve de objeto de esta⁴⁶⁰. Ahora bien, tal como lo veo, este precepto establece la consecuencia jurídica que le sigue al incumplimiento, por el socio industrial, de la obligación de no concurrir, que es una *obligación de no hacer*. Obligación de no hacer que concede al acreedor (sociedad) una posición de exclusividad sobre el uso de la fuerza del trabajo del deudor (socio industrial), como si se tratase de un activo más. Por eso, quizás este supuesto se asemeje más a un derecho de crédito (el de la sociedad frente al socio) cuyo posible contenido atributivo sea protegible vía *condictio*. No creo que este resultado sea predicable, sin embargo, respecto de otras obligaciones de no hacer.

4. La indemnización al destinatario de la oferta vinculante por el mayor coste que, en su caso, le haya supuesto la realización de la *operación de reemplazo* puede provocar incluso que el beneficio final del oferente no varíe respecto al que habría obtenido si hubiese contratado con el destinatario, esto es, si no hubiese revocado la oferta de venta; *ceteris paribus* el coste para el oferente. Ello sucederá, cuando el mayor coste de la operación de reemplazo equivalga al mayor precio finalmente percibido por el oferente (incumplidor). Pero este resultado se logra, en su caso, no por la vía de una acción restitutoria del beneficio obtenido por el oferente, sino gracias a la responsabilidad contractual que, concretada en el coste de la operación de reemplazo, actúa además como límite o contrapeso a la pretensión de cumplimiento (superado el prejuicio dogmático de la imposibilidad inicial)⁴⁶¹. Por otro lado, si el mayor coste de la operación de reemplazo no alcanza al mayor precio obtenido por el oferente en el mercado, ese sería el daño indemnizable; pero no todo lo percibido por el oferente. Y si por algún motivo, el destinatario lograra realizar una operación de reemplazo más ventajosa (compra más barato de lo inicialmente ofertado) el oferente no respondería, cuando del conjunto de circunstancias se concluyese que no ha habido daño. En tal caso, se puede presumir que el coste del reemplazo se vincula al valor objetivo de la cosa en el mercado y absorbe, para el destinatario-acreedor, el mayor beneficio que obtiene el oferente deudor con su incumplimiento.

5. Finalmente, no es nuevo que la venta de la cosa ofrecida a un precio superior admite ser estudiada desde el punto de vista de

⁴⁶⁰ Se apoya en este precepto PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1023. CARRASCO PERERA lo considera supuesto excepcional de restitución de todos los provechos fundado en la reserva de toda expectativa de ganancia en un determinado mercado al derecho del principal («Restitución de provechos (y II)», cit., pp. 137-138.

⁴⁶¹ *Supra* 9.4.

la «*efficient breach theory*»⁴⁶². Desde esta perspectiva, a nuestro oferente-deudor le es más eficiente revocar y vender la cosa ofrecida a un tercero, que le paga más, que mantenerse en los términos de su oferta inicialmente vinculante⁴⁶³. No entro en si la no concesión del *commodum ex negotiatione* incentiva o no este tipo de conductas. De lo que sí albergo ciertas dudas es sobre si el incumplimiento del deudor que vende la cosa a un tercero, porque le conviene, admite ser calificado como doloso a los efectos del artículo 1107 II CC⁴⁶⁴. Quizás tendría más sentido restringir el ámbito del artículo 1107 II CC a supuestos en que el incumplimiento termina dañando otros bienes del acreedor, sin que ello conduzca *per se* a ceñir, a su vez, el ámbito de aplicación de este precepto estrictamente a casos de dolo en la formación del contrato⁴⁶⁵. Me parece que el incumplimiento aquí estudiado goza de un cariz más neutro, de tal forma que el daño irrogado al acreedor, que se ve privado de adquirir la cosa, sería indemnizable si lesiona un interés comprendido dentro del fin de protección del contrato (art. 1107 I). Y si la eventual existencia del mayor daño ha sido comunicada *ex post* por el acreedor⁴⁶⁶, el fin de protección del contrato creo que excluiría del elenco de daños indemnizables aquellos que fueran previsibles al momento de incumplir, pero no al momento de contratar. Extender la responsabilidad del deudor incumplidor conforme al artículo 1107 II CC, ante esta clase de incumplimientos, no deja de tener cierto regusto sancionador⁴⁶⁷.

⁴⁶² Al respecto *vid.* c 2002, pp. 32-38 y 206; también BARROS BOURIE, «Restitución de ganancias...», cit., p. 43.

⁴⁶³ Se hace eco de ello, por contraposición a los criterios de justicia conmutativa, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1022, nota 9.

⁴⁶⁴ A favor, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., pp. 1032-1036; ALFARO ÁGUILA-REAL, «Un estudio experimental sobre el remedio eficiente para el incumplimiento contractual» en *Blog de Derecho mercantil*, 25 de abril de 2017 (<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2017/04/un-estudio-experimental-sobre-el.html> [última consulta 05.02.2018]). DÍEZ-PICAZO rechazó hábilmente cualquier vinculación de la restitución del *commodum ex negotiatione* con el ensanchamiento de responsabilidad del deudor doloso (art. 1107 II CC), pero lo hizo apuntando que el ensanchamiento lo es en la responsabilidad por daños, no en la restitución («Commodum...», cit., p. 1615). Abiertamente en contra, desde el análisis económico del derecho, CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (y II)», cit., pp. 142-143; GÓMEZ POMAR, *Previsión...*, cit., pp. 207-222.

⁴⁶⁵ *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., pp. 1035-1036. Para el daño a otros bienes del acreedor, valga el ejemplo de la vaca enferma propuesto por Pothier, que ha sido ampliamente citado (por todos, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1085), en lo que constituiría un caso de lo que modernamente MORALES MORENO ha denominado «interés de conservación» (*Incumplimiento...*, cit., pp. 87-93). En una dirección parecida, pero virando hacia la responsabilidad extracontractual por lesión de «interés de indemnidad», CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1228-1229.

⁴⁶⁶ PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., pp. 1032-1033; «Las nuevas bases...», cit., p. 1742, nota 75.

⁴⁶⁷ En este sentido, GÓMEZ POMAR, *Previsión...*, cit., pp. 220-221; GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento...», cit., p. 11; MORALES MORENO, *Incumplimiento...*, cit., pp. 172-179.

9.7 EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA VENTA DE LA COSA OFRECIDA A UN TERCERO

1. La Sala 1.^a del TS ha abordado el caso en que la cosa ofrecida es vendida a un tercer contratante, que la adquiere de manera irreivindicable. Se trata de la STS 17.9.2013⁴⁶⁸. Hay que advertir que, en aquella oportunidad⁴⁶⁹, la Sala 1.^a no consideró que la oferta fuera vinculante, aun cuando incluía un plazo⁴⁷⁰ para su aceptación⁴⁷¹. Ahora bien, la Sala entendió que el contrato se había perfeccionado, ya que la aceptación se produjo antes de la revocación efectiva (el mero hecho de la venta no implica revocación⁴⁷²).

⁴⁶⁸ Pte. Saraza Jimena, RJ 2013/6826.

⁴⁶⁹ Los hechos del caso son los siguientes. A entró, a través de su representante a finales de 2006, en negociaciones preliminares con B para la adquisición de una finca. Tras una serie de comunicaciones cruzadas, el 24 de abril de 2007 B remitió a A una oferta de venta. En esa oferta, figuraba la fecha de 25 de abril como fecha de formalización de la escritura pública de compraventa, con entrega de llaves y desalojo de la finca. A, conocida esta oferta gracias a su representante, procedió a la liquidación y venta de un fondo de inversión por importe de 550.793 euros a fin de hacer frente a los primeros pagos derivados de la firma del contrato. Con ello, el representante de A telefoneó a B, la tarde del 25 de abril de 2007, para comunicarle la aceptación de la oferta de venta por su mandante. En esa conversación telefónica, B le comunicó que se había firmado, esa misma mañana, un contrato por el que se vendía la finca a un tercero (C), que había inscrito válidamente su posición sobre la finca en el Registro de la Propiedad. Como hecho relevante, debe destacarse que el contrato proyectado con la oferta de venta incluía una cláusula penal a cuyo tenor, en caso de incumplimiento, los vendedores se obligaban a «la devolución de las cantidades entregadas hasta ese momento más 300.000 euros en concepto de sanción». Ante ello, A interpuso demanda frente a B interesando que (i) se declarara que se había perfeccionado el contrato de compraventa proyectado con la oferta de venta, y (ii) se condenase a B a otorgar escritura pública de transmisión de la finca a favor de A, en virtud del contrato; y (iii) subsidiariamente, y para el caso en que no fuere posible el cumplimiento del contrato proyectado con la oferta, se condenase a B al pago de 300.000 euros como indemnización por incumplimiento de contrato, según resultaba de la cláusula penal. En su contestación a la demanda, B alegó que el contrato no se había perfeccionado, sino que la venta de la finca a C, el día 25 de abril, supuso la revocación de la oferta. Por lo tanto, según la defensa de B, la cláusula penal que contenía la oferta de contrato no era de aplicación.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. En este sentido, consideró que el contrato había quedado perfeccionado en una fecha incluso anterior (el 24 de abril) por vicisitudes del proceso negociador, antes aludido y condenó a B al pago de 300.000 euros como indemnización por incumplimiento (en la audiencia previa, A había renunciado a la pretensión relativa al otorgamiento de la escritura). Recurrida en apelación, la AP desestimó el recurso de B y confirmó el fallo de instancia, pero considerando que la perfección del contrato había tenido lugar el 25 de abril (fecha de la conversación telefónica en la que se comunicaba la aceptación). En particular, la AP entendió que la oferta de venta fue aceptada por A durante su período de vigencia, que se extendía durante el 25 de abril, sin que el oferente hubiera manifestado su voluntad de revocarla expresamente. La AP omitió pronunciarse sobre la impugnación de la cláusula penal que hizo B en apelación, por considerarla una cuestión nueva.

⁴⁷⁰ En su comentario, CHAPARRO MATAMOROS se muestra crítico con la sentencia en este punto, pues considera que el plazo genera vinculación («Momento de aceptación...»), cit., p. 306).

⁴⁷¹ *Supra* 7.3 [2].

⁴⁷² *Supra* 9.4 [1].

Tras la aceptación, la Sala admitió que la responsabilidad del oferente es contractual (art. 1101 CC) y no por *culpa in contrahendo* o precontractual. Este hecho es muy relevante, pues sitúa en el plano contractual la responsabilidad por revocación de una oferta. Ciertamente es que no se trataba de una oferta vinculante, pero, a efectos prácticos la única diferencia es que, si la oferta es vinculante, la aceptación puede producirse, aunque la oferta se revoque. En el caso, el contrato se perfeccionó, porque la aceptación sobrevino antes de la revocación efectiva.

Como digo, la Sala reconoce entonces que la responsabilidad es contractual y la vincula a la cláusula penal que incluía el contrato proyectado con la oferta. La existencia de la cláusula es trascendental en la construcción del fallo. En efecto, da la sensación de que fue la existencia de la cláusula penal que prefijaba los daños el elemento que atenuó los posibles reparos frente a una solución en clave de responsabilidad contractual por la revocación derivada de la venta a tercero donde el bien se vuelve irreivindicable (art. 34 LH). Tales reparos habrían descansado –creo– en negar al destinatario la posibilidad de aceptar, toda vez que el contrato proyectado con la oferta parecería adolecer de una imposibilidad inicial de cumplimiento (y sería nulo). Tal como lo veo, la cláusula actuó como referencia de una idea de responsabilidad contractual latente. Tanto es así, que el destinatario ni siquiera reclamó otros posibles daños contractuales y limitó su pretensión al importe de la cláusula penal; reclamación que es finalmente enervada por la Sala 1.^a, por otros motivos⁴⁷³.

Se desconoce la actuación posterior del destinatario de la oferta de venta, tras ver frustrada la efectiva adquisición del dominio de la finca ofertada, pues centró su pretensión en obtener la indemnización basada en la cláusula penal. Ello no significa que no existieran otros daños, solo que no se alegó ni se probó su existencia. Según los hechos, el destinatario desinvertió y liquidó participaciones en fondos de inversión para poder hacer frente a los primeros pagos del precio. No constan las condiciones de tal liquidación. Se ignora, también, si el destinatario, con esa liquidez, acometió una *operación de reemplazo* mitigadora adquiriendo otra u otras fincas similares (según la sentencia, estaba interesado en adquirir una «finca con casa» [FD 1.º, aptdo. 1]); y las condiciones en que, en su caso, lo hizo. Como fuere, creo que si el destinatario, ante la imposibilidad de adquirir efectivamente la finca, hubiera destinado su liquidez a una inversión completamente diferente de bienes raí-

⁴⁷³ Es relevante el siguiente párrafo: «La indemnización que podía exigir la compradora por el incumplimiento de los vendedores era el resarcimiento de los daños y perjuicios efectivamente producidos, no la fijada en la cláusula penal para el caso de que iniciada la ejecución del contrato se produjera el incumplimiento imputable a los vendedores. Para otorgarla era preciso justificar no solo el incumplimiento del contrato por los demandados sino también la efectiva causación de tales daños y perjuicios y su cuantía, lo que no se ha hecho por la demandante» (FD 13.º).

ces «con casa» similares, que le hubiera reportado pérdidas (por ejemplo, una inversión en bolsa), ese daño no sería indemnizable.

Al leer esta sentencia, uno no puede evitar preguntarse cuál habría sido el fallo del TS, si no hubiera existido cláusula penal o si la pretensión del demandante hubiese sido otra.

9.8 LA POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL TERCER CONTRATANTE

1. Corresponde ahora referirse a la responsabilidad en que podría incurrir el tercero que adquiere la cosa que había sido ofertada, de modo vinculante, al primer destinatario. La responsabilidad hipotética del tercer contratante únicamente parecería tener recorrido –por equiparación al derecho de opción no inscrito⁴⁷⁴– en los casos en que éste actúe de mala fe, es decir, conociendo o no pudiendo ignorar el hecho de que el bien ofertado ya lo había sido a un primer operador. El fundamento de esta responsabilidad, de darse, desde luego sería extracontractual y se basaría en el principio del *neminem laedere* (art. 1902 CC)⁴⁷⁵.

2. En mi opinión, resulta discutible hacer responder, frente al destinatario de la oferta irrevocable, a un tercero, al que también se le ha ofrecido la cosa ofertada y la ha aceptado antes, perfeccionando y consumando el contrato de compraventa. En primer lugar, porque se haría demasiado costoso establecer un grado de certeza o conocimiento del tercero, a partir del cual puede considerarse que actúa de mala fe al comprar la cosa. Además, cuando el tercero acepta la segunda oferta y se perfecciona su contrato ni siquiera existe, del lado del destinatario inicial, un derecho de crédito que deba respetar, sino una mera expectativa. Y es que la irrevocabilidad de la oferta no elimina la facultad de disposición del oferente⁴⁷⁶. Por ello, en el caso de la oferta vinculante no considero apro-

⁴⁷⁴ Vid. en este sentido PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, 2005, pp. 368-370.

⁴⁷⁵ MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, cit., pp. 199-200. GARCÍA RUBIO, basándose en AUBERT, apunta que, cuando el tercer contratante es de mala fe (y la es oferta irrevocable), el contrato concluido con éste es inoponible al destinatario inicial de la oferta, por lo que, si éste lo desea, puede concluir el negocio o, siendo esto prácticamente imposible, obtener una condena *in solidum* del oferente y del tercero tendente a la indemnización del equivalente contractual (*La responsabilidad precontractual...*, cit., p. 144).

Sobre la protección aquiliana del derecho de crédito en Derecho español, vid. la excelente monografía de PÉREZ GARCÍA, *La protección...*, cit., pp. 107-123.

⁴⁷⁶ *Supra* 4.3.1[2] en Derecho alemán; VON TUHR, *Der Allgemeine Teil...*, cit., § 62 III, p. 467. En España, la jurisprudencia admite que la concesión de una opción de compra no elimina la facultad de disposición de los concedentes (SSTS 30.9.1989 [Pte. González Poveda, RJ 1989/6393], 7.5.1996 [Pte. Gullón Ballesteros, RJ 1996/3779] y 5.6.2006 [Pte. Almagro Nosete, RJ 2006/3067]).

piado imputar al tercero responsabilidad alguna, incluso aunque conociese la existencia de la oferta inicial⁴⁷⁷.

3. Si el destinatario de la oferta vinculante ya hubiese aceptado cuando se produce la transmisión de la cosa vendida al tercero, parece que, esta vez sí, tendría que acudirse la eventual responsabilidad por daños del tercero que vulnera dolosa o negligentemente el derecho de crédito ajeno. Nuestra jurisprudencia ha avalado, abiertamente y de modo general, la procedencia de una responsabilidad resarcitoria por intromisión en el derecho de crédito ajeno – como derecho subjetivo –, llegando incluso a afirmar que la actuación dolosa del tercero conduce a la reparación por él de *todas* las consecuencias dañosas derivadas de su actuación⁴⁷⁸. Sin negar la cabida de dicha responsabilidad en nuestro ordenamiento, creo que, al menos en el caso de venta a un tercero, la atribución de responsabilidad a este debe realizarse con cautela. En contra de una muy autorizada opinión al respecto⁴⁷⁹, no me parece del todo evidente que se deba atribuir responsabilidad al tercero que contrata con el deudor por lesión del derecho de crédito del acreedor, simplemente porque conociese la existencia del dicho derecho. Se antoja difícil sostener, sin más, que este tercero actúa de manera culposa o, por mejor decir, que con su actuación infringe un deber objetivo de conducta impuesto para la protección de otros (art. 1902 CC)⁴⁸⁰, por el solo hecho de comprar la cosa conociendo la existencia del derecho de crédito. Parece que, en tal caso, ha de exigirse del tercero *algo más* que el mero conocimiento o imposibilidad de ignorar la existencia del derecho de crédito.

4. Junto con el conocimiento de la existencia del derecho de crédito (o la imposibilidad de ignorarla), creo que debe exigirse una *actuación* concreta del tercero, orientada a provocar el incumplimiento del deudor y que persiga (o cuanto menos no pueda ignorar) afectar la posición patrimonial del acreedor en el mercado, más allá de las solas consecuencias inmediatas que el incumplimiento del contrato le pueda ocasionar. Me parece que la actuación del tercero debe exceder de una legítima captación de factores en el

⁴⁷⁷ La STS 12.3.2008 (Pte. Roca Trías, RJ 2008/4046) –en un caso de transmisión a tercero del bien por el concedente de un derecho de opción– afirma que el incumplimiento del contrato de opción de compra no puede ser imputable al tercero, aunque conociese la existencia de la opción, ya que no se probó que su conducta produjese el incumplimiento (FD 2.º).

⁴⁷⁸ Valgan las SSTS 5.2.2014, FD 12.º (Pte. Saraza Jimena, RJ 2014/1060); y 6.10.2015, FD 5.º (Pte. Baena Ruiz, RJ 2015/4738).

⁴⁷⁹ PÉREZ GARCÍA, *La protección...*, cit., pp. 427-436.

⁴⁸⁰ Sobre la noción de culpa SOLER PRESAS/DEL OLMO GARCÍA/JUÁREZ TORREJÓN/ NAVARRO MENDIZÁBAL/BASOZABAL ARRUE/GREGORACI FERNÁNDEZ/DE COUTO GÁLVEZ, «Capítulo 2: Elementos sustantivos de la pretensión», en SOLER PRESAS/DEL OLMO GARCÍA, *Prácticum daños 2017*, 2016, párr. 2/805 2/925, pp. 258-268.

mercado, que este además se encarga de incentivar⁴⁸¹. Tampoco parece ocioso considerar la condición de competidor efectivo del acreedor que pueda ostentar el tercero⁴⁸².

En este sentido, una ponderación razonable de la eventual responsabilidad extracontractual del tercero, para el supuesto que nos ocupa, se contiene en el artículo 14 LCD. Este precepto representa una buena prueba de la necesidad de exigir algo más que el mero conocimiento del derecho de crédito ajeno para fundamentar la responsabilidad del tercero⁴⁸³. Como es sabido, el artículo 14 LCD indica aquellas conductas que, por «*sucumbir al juicio de deslealtad*», se consideran ilícitas y, en consecuencia, pueden fundamentar la responsabilidad extracontractual, por vulnerar una leal competencia (art. 32.5 LCD). Sin ánimo de profundidad, conviene advertir que la inducción a la infracción contractual (art. 14.1) y la inducción a la terminación regular de un contrato (art. 14.2) requieren unas particulares *finalidades* en la actuación del tercero, sin las cuales la conducta parece permitirse⁴⁸⁴. E incluso el propio aprovechamiento del incumplimiento contractual ajeno (art. 14.2) –así como la inducción a la terminación regular de un contrato– exigen requisitos o circunstancias adicionales al simple conocimiento, que revelen la deslealtad en un ambiente concurrencial⁴⁸⁵.

5. La regulación comprendida en el artículo 1473 CC, para el caso de doble venta, no me parece una referencia del todo adecuada para abordar el supuesto planteado. Este artículo tiene su antecedente en el artículo 982 P. 1851. Este último precepto estaba sistemáticamente relacionado con el artículo 981 P. 1851 que, como es sabido, indicaba que la entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad, adoptando así una solución de corte francés. Según informa García Goyena, cuando por diversos contratos alguien se obligaba a entregar la misma cosa (mueble) a diversas personas, la entrega decidía la adquisición de la propiedad, como excepción a la transmisión consensual *ex* artículo 981 P.

⁴⁸¹ Sobre la relación, en general, entre la libertad de obtener provecho a partir de elementos patrimoniales ajenos y la pretensión del titular de estos para excluir la acción de terceros, *vid.* BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento...*, cit., pp. 131-136. En concreto para competencia desleal, MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 404.

⁴⁸² En este sentido y refiriéndose a la STS 23.3.1921 (*Caso Raquel Meller*), CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 612-613.

⁴⁸³ Advierto que dejo a un lado los supuestos de lesión del derecho de crédito motivados por una actuación que podría considerarse ajena a una actuación enteramente contractual o, si se quiere, competencial. Por ejemplo, el tercero coleccionista de arte, que puede ser además competidor del acreedor, también coleccionista, destruye dolosamente el valioso cuadro que este había comprado.

⁴⁸⁴ MASSAGUER FUENTES, *Comentario...*, cit., pp. 406-418. Así, el mismo autor apunta que la simple realización de una oferta ventajosa no basta para entender producida una inducción al incumplimiento de obligaciones contractuales básicas; el objetivo ha de ser el incumplimiento y sus resultados (*Comentarios...*, cit., p. 407).

⁴⁸⁵ MASSAGUER FUENTES, *Comentario...*, cit., pp. 418-419.

1851, fundada en la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas muebles⁴⁸⁶. Creo que la referencia histórica ilustra bien el concreto problema que persigue resolver el artículo 1473 CC, que es el problema de la atribución de la propiedad en estos casos (aunque el sistema del código exige título y modo)⁴⁸⁷. Más allá de ello, estimo complicado, a partir del artículo 1473 CC, sacar conclusiones sobre la eventual responsabilidad extracontractual del tercero frente al destinatario de la oferta, convertido en acreedor con la aceptación.

6. En consecuencia, la mera contratación con el deudor, aun conociendo la existencia del derecho de crédito inicial (o la oferta vinculante, si aún no se aceptó) no me parece requisito que, por sí solo, permita basar la responsabilidad del tercero con arreglo al artículo 1902 CC. Si no se quiere restringir en exceso la libre competencia, se debe requerir algo más⁴⁸⁸.

9.9 LA RESPONSABILIDAD DEL OFERENTE POR PÉRDIDA DE LA COSA OFRECIDA

Cuando la cosa específica ofrecida en una oferta vinculante de venta se pierde (por un incendio en la fábrica del oferente, por ejemplo), surge la cuestión de si el oferente incurre en algún tipo de responsabilidad. El caso guarda cierta similitud con la venta de la cosa a un tercero. Parece que la pérdida de la cosa trae consigo la revocación de la oferta, que debe comunicarse⁴⁸⁹. La pregunta es si esa revocación puede hacerse libremente y sin consecuencias. En mi opinión, el hecho de la pérdida no allana el camino de la revocación para el oferente; el destinatario podría igualmente aceptar.

⁴⁸⁶ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, III, 1852, p. 15.

⁴⁸⁷ Sobre la protección del acreedor de dominio frente a terceros de mala fe en casos de doble venta *ex art.* 1473 CC, *vid.* PÉREZ GARCÍA, *La tutela...*, cit., pp. 195-233; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 624.

⁴⁸⁸ El profesor PÉREZ GARCÍA considera que basta con el conocimiento de la existencia del derecho de crédito por el tercero para fundamentar la responsabilidad extracontractual de este. Este conocimiento constituiría, para él, el criterio de imputación subjetivo de la mala fe. Ahora bien, este autor –reconociendo la necesidad de operar cautelosamente, so pena de restringir el tráfico– identifica la mala fe del tercero con la certeza relativa a la existencia del derecho de crédito ajeno (conocimiento fehaciente) y excluye al tiempo la validez de los simples indicios; certeza esta que puede manifestarse, en su opinión, mediante la inscripción registral, la comunicación o la imposibilidad de conocer por mor de la profesión desempeñada por el tercero (*La protección...*, cit., pp. 427-436). Lo que aquí se defiende –sin por ello dejar de asumir las brillantes aportaciones del citado autor– es la necesidad de exigir, además del conocimiento certero, una actuación culposa o dolosa del tercero, en el sentido de infracción del deber objetivo de cuidado orientada a perjudicar la posición del contratante que ve defraudado su interés.

⁴⁸⁹ *Supra* 9.4 [1].

Otra cosa es qué sucede a partir de aquí. En este trabajo, se defiende que la imposibilidad originaria de la prestación no determina la nulidad de la obligación⁴⁹⁰. Por tanto, la pérdida de la cosa ofrecida debe permitir al destinatario aceptar, perfeccionar el contrato y convertirse en acreedor. Situados en este punto, habría que tratar el supuesto de acuerdo con las reglas de la imposibilidad sobrevenida en relación con el incumplimiento⁴⁹¹. Al no ser posible ya pretensión de cumplimiento (arts. 1182-1184 CC) habría que dilucidar si el destinatario-acreedor puede valerse de otros remedios frente al incumplimiento, en que se traduce la revocación por pérdida de la cosa. En particular, habría que determinar si el oferente-deudor responderá del daño causado; y lo hará si la pérdida le es subjetivamente imputable⁴⁹².

Otra manera de abordar la cuestión es aquella que emplee el binomio riesgo–frutos propuesto en su día por Carrasco⁴⁹³. Este autor sostiene que el riesgo de pérdida fortuita de la cosa está de lado de la parte que percibe o retiene los frutos. Siendo esto así, cabría entender que, en una oferta de venta con eficacia vinculante, dado que los frutos los percibe en principio el oferente de venta, hasta el perfeccionamiento del contrato (arts. 354, 1095 y 1468 CC), el riesgo de pérdida de la cosa lo soporta él. Por tanto, no podría revocar su oferta libremente y, además según esta tesis, tendría que responder, si el destinatario se acepta. Lo contrario sucedería en una oferta de venta de una herencia, donde los frutos pertenecen al comprador desde antes de la venta (art. 1533 CC)⁴⁹⁴.

9.10 EL ERROR DEL OFERENTE EN EL CÁLCULO DEL PRECIO Y SU RESPONSABILIDAD

1. Sabemos que el oferente puede cometer un error en el cálculo del precio de su oferta, como vimos al estudiar la confianza productora de vinculación⁴⁹⁵. Este supuesto es particularmente

⁴⁹⁰ *Supra* 9.1, 9.3 y 9.4.

⁴⁹¹ Toda vez que la imposibilidad sobrevenida, en el moderno Derecho de contratos, no es sino un supuesto más de incumplimiento, independiente de la causa que lo motive o las circunstancias en que se produzca, como se ha encargado de recordar recientemente la profesora GÓMEZ CALLE («La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado», *ADC*, 2017-I, p. 98).

⁴⁹² PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1044. La imputación subjetiva al oferente-deudor se determinaría con arreglo a los arts. 1104 y 1105 CC. Según PANTALEÓN PRIETO, para que el deudor se exonere de la obligación de indemnizar, (i) la falta de cumplimiento debería haber sido provocada por un impedimento ajeno a su esfera de control; (ii) tendría que tratarse de un suceso cuyo acaecimiento fuese imprevisible al tiempo de contratar; y (iii) tendría que ser un suceso inevitable («El sistema...», cit., pp. 1067-1068; y «El sistema...», cit., p. 1021).

⁴⁹³ CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (I)», cit., pp. 1138-1140.

⁴⁹⁴ *Supra* 8.5

⁴⁹⁵ *Supra* 2.2.2.1; 4.3.2; 8.2.1 y 8.2.2.

relevante en contextos de contratación de obras. Aquí, la oferta puede ser vinculante en atención a la confianza del destinatario-contratista en la propuesta del oferente-subcontratista⁴⁹⁶. Lo que me planteo es si la responsabilidad del oferente de una oferta vinculante admite ser matizada en atención a la contribución que el error del oferente-subcontratista al formular su oferta haya podido tener en el éxito final del contratista-destinatario en la licitación. Expresado de otro modo, cabe pensar que, si la oferta del subcontratista hubiese estado bien formulada, al destinatario no le habría sido concedida la realización de la obra, teniendo que destinar sus recursos de otra manera.

En la contratación de obras públicas bajo Derecho español, los criterios de valoración de ofertas se recogen en los pliegos y documentación que gobierna la licitación (art. 139.1 TRLCSP 2017). Normalmente se atiende a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, como la calidad o el precio; con la particularidad de que, si solo se aplica un criterio de adjudicación, éste ha de estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida (art. 146.1 TRLCSP 2017)⁴⁹⁷. De este modo, puede decirse que, en función de los mayores o menores criterios empleados para la adjudicación del contrato, el peso de la oferta del subcontratista que contiene un error de cálculo sea mayor o menor y, con ello, su incidencia en el buen éxito del contratista licitante⁴⁹⁸.

2. La (paradójica) contribución de la oferta del subcontratista al éxito del contratista en la licitación conduce a la pregunta de si resulta correcto indemnizar, en casos de error, al destinatario de la oferta mediante la operación de reemplazo. Quizás sea más razonable conceder al destinatario de la oferta, en estos, casos una

⁴⁹⁶ *Supra* 8.2.1 a 8.2.4.

⁴⁹⁷ El art. 150.1 II TRLCSP 2011 disponía que, si solo se aplica un criterio, éste tenía que ser necesariamente, el del precio más bajo.

⁴⁹⁸ Era ilustrativo el primer párrafo del art. 150 TRLCSP 2011, recientemente derogado: «Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes». Hoy, el art. 145.1 TRLCSP 2017 establece que la adjudicación de los contratos se realizará atendiendo a una pluralidad de criterios con base en la mejor relación calidad-precio; a lo que añade que, previa justificación, se puede adjudicar con base en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida.

indemnización consistente en la diferencia entre el precio de la oferta del contratista en la licitación y el de la siguiente oferta de precio más elevado de aquellas que participaron en la licitación⁴⁹⁹; oferta que sí recoge un correcto cálculo. A favor de esta solución se postula la hipótesis expuesta de que la licitación ha sido ganada por el contratista gracias, en parte, a la oferta erróneamente confeccionada por el subcontratista. La siguiente oferta de precio más elevado podría haber sido la ganadora de la licitación, si la oferta de nuestro destinatario no contuviese error, o si este no hubiese licitado. Y, de hecho, lo habría sido de haberse tenido en cuenta por el adjudicatario únicamente el precio más bajo, como criterio (lo que no será siempre así). En efecto, este método de determinación de la responsabilidad del subcontratista, que revoca, solo funcionará bien cuando el único criterio elegido para adjudicar la obra haya sido el precio. Además, no hay que pasar por alto que el contratista ha quedado obligado a ejecutar la obra conforme le ha sido adjudicada.

3. El criterio que determinaría la responsabilidad del subcontratista mediante la diferencia entre el precio de la oferta del contratista en la licitación y el de la siguiente oferta de precio más elevado de aquellas que licitaron solo se antoja adecuado cuando la adjudicación de la obra atiende en exclusiva al precio, con exclusión del resto de criterios⁵⁰⁰; y bajo determinadas circunstancias (que la equivocación del subcontratista provoque que la oferta del contratista ya no sea la más competitiva en cuanto a precio). Hay que advertir que una aproximación de este tipo nos acerca a la *compensatio lucri cum danno*⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Así, FARNSWORTH pone de manifiesto que en Estados Unidos muchos tribunales han recurrido a esta solución (*On contracts*, cit., § 3.25, p. 367, nota 16).

⁵⁰⁰ En ese caso, la diferencia entre ambas pujas en la licitación sería el error del subcontratista oferente.

⁵⁰¹ La *compensatio lucri* se define como «la regla que indica que, al momento de realizar la evaluación del daño patrimonial, debe descontarse de las consecuencias perjudiciales, las consecuencias beneficiosas, y así obtener una determinación exacta del monto del daño, en cumplimiento del principio de la reparación integral» (ALDAX, «Aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura», *Lecciones y Ensayos*, Vol. 90, 2012, p. 24). La Sala 1.ª del TS, en su STS 15.12.1981 [Pte. De la Vega Benayas, RJ 1981/5157] entendió que «el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventaja, ésta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento (*compensatio lucri cum damno*), siempre, por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja, según la opinión de autorizada doctrina, lo cual, en definitiva, no es más que la aplicación del tradicional y siempre vigente principio del enriquecimiento injusto». No obstante, esta sentencia ha sido criticada y su doctrina parece haberse corregido por la STS 17.10.1998 [Pte. Villagómez Rodil, RJ 1998/8071]. La doctrina mayoritaria entiende, por influencia de Pantaleón Prieto, que la *compensatio* no admite adquirir la dignidad de «regla de principio», requiriendo su aplicación, cuanto menos, cautela, a fin de evitar descontar la indemnización debida al acreedor con el desplazamiento del daño (SOLER PRE-SAS/DEL OLMO GARCÍA/JUÁREZ TORREJÓN/NAVARRO MENDIZÁBAL/BASOZABAL ARRUE/

X. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE CIRCUNSTANCIAS Y LA REVOCACIÓN DE LA OFERTA VINCULANTE EN DERECHO ESPAÑOL

1. Durante el plazo de vigencia de la oferta vinculante⁵⁰² puede producirse un cambio abrupto de las circunstancias que existían en el momento de su formulación, cuando esta tiene un plazo más o menos amplio de vigencia. Cabe preguntarse entonces en qué medida la alteración de las circunstancias afecta o puede afectar a la eficacia vinculante de la oferta.

En Derecho español, apenas se ha planteado la posibilidad de apreciar una alteración sobrevenida de las circunstancias a la oferta vinculante de contrato, como sí ha sucedido en Derecho alemán⁵⁰³. Entre nosotros, solo Gómez Laplaza, que me conste, ha aludido a las tesis de Flume y Larenz, que permitían no exigir responsabilidad al oferente, cuando el cambio de circunstancias era *imprevisible* y *no asumió el riesgo*. Avalan, para la autora, esta solución, los principios de confianza y autorresponsabilidad⁵⁰⁴.

2. En el plano contractual y en Derecho español, la problemática del cambio de circunstancias se ha circunscrito tradicionalmente a la ejecución de un contrato de tracto sucesivo o de ejecución diferida. En este ámbito, han proliferado, desde antaño, diferentes teorías encaminadas a relajar el principio de vinculación al contrato («*pacta sunt servanda*»). Ahora no me corresponde ocuparme de estas teorías⁵⁰⁵. Conviene precisar, sin embargo, que el tratamiento de la alteración de circunstancias sobre contratos de tracto único, pero de ejecución diferida en el tiempo, parece asemejarse mejor a la oferta vinculante de contrato. Esto es importante y conduce, como se verá, a una apreciación muy limitada del cambio de circunstancias a favor del oferente.

GREGORACI FERNÁNDEZ/DE COUTO GÁLVEZ, «Capítulo 2...», cit., párr. 2/60, pp. 188-189 y párr. 2/1145, pp. 316-317).

Parece mostrarse a favor de aplicar la regla de la *compensatio*, sobre la base del art. 356 CC, CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos (I)», cit., p. 1075 (nota 29); «Restitución de provechos (y II)», cit., p. 56.

⁵⁰² *Supra* 7.2 y 7.3.

⁵⁰³ *Supra* 4.3.3.

⁵⁰⁴ GÓMEZ LAPLAZA, «Artículo 1262», cit., p. 85.

⁵⁰⁵ Puede citarse la doctrina de la «*rebus sic stantibus*», la teoría de la base del negocio o la excesiva onerosidad. A estos efectos, véase los importantes trabajos de SALVADOR CODERCH, «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4/2009; y PARRA LUCÁN, «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret*, 4/2015; ampliamente y con exhaustivas referencias al derecho comparado, español y la jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS, SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento del contrato y modalidades de su ejercicio*, 2004, pp. 77-201.

10.1 LA ALTERACIÓN RELEVANTE A EFECTOS DE LA OFERTA VINCULANTE

1. Hay que tener en cuenta que la vinculación a la oferta es siempre menos intensa que la vinculación al contrato (art. 1091 CC). Ello nos conduce intuitivamente a la idea de que el cambio de circunstancias necesario para apartarse de la oferta vinculante será, de suyo, menos exigente que aquel que permita apartarse del contrato. Esto, que es verdad, omite un paso previo. Este paso es el de determinar primero si el cambio de circunstancias es *relevante jurídicamente* para la oferta. Si la respuesta es positiva, entonces –superada la barrera– la revocación de la oferta será libre y sin consecuencias. Porque, repárese, no me estoy preguntando si la revocación puede o no realizarse, sino si puede hacerse libremente y sin responsabilidad para oferente; que no es lo mismo.

2. Tomando como referencia los contratos de tracto único, pero de ejecución diferida, puede advertirse la dificultad de que la alteración de circunstancias adquiera relevancia jurídica para la oferta vinculante (como paso previo). Se trata de un problema de asignación de riesgos⁵⁰⁶. Hay que ver si el oferente asumió o no, con su declaración, el *riesgo* de la alteración del cambio de circunstancias que termine por vincularle en el contrato proyectado⁵⁰⁷. En contratos de tracto único, pero de ejecución diferida, la alteración de circunstancias que rompe el equilibrio del contrato suele responder a un error de previsión de la parte que lo sufre; riesgo que podría haberse neutralizado con una mejor estrategia empresarial⁵⁰⁸. Si extrapolamos esta idea a la oferta vinculante, existen buenos argumentos para sostener que la elevación o caída de los precios, así como la alteración de elementos que se tienen en cuenta al emitir una oferta de contrato por un operador en el mercado no son, de ordinario, circunstancias radicalmente imprevisibles. Ello a efectos de impedir conductas especulativas por el oferente a costa del destinatario.

Pongamos por caso una oferta de contrato de crédito, emitida a un tipo de interés del 8% y con un plazo para la aceptación de 6

⁵⁰⁶ SALVADOR CODERCH, «Alteración de circunstancias...», cit., p. 35. También MORALES MORENO, «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *ADC*, 1983-IV, pp. 1537 y ss.

⁵⁰⁷ Es importante, por tanto, no perder de vista el contrato proyectado con la oferta a efectos de asignar relevancia jurídica o no a la alteración de circunstancias.

⁵⁰⁸ *Vid.* CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 992-993. En este sentido, la Sala 1.ª del TS, considera que «en estos contratos de tracto único la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” es de carácter aún más excepcional que en los de tracto sucesivo o de ejecución diferida» [*Vid.* SSTS 10.2.1997 (Pte. González Poveda, RJ 1997/665) y 15.11.2000 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez, RJ 2000/9214)].

meses, durante el cual la oferta es vinculante. El destinatario puede hacer depender su decisión sobre la aceptación de la evolución de los tipos de interés durante el período concretado por la oferta. Así, si los tipos de interés descienden por debajo del 8%, buscará un crédito alternativo en el mercado; mientras que, si ascienden por encima del tipo de la oferta, aceptará. Parece que una normal oscilación de los tipos de interés, tanto al alza como a la baja, en el período de 6 meses resultará previsible para el oferente del crédito⁵⁰⁹. Por ello, si al cabo de los 6 meses el destinatario acepta la oferta, estando los tipos de interés en el mercado a un 11%, no parece que el oferente pueda revocarla al abrigo del cambio de circunstancias supuestamente imprevisto. Habrá que ver, en cualquier caso, cómo eran las perspectivas de evolución. En caso de que el oferente revoque su oferta, tendrá que responder, si finalmente recae aceptación y se causó un daño⁵¹⁰.

La alteración sobrevenida de las circunstancias que permita revocar libremente la oferta vinculante no puede desprenderse de las oscilaciones normales del mercado. Tales oscilaciones (en los precios de una oferta de venta o de compra, por ejemplo) están y deben estar, a mi entender, dentro de las previsiones del operador que emite esta declaración de voluntad con eficacia vinculante⁵¹¹.

Así, no es evento radicalmente imprevisto, en una oferta de venta de unos terrenos para la construcción, la variación del plan urbanístico que afecte al volumen edificable del terreno objeto de la oferta, durante el período que media entre la emisión de la oferta con eficacia vinculante y la aceptación⁵¹². Hay que admitir que este supuesto se antoja más complicado, pues responde a una vicisitud que no es simplemente la oscilación de precios. Si la modificación del Plan General de Ordenación Urbana era previsible en ese momento (o no era descartable) para una sociedad dedicada a la construcción, entonces la reducción del volumen edificable del terreno no parece ser un factor que permita a la oferente revocar sin más trámite su oferta (cuando esta tenía eficacia vinculante). De concurrir aceptación de la empresa destinataria, la responsabilidad (contractual) en la que incurriría la oferente, ahora convertida en deudora, se concretaría en la indemnización procedente (art. 27.3 TRLS). Nótese que, en este

⁵⁰⁹ Ejemplo tomado de MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9.ª ed., 2006, § 26, Rn. 368, p. 143.

⁵¹⁰ A propósito del ejemplo, puede añadirse la improcedencia de estimar relevante el cambio de circunstancias, cuando el afectado especula al alza y a la baja con el valor del contrato (CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, cit., p. 980).

⁵¹¹ En este sentido, la STS 29.5.1996 (Pte. Ortega Torres, RJ 1996/3862) declaró, bien que, para un caso de opción de compra, que «el aumento de valor de la finca objeto de la opción de compra no puede calificarse por sí solo de “alteración completamente extraordinaria” ni menos aún puede reputarse consecuente a circunstancias radicalmente imprevistas» (FD 5.º).

⁵¹² STS 22.4.2004 (Pte. González Poveda, RJ 2004/2673).

caso, podría haber una rebaja proporcional de la contraprestación a pagar por el destinatario de la oferta, una vez acepte, si se reconoce –como así lo creo– que la acción *quantum minoris* es un medio reinstaurador de la equivalencia de las prestaciones y de tutela del acreedor frente al incumplimiento⁵¹³.

3. Como se ve, la *relevancia jurídica* de la alteración de circunstancias en sede de oferta vinculante equivale a comprobar si, en el caso, el oferente asumió o no el riesgo de modificación de circunstancias; ello sucede, a mi juicio, cuando se trata de oscilaciones normales del mercado. Nótese que si el oferente ha dotado de eficacia vinculante a su oferta probablemente será para conferir seguridad al destinatario frente a este tipo de oscilaciones. Fuera de estos casos, la alteración de circunstancias sí adquiriría, a mi juicio, relevancia jurídica. Por ejemplo, en casos de insurrecciones bélicas⁵¹⁴ o crisis humanitarias⁵¹⁵. Mayores dudas suscitan los supuestos que afectan en la esfera interna del oferente⁵¹⁶.

La rescisión por lesión «ultra dimidium», propia del Derecho civil catalán (art. 621-46 Comp. Catalana), guarda cierta relación con la alteración sobrevenida de las circunstancias como causa de revisión de los contratos. Ello debido (*i*) a la naturaleza jurídica objetiva, independiente de los vicios del consentimiento, que presenta esta institución (en contraposición con lo que ocurre en el

⁵¹³ PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», cit., p. 1051.

⁵¹⁴ Así, una oferta de venta de aceite con eficacia vinculante, que permanece abierta durante 2 meses, estallando entre tanto un conflicto bélico en la zona de producción del aceite, parece que debe permitir al oferente revocar sin mayor problema (*vid.* STS 13.6.1944 [RJ 1944\893 bis]).

⁵¹⁵ Supongamos que, en mayo de 2015, se emite una oferta de venta y envío de un determinado material a un contratista, que éste necesitaba en caso de que le fuese adjudicada la licitación a la que ha concurrido. Admitimos, por lo tanto, que la oferta tenía eficacia vinculante. El oferente es británico y el destinatario-contratista español. Para el envío, las mercancías habrían de atravesar el *Canal de la Mancha*. La oferta iba a permanecer abierta para la aceptación durante 3 meses, e incluía un precio y un compromiso de llegada de la mercancía a España en 3 días, desde la aceptación. Pues bien, la situación de crisis humanitaria vivida en el verano de 2015 –y cuyos efectos aún hoy se experimentan– provocó importantes retrasos en los servicios del túnel que conecta Reino Unido con el continente, y puede constituir una alteración de las circunstancias tomadas en cuenta para emitir la oferta de contrato que autorice al oferente a revocarla ante tiempo sin incurrir en responsabilidad.

⁵¹⁶ Imagínese, por ejemplo, un operador que ofrece la construcción y puesta en funcionamiento de una determinada máquina, bajo unas determinadas condiciones de precio y prestaciones, a un destinatario, teniendo la oferta eficacia vinculante durante, pongamos, 3 meses. Si, transcurrido un mes, se produce una huelga de los trabajadores de su sector que le impide cumplir con los términos del contrato proyectado con la oferta, en caso de que se produzca aceptación, podrá revocar su oferta libremente y exonerarse si la huelga fuese imprevisible. Aquí será determinante la duración, seguimiento e intensidad de esta. Y es que bien podría considerarse que una huelga –esta vez– en la factoría del oferente no es, por sí solo, hecho determinante de una modificación sobrevenida de las circunstancias que altere en términos desproporcionados la base sobre la que se emitió la oferta (*vid.* DÍEZ-PICAZO, «Cláusula rebus sic stantibus y resolución de los contratos. La prueba de los daños y perjuicios. El documento auténtico en casación», *CCJC*, 6, 1984, p. 1917).

Derecho civil navarro⁵¹⁷); y (ii) a la relación que la rescisión por lesión catalana y la alteración sobrevenida de las circunstancias con la idea de equivalencia de las prestaciones⁵¹⁸. Llevado al plano de la *oferta vinculante de contrato*, puede ser interesante estudiar la revocación de una oferta con eficacia vinculante, si en el momento de perfeccionamiento del contrato (con la aceptación) se aprecia una lesión (en más de la mitad) con respecto a la fecha de emisión de la oferta. En Cataluña, se ha planteado la procedencia de la rescisión por lesión «*ultra dimidium*» de una opción de compra sobre un bien inmueble, cuyo valor de venta en el momento de ejercicio de la opción se había incrementado en más de la mitad con respecto al precio de ejercicio pactado en el momento de su concesión⁵¹⁹. El TSJ de Cataluña considera que la valoración del «precio justo» (y, por tanto, de la eventual lesión) ha de realizarse de acuerdo con el precio de venta del inmueble en cuestión *en el momento de concesión del derecho de opción* (momento de contratar); y no en el momento de ejercicio de este (tiempo después y comparando con el precio por el que la opción se concede). Así se ha codificado en el artículo 621-46.3 Comp. Catalana. Lo anterior da pie a aplicar esta doctrina *de modo invertido* a la oferta con eficacia vinculante. En la oferta únicamente concurre la voluntad del oferente, en tanto no haya sido aceptada. Por eso, cuando se produce un incremento sustancial del precio del bien inmueble objeto de una oferta vinculante de venta (o una bajada abrupta en la de compra), debe permitirse la revocación libre antes de la aceptación, si se tiene que el contrato que se perfeccionase —en caso de aceptarse la oferta— irrogaría una lesión al oferente en comparación con el precio inicial de la oferta. Esto no impide que el contrato que se perfeccionase fuere a su vez rescindible por lesión, de cumplirse los requisitos. Hablamos aquí simplemente de permitir revocar libremente una oferta con eficacia vinculante en aquellos casos en que el ordenamiento permite la rescisión del contrato por lesión, mediante la comparación del precio de la oferta de venta del bien con el valor del bien antes de la aceptación. No permitir el ejercicio que acabo de presentar convertiría, de algún modo, a la oferta vinculante en un derecho de opción a favor del destinatario; en aquellos ordenamientos que permiten rescindir. Con todo, se antoja improbable una oferta vinculante de venta cuyo plazo de vigencia sea tan largo que permita la apreciación de una lesión entre su precio y el valor posterior del bien antes de la aceptación⁵²⁰.

⁵¹⁷ Arts. 499-507 Comp. Navarra 1973. Como es sabido, la rescisión por lesión no se permite con carácter general por el ordenamiento civil común para los contratos (art. 1293 CC), salvo en supuestos de contratos (i) celebrados por tutores sin autorización judicial o (ii) celebrados en representación de ausentes, y siempre que la lesión se sufra en más de la cuarta parte (art. 1291.1.º y 2.º CC).

⁵¹⁸ Sobre el fundamento objetivo de la institución de la rescisión por lesión «*ultra dimidium*» catalana *vid.*, entre otras, SSTSJ Cataluña 23.1.2012 (Pte. Anglada Fors, RJ 2012/4210), 2.11.2009 (Pte. Valls Gombau, RJ 2010/257) y 9.10.2008 (Pte. Ramos Rubio, JUR 2009/296117).

⁵¹⁹ SSTSJ Cataluña 19.5.2003 (Pte. Bassols Muntada, RJ 2003/6230) y 7.1.2011 (Pte. Bassols Muntada, RJ 2011/1418).

⁵²⁰ Aun así, en Derecho alemán *vid. supra* 4.3.3 [3], nota 188.

10.2 LAS CONSECUENCIAS DE LA ALTERACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS

1. Una vez determinado que la alteración de circunstancias es *relevante jurídicamente* en el plano de la oferta, porque el oferente no ha asumido el riesgo de esta modificación con la emisión de su declaración de voluntad, la consecuencia es permitir la libre revocación de la oferta vinculante.

2. Junto con esta consecuencia, no parece descabellado conferir al oferente la posibilidad de optar, ante un hipotético cambio de circunstancias relevante, entre la revocación libre o la reformulación de la oferta, ahora adaptada al nuevo cambio de circunstancias⁵²¹. No considero, eso sí, que la modificación o reformulación de la oferta deba gozar de prioridad respecto de la llana revocación, pues la vinculación a la oferta es, en cualquier caso, menor.

3. Tampoco parece haber mayor inconveniente en que la propia oferta vinculante incluya una previsión sobre la libre revocación en caso de alteración sobrevinida de las circunstancias y antes de producirse la aceptación⁵²².

XI. A MODO DE CONCLUSIONES DE LA PARTE SEGUNDA

1. Después del análisis del Derecho español sobre la oferta vinculante de contrato y responsabilidad por revocación se pueden realizar algunas conclusiones.

2. En Derecho español, la oferta de contrato no es vinculante, como norma general. Su eficacia vinculante es excepcional y puede venir por diversas vías. Una de ellas es la declaración expresa del oferente en tal sentido, lo que no equivale a un negocio jurídico ni debe llevar a defender la existencia de un supuesto de voluntad unilateral como fuente de obligaciones.

3. La confianza del destinatario es susceptible de producir eficacia vinculante en la oferta. Para ello *(i)* se requiere una actuación inicial previa del destinatario; *(ii)* la confianza no puede ser aislada, sino que debe concretarse en otra actuación (u omisión) del destinatario, basada en la propia oferta; *(iii)* la confianza debe ser merecedora de protección, lo que no sucede en casos de errores

⁵²¹ Posibilidad semejante a la prevista en el art. 1468 CC italiano para los contratos con obligaciones de una sola parte (*vid.* Díez-PICAZO / GULLÓN *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II-1, 11.ª ed., 2016, p. 258). *Vid. supra* 4.3.3 [3] sobre la posibilidad de adaptación de la oferta *ex* § 313 BGB en Derecho alemán.

⁵²² *Vid.* SAP Asturias (Secc. 5.ª) 17.9.2014 (Pte. Pueyo Mateo, JUR 2014/262381).

de bulto; y (iv) la actuación en confianza de la oferta ha de haber irrogado un daño al destinatario.

Y, en particular, si se pretende fundar la irrevocabilidad de la oferta en la confianza, habiendo cometido el oferente un error en su formulación, las bases dogmáticas del error en la declaración de voluntad constituyen una buena herramienta para valorar si, en el caso concreto, dicha confianza del destinatario merece protección.

Además, y como he indicado, la construcción teórica de la oferta vinculante basada en la confianza debe exigir, como requisito, que se haya producido un daño efectivo al destinatario. Para ello acompañan buenas razones, si se quiere evitar un reconocimiento de esta figura excesivamente etéreo, carente de un sólido anclaje material.

4. Se proponen otros casos donde la oferta puede adquirir eficacia vinculante. Se trata de las ofertas realizadas en cumplimiento de una obligación previa del oferente y la oferta de venta con posibilidad de prueba. En la oferta de venta con posibilidad de prueba debe dedicarse especial atención a la entrega real de la cosa ofrecida antes del perfeccionamiento. Mayores dudas se suscitan ante oferta de fianza.

5. Se han puesto de relieve las limitaciones intrínsecas de enfocar la responsabilidad del oferente, que revoca su oferta vinculante, en términos de mera irrevocabilidad, considerando ineficaz la revocación. Tales limitaciones afloran, sobre todo, en los casos de celebración de un contrato incompatible con la oferta vinculante inicial. Cuando ello sucede (y se comunica al destinatario), la revocación de la oferta es un hecho. Por mucho que la oferta sea formalmente irrevocable o vinculante, si la disposición de la cosa ofrecida es eficaz la revocación también lo será. De nada sirve entonces considerar ineficaz la revocación. La noción de «irrevocabilidad», asociada a la eficacia vinculante de la oferta no constituye, en sí misma, una solución. Que la oferta sea irrevocable solo informa de que esta vincula al oferente en mayor medida que la oferta simple. Esta mayor vinculación significa, según se propone, que el destinatario puede aceptar la oferta, aunque se haya revocado. Por eso, la «irrevocabilidad» constituye el punto de partida; no el de llegada.

El moderno derecho de contratos proporciona las herramientas teóricas y conceptuales necesarias para entender posible la aceptación de la oferta vinculante, aunque se haya revocado; y con ello posibilita también el perfeccionamiento del contrato. A tenor de los postulados del moderno derecho, la satisfacción del interés del acreedor (destinatario) no se agota en el deber de prestación. Así,

se pueden salvar objeciones teóricas que opondrían la inexistencia *ab initio* de la cosa y que impedirían aceptar porque el contrato sería nulo. Con todo, no puede desconocerse la vigencia, aun hoy, de los artículos 1272 y 1460 CC y la existencia de voces doctrinales que abogan por mantener soluciones en consonancia con estos preceptos, lo que afectaría la alternativa propuesta en este ensayo para la oferta vinculante de contrato.

Superadas estas objeciones se abre, para el destinatario, el sistema articulado de remedios frente al incumplimiento, propio de la responsabilidad contractual, donde la indemnización adquiere una relevancia particular.

6. La responsabilidad del oferente, que revoca su oferta vinculante se puede traducir en una indemnización de daños al destinatario, convertido en acreedor con la aceptación, para satisfacer su interés. Ello será especialmente útil en los casos en que el oferente, estando viva la oferta vinculante, vende la cosa ofrecida a un tercero, que la adquiere de modo irreivindicable; también, en los supuestos en que la cosa ofrecida se perdió con culpa del oferente (y en el resto de los supuestos en que la satisfacción del interés del destinatario acreedor ya no cabe por vía prestacional). Tampoco parece desacertada en los casos donde el oferente comete un error en el cálculo de la oferta, que adquirió aun así eficacia vinculante en atención a la confianza de su destinatario.

7. La indemnización al destinatario se puede concretar en el mayor coste que a este le supone adquirir un bien equivalente en el mercado (operación de reemplazo), cuando ello es posible, por no ser específico el bien ofrecido (o la prestación). La indemnización del coste de la operación de reemplazo al destinatario se antoja una solución razonable en estos casos, que no excluye la indemnización de otros posibles daños que se hayan podido irrogar.

La indemnización de daños contractual al destinatario de la oferta debe cumplir con la regla del artículo 1107 I CC, no siendo indemnizables daños que queden extramuros del fin de protección del contrato. En este sentido, los daños causados al destinatario-acreedor podrían limitarse a los que la regla del mercado arrojase, de no haberse realizado la operación de reemplazo.

Como fuere, la responsabilidad contractual del oferente, que revoca, exige la producción efectiva de un daño al destinatario. Ello no sucederá, si el destinatario ha podido procurarse un bien equivalente a menor precio, mediante la operación de reemplazo (y no hay daños adicionales).

8. La responsabilidad del oferente no alcanza a la restitución del beneficio que este haya podido obtener por la venta de la cosa a

ofrecida a un tercero en el mercado (*commodum ex negotiatione*), pues el derecho de crédito no concede al acreedor, en general, derecho sobre la cosa hasta la entrega, ni parece que exista relación exacta entre el precio que el deudor obtiene en el mercado y el daño que se le provoca al acreedor; sobre todo cuando la suma del *commodum* supera, con mucho, el importe que se obtendría como indemnización por incumplimiento. Que se rechace el *commodum ex negotiatione* no empece para que se pueda alcanzar un resultado similar por la vía de la indemnización contractual, precisamente cuando la cosa ofrecida es específica y no tiene equivalente en el mercado (no cabe operación de reemplazo).

9. En los casos de venta de la cosa ofrecida no creo que pueda exigírsele responsabilidad alguna al tercero que finalmente contrata con el oferente antes de la aceptación, aunque supiera de la existencia de una oferta vinculante. Hasta la aceptación, no hay derecho subjetivo susceptible de protección; y, aunque lo hubiere, creo que la responsabilidad del tercero debe requerir algo más que el mero conocimiento de la existencia del derecho subjetivo.

10. El sistema de responsabilidad contractual ofrece unas bases dogmáticas más sólidas que la visión tradicional –consistente en declarar ineficaz la revocación obligando al oferente a celebrar el contrato, si recaía aceptación– para dar respuesta a la responsabilidad por revocación de una oferta vinculante. Si concurre aceptación, la responsabilidad contractual confiere mayor seguridad jurídica y permite abordar mejor las diferentes situaciones que la revocación de la oferta puede comportar en cada caso (y contrato) concreto. También se antoja preferible esta solución a la articulación de otra de corte extracontractual, más propicia para la responsabilidad precontractual por ruptura de los tratos preliminares.

En este sentido, la Sala 1.^a del TS parece haber admitido, tímidamente, la canalización de la responsabilidad del oferente por la vía contractual. Lo ha hecho en un caso donde la oferta no era vinculante y ante la venta de la cosa ofrecida a un tercero.

11. La alteración sobrevenida de las circunstancias consideradas al emitir la oferta vinculante admite ser tenida en cuenta como suceso que permite al oferente revocar libremente su oferta sin consecuencias o reformular sus términos adaptándola. Para ello, es preciso que el oferente no hubiera asumido el riesgo del cambio de circunstancias con su declaración. De existir un cambio relevante de circunstancias, la oferta vinculante o irrevocable podría revocarse libremente o, en su caso, reformularse con consideración a dicho cambio.

ABREVIATURAS

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austriaco de 1811).
AC	Aranzadi Civil.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ALR	Código de Derecho Territorial General para los Estados Prusianos de 1794.
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (Código de Comercio Alemán de 1861).
AP	Audiencia Provincial.
Art.	Artículo.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán).
BGH	Bundesgerichtshoff (Tribunal Supremo Alemán).
BMJ	Boletín del Ministerio de Justicia.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil español.
CCo	Código de Comercio español.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CDO	Considerando.
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980.
COPM	Código de las Obligaciones del Protectorado Español en Marruecos.
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Marco Común europeo de Referencia).
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LCCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
LDAT 1998	Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.
LDAT 2012	Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht.
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek (Código civil holandés reformado en 1992).
OLG	Oberlandesgericht.
OR	Código de las Obligaciones Suizo.
PECL	Principios de Derecho Contractual Europeo (2002).

PICC	Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales.
PMCC	Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (2009).
PLDC	Principios Latinoamericanos del Derecho de contratos.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.
RG	Reichsgericht.
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STS	Sentencia de la Sala 1. ^a del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TRLCS 2011	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
LCS	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
TRLS	Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UCC	Uniform Commercial Code.
Vid.	Vide.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, II, Vol.1, 8.^a Ed. Bosch, Barcelona, 1989.
- ALCALDE SILVA, J.: *Incumplimiento y reemplazo: bases para una teoría general de la operación de reemplazo en Derecho español*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2013.
- ALDAX, M.: «Aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura», *Lecciones y Ensayos*, Vol. 90, 2012, pp. 19-53.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Un estudio experimental sobre el remedio eficiente para el incumplimiento contractual», en *Blog de Derecho mercantil*, 25 de abril de 2017 (<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2017/04/un-estudio-experimental-sobre-el.html> [última consulta 05.02.2018]).
- ALONSO PÉREZ, M.: «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, II, pp. 859-922.
- ALONSO PÉREZ, M.^a T.: «La promesa pública y unilateral de prestación o recompensa y la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2018-I, pp. 79-109.

- ALONSO UREBA, A. / VIERA GONZÁLEZ, J.: «Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por internet», *Derecho de internet*, en MATEU DE ROS, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 271-385.
- ARMBRÜSTER, C.: «§ BGB § 119 Anfechtbarkeit wegen Irrtums», en SÄCKER, F./ RIXECKER, R./OETKER, H./LIMPERG, B., *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.^a ed., C. H. Beck, München, 2015.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.: *Culpa in contrahendo. Tratamiento en Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Vizcaya, 1989.
- BARROS BOURIE, E. / GARCÍA RUBIO, M.^a P. / MORALES MORENO, A. M.: *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- BASOZÁBAL ARRUE, X.: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
- BEALE, H.: *Chitty on Contracts*, 32th Edition, Vol.1, Sweet & Maxwell, London, 2015.
- BEALE, H. / BÉNÉDICTE F. / RUTGERS, J. / TALLON, D. / VOGENAUER, S.: *Contract law*, Hart Publishing, Portland, 2010.
- BENEDICT, J.: «Schadensersatzanspruch des Ausschreibenden bei Verweigerung der Vertragserfüllung durch Bieter wegen Kalkulationsirrtums», *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1/06, pp. 361-362.
- BOLLENBERGER, R.: *Das stellvertretende Commodum. Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen*, Springer, Wien-New York, 1999.
- BORK, R.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3 Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- BOSCH CAPDEVILA, E. / VAQUER ALOY, A. / DEL POZO CARRASCOSA, P.: *Teoría General del Contrato, propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- BUSCHE, J.: «BGB § 145 Bindung an der Antrag», en SÄCKER, F./RIXECKER, R./OETKER, H./LIMPERG, B., *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.^a ed., München, 2015.
- CALAMARI, J. / PERILLO, J.: *Contracts*, 3.^a ed., West Publishing & Co., Minnesota, 1987.
- CAPILLA CASCO, A.: «Los tratos preliminares, cartas de intenciones, ofertas vinculantes y no vinculantes. Su problemática contenciosa», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (Dir), *Manual de fusiones y adquisiciones*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 99-134.
- CAPILLA RONCERO, F.: «Voz Oferta», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4561-4562.
- CARRASCO PERERA, Á.: «Acción directa y pagos directos en la subcontratación de obras públicas», *Análisis GA&P*, marzo, 2018.
- *Derecho de contratos*, 2.^a Ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- «Comentario al art. 1823 del CC» en Bercovitz, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, pp. 2080-2082.
- «Artículo 1101», en ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 374-444.
- «Artículo 1106», en ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 666-709.
- «Restitución de provechos (I)», *ADC*, 1987-IV, pp. 1055-1148.
- «Restitución de provechos (y II)», *ADC*, 1988-I, pp. 1-151.

- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español común y foral*, III, 15.ª Ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Reus, Madrid, 1988.
- CHAPARRO MATAMOROS, P.: «Momento de aceptación de la oferta contractual y de perfección del contrato. Régimen de revocación de la oferta. Interpretación y aplicación de las cláusulas penales previstas para el caso de incumplimiento. Sentencia 17 septiembre 2013 (RJ 2013, 6826)», *CCJC*, 95, mayo-agosto 2014, § 2537, pp. 291-308.
- COCA PAYERAS, M.: «Comentario al artículo 1262», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. / Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. / SALVADOR CODERCH, P., *Comentarios del Código civil*, II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 446-454.
- COLIN, A. / CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, Teoría General de las Obligaciones, Traducción de la edición francesa por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus S. A., Madrid, 1924.
- CUADRADO PÉREZ, C.: «La formación del contrato en la propuesta de modernización del Código Civil» en Parra Lucán, M. Á. (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 199-268.
- *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 2003.
- CUEVILLAS MATOZZI, I.: «Revocación de la oferta: un análisis desde la órbita del Derecho Uniforme (1)», *Actualidad Civil*, n.º 16, Sección A Fondo, Quinceña del 16 al 30 Sep. 2004.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: «Declaración unilateral de voluntad. STS 17 octubre 1975», *ADC*, 1977-I, pp. 194-207.
- *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- «La promesa de contrato», *ADC*, 1959-IV, pp. 1133-1186.
- *Derecho Civil de España*, Parte General, 2.ª Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, I, 2.ª Ed., Civitas, Madrid, 1991.
- DE LA MAZA GAZMURI, Í. / PIZARRO WILSON, C. / VIDAL OLIVARES, Á.: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: «La reorganización del sector azucarero y el derecho del comprador a los frutos de la cosa vendida (Comentario de la STS de 25-4-2014)», *ADC*, 2015-II, pp. 589-599.
- «La propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», *BMJ*, núm. 2130, abril 2011, pp. 1-9.
- «Commodum ex negotiatione», *ADC*, 2007-IV, pp. 1601-1617.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6.ª Ed., Civitas, Madrid, 2007.
- «Prólogo», en Díez-Picazo, L. (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- «Cláusula rebus sic stantibus y resolución de los contratos. La prueba de los daños y perjuicios. El documento auténtico en casación», *CCJC*, 6, 1984, pp. 1911-1918.
- «Naturaleza jurídica de los minerales: ¿tienen o no la condición de frutos?», *ADC*, 1954-II, pp. 355-376.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II-1, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

- DURANY PICH, S.: *La formación del contrato*, Tesis Doctoral dirigida por Pablo Salvador Coderch, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1993.
- «Oferta, consensualidad y voluntad unilateral en el contrato de seguro», *ADC*, 1990-IV, pp. 1321-1330.
- ECKERT, H. W.: «§ 145 BGB Bindung an der Antrag», en BAMBERGER, G. / ROTH, H. / HAU W. / POSECK, R., *Beck'scher online Kommentar zum BGB*, C. H. Beck, 2017.
- ELLENBERGER, J.: «§ 145 BGB», en PALANDT, O., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 76 Auflage, C. H. Beck, 2017, München.
- EMMERICH, V.: «§ 285 Herausgabe des Ersatzes», *Munchener Kommentar zum BGB*, 6 Aufl., C. H. Beck, 2016.
- ENNECERUS, L. / NIPPERDEY H. C.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 2 Halbband, 15 Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1960.
- EÖRSI, G.: «Article 16», en BIANCA, C. M. / BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales law*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 150-160.
- FAGES, B.: «Le processus de formation des contrats», en Schulze, R. y otros (Dir.), *La réforme du droit des obligations en France. 5èmes Journées franco-allemandes*, Société de Législation Comparée, Volume 20, 2015, pp. 41-52.
- FARNSWORTH, A.: *On contracts*, Vol. 1, 3.ª Ed., Wolters-Kluwer, Nueva York, 2004.
- FENOY PICÓN, N.: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, 2017-II, pp. 473-785.
- «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, 2011-IV, pp. 1481-1685.
- GAIDES, J.: «The "firm offer" problem in construction bids and the need for promissory estoppel», *William & Mary Law Review*, Vol. 10, Issue, 1968, pp. 212-227.
- GALLART CASES, R.: «El problema de la fuerza vinculante de la oferta», *RJC*, 1959, pp. 656-662.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial a cargo de F. Abienzo, Madrid, 1852.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P.: «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, 2010-IV, pp. 1621-1642.
- *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GOLDBERG, V.: «Traynor (Drennan) v. Hand (Baird): Much Ado about (almost) nothing», *Journal of legal analysis*, 2011, pp. 539-585.
- GÓMEZ CALLE, E.: «La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado», *ADC*, 2017-I, pp. 79-117.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.: «Artículo 1262», en ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, Vol. 1-b, Edersa, Madrid, 1989, pp. 48-154.
- GÓMEZ POMAR, F.: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 3/2007.
- *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.

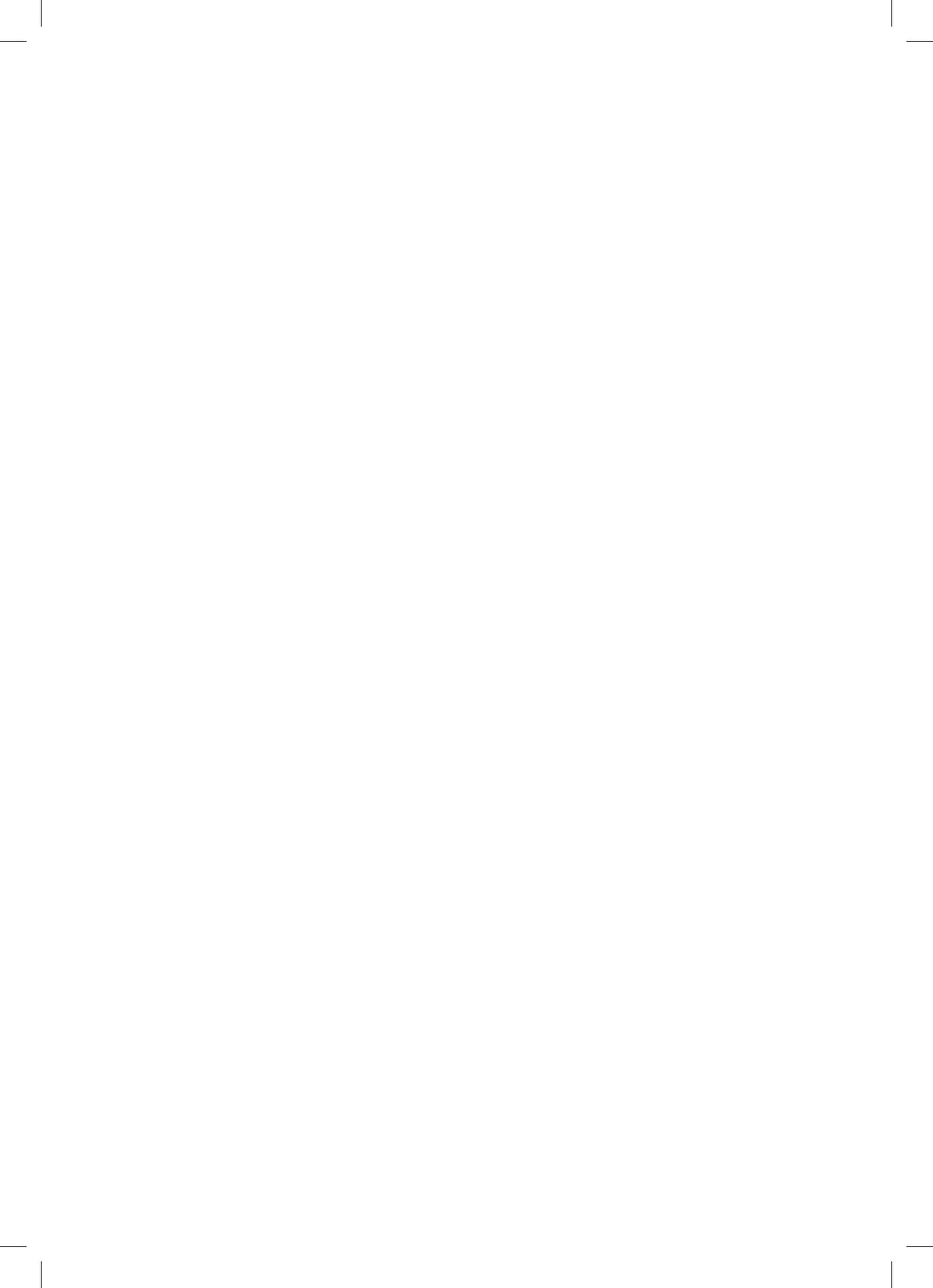
- GONZÁLEZ GOZALO, A.: *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico*, Comares, Granada, 2004.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: «Resolución por retraso a propósito de la STS de 25 de mayo de 2016 [348/2016] (ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto)», *ADC*, 2016-III, pp. 1097-1133.
- GUILLÉN CATALÁN, R.: «El plazo de aceptación de la oferta como límite de vigencia. Comentario a la STS núm. 506/2013, de 17 de septiembre (RJ 2013, 6826)», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19, enero 2015, pp. 608-617.
- «Análisis de la oferta contractual desde la perspectiva del derecho europeo de contratos», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25/2010, parte varia, Aranzadi, pp. 181-192.
- HELMS, T.: *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- HENDERSON, S.: «Promisory estoppel and traditional contract doctrine», *Yale Law Journal*, 78, n.º 3, 1969, pp. 343-387.
- HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Fourth Edition, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009.
- *Documentary history of the uniform law for international sales the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.
- ILLMER, M.: «Contract (Formation)», en BASEDOW, J. / HOPT, K. / ZIMMERMANN, R., *The Max Planck encyclopedia of European Private Law*, Vol. 1, Oxford University Press, Londres, 2012, pp. 378-383.
- J. GUTTENTAG: *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, I, Berlin-Leipzig, 1888, § 80.
- JHERING, R.: «Culpa in contrahendo», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, IV, 1861, reimpresión Verlag Gehlen, Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1969.
- *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1987.
- KÖTZ, H.: *Europäisches Vertragsrecht*, 2 Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
- *Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.
- KRAMER, E.: «§ 145 Bindung an der Antrag», en SÄCKER, F./RIXECKER, R./OETKER, H./LIMPERG, B., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2006.
- KÜBEL, F.: «Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zur Erfüllung», en SCHUBERT, W./JOHOW, R./ACHILLES, A., *Die Vorentwürfe der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, III, 1980, De Gruyter, Berlin-New York, pp. 1145-1155.
- LACRUZ BERDEJO, J., L.: *Elementos de Derecho civil*, II, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2007.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Sobre la perfección de los contratos en el Código civil», *Centenario del Código civil*, t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1071-1104.
- «Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil», *La Ley*, 1989, II, pp. 1135-1154.
- «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976.

- LANDO, O./BEALE, H. (eds.): *Principios de Derecho contractual europeo (los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Partes I y II, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch/José Miguel Embid Irujo/Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- LANGE, H. / HEFERMEHL, W.: «§ 145 BGB» en Soergel, H., *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band I, 11. Aufl., Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1978.
- LARENZ, K.: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch.*, 5.^a ed., C. H. Beck, München, 1980.
- LASSO GAITE, J., F.: *Crónica de la codificación española*, t. IV, Codificación civil (génesis e historia del código), Ministerio de Justicia, Vol. II, Madrid, 1970.
- LIEB, M.: «818 BGB», en REBMANN, K./SÄCKER, F./RIXECKER, R., *Münchener Kommentar zum BGB*, 4.^a ed., C. H. Beck, München, 2004.
- LOOSCHELDERS, D.: *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 9.^a ed. Franz Vahlen, München, 2011.
- MALAURIE, P. / AYNÈS, L. / STOFFEL-MUNCK, P.: *Droit des obligations*, 9^e édition, à jour a 31 juillet 2017, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2017.
- *Droit des obligations*, 7^e édition, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2015.
- MALINUAD, P. / FÉNOUILLET, D. / MEKKI, M.: *Droit des obligations*, 14^e édition, LexisNexis, Paris, 2017.
- MANRESA Y NAVARRO, J.: *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1901.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.: *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000.
- MASSAGUER FUENTES, J.: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.
- MATHER, H.: «Firm offers under the UCC and the CISG», *Dickinson Law Review*, 105, Fall 2000, pp. 31-56.
- MEDICUS, D.: *Allgemeiner Teil des BGB*, 9 Auflage, Müller, C F in Hüthig Jehle Rehm, 2006.
- MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La oferta contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998.
- MORALES MORENO, A. M.: *Claves de la modernización del Derecho de contratos*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.
- *Glosas sobre la doctrina del error de Federico de Castro*, en DÍEZ-PICAZO (Dir.), *Glosas sobre Federico de Castro*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 307-331.
- «Permuta financiera de intereses (swap), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11-2011», *Revista de Derecho Mercantil*, 289, julio-septiembre 2013, pp. 407-442.
- «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, 2012-I, pp. 7-28.
- *Incumplimiento de contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010.
- «Artículo 1266» en ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, Vol. 1.^º-B, Edersa, 1993, Madrid, pp. 221-340.
- *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988.
- «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *ADC*, 1983-IV, pp. 1529-1546.
- MORENO QUESADA, B.: *La oferta de contrato*, Nereo, Barcelona, 1963.

- NOTTAGE, L.: «Art. 2.1.4 (Revocation of offer)» en Vogenauer, S. (Ed.), *Commentary On the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.^a Ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 276-282.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, II, Ramón Areces, Madrid, 2012.
- OESTMANN, P.: «§§ 145-146», en SCHMOECKEL, M., *Historisch-kritiker Kommentar zum BGB*, vol. I, §§ 1-240, J. C. B. Mohr, Tübingen, 2003.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-IV, pp. 1719-1746.
- «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *ADC*, 1991-III, pp. 1019-1092.
- «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, 1989-IV, pp. 1143-1168.
- PARRA LUCÁN, M. Á.: «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret*, 4/2015.
- «La formación del contrato como proceso» en Parra Lucán, M. Á., (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 57-105.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2.^a ed., Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.
- PERALES VISCASILLAS, M.^a P.: «Formación», en Morán Bovio, D. (Coord.), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 107-165.
- *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «La duración del modo impuesto en una donación: ¿carácter temporal o perpetuo?», *ADC*, 2009-I, pp. 89-156.
- *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. / ALGUER, J.: *Tratado de Derecho Civil*, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, en ENNECERUS, L. / KIPP, T. / WOLFF, M., t. I, vol. II, Bosch, Barcelona, 1981.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *InDret*, 1/2015.
- PLANA ARNALDOS, M.: «Formación del contrato. Requisitos de la oferta y diferencia entre tratos previos y perfección del contrato», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2012, parte comentario, pp. 31-43.
- PLANIOL, M. / RIPERT, J.: *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, Première partie, 2.^a Ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952.
- POTHIER, R., J.: *Tratado de las obligaciones*, versión directa del *Traité des Obligations* de Pothier, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, Vol. I, 3.^a ed. Bosch, Barcelona, 1988.
- PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho civil español*, t. III, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 1972.
- RABEL, E.: *Das Recht des Warenkaufs*, Unveränderten Neudruck der Ausgaben von 1936 und 1957, 1 Band, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1964.
- RAWLINGS, P.: «Formation of the contract», *Benjamin's sale of goods*, en Bridge, M. (Ed.), 9.^a ed., Sweet & Maxwell, 2014, London, pp. 111-147.

- REGELSBERGER, F.: *Civilrechtliche Erörterungen*, Böhlau, Weimar, 1868.
- REIDT, O.: «§ 10 VOB», en DREHER, M. / MOTZKE, G., *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 2 Auflage, C. H. Beck, 2013.
- REINER, G.: «Le processus de formation du contract dans le project d'ordonnance de la chancellerie: quelques commentaires», *La réforme du droit des obligations en France. 5èmes Journées franco-allemandes*, en Schulze, R. y otros (Dir.), Société de Législation Comparée, Volume 20, 2015, pp. 53-70.
- ROCA SASTRE, R. / PUIG BRUTAU, J.: «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Estudios de Derecho Privado*, I, Vol. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: «Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato», *InDret*, 1/2012.
- *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- RUIZ ARRANZ, A. I.: «La doctrina del fin de protección del contrato en Derecho alemán y español. Un análisis comparado», *RJUAM*, n.º 34, 2016, pp. 409-440.
- SALVADOR CODERCH, P.: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4/2009.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», *ADC*, 2016-III, pp. 991-1038.
- *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- SANTOS MORÓN, M.: «La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual», *InDret*, 1/2018.
- SAVIGNY, C. F.: *Sistema del Derecho Romano actual*, t. I-II, Analecta, Pamplona, 2004.
- SCAEVOLA, M.: *Código Civil comentado y concordado extensivamente*, t. XX, Obras de Q. Mucius Scaevola, Madrid, 1904.
- SCHILDER, A.: *Schadensersatz bei Durchbrechung der Bindung an obligatorische Vertragsofferten. Eine vergleichende Untersuchung zum BGB und zum UN-Kaufrecht (CISG)*, Peter Lang, Frankfurt am Main.
- SCHLECHTRIEM, P.: «Art. 16», en SCHLECHTRIEM, P. / SCHWENZER, I.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 4 Auflage, C. H. Beck, München, 2004.
- SCHMIDT, J.: *Negotiation et conclusion de contracts*, Dalloz, 1982.
- SCHOTT, H.: *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873.
- SCHROETER, U.: «Art. 16 CISG» en SCHLECHTRIEM, P. / SCHWENZER, I.: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 6 Auflage, C. H. Beck, München, 2013, pp. 342-350.
- SCHULTZ, M.: «The firm offer puzzle: a study of business practice in the construction industry», *19 University of Chicago Law Review*, 1952, pp. 237-285.
- SCHWAB, M.: «§ 818 BGB Umfang des Bereicherungsanspruchs», en SÄCKER, F./RIXECKER, R./OETKER, H./LIMPERG, B., *Munchener Kommentar zum BGB*, 7.^a ed., C. H. Beck, München, 2017.

- SCOTT, R. / KRAUSS, J.: *Contract Law and Theory*, 5.ª Ed. Lexis Nexis, New Providence, 2013.
- SIEGEL, H.: *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, Neudruck der Ausgabe Berlin 1873, Scientia Verlag, 1969.
- SMITS, J.: *Contract Law. A comparative introduction*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014.
- SOLER PRESAS, A.: *La valoración del daño en la compraventa*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998.
- «Sentencias comentadas: El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1.ª de 15-11-94)», *ADC*, 1995-II, pp. 951-970.
- SOLER PRESAS, A. / DEL OLMO GARCÍA, P. / JUÁREZ TORREJÓN, A. / NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. / BASOZABAL ARRUE, X. / GREGORACI FERNÁNDEZ, B. / DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, en Soler Presas, A. / Del Olmo García, P.: «Capítulo 2: Elementos sustantivos de la pretensión», *Prácticum daños 2017*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 183-317.
- STÄDLER, M.: «Der Umgang mit anfechtbaren Angeboten und Praxisfragen der dritten Wertungsstufe», *NZBau*, 2014, Heft 8, pp. 472-477.
- TARABAL BOSCH, J.: «Sentencia de 2 de noviembre de 2010», *CCJC*, 87, septiembre-diciembre 2011, § 2311, pp. 1585-1602.
- THÖL, H.: *Das Handelsrecht*, Band I, Fues's Verlag, Leipzig, 1879.
- TREITEL, G. H.: *The law of contract*, 14 Ed., Sweet & Maxwell, London, 2015.
- UNBERATH, H.: «§ 285 BGB Herausgabe des Ersatzes», en BAMBERGER, G. / ROTH, H. / HAU W. / POSECK, R., *Beck'scher online Kommentar zum BGB*, C. H. Beck, 2011.
- VENDRELL CERVANTES, C.: «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en BASOZABAL ARRUE / DEL OLMO GARCÍA, *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 283-328.
- «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *ADC*, 2012-III, pp. 1107-1244.
- VIDAL OLIVARES, Á.: «La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional», en PIZARRO WILSON, C. / VIDAL OLIVARES, Á., (eds.), *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 219-250.
- VON BAR, C. / CLIVE, E. (Eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 1, Sellier, München, 2009, pp. 300-308.
- VON TUHR, A.: *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II-1, Dunckner & Humblot, München und Leipzig, 1957.
- WHITE, J. / SUMMERS, R. / HILLMAN, R.: *Uniform Commercial Code*, Volume 1, 6th Edition, West, 2012.
- WINDSCHEID, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 Auflage von Theodor Kipp, 1906, Band II, Scientia Verlag Valen, Darmstadt, 1963.
- ZWEIGERT, K. / KÖTZ, H.: *Introducción al derecho comparado*, traducción de la tercera edición en inglés de *Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press México, México D. F., 2002.



CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MARTA OTERO CRESPO

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Departamento de Derecho Común
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Legislación.*—A) Normativa Vigente. Banca y Mercados. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de Consumo. Derecho de Familia. Derecho de Sociedades. Insolvencia. Marcas, Dibujos y Modelos. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.—B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Banca y Mercados. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de Contratos. Derecho de la Competencia. Derecho de Sociedades. Insolvencia. Propiedad Intelectual e Industrial. Responsabilidad Civil y Seguros. Responsabilidad Social Empresarial. Protección de Datos.—II. *Procedimientos Jurisdiccionales.*—Competencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de Familia. Derecho de la Competencia. Derecho de Sociedades. Insolvencia. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

BANCA Y MERCADOS

- 1. Reglamento de Ejecución (UE) 2018/633 de la Comisión, de 24 de abril de 2018, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1800, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la asignación de las evaluaciones de crédito de las agencias de calificación externas a una escala objetiva de grados de calidad crediticia, de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 105, de 25 de abril de 2018.**
- 2. Reglamento de Ejecución (UE) 2018/634 de la Comisión, de 24 de abril de 2018, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/1799 en lo que respecta a los cuadros de correspondencia que especifican la correspondencia entre las evaluaciones del riesgo de crédito de las agencias externas de calificación crediticia y los niveles de calidad crediticia establecidos en el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del**

Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 105, de 25 de abril de 2018.

3. **Corrección de errores del Reglamento Delegado (UE) 2017/390 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a determinados requisitos prudenciales aplicables a los depositarios centrales de valores y a las entidades de crédito designadas que ofrecen servicios auxiliares de tipo bancario (DO L 65 de 10.3.2017), DOUE, L, núm. 122, de 17 de mayo de 2018.**
4. **Orientación (UE) 2018/797 del Banco Central Europeo, de 3 de mayo de 2018, sobre la prestación por el Eurosistema de servicios de gestión de reservas en euros a bancos centrales y países no pertenecientes a la zona del euro y a organizaciones internacionales (BCE/2018/14), DOUE, L, núm. 136, de 1 de junio de 2018.**
5. **Decisión (UE) 2018/796 de la Autoridad Europea de Valores y Mercados, de 22 de mayo de 2018, de restringir provisionalmente los contratos por diferencias en la Unión en virtud del artículo 40 del Reglamento (UE) núm. 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, L, núm. 136, de 1 de junio de 2018.**
6. **Orientación (UE) 2018/797 del Banco Central Europeo, de 3 de mayo de 2018, sobre la prestación por el Eurosistema de servicios de gestión de reservas en euros a bancos centrales y países no pertenecientes a la zona del euro y a organizaciones internacionales (BCE/2018/14), DOUE, L, núm. 136, de 1 de junio de 2018.**
7. **Reglamento Delegado (UE) 2018/990 de la Comisión, de 10 de abril de 2018, por el que se modifica y complementa el Reglamento (UE) 2017/1131 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las titulaciones y los pagarés de titulización simples, transparentes y normalizados, los requisitos aplicables a los activos recibidos en el marco de pactos de recompra inversa y los métodos de evaluación de la calidad crediticia, DOUE, L, núm. 177, de 13 de julio de 2018.**

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

8. **Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad, DOUE, L, núm. 167, de 4 de julio de 2018.**

DERECHO DE CONSUMO

9. **Reglamento de Ejecución (UE) 2018/775 de la Comisión, de 28 de mayo de 2018, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 26, apartado 3, del Reglamento (UE) núm. 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, en lo que se refiere a las normas para indicar el país de origen o el lugar de procedencia del ingrediente**

primario de un alimento. Texto pertinente a efectos del EEE, DOUE, L, núm. 131, de 29 de mayo de 2018.

10. **Corrección de errores del Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DO L 165 de 18.6.2013), DOUE, L, núm. 219, de 29 de agosto de 2018.**

DERECHO DE FAMILIA

11. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DO L 183 de 8.7.2016), DOUE, L, núm. 167, de 4 de julio de 2018.**

DERECHO DE SOCIEDADES

12. **Decisión (UE) 2018/635 del Consejo, de 17 de abril de 2018, relativa a la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto del EEE en lo que respecta a una modificación del anexo XXII (Derecho de sociedades) y el Protocolo 37 (que contiene la lista prevista en el artículo 101) del Acuerdo EEE, DOUE, L, núm. 105, de 25 de abril de 2018.**
13. **Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1212 de la Comisión, de 3 de septiembre de 2018, por el que se establecen requisitos mínimos de ejecución de las disposiciones de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la identificación de los accionistas, la transmisión de información y la facilitación del ejercicio de los derechos de los accionistas, DOUE, L, núm. 223, de 4 de septiembre de 2018.**

INSOLVENCIA

14. **Reglamento (UE) 2018/946 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, por el que se sustituyen los anexos A y B del Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, DOUE, L, núm. 171, de 6 de julio de 2018.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

15. **Reglamento Delegado (UE) 2018/625 de la Comisión, de 5 de marzo de 2018, que complementa el Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea y deroga el Reglamento Delegado (UE) 2017/1430, DOUE, L, núm. 104, de 24 de abril de 2018.**

16. **Reglamento de Ejecución (UE) 2018/626 de la Comisión, de 5 de marzo de 2018, por el que se establecen normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1431, DOUE, L, núm. 104, de 24 de abril de 2018.**

PROTECCIÓN DE DATOS

17. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO L 119 de 4.5.2016), DOUE, L, núm. 127, de 23 de mayo de 2018.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

18. **Decisión (UE) 2018/539 del Consejo, de 20 de marzo de 2018, relativa a la celebración del Acuerdo bilateral entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre medidas prudenciales en materia de seguros y reaseguros, DOUE, L, núm. 90, de 6 de abril de 2018.**
19. **Reglamento de Ejecución (UE) 2018/730 de la Comisión, de 4 de mayo de 2018, por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 31 de marzo de 2018 y el 29 de junio de 2018 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, DOUE, L, núm. 123, de 18 de mayo de 2018.**
20. **Reglamento Delegado (UE) 2018/1221 de la Comisión, de 1 de junio de 2018, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/35 en relación con el cálculo del capital reglamentario obligatorio para las titulizaciones y las titulizaciones simples, transparentes y normalizadas mantenidas por las empresas de seguros y reaseguros, DOUE, L, núm. 227, de 10 de septiembre de 2018.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

BANCA Y MERCADOS

21. **Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo, el 15 de septiembre de 2016, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso**

de oferta pública o admisión a cotización de valores [COM(2015)0583 – C8-0375/2015 – 2015/0268(COD)], DOUE, C, núm. 204, de 13 de junio de 2018.

22. P8_TA(2016)0458. Documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, en lo que respecta a su fecha de aplicación ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 1 de diciembre de 2016, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, en lo que respecta a su fecha de aplicación [COM(2016)0709 – C8-0457/2016 – 2016/0355(COD)] P8_TC1-COD(2016)0355. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 1 de diciembre de 2016 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2016/... del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1286/2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, en lo que respecta a su fecha de aplicación, DOUE, C, núm. 224, de 27 de junio de 2018.
23. Dictamen del Banco Central Europeo de 11 de mayo de 2018 sobre una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (UE) núm. 1095/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), y otros actos jurídicos conexos, y sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros y la Directiva 2009/138/CE sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (CON/2018/26), DOUE, C, núm. 251, de 18 de julio de 2018.
24. P8_TA(2017)0067. Implicación a largo plazo de los accionistas y declaración sobre gobernanza empresarial ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial [COM(2014)0213 – C7-0147/2014 – 2014/0121(COD)]. P8_TC1-COD(2014)0121. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 14 de marzo de 2017 con vistas a la adopción de la Directiva (UE) 2017/... del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, DOUE, C, núm. 263, de 25 de julio de 2018.

25. **P8_TA(2017)0110.** Folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2017, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores [COM(2015)0583 – C8-0375/2015 – 2015/0268(COD)]. P8_TC1-COD(2015)0268. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 5 de abril de 2017 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2017/... del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE, DOUE, C, núm. 298, de 23 de agosto de 2018.
26. **P8_TA(2017)0141.** Programa de la Unión destinado a respaldar determinadas actividades en el ámbito de la información financiera y la auditoría ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 2017, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 258/2014 por el que se instituye un programa de la Unión destinado a respaldar determinadas actividades en el ámbito de la información financiera y la auditoría durante el periodo 2014-2020 [COM(2016)0202 – C8-0145/2016 – 2016/0110(COD)]. P8_TC1-COD(2016)0110. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 27 de abril de 2017 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2017/... del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) núm. 258/2014 por el que se instituye un programa de la Unión destinado a respaldar determinadas actividades en el ámbito de la información financiera y la auditoría durante el período 2014-2020, DOUE, C, núm. 298, de 23 de agosto de 2018.
27. **P8_TA(2017)0142.** Programa de la Unión para fomentar la participación de los consumidores en la formulación de políticas en el ámbito de los servicios financieros ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 2017, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al establecimiento de un programa de la Unión para apoyar actividades específicas de fomento de la participación de los consumidores y otros usuarios finales de servicios financieros en la formulación de políticas de la Unión en el ámbito de los servicios financieros durante el periodo 2017-2020 [COM(2016)0388 – C8-0220/2016 – 2016/0182(COD)]. P8_TC1-COD(2016)0182. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 27 de abril de 2017 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2017/... del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un programa de la Unión para apoyar actividades específicas de fomento de la participación de los consumidores y otros usuarios finales de servicios financieros en la formulación de políticas de la Unión en el ámbito de los servicios financieros durante el periodo 2017-2020, DOUE, C, núm. 298, de 23 de agosto de 2018.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

28. **Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2016, sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas [2015/2258(INI)], DOUE, C, núm. 101, de 16 de marzo de 2018.**
29. **Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro [2016/2012(INI)], DOUE, C, núm. 263, de 25 de julio de 2018.**

DERECHO DE CONTRATOS

30. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [COM(2017) 637 final], DOUE, C, núm. 227, de 28 de junio de 2018.**
31. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 18 de julio de 2018, acerca de una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos (CON/2018/33), DOUE, C, núm. 303, de 29 de agosto de 2018.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

32. **Posición (UE) núm. 1/2018 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (UE) 2016/1036 relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea y el Reglamento (UE) 2016/1037 sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea. Adoptada por el Consejo el 16 de abril de 2018, DOUE, C, núm. 184, de 29 de mayo de 2018.**
33. **Exposición de motivos del Consejo: Posición (UE) núm. 1/2018 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/1036, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea, y el Reglamento (UE) 2016/1037, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de**

países no miembros de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 184, de 29 de mayo de 2018.

DERECHO DE SOCIEDADES

34. **P8_TA(2017)0103. Ciertos aspectos del Derecho de sociedades ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2017, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos del Derecho de sociedades (versión codificada) [COM(2015)0616 – C8-0388/2015 – 2015/0283(COD)]. P8_TC1-COD(2015)0283. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 5 de abril de 2017 con vistas a la adopción de la Directiva (UE) 2017/... del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (versión codificada), DOUE, C, núm. 298, de 23 de agosto de 2018.**
35. **Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de modificación de la Directiva 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, DOUE, C, núm. 324, de 13 de septiembre de 2018.**

INSOLVENCIA

36. **P8_TA(2016)0488. Procedimientos de insolvencia y administradores concursales ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2016, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se sustituyen las listas de los procedimientos de insolvencia y los administradores concursales en los anexos A y B del Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia [COM(2016)0317 – C8-0196/2016 – 2016/0159(COD)]. P8_TC1-COD(2016)0159. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 14 de diciembre de 2016 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2017/... del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se sustituyen los anexos A y B del Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, DOUE, C, núm. 238, de 6 de julio de 2018.**

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

37. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo – Un sistema equilibrado de garantía de cumplimiento en materia de propiedad intelectual en respuesta a los retos sociales actuales [COM(2017) 707 final], sobre la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo – Directrices sobre determinados aspectos de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad**

intelectual [COM(2017) 708 final], y sobre la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo – Establecimiento del enfoque de la Unión con respecto a las patentes esenciales para normas [COM(2017) 712 final], DOUE, C, núm. 237, de 6 de julio de 2018.

38. P8_TA(2017)0133. Marca de la Unión Europea ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 2017, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea (versión codificada) [COM(2016)0702 – C8-0439/2016 – 2016/0345(COD)]. P8_TC1-COD(2016)0345. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 27 de abril de 2017 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2017/... del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea (Versión codificada), DOUE, C, núm. 298, de 23 de agosto de 2018.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

39. Notificación relativa a la entrada en vigor del Acuerdo bilateral entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre medidas prudenciales en materia de seguros y reaseguros, DOUE, C, núm. 91, de 9 de abril de 2018.
40. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2017, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la ratificación del Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, y la adhesión al mismo por parte de los Estados miembros en interés de la Unión Europea, a excepción de los aspectos relacionados con la cooperación judicial en materia civil [13806/2015 – C8-0410/2015 – 2015/0135(NLE)], DOUE, C, núm. 298, de 23 de agosto de 2018.
41. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2017, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la ratificación del Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, y a la adhesión al mismo por parte de los Estados miembros, en interés de la Unión Europea, en lo que atañe a los aspectos relacionados con la cooperación judicial en materia civil [14112/2015 – C8-0409/2015 – 2015/0136(NLE)], DOUE, C, núm. 298, de 23 de agosto de 2018.

RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

42. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la aplicación de las recomendaciones del Parlamento del año 2010, relativas a los estándares sociales y medioambientales, los derechos

humanos y la responsabilidad civil de las empresas [2015/2038(INI)], DOUE, C, núm. 101, de 16 de marzo de 2018.

PROTECCIÓN DE DATOS

43. **Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis**, DOUE, C, núm. 120, de 6 de abril de 2018.

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

COMPETENCIA JUDICIAL, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

44. **Asunto C-106/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 31 de enero de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Szczecinie – Polonia) – Paweł Hofsoe / LVM Landwirtschaftlicher Versicherungsverein Münster AG** [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 11, apartado 1, letra b), y artículo 13, apartado 2 – Competencia en materia de seguros – Ámbito de aplicación personal – Concepto de «persona perjudicada» – Profesional del sector de los seguros – Exclusión], DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
45. **Asunto C-25/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Okrazhen sad Blagoevgrad (Bulgaria) el 16 de enero de 2018 – Bryan Andrew Ker/Pavlo Postnov, Natalia Postnova**, DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
46. **Asunto C-47/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien (Austria) el 26 de enero de 2018 – Skarb Pánstwa Rzeczpospolitej Polskiej – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad / Stephan Riel, en calidad de administrador concursal en el procedimiento de insolvencia de la sociedad Alpine Bau GmbH**, DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.
47. **Asuntos acumulados C-274/16, C-447/16 y C-448/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 7 de marzo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Düsseldorf y el Bundesgerichtshof – Alemania) – flightright GmbH / Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo S. A. (C-274/16), Roland Becker / Hainan Airlines Co. Ltd (C-447/16), Mohamed Barkan y otros / Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo S. A. (C-448/16)** [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 5, punto 1 – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 7, punto 1 – Concepto de «materia contractual» – Contrato de prestación de servicios – Vuelo de

conexión operado por distintos transportistas aéreos – Concepto de «lugar de cumplimiento» – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Derecho de los pasajeros aéreos a compensación por denegación de embarque y por gran retraso de un vuelo – Acción de compensación dirigida contra el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo no domiciliado en un Estado miembro o con el que los pasajeros no tienen ningún vínculo contractual], DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.

48. **Asunto C-560/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7 de marzo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud České republiky – República Checa) – E. ON Czech Holding AG / Michael Dédouch, Petr Streitberg, Pavel Suda [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Competencias exclusivas – Artículo 22, punto 2 – Validez de las decisiones de los órganos de las sociedades o de las personas jurídicas que están domiciliadas en un Estado miembro – Competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro – Decisión de la junta general de una sociedad por la que se ordena la transmisión obligatoria al accionista mayoritario de dicha sociedad de los títulos de los accionistas minoritarios de la misma sociedad y se establece el importe de la contraprestación que debe abonarles el citado accionista mayoritario – Procedimiento judicial que tiene por objeto apreciar el carácter razonable de dicha contraprestación], DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.**
49. **Asunto C-604/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 16 de enero de 2018 [petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven kasatsionen sad (Bulgaria) – Bulgaria] – PM / AH [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Espacio de libertad, de seguridad y de justicia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia en materia de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro para conocer de una demanda en materia de responsabilidad parental en caso de que el hijo no resida en el territorio de ese Estado – Competencia en materia de alimentos – Reglamento (CE) núm. 4/2009], DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
50. **Asunto C-135/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 20 de febrero de 2018 – Logistik XXL GmbH / CMR Transport & Logistik, DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
51. **Asunto C-172/18: Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (Reino Unido) el 5 de marzo de 2018 – AMS Neve Ltd, Barnett Waddingham Trustees, Mark Crabtree / Heritage Audio SL, Pedro Rodríguez Arribas, DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**

52. **Asunto C-215/18:** Petición de decisión prejudicial planteada por el *Obvodní soud pro Prahu* (República Checa) el 26 de marzo de 2018 – *Libuše Králová / Primera Air Scandinavia*, DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.
53. **Asunto C-565/16:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de abril de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Eirinodikeio Lerou* – Grecia) – Procedimiento incoado por *Alessandro Saponaro, Kalliopi-Chloi Xylina* [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se presenta una solicitud de autorización judicial para repudiar una herencia por cuenta de un menor – Competencia en materia parental – Prórroga de la competencia – Artículo 12, apartado 3, letra b) – Aceptación de la competencia – Requisitos], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
54. **Asunto C-208/18:** Petición de decisión prejudicial planteada por el *Nejvyšší soud České republiky* (República Checa) el 23 de marzo de 2018 – *Jana Petruchová / FIBO Group Holdings Ltd.*, DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
55. **Asunto C-85/18 PPU:** Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de abril de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por la *Judecătoria Oradea* – Rumanía) – *CV / DU* [Petición de decisión prejudicial – Procedimiento prejudicial de urgencia – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia en materia de responsabilidad parental – Custodia del menor – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículos 8, 10 y 13 – Concepto de «residencia habitual» del menor – Resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro en relación con el lugar de residencia del menor – Traslado o retención ilícitos – Competencia en caso de sustracción del menor], DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
56. **Asunto C-325/18:** Petición de decisión prejudicial planteada por la *Court of Appeal* (Irlanda) el 17 de mayo de 2018 – *Hampshire County Council / C. E., N. E.*, DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
57. **Asunto C-722/17:** Petición de decisión prejudicial planteada por el *Bezirksgericht Villach* (Austria) el 27 de noviembre de 2017 – *Norbert Reitbauer y otros / Enrico Casamassima*, DOUE, C, núm. 268 de 30 de julio de 2018.
58. **Asunto C-375/18:** Petición de decisión prejudicial planteada por la *Court of Appeal* (Irlanda) el 7 de junio de 2018 – *Hampshire County Council / C. E. N. E.*, DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.
59. **Asunto C-347/18:** Petición de decisión prejudicial planteada por el *Tribunale di Milano* (Italia) el 28 de mayo de 2018 – *Avv. Alessan-*

dro Salvoni / Anna Maria Fiermonte, DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.

60. Asunto C-421/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de première instance de Namur (Bélgica) el 27 de junio de 2018 – Ordre des avocats du barreau de Dinant / JN, DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.
61. Asunto C-451/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Győri Ítéletábla (Hungria) el 10 de julio de 2018 – Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. / DAF TRUCKS N. V., DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.

COOPERACIÓN JUDICIAL

62. Asunto C-289/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 28 de febrero de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tartu Maakohus – Estonia) – Collect Inkasso OU y otros / Rain Aint y otros (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 805/2004 – Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados – Requisitos para la certificación – Normas mínimas aplicables a los procedimientos relativos a los créditos no impugnados – Derechos del deudor – Falta de mención de la dirección de la institución a la que puede remitirse una impugnación del crédito o ante la que se puede interponer un recurso contra la resolución), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.
63. Asunto C-64/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 8 de marzo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação do Porto – Portugal) – Saey Home & Garden NV/SA / Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais, S. A. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 25 – Existencia de una cláusula atributiva de competencia – Acuerdo verbal sin confirmación escrita – Cláusula contenida en las condiciones generales de venta mencionadas en diversas facturas – Artículo 7, punto 1, letra b) – Contrato de concesión mercantil celebrado entre sociedades domiciliadas en dos Estados miembros distintos y referido al mercado de un tercer Estado miembro – Artículo 7, punto 1, letra b), segundo guion – Determinación del órgano jurisdiccional competente – Lugar de ejecución de la obligación característica del contrato], DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.
64. Asunto C-306/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 31 de mayo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tatabányai Törvényszék – Hungria) – Éva Nothartová / Sámson József Boldizsár [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia judicial –

Competencias especiales – Artículo 8, punto 3 – Demanda reconvenzional derivada o no derivada del contrato o del hecho en que se fundamenta la demanda inicial], DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.

65. **Asunto C-335/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 31 de mayo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven kasatsionen sad – Bulgaria) – Neli Valcheva / Georgios Babanarakis (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Ámbito de aplicación – Concepto de «derecho de visita» – Artículo 1, apartado 2, letra a), y artículo 2, puntos 7 y 10 – Derecho de visita de los abuelos), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.**
66. **Asunto C-83/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de junio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – KP / LO (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Protocolo de La Haya de 2007 – Ley aplicable a las obligaciones de alimentos – Artículo 4, apartado 2 – Cambio de residencia habitual del acreedor – Posibilidad de aplicación retroactiva de la ley del Estado de la nueva residencia habitual del acreedor que coincide con la ley del foro – Alcance de los términos «si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor» – Caso en que el acreedor no cumple un requisito legal), DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
67. **Asunto C-250/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 6 de junio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça – Portugal) – Virgílio Tarragó da Silveira / Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group, S. A. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Procedimiento de insolvencia – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Artículo 15 – Efectos del procedimiento de insolvencia con respecto a otros procedimientos en curso en relación con un bien o un derecho de la masa – Concepto de «procedimiento en curso» – Procedimiento declarativo en el que se solicita el reconocimiento de la existencia de un crédito], DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
68. **Asunto C-1/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de junio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte di Appello di Torino – Italia) – Petronas Lubricants Italy SpA / Livio Guida [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia en materia de contratos individuales de trabajo – Artículo 20, apartado 2 – Empresario demandado ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio – Reconversión del empresario – Determinación del órgano jurisdiccional competente], DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.**
69. **Asunto C-20/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de junio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin – Alemania) – Procedimiento incoado**

por Vincent Pierre Oberle [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Artículo 4 – Competencia general de un tribunal de un Estado miembro para resolver sobre la totalidad de una sucesión – Normativa nacional que regula la competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios nacionales – Certificado sucesorio europeo], DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.

70. Asunto C-512/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 28 de junio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el du Sąd Rejonowy Poznań – Stare Miasto w Poznaniu – Polonia – Procedimiento incoado por HR (Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículo 8, apartado 1 – Residencia habitual del menor – Lactante – Circunstancias determinantes para establecer el lugar de dicha residencia), DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.
71. Asunto C-27/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de julio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos apeliacinis teismas – Lituania) – AB «flyLAL-Lithuanian Airlines», en liquidación / Starptautiskā lidosta «Rīga» VAS, «Air Baltic Corporation» AS [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencias especiales – Artículo 5, punto 3 – Materia delictual o cuasidelictual – Lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso – Lugar en que se materializa el daño y lugar del hecho causal que originó el daño – Pretensión de indemnización del perjuicio supuestamente ocasionado por prácticas contrarias a la competencia llevadas a cabo en diversos Estados miembros – Artículo 5, punto 5 – Explotación de sucursales – Concepto], DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.
72. Asunto C-88/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala tercera) de 11 de julio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – Zurich Insurance PLC, Metso Minerals Oy / Abnormal Load Services (International) Limited [Procedimiento prejudicial – Cooperación en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial – Artículo 5, punto 1, letra b), segundo guion – Competencia de los tribunales del lugar de ejecución de la obligación – Lugar de prestación de los servicios – Contrato de transporte de mercancías entre dos Estados miembros – Trayecto constituido por varias etapas y efectuado con diferentes medios de transporte], DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.

DERECHO DE CONSUMO

73. Asunto C-498/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de enero de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Maximilian Schrems /

- Facebook Ireland Limited [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículos 15 y 16 – Competencia judicial en materia de contratos celebrados por los consumidores – Concepto de «consumidor» – Cesión entre consumidores de derechos que pueden ejercerse frente a un mismo profesional], DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
74. Asunto C-628/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy (Polonia) el 8 de noviembre de 2017 – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów / Orange Polska S. A., DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
75. Asunto C-632/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Siemianowicach Śląskich (Polonia) el 9 de noviembre de 2017 – Powszechna Kasa Oszczędności (PKO) Bank Polski S. A. / Jacek Michalski, DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
76. Asunto C-730/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de première instance francophone de Bruxelles (Bélgica) el 28 de diciembre de 2017 – Edward Reich, Debora Lieber, Ella Reich, Ezra Bernard Reich / Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
77. Asunto C-645/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 20 de noviembre de 2017 – Emirates Airlines – Direktion für Deutschland / Aylin Wüst, Peter Wüst, DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
78. Asunto C-649/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 21 noviembre de 2017 – Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. / Amazon EU Sàrl, DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
79. Asunto C-681/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 6 de diciembre de 2017 – slewo // schlafen leben wohnen GmbH / Sascha Ledowski, DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
80. Asunto C-721/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hannover (Alemania) el 27 de diciembre de 2017 – Sebastien Vollmer, Vera Sagalov / Swiss Global Air Lines AG, DOUE, C, núm. 123, de 9 de abril de 2018.
81. Asunto C-16/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de febrero de 2018 – Reino de Bélgica / Comisión Europea (Recurso de casación – Protección de los consumidores – Servicios de juego en línea – Protección de los consumidores y los usuarios y prevención del juego en línea entre los menores – Recomendación 2014/478/UE de la Comisión – Acto de la Unión jurídicamente no vinculante – Artículo 263 TFUE), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.

82. **Asunto C-119/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 22 de febrero de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Sibiu – Rumanía) Liviu Petru Lupean, Oana Andreea Lupean / SC OTP BAAK Nyrt., por medio de OTP BANK SA, a través de la Sucursala SIBIU, SC OTP BAAK Nyrt., por medio de OTP BANK SA (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículo 3, apartado 1, artículo 4, apartados 1 y 2, y artículo 5 – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Contrato de crédito denominado en divisa extranjera – Riesgo de tipo de cambio que recaerá enteramente sobre el consumidor – Desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato – Objeto principal del contrato de préstamo), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
83. **Asunto C-126/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 22 de febrero de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék – Hungría) – ERSTE Bank Hungary Zrt / Orsolya Czákó (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículo 4, apartado 2, artículo 5 y artículo 6, apartado 1 – Cláusulas que definen el objeto principal del contrato – Contrato de crédito denominado en divisa extranjera – Alcance del concepto «redactadas de forma clara y comprensible» – Invalidez parcial o total del contrato), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
84. **Asunto C-8/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Vilniaus apygardos teismas (Lituania) el 3 de enero de 2018 – TE, UD, YB, ZC / Luminor Bank AB, DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
85. **Asunto C-125/18: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (España) el 16 de febrero de 2018 – Marc Gómez del Moral Guasch / Bankia S. A., DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
86. **Asunto C-58/18: Petición de decisión prejudicial planteada por la Justice de Paix du canton de Visé (Bélgica) el 30 de enero de 2018 – Michel Schyns / Belfius Banque SA, DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
87. **Asunto C-147/18: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Almería (España) el 23 de febrero de 2018 – Banco Mare Nostrum S. A. / Ignacio Jesús Berenguel Nieto y Carmen Sonia Salinas López, DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
88. **Asunto C-159/18: Petición de decisión prejudicial planteada por la Justice de paix du troisième canton de Charleroi (Bélgica) el 27 de**

- febrero de 2018 – André Moens / Ryanair Ltd, DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.
89. Asunto C-190/18: Petición de decisión prejudicial planteada por la justice de paix de Schaerbeek (Bélgica) el 13 de marzo de 2018 – Société nationale de chemins de fer belges (SNCB) / Gherasim Sorin Rusu, DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.
90. Asunto C-130/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Düsseldorf (Alemania) el 19 de febrero de 2018 – flightright GmbH / Eurowings GmbH, DOUE, C, núm. 182, de 28 de mayo de 2018.
91. Asunto C-143/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Bonn (Alemania) el 23 de febrero de 2018 – Antonio Romano, Lidia Romano / DSL Bank, DOUE, C, núm. 182, de 28 de mayo de 2018.
92. Asunto C-163/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Noord-Nederland (Países Bajos) el 1 de marzo de 2018 – HQ, en nombre propio y en su condición de representante legal de su hijo menor de edad IP, JO / Aegean Airlines SA, DOUE, C, núm. 182, de 28 de mayo de 2018.
93. Asuntos acumulados C-195/17, C-197/17 a C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 a C-286/17 y C-290/17 a C-292/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de abril de 2018 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Amtsgericht Hannover, Amtsgericht Düsseldorf – Alemania) – Helga Kr usemann y otros (C-195/17), Thomas Neufeldt y otros (C-197/17), Ivan Wallmann (C-198/17), Rita Hoffmeyer (C-199/17), Rudolf Meyer (C-199/17), Susanne de Winder (C-200/17), Holger Schlosser (C-201/17), Nicole Schlosser (C-201/17), Peter Rebbe y otros (C-202/17), Eberhard Schmeer (C-203/17), Brigitte Wittmann (C-226/17), Reinhard Wittmann (C-228/17), Regina Lorenz (C-254/17), Prisca Sprecher (C-254/17), Margarethe Y uce y otros (C-274/17), Friedemann Schoen (C-275/17), Brigitta Schoen (C-275/17), Susanne Meyer y otros (C-278/17), Thomas Kiehl (C-279/17), Ralph E ber (C-280/17), Thomas Schmidt (C-281/17), Werner Ansoerge (C-282/17), Herbert Blesgen (C-283/17), Simone K unnecke y otros (C-284/17), Marta Gentile (C-285/17), Marcel Gentile (C-285/17), Gabriele Ossenbeck (C-286/17), Angelina Fell y otros (C-290/17), Helga Jordan-Grompe y otros (C-291/17), EUflight. de GmbH (C-292/17) / TUIfly GmbH [Procedimiento prejudicial – Transporte – Normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 5, apartado 3 – Artículo 7, apartado 1 – Derecho a compensación – Exención – Concepto de «circunstancias extraordinarias» – «Huelga salvaje»], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
94. Asunto C-272/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 20 de abril de 2018 – Verein für

Konsumenteninformation / TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG, DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.

95. **Asunto C-227/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Budai Központi Kerületi Bíróság (Hungría) el 3 de abril de 2018 – VE / WD, DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.**
96. **Asunto C-147/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de mayo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vredegerecht te Antwerpen – Bélgica) – Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW / Susan Romy Jozef Kuijpers [Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores – Examen de oficio, por el juez nacional, de la cuestión de si un contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva – Artículo 2, letra c) – Concepto de «profesional» – Entidad de educación superior financiada principalmente con fondos públicos – Contrato relativo a un plan de pago a plazos sin intereses de las tasas de matrícula y de la participación en los gastos de un viaje de estudios], DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.**
97. **Asunto C-34/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Ítéltábla (Hungría) el 18 de enero de 2018 – Ottília Lovasné Tóth / ERSTE Bank Hungary Zrt., DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.**
98. **Asunto C-213/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Roma (Italia) el 26 de marzo de 2018 – Adriano Guaitoli y otros / easyJet Airline Co. Ltd, DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.**
99. **Asunto C-232/18: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Almería (España) el 29 de marzo de 2018 – Banco Popular Español, S. A. / María Ángeles Díaz Soria, Miguel Ángel Góngora Gómez, José Antonio Sánchez González y Dolores María del Águila Andújar, DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.**
100. **Asunto C-266/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Poznaniu (Polonia) el 17 de abril de 2018 – Aqua med sp. z o.o. con domicilio en Opalenica / Irena Skóra, DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.**
101. **Asunto C-483/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 31 de mayo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék – Hungría) – Zolt Sziber / ERSTE Bank Hungary Zrt (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículo 7, apartado 1 – Contratos de préstamo denominados en moneda extranjera – Normativa nacional que establece requisitos procesales específicos para impugnar el carácter abusivo – Principio de**

- equivalencia – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 47 – Derecho a la tutela judicial efectiva), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
102. Asunto C-537/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 31 de mayo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Berlin – Alemania) – Claudia Wegener / Royal Air Maroc SA [Procedimiento prejudicial – Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 3, apartado 1 – Ámbito de aplicación – Concepto de «vuelo con conexión directa» – Vuelo que parte de un aeropuerto situado en un Estado miembro e incluye una conexión en un aeropuerto situado en territorio de un tercer Estado y cuyo destino final es otro aeropuerto de ese tercer Estado], DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
103. Asunto C-283/18: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Almería (España) el 25 de abril de 2018 – Liliana Beatriz Moya Privitello y Sergio Daniel Martín Durán / Cajas Rurales Unidas, Sociedad Cooperativa de Crédito, DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
104. Asunto C-289/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien (Austria) el 26 de abril de 2018 – KAMU Passenger & IT Services GmbH / Türk Hava Yolları A. O. – T. H. Y. Turkish Airlines, DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
105. Asunto C-299/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 2 de mayo de 2018 – Stefan Neldner / Eurowings GmbH, DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
106. Asunto C-301/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Bonn (Alemania) el 4 de mayo de 2018 – Thomas Leonhard / DSL Bank, DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
107. Asunto C-352/18: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Reus (España) el 30 de mayo de 2018 – Jaime Cardus Suárez / Catalunya Caixa S. A., DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
108. Asunto C-368/18: Petición de decisión prejudicial planteada por la Justice de paix du troisième canton de Charleroi (Bélgica) el 5 de junio de 2018 – Frank Casteels / Ryanair DAC, anteriormente Ryanair Ltd, DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
109. Asunto C-369/18: Petición de decisión prejudicial planteada por la Justice de paix du troisième canton de Charleroi (Bélgica) el 5 de junio de 2018 – Giovanni Martina / Ryanair DAC, anteriormente Ryanair Ltd, DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
110. Asunto C-331/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský súd v Prešove (Eslovaquia) el 22 de mayo de 2018 – TE / Pohotovosť s.r.o., DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.

111. **Asunto C-349/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Vrederegerecht te Antwerpen (Bélgica) el 30 de mayo de 2018 – Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) / Mbutuku Kanyeba, DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
112. **Asunto C-350/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Vrederegerecht te Antwerpen (Bélgica) el 30 de mayo de 2018 – Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) / Larissa Nijs, DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
113. **Asunto C-351/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Vrederegerecht te Antwerpen (Bélgica) el 30 de mayo de 2018 – Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) / Jean-Louis Anita Dedroog, DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
114. **Asunto C-354/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Bacău (Rumanía) el 30 de mayo de 2018 – Radu Lucian Rusu, Oana Maria Rusu / SC Blue Air – Airline Management Solutions Srl, DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
115. **Asunto C-383/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy Lublin-Wschód w Lublinie z siedzibą w Świdniku (Polonia) el 11 de junio de 2018 – Lexitor Sp. z o.o / Spółdzielczej Kasie Oszczędnościowo – Kredytowej im. Franciszka Stefczyka con sede en Gdynia, Santander Consumer Bank S. A. con sede en Breslavia, mBank S. A. con sede en Varsovia, DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
116. **Asunto C-407/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Višje sodišče v Mariboru (Eslovenia) el 21 de junio de 2018 – Aleš Kuhar, Jožef Kuhar / Addiko Bank d.d., DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
117. **Asunto C-130/18: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 27 de junio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Düsseldorf – Alemania) – flightright GmbH / Eurowings GmbH [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 5, apartado 1, letra c) – Derecho a una indemnización en caso de cancelación de un vuelo – Transporte alternativo que no permite a un pasajero llegar a su destino con menos de dos horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista del vuelo cancelado – Retraso de entre dos y tres horas], DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.**

DERECHO DE CONTRATOS

118. **Asunto C-245/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Udine (Italia) el 9 de abril de 2018 – Fallimento Tecnoservice Int. Srl / Poste Italiane SpA, DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.**

DERECHO DE FAMILIA

119. **Asunto C-393/18:** Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice, Family Division (England and Wales) (Reino Unido) el 14 de junio de 2018 – UD / XB, DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.
120. **Asunto C-361/18:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Szekszárdi Járásbíróság (Hungría) el 5 de junio de 2018 – Agnes Weil / Géza Gulácsi, DOUE, C, núm. 311, de 3 de septiembre de 2018.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

121. **Asunto C-179/16:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de enero de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato – Italia) – F. Hoffmann-La Roche Ltd y otros / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [Procedimiento prejudicial – Competencia – Artículo 101 TFUE – Práctica colusoria – Medicamentos – Directiva 2001/83/CE – Reglamento (CE) núm. 726/2004 – Afirmaciones relativas a los riesgos asociados al uso de un medicamento para un tratamiento no cubierto por su autorización de comercialización (al margen de su AC) – Definición del mercado de referencia – Restricción accesoria – Restricción de la competencia por el objeto – Exención], DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
122. **Asunto C-617/17:** Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy (Polonia) el 30 de octubre de 2017 – Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S. A. / Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
123. **Asunto C-261/16 P:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 1 de febrero de 2018 – Kühne + Nagel International AG, Kühne + Nagel Management AG, Kühne + Nagel Ltd, Kühne + Nagel Ltd, Kühne + Nagel Ltd / Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE – Fijación de los precios – Servicios internacionales de transitarios por aire – Acuerdo de tarificación que tiene incidencia en el precio final de los servicios), DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
124. **Asunto C-263/16 P:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 1 de febrero de 2018 – Schenker Ltd / Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE – Fijación de los precios – Servicios internacionales de transitarios por aire – Acuerdo de tarificación que tiene incidencia en el precio final de los servicios), DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
125. **Asunto C-264/16 P:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 1 de febrero de 2018 – Deutsche Bahn AG, Schenker AG,

- Schenker China Ltd, Schenker International (H. K.) Ltd / Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE – Fijación de los precios – Servicios internacionales de transitarios por aire – Acuerdo de tarificación que incide en el precio final de los servicios), DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
126. Asunto C-271/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 1 de febrero de 2018 – Panalpina World Transport (Holding) Ltd, Panalpina Management AG, Panalpina China Ltd / Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE – Fijación de los precios – Servicios internacionales de transitarios por aire – Acuerdo de tarificación que tiene incidencia en el precio final de los servicios), DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
127. Asunto C-709/17 P: Recurso de casación interpuesto el 18 de diciembre de 2017 por la Comisión Europea contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 10 de octubre de 2017 en el asunto T-435/15, Kolachi Raj Industrial (Private) Ltd/ Comisión Europea, DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
128. Asunto T-211/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2018 – Caviro Distillerie y otros/Comisión [«Dumping – Importación de ácido tartárico originario de China y fabricado por Hangzhou Bioking Biochemical Engineering Co., Ltd – Decisión de Ejecución (UE) 2016/176 – Falta de establecimiento de un derecho antidumping definitivo – Artículos 3, apartados 2, 3 y 5, y 17, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Muestreo – Inexistencia de un perjuicio importante – Error manifiesto de apreciación – Determinación del perjuicio – Rentabilidad de la industria de la Unión»], DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
129. Asunto T-130/18: Recurso interpuesto el 27 de febrero de 2018 – adidas International Trading y otros/Comisión, DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
130. Asunto T-131/18: Recurso interpuesto el 28 de febrero de 2018 – Deichmann/Comisión, DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
131. Asunto T-132/18: Recurso interpuesto el 28 de febrero de 2018 – Roland/Comisión, DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
132. Asunto T-141/18: Recurso interpuesto el 28 de febrero de 2018 – Deichmann-Shoes UK/Comisión, DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
133. Asunto T-142/18: Recurso interpuesto el 28 de febrero de 2018 – Buffalo – Boots/Comisión, DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
134. Asunto T-274/15: Sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2018 – Alcogroup y Alcodis/Comisión («Recurso de anulación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercados de bioetanol y de

- etanol – Procedimiento administrativo – Decisión por la que se ordena una inspección – Facultades de verificación de la Comisión – Protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes – Documentos intercambiados a raíz de una inspección anterior – Negativa de la Comisión a suspender los procedimientos de infracción en cuestión – Acto no recurrible – Inadmisibilidad», DOUE, C, núm. 182, de 28 de mayo de 2018.
135. Asunto T-361/17: Auto del Tribunal General de 21 de marzo de 2018 – Eco-Bat Technologies y otros/Comisión («Recurso de anulación – Prácticas colusorias – Mercado del reciclado de baterías de automóviles – Decisión rectificativa de una decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y se imponen multas – Plazo para recurrir – Inicio del cómputo – Extemporaneidad – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 182, de 28 de mayo de 2018.
136. Asunto T-462/15: Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2018 – Asia Leader International (Cambodia)/Comisión [«Dumping – Importaciones de bicicletas procedentes de Camboya, Pakistán y Filipinas – Extensión a esas importaciones del derecho antidumping definitivo establecido sobre las importaciones de bicicletas originarias de China – Reglamento (UE) 2015/776 – Elusión – Tránsito – Artículo 13, apartados 1 y 2, y artículo 18, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 [actualmente artículo 13, apartados 1 y 2, y artículo 18, apartado 3, del Reglamento (UE) 2016/1036]», DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.
137. Asunto T-675/15: Sentencia del Tribunal General de 23 de abril de 2018 – Shanxi Taigang Stainless Steel/Comisión [«Dumping – Importaciones de productos planos de acero inoxidable laminados en frío originarios de China y Taiwán – Derecho antidumping definitivo – Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1429 – Artículo 2, apartado 7, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 [actualmente artículo 2, apartado 7, letra a), del Reglamento 2016/1036] – Valor normal – Elección del país tercero apropiado – Ajustes – Artículo 2, apartado 10, letra k), del Reglamento núm. 1225/2009 [actualmente artículo 2, apartado 10, letra k), del Reglamento 2016/1036] – Cálculo del dumping – Ajustes – Artículo 3, apartados 2, 6 y 7, del Reglamento núm. 1225/2009 [actualmente artículo 3, apartados 2, 6 y 7, del Reglamento 2016/1036] – Perjuicio – Relación de causalidad», DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.
138. Asunto C-525/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de abril de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – Portugal) – MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA / Autoridade da Concorrência [Procedimiento prejudicial – Competencia – Abuso de posición dominante – Artículo 102 TFUE, párrafo segundo, letra c) – Concepto de «desventaja competitiva» – Precios discriminatorios en el mercado descendente – Sociedad de gestión de derechos afines a los derechos de autor – Canon que

han de pagar los proveedores nacionales del servicio de pago de transmisión de la señal de televisión y de su contenido], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.

139. Asunto T-240/18: Recurso interpuesto el 16 de abril de 2018 – Polskie Linie Lotnicze «LOT»/Comisión, DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
140. Asunto T-431/12: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2018 – Distillerie Bonollo y otros/Consejo [«Dumping – Importaciones de ácido tartárico originario de China – Modificación del derecho antidumping definitivo – Reconsideración provisional parcial – Recurso de anulación – Afectación directa e individual – Admisibilidad – Determinación del valor normal – Valor normal calculado – Cambio de método – Trato individual – Artículo 2, apartado 7, letra a), y artículo 11, apartado 9, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 [actualmente artículo 2, apartado 7, letra a), y artículo 11, apartado 9, del Reglamento (UE) 2016/1036] – Modulación en el tiempo de los efectos de una anulación», DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
141. Asunto C-228/18: Petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria (Hungría) el 3 de abril de 2018 – Gazdasági Versenyhivatal / Budapest Bank Nyrt. y otros, DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
142. Asunto T-712/16: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2018 – Deutsche Lufthansa/Comisión («Competencia – Concentraciones – Mercado del transporte aéreo – Decisión por la que se declara la concentración compatible con el mercado interior a condición de que se cumplan determinados compromisos – Solicitud de exención de parte de las obligaciones objeto de los compromisos – Proporcionalidad – Confianza legítima – Principio de buena administración – Desviación de poder»), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
143. Asunto T-296/18: Recurso interpuesto el 7 de mayo de 2018 – Polskie Linie Lotnicze «LOT»/Comisión, DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
144. Asunto C-363/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 7 de junio de 2018 – Equipolymers Srl, M&G Polimeri Italia SpA, Novapet SA / Committee of Polyethylene Terephthalate (PET) Manufacturers in Europe (CPME), Cepsa Química SA, Indorama Ventures Poland sp. z o.o., Lotte Chemical UK Ltd, Ottana Polimeri Srl, UAB Indorama Polymers Europe, UAB Neo Group, UAB Orion Global pet, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, European Federation of Bottled Waters (EFBW), Caiba SA, Coca-Cola Enterprises Belgium (CCEB), Danone, Nestlé Waters Management & Technology, Pepsico International Ltd, Refresco Gerber BV (Recurso de casación – Dumping – Importaciones de determinado politereftalato de etileno procedente de la India, Tailandia y Taiwán – Decisión de Ejecu-

ción 2013/226/UE – Decisión de dar por concluido el procedimiento de reconsideración por expiración de las medidas sin establecer un derecho antidumping definitivo – Responsabilidad extracontractual – Relación de causalidad – Obligación de motivación), DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.

145. Asuntos acumulados T-379/10 RENV y T-381/10 RENV: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2018 – Keramag Keramische Werke y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado francés de los productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Participación de determinadas entidades en la práctica colusoria – Nueva apreciación de las pruebas»), DOUE, C, núm. 294, de 30 de julio de 2018.

DERECHO DE SOCIEDADES

146. Asunto C-394/18: Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte di appello di Napoli (Italia) el 14 de junio de 2018 – I. G. I. S.r.l. / Maria Grazia Cicenya y otros, DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.

INSOLVENCIA

147. Asunto C-101/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 12 de febrero de 2018 – Idi Srl / Arcadis – Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo, DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.
148. Asunto C-198/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen (Suecia) el 20 de marzo de 2018 – CeDe Group AB / KAN Sp. z o.o. i konkurs, DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

149. Asunto C-634/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 24 de enero de 2018 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)/ European Food SA, Société des produits Nestlé SA (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa FITNESS – Desestimación de la solicitud de nulidad), DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
150. Asunto C-538/17 P: Recurso de casación interpuesto el 13 de septiembre de 2017 por Thomas Murphy contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 4 de julio de 2017 en el asunto T-90/16, Murphy / EUIPO, DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.

151. **Asunto T-105/16: Sentencia del Tribunal General de 1 de febrero de 2018 – Philip Morris Brands/EUIPO – Explosal (Superior Quality Cigarettes FILTER CIGARETTES Raquel)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Superior Quality Cigarettes FILTER CIGARETTES Raquel – Marca internacional figurativa anterior Marlboro – Motivo de denegación relativo – Notoriedad – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 95, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Regla 50, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95», DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
152. **Asunto T-212/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de diciembre de 2017 – El Corte Inglés/EUIPO – Elho Business & Sport (FRee STyLe)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión FRee STyLe – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 76 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 95 del Reglamento 2017/1001) – Igualdad de trato», DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
153. **Asunto T-213/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de diciembre de 2017 – El Corte Inglés/EUIPO – Elho Business & Sport (FREE STYLE)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión FREE STYLE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 76 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 95 del Reglamento 2017/1001) – Igualdad de trato», DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
154. **Asunto T-457/16: Sentencia del Tribunal General de 1 de febrero de 2018 – Aldi Einkauf/EUIPO – Schwamm & Cie. (Le Coq de France)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Le Coq de France – Marca nacional figurativa anterior le coq – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos y servicios – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
155. **Asunto T-775/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2018 – Kondyterska korporatsiia «Roshen»/EUIPO – Krasnyiy oktyabr (Representación de un cangrejo)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa un cangrejo – Registro internacional anterior de la

- marca figurativa ПАКОВЫЕ ШЕЙКИ – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
156. Asunto T-793/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2018 – Şölen Çikolata Gıda Sanayi ve Ticaret/EUIPO – Zaharieva (Caja expositora de cucuruchos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una caja expositora de cucuruchos – Registro internacional anterior en el que se designa a Bulgaria – Causas de nulidad – Uso en el dibujo o modelo posterior de un signo distintivo cuyo titular tiene derecho a prohibir su utilización – Artículo 25, apartado 1, letra e), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Obligación de motivación – Artículo 62 del Reglamento núm. 6/2002 – Deber de diligencia – Artículo 63, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
157. Asunto T-794/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2018 – Şölen Çikolata Gıda Sanayi ve Ticaret/EUIPO – Zaharieva (Envoltorio para cucuruchos de helado) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un cucurucho de helado – Registro internacional anterior en el que se designa a Bulgaria – Causas de nulidad – Uso en el dibujo o modelo posterior de un signo distintivo cuyo titular tiene derecho a prohibir su utilización – Artículo 25, apartado 1, letra e), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Obligación de motivación – Artículo 62 del Reglamento núm. 6/2002 – Deber de diligencia – Artículo 63, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
158. Asunto T-795/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2018 – Krasnyiy oktyabr/EUIPO – Kondyterska korporatsiia «Roshen» (CRABS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa CRABS – Registro internacional anterior de la marca figurativa ПАКОВЫЕ ШЕЙКИ – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
159. Asunto T-102/17: Sentencia del Tribunal General de 1 de febrero de 2018 – Cantina e oleificio sociale di San Marzano/EUIPO – Miguel Torres (SANTORO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Marca figurativa de la Unión SANTORO – Marca denominativa anterior de la Unión SANGRE DE TORO – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo

lo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.

160. Asunto T-36/18: Recurso interpuesto el 22 de enero de 2018 – Asahi Intecc/EUIPO – Celesio (Celeson), DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
161. Asunto T-37/18: Recurso interpuesto el 23 de enero de 2018 – Stirlix Arkadiusz Kamusiński/EUIPO – Heinrich Bauer Verlag (Brave Paper), DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
162. Asunto T-40/18: Recurso interpuesto el 24 de enero de 2018 – Eco-lab USA/EUIPO (SOLIDPOWER), DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
163. Asunto T-43/18: Recurso interpuesto el 24 de enero de 2018 – Rietze/EUIPO – Volkswagen (Voitures), DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
164. Asunto T-45/18: Recurso interpuesto el 29 de enero de 2018 – Novenco Building & Industry/EUIPO – Novenco Ventilator (Beijing) (NOVENCO), DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
165. Asunto T-55/18: Recurso interpuesto el 26 de enero de 2018 – NGV/EUIPO (LIEBLINGSWEIN), DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
166. Asunto T-56/18: Recurso interpuesto el 26 de enero de 2018 – NGV/EUIPO (WEIN FÜR PROFIS), DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
167. Asunto T-57/18: Recurso interpuesto el 29 de enero de 2018 – NGV/EUIPO (WEIN FÜR PROFIS), DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
168. Asunto T-60/18: Recurso interpuesto el 29 de enero de 2018 – Hangzhou Lezoo traveling equipment/EUIPO – Promotional Traders (GREEN HERMIT), DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
169. Asunto C-690/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 8 de diciembre de 2017 – ÖKO-Test Verlag GmbH / Dr. Rudolf Liebe Nachf. GmbH & Co. KG, DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
170. Asunto T-879/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de febrero de 2018 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Marpefa (Vieta) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión Vieta – Uso efectivo de la marca – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por el Tribunal General – Artículo 65, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 (actualmente artículo 72, apartado 6, del Reglamento (UE) 2017/1001) – Fuerza de cosa juzgada»], DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.

171. Asunto T-265/17: Auto del Tribunal General de 1 de febrero de 2018 – ExpressVPN/EUIPO (EXPRESSVPN) («Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa EXPRESSVPN – Motivo de denegación absoluto – Solicitud de modificación – Pretensión única – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
172. Asunto T-68/18: Recurso interpuesto el 7 de febrero de 2018 – Fränkischer Weinbauverband/EUIPO (Forma de una botella), DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
173. Asunto T-70/18: Recurso interpuesto el 7 de febrero de 2018 – Sonova Holding/EUIPO (HEAR THE WORLD), DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
174. Asunto T-74/18: Recurso interpuesto el 6 de febrero de 2018 – Visi/one/EUIPO – EasyFix (Paneles informativos para vehículos), DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
175. Asunto T-75/18: Recurso interpuesto el 6 de febrero de 2018 – MPM-Quality/EUIPO – Elton Hodinářská (MANUFACTURE PRIM 1949), DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
176. Asunto T-78/18: Recurso interpuesto el 9 de febrero de 2018 – AB Mauri Italy / EUIPO – Lesaffre et Compagnie (FERMIN), DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
177. Asunto T-118/16: Sentencia del Tribunal General de 20 de febrero de 2018 – Deutsche Post/EUIPO – bpost (BEPOST) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión BEPOST – Marca de la Unión figurativa anterior ePost y marca nacional denominativa anterior POST – Marca no registrada o signo utilizado en el tráfico económico POST – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001) – Inexistencia de perjuicio para el nombre e inexistencia de dilución – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001) – Elementos probatorios presentados por primera vez ante el Tribunal General»], DOUE, C, núm. 123, de 9 de abril de 2018.
178. Asunto T-727/16: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2018 – Repower/EUIPO – repowermap.org (REPOWER) [«Marca de la Unión Europea – Resolución de una Sala de Recurso por la que se revoca una resolución anterior – Artículo 80 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 103 del Reglamento (UE) 2017/1001] – Principio general del Derecho que permite la revocación de un acto administrativo ilegal»], DOUE, C, núm. 123, de 9 de abril de 2018.

179. Asunto T-45/17: Sentencia del Tribunal General de 20 de febrero de 2018 – Kwang Yang Motor/EUIPO – Schmidt (CK1) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CK1 – Marca figurativa anterior de la Unión CK – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 123, de 9 de abril de 2018.
180. Asunto T-179/17: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2018 – Laboratoire Nuxe/EUIPO – Camille y Tariot (NYouX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión NY ouX – Marca nacional denominativa anterior NUXE – Obligación de motivación – Artículo 75, primera frase, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 94, apartado 1, primera frase, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los productos – Similitud entre los signos – Carácter distintivo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 123, de 9 de abril de 2018.
181. Asunto T-210/17: Sentencia del Tribunal General de 22 de febrero de 2018 – International Gaming Projects/EUIPO – Zitro IP (TRIPLE TURBO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TRIPLE TURBO – Marca figurativa anterior de la Unión TURBO – Motivo de denegación relativo – Falta de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 123, de 9 de abril de 2018.
182. Asunto T-54/18: Recurso interpuesto el 31 de enero de 2018 – Fashion Energy / EUIPO – Retail Royalty (1st AMERICAN), DOUE, C, núm. 123, de 9 de abril de 2018.
183. Asunto T-166/15: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2018 – Gramberg/EUIPO – Mahdavi Sabet (Estuche para teléfono móvil) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un estuche para teléfono móvil – Divulgación del dibujo o modelo – Artículo 7, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal General»], DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
184. Asunto T-222/16: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2018 – Hansen Medical/EUIPO – Covidien (MAGELLAN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión MAGELLAN – Uso efectivo – Carga de la prueba – Artículo 15 y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 18 y

- artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) núm. 2017/1001] – Irregularidad procedimental cometida por la División de anulación – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento núm. 2017/1001) – Procedimiento oral – Artículo 77 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 96 del Reglamento núm. 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
185. Asunto T-63/18: Recurso interpuesto el 6 de febrero de 2018 – Torro Entertainment / EUIPO – Grupo Osborne (TORRO Grande Meat in Style), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
 186. Asunto T-79/18: Recurso interpuesto el 9 de febrero de 2018 – Bekat/EUIPO – Borbet (ARBET), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
 187. Asunto T-82/18: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2018 – Husky CZ/EUIPO – Husky of Tostock (HUSKY), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
 188. Asunto T-88/18: Recurso interpuesto el 19 de febrero de 2018 – Gruppo Armonie/EUIPO (ARMONIE), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
 189. Asunto T-89/18: Recurso interpuesto el 19 de febrero de 2018 – Guiral Broto/EUIPO – Gastro & Soul (Café del Sol), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
 190. Asunto T-90/18: Recurso interpuesto el 19 de febrero de 2018 – Guiral Broto/EUIPO – Gastro & Soul (CAFE DEL SOL), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
 191. Asunto T-91/18: Recurso interpuesto el 16 de febrero de 2018 – Equity Cheque Capital Corporation/EUIPO (DIAMOND CARD), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
 192. Asunto T-94/18: Recurso interpuesto el 19 de febrero de 2018 – Multifit Tiernahrungs/EUIPO (fit+fun), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
 193. Asunto T-96/18: Recurso interpuesto el 19 de febrero de 2018 – Cabell/EUIPO – Zorro Productions (ZORRO), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
 194. Asunto T-97/18: Recurso interpuesto el 16 de febrero de 2018 – DeepMind Technologies/EUIPO (STREAMS), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
 195. Asunto T-98/18: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2018 – Multifit Tiernahrungs/EUIPO (MULTIFIT), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.

196. Asunto T-102/18: Recurso interpuesto el 19 de febrero de 2018 – Knauf/EUIPO (upgrade your personality), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
197. Asunto T-103/18: Recurso interpuesto el 19 de febrero de 2018 – S & V Technologies/EUIPO – Smoothline (Smoothline), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
198. Asunto T-105/18: Recurso interpuesto el 22 de febrero de 2018 – Deray/EUIPO – Charles Claire (LILI LA TIGRESSE), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
199. Asunto T-107/18: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2018 – Aytekin/EUIPO – Dienne Salotti (Dienne), DOUE, C, núm. 134, de 16 de abril de 2018.
200. Asuntos acumulados C-412/16 P y C-413/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 1 de marzo de 2018 – Ice Mountain Ibiza, S. L. / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Solicitud de registro de las marcas figurativas ocean beach club ibiza y ocean ibiza – Marcas nacionales figurativas anteriores OC ocean club y OC ocean club Ibiza – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión], DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.
201. Asunto C-418/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de febrero de 2018 – mobile.de GmbH, anteriormente mobile.international GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Rezon OOD [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/ 2009 – Artículo 15, apartado 1 – Artículo 57, apartados 2 y 3 – Artículo 64 – Artículo 76, apartado 2 – Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 22, apartado 2 – Regla 40, apartado 6 – Procedimiento de nulidad – Solicitudes de nulidad basadas en una marca nacional anterior – Uso efectivo de la marca anterior – Prueba – Desestimación de las solicitudes – Consideración de pruebas nuevas por parte de la Sala de Recurso de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) – Anulación de las resoluciones de la División de Anulación de la EUIPO – Devolución – Consecuencias], DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.
202. Asunto C-529/17 P: Recurso de casación interpuesto el 5 de septiembre de 2017 por Isabel Martín Osete contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 29 de junio de 2017 en el asunto T-427/16: Martín Osete / EUIPO, DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.
203. Asunto T-85/16: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2018 – Shoe Branding Europe/EUIPO – adidas (posición de dos bandas paralelas en un zapato) «Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión consistente en dos bandas paralelas en un zapato –

- Marca figurativa anterior de la Unión que representa tres bandas paralelas en un zapato – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.
204. Asunto T-438/16: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2018 – Altunis/EUIPO – Hotel Cipriani (CIPRIANI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa CIPRIANI – Marca denominativa anterior de la Unión HOTEL CIPRIANI – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.
205. Asunto T-629/16: Sentencia del Tribunal General de 1 de marzo de 2018 – Shoe Branding Europe/EUIPO – adidas (posición de dos bandas paralelas en un zapato) «Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión consistente en dos bandas paralelas en un zapato – Marca figurativa anterior de la Unión que representa tres bandas paralelas en un zapato – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.
206. Asunto T-665/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2018 – Cinkciarz.pl/EUIPO (€\$) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión €\$ – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.
207. Asunto T-843/16: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2018 – dm-drogerie markt / EUIPO – Digital Print Group O. Schimek (Foto Paradies) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Foto Paradies – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del

Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.

208. **Asunto T-6/17: Sentencia del Tribunal General de 7 de marzo de 2018 – Equivalenza Manufactory/EUIPO – ITM Entreprises (BLACK LABEL BY EQUIVALENZA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BLACK LABEL BY EQUIVALENZA – Marca internacional figurativa anterior LABELL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
209. **Asunto T-103/17: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2018 – Recordati Orphan Drugs/EUIPO – Laboratorios Normon (NORMOSANG) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión NORMOSANG – Marca nacional denominativa anterior NORMO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8 apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Regla 19, apartado 2, letra a), inciso ii), y regla 20, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 7, apartado 2, letra a), inciso ii), y artículo 8, apartados 1 y 7, del Reglamento Delegado (UE) 2017/1430]»], DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
210. **Asunto T-159/17: Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2018 – Claro Sol Cleaning/EUIPO – Solemo (Claro Sol Facility Services desde 1972) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Claro Sol Facility Services desde 1972 – Marca nacional figurativa anterior SOL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
211. **Asunto T-230/17: Sentencia del Tribunal General de 7 de marzo de 2018 – Rstudio/EUIPO – Embarcadero Technologies (RSTUDIO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa RSTUDIO – Marca denominativa anterior de la Unión ER/STUDIO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 47, apartado 2 y 3, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**

212. **Asunto T-35/18: Recurso interpuesto el 19 de enero de 2018 – La Marchesiana/EUIPO – Marchesi Angelo (MARCHESI), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
213. **Asunto T-106/18: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2018 – Laverana/EUIPO – Agroecopark (VERA GREEN), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
214. **Asunto T-117/18: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2018 – Agencja Wydawnicza Technopol/EUIPO (200 PANORAMICZNYCH), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
215. **Asunto T-118/18: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2018 – Agencja Wydawnicza Technopol/EUIPO (300 PANORAMICZNYCH), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
216. **Asunto T-119/18: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2018 – Agencja Wydawnicza Technopol/EUIPO (400 PANORAMICZNYCH), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
217. **Asunto T-120/18: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2018 – Agencja Wydawnicza Technopol/EUIPO (500 PANORAMICZNYCH), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
218. **Asunto T-121/18: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2018 – Agencja Wydawnicza Technopol/EUIPO (1000 PANORAMICZNYCH), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
219. **Asunto T-122/18: Recurso interpuesto el 27 de febrero de 2018 – Lidl Stiftung/EUIPO – Shimano Europe (PRO), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
220. **Asunto T-123/18: Recurso interpuesto el 27 de febrero de 2018 – Bayer Intellectual Property/EUIPO (Representación de un corazón), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
221. **Asunto T-133/18: Recurso interpuesto el 22 de febrero de 2018 – IQ Group Holdings Berhad/EUIPO – Krinner Innovation (Lumiqs), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
222. **Asunto T-134/18: Recurso interpuesto el 1 de marzo de 2018 – Monster Energy/EUIPO – Nordbrand Nordhausen (BALLER'S PUNCH), DOUE, C, núm. 142, de 23 de abril de 2018.**
223. **Asunto C-560/17 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de septiembre de 2017 por Mediaexpert sp. z o.o. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 20 de julio de 2017 en el asunto T-780/16: Mediaexpert / EUIPO, DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
224. **Asunto C-104/18 P: Recurso de casación interpuesto el 13 de febrero de 2018 por Koton Mağazacılık Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 30 de noviembre de 2017 en el asunto T-687/16: Koton Mağazacılık Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ / Oficina de Propiedad**

Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.

225. **Asunto T-390/16: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2018 – Grupo Osborne/EUIPO – Ostermann (DONTORO dog friendship)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión DONTORO dog friendship – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Complementariedad de los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
226. **Asunto T-424/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2018 – Gifi Diffusion/EUIPO – Crocs (Zapatos)** [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un zapato – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causas de nulidad – Obligación de motivación – Artículo 62 del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Examen de oficio de una causa de nulidad por la Sala de Recurso – Competencia de la Sala de Recurso – Artículo 63, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002», DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
227. **Asunto T-651/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2018 – Crocs/EUIPO – Gifi Diffusion (Zapatos)** [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un zapato – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Falta de novedad – Divulgación con anterioridad a la fecha de prioridad – Examen de oficio de los hechos – Pruebas complementarias presentadas ante la Sala de Recurso – Artículos 5, 7 y 63, apartado 2, del Reglamento (CE) n. 6/2002», DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
228. **Asunto T-824/16: Sentencia del Tribunal General de 13 de marzo de 2018 – Kiosked/EUIPO – VRT (K)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa K – Marca figurativa anterior del Benelux K – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
229. **Asunto T-1/17: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2018 – La Mafia Franchises/EUIPO – Italia (La Mafia SE SIENTA A LA MESA)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión La Mafia SE SIENTA A LA MESA – Motivo de denegación absoluto – Carácter contrario al orden público o a las buenas costumbres – Artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (CE) núm. 207/2009

- [actualmente artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
230. Asunto T-151/17: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2018 – Marriott Worldwide/EUIPO Graf (Representación de un toro alado) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca de la Unión Europea que representa un toro alado – Marcas de la Unión y nacional figurativas anteriores que representan un grifo – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los signos – Artículo 53, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Derecho de autor anterior protegido por el Derecho nacional – Artículo 53, apartado 2, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 2, letra c), del Reglamento 2017/1001] – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
231. Asunto T-205/17: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2018 – SSP Europe /EUIPO (SECURE DATA SPACE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión SECURE DATA SPACE – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
232. Asunto T-279/17: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2018 – Hermann Bock/EUIPO (Push and Ready) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Push and Ready – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
233. Asunto T-346/17: Sentencia del Tribunal General de 13 de marzo de 2018 – Hotelbeds Spain/EUIPO – Guidigo Europe (Guidego what to do next) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Guidego what to do next – Marca denominativa anterior de la Unión GUIDIGO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
234. Asunto T-482/13: Auto del Tribunal General de 21 de febrero de 2018 – MedSkin Solutions Dr. Suwelack/EUIPO – Cryo-Save (CryoSafe) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.

235. **Asunto T-113/18: Recurso interpuesto el 22 de febrero de 2018 – Miles-Bramwell Executive Services/EUIPO (FREE), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
236. **Asunto T-114/18: Recurso interpuesto el 22 de febrero de 2018 – Miles-Bramwell Executive Services/EUIPO (FREE), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
237. **Asunto T-152/18: Recurso interpuesto el 5 de marzo de 2018 – Sona Nutrition/EUIPO – Solgar Holdings (SOLGAR Since 1947 MultiPlus WHOLEFOOD CONCENTRATE MULTIVITAMIN FORMULA), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
238. **Asunto T-153/18: Recurso interpuesto el 5 de marzo de 2018 – Sona Nutrition/EUIPO – Solgar Holdings (SOLGAR Since 1947 MultiPlus WHOLEFOOD CONCENTRATE MULTIVITAMIN FORMULA), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
239. **Asunto T-154/18: Recurso interpuesto el 5 de marzo de 2018 – Sona Nutrition/EUIPO – Solgar Holdings (SOLGAR Since 1947 MultiPlus WHOLEFOOD CONCENTRATE MULTIVITAMIN FORMULA), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
240. **Asunto T-155/18: Recurso interpuesto el 5 de marzo de 2018 – Sona Nutrition/EUIPO – Solgar Holdings (SOLGAR Since 1947 MultiPlus WHOLEFOOD CONCENTRATE MULTIVITAMIN FORMULA), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
241. **Asunto T-160/18: Recurso interpuesto el 2 de marzo de 2018 – Theodorakidi/EUIPO – Benopoulou (THYREOS VASSILIKI), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
242. **Asunto T-162/18: Recurso interpuesto el 7 de marzo de 2018 – Beko/EUIPO – Acer (ALTUS), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
243. **Asunto T-155/16: Auto del Tribunal General de 6 de marzo de 2018 – CFA Institute/EUIPO – Bloss y otros (CERTIFIED FINANCIAL ENGINEER CFE), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
244. **Asunto T-156/16: Auto del Tribunal General de 6 de marzo de 2018 – CFA Institute/EUIPO – Ernst y Häcker (CERTIFIED FINANCIAL MODELER CFM), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.**
245. **Asunto C-642/17 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de noviembre de 2017 por Arrigoni SpA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 22 de septiembre de 2017 en el asunto T-454/16, Arrigoni / EUIPO – Arrigoni Battista (Arrigoni Valtaleggio), DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.**
246. **Asunto T-60/17: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2018 – Safe Skies/EUIPO – Travel Sentry (TSA LOCK)**

- [«**Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión TSA LOCK – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Ausencia de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), del Reglamento (UE) 2017/1001]**», DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.
247. **Asunto T-272/17: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2018 – Webgarden/EUIPO (Dating Bracelet) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Dating Bracelet – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Práctica anterior de la EUIPO – Igualdad de trato – Seguridad jurídica»], DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.**
248. **Asunto T-246/16: Auto del Tribunal General de 9 de marzo de 2018 – Aurora Group Danmark/EUIPO – Retail Distribution (PANZER) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.**
249. **Asunto T-567/17: Auto del Tribunal General de 13 de marzo de 2018 – Disney Enterprises/EUIPO – Di Molfetta (DISNEY FROZEN) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.**
250. **Asunto T-115/18: Recurso interpuesto el 26 de febrero de 2018 – Tomasz KawalkoTrofeum/EUIPO – Ferrero (KINDERPRAMS), DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.**
251. **Asunto T-129/18: Recurso interpuesto el 1 de marzo de 2018 – HMV (Brands)/EUIPO – Our Price Records (OUR PRICE), DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.**
252. **Asunto T-140/18: Recurso interpuesto el 28 de febrero de 2018 – LMP Lichttechnik Vertriebs/EUIPO (LITECRAFT), DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.**
253. **Asunto T-181/18: Recurso interpuesto el 9 de marzo de 2018 – Multifit Tiernahrungs/EUIPO (TAKE CARE), DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.**
254. **Asunto T-191/18: Recurso interpuesto el 16 de marzo de 2018 – Rietze/EUIPO – Volkswagen (Vehículos de motor), DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.**
255. **Asunto T-192/18: Recurso interpuesto el 16 de marzo de 2018 – Rietze/EUIPO – Volkswagen (Vehículos de motor), DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.**

256. **Asunto T-193/18: Recurso interpuesto el 19 de marzo de 2018 – Andreas Stihl/EUIPO – Giro Travel (Combinación de los colores gris y naranja), DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
257. **Asunto T-194/18: Recurso interpuesto el 16 de marzo de 2018 – Rewe-Beteiligungs-Holding International/EUIPO – Wessanen Benelux (BonNatura), DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
258. **Asunto T-209/18: Recurso interpuesto el 22 de marzo de 2018. – Porsche/EUIPO – Autec (automóviles), DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
259. **Asunto T-210/18: Recurso interpuesto el 22 de marzo de 2018 – Porsche/EUIPO – Autec (automóvil para pasajeros), DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
260. **Asunto T-213/18: Recurso interpuesto el 27 de marzo de 2018 – Brita/EUIPO (Forma de grifo para la preparación y dispensación de bebidas), DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
261. **Asunto T-222/18: Recurso interpuesto el 23 de marzo de 2018 – Aliança – Vinhos de Portugal/EUIPO – Lidl Stiftung (ALIANÇA VINHOS DE PORTUGAL), DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
262. **Asunto T-684/17: Auto del Tribunal General de 13 de marzo de 2018 – Amorepacific/EUIPO – Primavera Life (p primera Pure Sprout Energy), DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
263. **Asunto T-806/16: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2018 – Agrícola J. M./EUIPO – Miguel Torres (CLOS DE LA TORRE [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CLOS DE LA TORRE – Marca denominativa anterior de la Unión TORRES – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Riesgo de confusión»], DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
264. **Asunto T-235/17: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2018 – Dometic Sweden/EUIPO (MOBILE LIVING MADE EASY) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión MOBILE LIVING MADE EASY – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
265. **Asunto T-229/16: Auto del Tribunal General de 19 de marzo de 2018 – Pio De Bragança/EUIPO Ordem de São Miguel da Ala (QUIS UT DEUS) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión QUIS UT DEUS –**

- Inexistencia de solicitud de renovación del registro de la marca – Cancelación de la marca a la expiración del registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
266. **Asunto T-822/16: Auto del Tribunal General de 16 de marzo de 2018 – Kik Textilien und Non-Food/EUIPO – FF Group Romania (_kix) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión _kix – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento – Artículo 173, apartados 1 y 2, del Reglamento de Procedimiento – Intervención de la otra parte en el procedimiento ante la Sala de Recurso – Escrito de contestación presentado fuera de plazo»), DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
 267. **Asunto T-136/18: Recurso interpuesto el 1 de marzo de 2018 – Kuota International /EUIPO – Sintema Sport (K), DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
 268. **Asunto T-137/18: Recurso interpuesto el 2 de marzo de 2018 – Chrome Hearts/EUIPO – Shenzhen Van St. Lonh Jewelry (Representación de una cruz), DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.**
 269. **Asunto C-99/18 P: Recurso de casación interpuesto el 12 de febrero de 2018 por FTI Touristik GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 30 de noviembre de 2017 en el asunto T-475/16, FTI Touristik GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 182, de 28 de mayo de 2018.**
 270. **Asunto C-206/18: Recurso interpuesto el 23 de marzo de 2018 – Comisión Europea / República de Polonia, DOUE, C, núm. 182, de 28 de mayo de 2018.**
 271. **Asunto T-34/18: Recurso interpuesto el 24 de enero de 2018 – Giove Gas/EUIPO – Primagaz (KALON AL CENTRO DELLA FAMIGLIA), DOUE, C, núm. 182, de 28 de mayo de 2018.**
 272. **Asunto T-219/18: Recurso interpuesto el 30 de marzo de 2018 – Piaggio & C./EUIPO – Zhejiang Zhongneng Industry Group (Ciclomotori), DOUE, C, núm. 182, de 28 de mayo de 2018.**
 273. **Asunto C-651/17 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de noviembre de 2017 por Grupo Osborne S. A. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 20 de septiembre de 2017 en el asunto T-350/13, Jordi Nogués / EUIPO – Grupo Osborne (BADTORO), DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
 274. **Asunto C-652/17 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de noviembre de 2017 por Grupo Osborne S. A. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 20 de septiembre de 2017 en el asunto T-386/15, Jordi Nogués / EUIPO – Grupo Osborne (BADTORO), DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**

275. **Asuntos acumulados T-339/15 a T-343/15: Sentencia del Tribunal General de 16 de abril de 2018 – Polski Koncern Naftowy Orlen / EUIPO (Forma de estación de servicio) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marcas tridimensionales de la Unión – Forma de estación de servicio – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 65, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 72, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Actos que hubieran estimado íntegramente las pretensiones de la demandante – Resolución sobre devolución del asunto adoptada por la sala de recurso – Carácter vinculante de la fundamentación de esa resolución de devolución – Admisibilidad – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
276. **Asunto T-439/16: Sentencia del Tribunal General de 20 de abril de 2018 – holyGhost/EUIPO – CBM (holyGhost) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión holyGhost – Marca denominativa anterior de la Unión HOLY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
277. **Asunto T-648/16: Sentencia del Tribunal General de 17 de abril de 2018 – Şölen Çikolata Gıda Sanayi ve Ticaret/EUIPO – Zahariva (BOBO cornet) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BOBO cornet – Marca figurativa anterior de la Unión OZMO cornet – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
278. **Asunto T-15/17: Sentencia del Tribunal General de 20 de abril de 2018 – Mitrakos/EUIPO – Belasco Baquedano (YAMAS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión YAMAS – Marca denominativa anterior de la Unión LLAMA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
279. **Asunto T-25/17: Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2018 – Rintisch/EUIPO – Compagnie laitière européenne (PROTICURD) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa PROTICURD – Marcas nacionales denominativas anteriores PROTI y PROTIPLUS – Marca nacional figurativa anterior Proti Power – Motivo de denegación relativo – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 94 del**

- Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001) – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001] – Inexistencia de similitud entre los productos – Inexistencia de riesgo de confusión»], DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
- 280. Asunto T-364/17: Sentencia del Tribunal General de 17 de abril de 2018 – Bielawski/EUIPO (HOUSE OF CARS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión HOUSE OF CARS – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Confianza legítima – Seguridad jurídica»], DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
- 281. Asunto T-185/16: Auto del Tribunal General de 9 de abril de 2018 – Make up for ever/EUIPO – L'Oréal (MAKE UP FOR EVER PROFESSIONAL) («Marca de la Unión Europea – Solicitud de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
- 282. Asunto T-320/16: Auto del Tribunal General de 9 de abril de 2018 – Make up for ever/EUIPO – L'Oréal (MAKE UP FOR EVER) («Marca de la Unión Europea – Solicitud de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
- 283. Asunto T-386/17: Auto del Tribunal General de 12 de abril de 2018 – Lackmann Fleisch- und Feinkostfabrik/EUIPO (Лидер) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Лидер – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
- 284. Asunto T-220/18: Recurso interpuesto el 28 de marzo de 2018 – Torrefazione Caffè Michele Battista/EUIPO – Battista Nino Caffè (Battistino), DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
- 285. Asunto T-221/18: Recurso interpuesto el 28 de marzo de 2018 – Torrefazione Caffè Michele Battista/EUIPO – Battista Nino Caffè (BATTISTINO), DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
- 286. Asunto T-229/18: Recurso interpuesto el 4 de abril de 2018 – Biolatte/EUIPO (Biolatte), DOUE, C, núm. 190, de 4 de junio de 2018.**
- 287. Asunto C-478/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 19 de abril de 2018 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) / Group OOD, Kosta Iliev**

[Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Definición y adquisición de la marca de la Unión – Motivos de denegación relativos – Oposición del titular de una marca no registrada o de otro signo utilizado en el tráfico económico – Examen por la Sala de Recurso – Pruebas nuevas o complementarias – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 76, apartado 2 – Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 50, apartado 1, párrafo tercero], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.

288. Asunto C-75/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 19 de abril de 2018 – Fiesta Hotels & Resorts, S. L. / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Residencial Palladium, S. L. [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 4 – Artículo 65 – Nombre comercial no registrado GRAND HOTEL PALLADIUM – Marca figurativa que contiene los elementos verbales «PALLADIUM PALACE IBIZA RESORT & SPA» – Solicitud de nulidad basada en un derecho anterior adquirido con arreglo al Derecho nacional – Requisitos – Signo cuya alcance no es únicamente local – Derecho a prohibir la utilización de una marca posterior], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
289. Asunto C-148/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de abril de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof, Alemania) – Peek & Cloppenburg KG, Hamburg / Peek & Cloppenburg KG, Düsseldorf (Procedimiento prejudicial – Derecho de marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 14 – Declaración a posteriori de la nulidad de una marca o de la caducidad de la misma – Fecha en la que han de concurrir los requisitos para que se declare la caducidad o la nulidad – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Marca de la Unión Europea – Artículo 34, apartado 2 – Reivindicación de la antigüedad de una marca nacional anterior – Efectos de dicha reivindicación sobre la marca nacional anterior), DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
290. Asunto C-124/18 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de febrero de 2018 por Red Bull GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 30 de noviembre de 2017 en los asuntos acumulados T-101/15 y T-102/15, Red Bull GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
291. Asunto T-554/14: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2018 – Messi Cuccittini/EUIPO – J.-M.-E. V. e hijos (MESSI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MESSI – Marcas denominativas anteriores de la Unión MASSI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.

292. Asunto T-248/16: Sentencia del Tribunal General de 25 de abril de 2018 – Walfood/EUIPO – Romanov Holding (CHATKA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión CHATK – Marca internacional figurativa anterior CHATKA – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 64, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
293. Asunto T-288/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2018 – Convivo/EUIPO – Procesadora Nacional de Alimentos (M’Cooky) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa M’Cooky – Marca nacional figurativa anterior MR. COOK – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001] – Riesgo de confusión»], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
294. Asunto T-312/16: Sentencia del Tribunal General de 25 de abril de 2018 – Walfood/EUIPO – Romanov Holding (CHATKA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa CHATKA – Marca internacional figurativa anterior CHATKA – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
295. Asunto T-426/16: Sentencia del Tribunal General de 25 de abril de 2018 – Perfumes y Aromas Artesanales/EUIPO – Aromas Selective (Aa AROMAS artesanales) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Aa AROMAS artesanales – Marca figurativa anterior de la Unión Aromas PERFUMARIA Beza em todos os sentidos – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Identidad o similitud de los servicios – Similitud entre los signos – Público pertinente – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
296. Asunto T-756/16: Sentencia del Tribunal General de 25 de abril de 2018 – Euro Castor Green/EUIPO – Netlon France (Enrejado ocultante) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa

un enrejado – Dibujo o modelo comunitario anterior – Motivo de nulidad – Divulgación del diseño o modelo anterior – Inexistencia de novedad – Falta de carácter singular – Artículos 5 y 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002», DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.

297. Asunto T-831/16: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2018 – Kabushiki Kaisha Zoom/EUIPO – Leedsworld (ZOOM) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ZOOM – Marcas de la Unión figurativas y denominativas anteriores ZOOM – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
298. Asunto T-183/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2018 – Menta y Limón Decoración / EUIPO – Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma (Representación de un hombre en traje histórico) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa a un hombre en traje histórico – Diseños industriales nacionales anteriores – Motivo de denegación relativo – Artículo 53, apartado 2, letra d), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 2, letra d), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prohibición de uso de la marca de la Unión en virtud del Derecho nacional – Aplicación del Derecho nacional por parte de la EUIPO», DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
299. Asunto T-207/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2018 – Senetic/EUIPO – HP Hewlett Packard Group (hp) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión hp – Motivos de denegación absolutos – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001] – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001] – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
300. Asunto T-208/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2018 – Senetic/EUIPO – HP Hewlett Packard Group (HP) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión HP – Motivos de denegación absolutos – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter descriptivo – Artículo 7,

- apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001] – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001] – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
301. Asunto T-213/17: Sentencia del Tribunal General de 25 de abril de 2018 – Romantik Hotels & Restaurants/EUIPO – Hotel Preidlhof (ROMANTIK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión ROMANTIK – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
302. Asunto T-220/17: Sentencia del Tribunal General de 26 de abril de 2018 – Pfalzmarkt für Obst und Gemüse/EUIPO (100 % Pfalz) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión 100 % Pfalz – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
303. Asunto T-221/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2018 – Mémora Servicios Funerarios/EUIPO – Chatenoud (MEMORAME) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MEMORAME – Marcas figurativa anterior de la Unión mémora y nacionales denominativas anteriores MÉMORA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
304. Asunto T-297/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2018 – VSM/EUIPO (WE KNOW ABRASIVES) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión WE KNOW ABRASIVES – Marca constituida por un eslogan publicitario – Competencia de la Sala de Recurso en caso de recurso limitado a una parte de los servicios objeto de la solicitud de registro – Artículo 64, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 71, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra

- b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 200, 11 de junio de 2018.
305. Asunto T-354/17: Sentencia del Tribunal General de 23 de abril de 2018 – Genomic Health/EUIPO (ONCOTYPE DX GENOMIC PROSTATE SCORE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión ONCOTYPE DX GENOMIC PROSTATE SCORE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Igualdad de trato»], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
306. Asunto T-231/18: Recurso interpuesto el 4 de abril de 2018 – Et Djili Soy Dzhihangir Ibryam/EUIPO – Lupu (Djili), DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
307. Asunto T-428/17: Sentencia del Tribunal General de 2 de mayo de 2018 – Alpine Welten Die Bergführer/EUIPO (ALPINEWELTEN Die Bergführer) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión ALPINEWELTEN Die Bergführer – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 211, de 18 de junio de 2018.
308. Asunto T-429/17: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2018 – Laboratoires Majorelle/EUIPO – Jardin Majorelle (LABORATOIRES MAJORELLE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión LABORATOIRES MAJORELLE – Marca denominativa anterior de la Unión MAJORELLE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Marcas anteriores – División de la solicitud de marca – Artículo 44, apartado 6, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 50, apartado 6, del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 211, de 18 de junio de 2018.
309. Asunto T-214/16: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2018 – El Corte Inglés/EUIPO – WE Brand (EW) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión EW – Marca denominativa anterior de la Unión WE – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
310. Asunto T-662/16: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2018 – Gall Pharma/EUIPO – Pfizer (Styriagra) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca

- denominativa de la Unión Europea Styriagra – Marca denominativa VIAGRA de la Unión Europea – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
311. Asunto T-721/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2018 – Luxottica Group/EUIPO – Chen (BeyBeni) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BeyBeni – Marca figurativa nacional anterior Ray-Ban – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para el renombre de la marca – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
312. Asunto T-2/17: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2018 – J.-M.-E. V. e hijos/EUIPO – Masi (MASSI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Solicitud de marca denominativa de la Unión MASSI – Marca nacional denominativa anterior MASI – Artículo 56, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 63, apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Fuerza de cosa juzgada – Artículo 53, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 2, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 1, letra a), y artículo 8 apartado 2, letra c), del Reglamento 2017/1001] – Marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París», DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
313. Asunto T-34/17: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2018 – Skyleader/EUIPO – Sky International (SKYLEADER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión SKYLEADER – No consideración de las pruebas presentadas ante la División de Anulación – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 95, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Regla 40, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 19, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2017/1430]», DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
314. Asunto T-187/17: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2018 – Bernard Krone Holding/EUIPO (Mega Liner) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Mega Liner – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75, primera frase, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 94,

apartado 1, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.

315. Asunto T-188/17: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2018 – Bernard Krone Holding/EUIPO (Coil Liner) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Coil Liner – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75, primera frase, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
316. Asuntos acumulados T-193/17, T-194/17 y T-195/17: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2018 – CeramTec/EUIPO – C5 Medical Werks (Forma de una pieza de prótesis de cadera y otros) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de una pieza de prótesis de cadera – Marca figurativa de la Unión que representa una pieza de prótesis de cadera – Marca de la Unión consistente en un tono de rosa – Retirada de las solicitudes de nulidad y terminación de los procedimientos de nulidad – Recurso del titular de la marca que tiene por objeto la anulación de las resoluciones de terminación de los procedimientos – Inadmisibilidad del recurso interpuesto ante la Sala de Recurso – Artículo 59 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 67 del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
317. Asunto T-463/17: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2018 – Raise Conseil/EUIPO – Raizers (RAISE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa RAISE de la Unión Europea – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001) – Artículo 52, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 59, apartados 1 y 2, del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
318. Asunto T-234/17: Auto del Tribunal General de 3 de mayo de 2018 – Siberian Vodka/EUIPO – Schwarze und Schlichte (DIAMOND ICE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa DIAMOND ICE – Marca denominativa anterior de la Unión DIAMOND CUT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Recurso manifiestamente carente

- de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
319. Asunto T-237/18: Recurso interpuesto el 9 de abril de 2018 – Martini-Sportswear/EUIPO – Olympique de Marseille (M), DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
320. Asunto T-259/18: Recurso interpuesto el 23 de abril de 2018 – Zakłady Chemiczne «Siarkopol» Tarnobrzeg/EUIPO – EuroChem Agro (Unifoska), DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
321. Asunto T-264/18: Recurso interpuesto el 27 de abril de 2018 – Gruppo Armonie/EUIPO (mo.da), DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
322. Asunto T-272/18: Recurso interpuesto el 27 de abril de 2018 – EBM Technologies/EUIPO (MobiPACS), DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
323. Asunto T-278/18: Recurso interpuesto el 4 de mayo de 2018 – Nemius Group/EUIPO (DENTALDISK), DOUE, C, núm. 221, de 25 de junio de 2018.
324. Asunto C-684/17 P: Recurso de casación interpuesto el 6 de diciembre de 2017 por Banca Monte dei Paschi di Siena SpA, Wise Dialog Bank SpA (Banca Widiba SpA) contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 26 de septiembre de 2017 en el asunto T-83/16, Banca Monte dei Paschi di Siena and Banca Widiba SpA / EUIPO, DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
325. Asunto C-685/17 P: Recurso de casación interpuesto el 6 de diciembre de 2017 por Banca Monte dei Paschi di Siena SpA, Wise Dialog Bank SpA (Banca Widiba SpA) contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 26 de septiembre de 2017 en el asunto T-84/16, Banca Monte dei Paschi di Siena SpA y Banca Widiba SpA / EUIPO, DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
326. Asunto T-675/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de mayo de 2018 – Wirecard/EUIPO (mycard2go) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión mycard2go – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75, primera frase, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94, primera frase, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
327. Asunto T-676/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de mayo de 2018 – Wirecard/EUIPO (mycard2go) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión mycard2go – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo

- lo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
328. Asunto T-860/16: Sentencia del Tribunal General de 15 de mayo de 2018 – Wirecard/EUIPO (mycard2go) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión mycard2go – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
329. Asunto T-387/17: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2018 – Triggerball/EUIPO (Forma de una pelota con múltiples aristas) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de una pelota con múltiples aristas – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
330. Asunto T-256/18: Recurso interpuesto el 24 de abril de 2018 – Arezzo Indústria e Comércio/EUIPO (SCHUTZ), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
331. Asunto T-261/18: Recurso interpuesto el 26 de abril de 2018 – Roxtec/EUIPO – Wallmax (Representación de un cuadrado negro que contiene siete círculos concéntricos azules), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
332. Asunto T-263/18: Recurso interpuesto el 26 de abril de 2018 – Meblo Trade/EUIPO – Meblo Int (MEBLO), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
333. Asunto T-265/18: Recurso interpuesto el 27 de abril de 2018 – Biernacka-Hoba/EUIPO – Formata Bogusław Hoba (Formata), DOUE, C, núm. 2 de julio de 2018.
334. Asunto T-267/18: Recurso interpuesto el 30 de abril de 2018 – Iceland Foods/EUIPO – Íslandsstofa (INSPIRED BY ICELAND), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
335. Asunto T-268/18: Recurso interpuesto el 27 de abril de 2018 – Sandrone /EUIPO – J. García Carrión (Luciano Sandrone), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
336. Asunto T-269/18: Recurso interpuesto el 2 de mayo de 2018 – Inditex/EUIPO – Ffauf (ZARA), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.
337. Asunto T-276/18: Recurso interpuesto el 27 de abril de 2018 – Julius-K9/EUIPO – El Corte Inglés (K9 UNIT), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.

338. **Asunto T-277/18: Recurso interpuesto el 4 de mayo de 2018 – Zitro IP/EUIPO (PICK & WIN MULTISLOT), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.**
339. **Asunto T-279/18: Recurso interpuesto el 30 de abril de 2018 – Alliance Pharmaceuticals / EUIPO – AxiCorp (AXICORP ALLIANCE), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.**
340. **Asunto T-287/18: Recurso interpuesto el 4 de mayo de 2018 – M. I. Industries/EUIPO – Natural Instinct (Nature’s Variety Instinct), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.**
341. **Asunto T-288/18: Recurso interpuesto el 4 de mayo de 2018 – M. I. Industries/EUIPO – Natural Instinct (NATURE’S VARIETY INSTINCT), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.**
342. **Asunto T-291/18: Recurso interpuesto el 7 de mayo de 2018 – Biedermann Technologies/EUIPO (Compliant Constructs), DOUE, C, núm. 231, de 2 de julio de 2018.**
343. **Asunto C-642/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de mayo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Junek Europ-Vertrieb GmbH / Lohmann & Rauscher International GmbH & Co. KG [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derecho de marcas – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 13 – Agotamiento del derecho conferido por la marca – Importación paralela – Reenvasado del producto que lleva la marca – Nuevo etiquetado – Requisitos aplicables a los dispositivos médicos], DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.**
344. **Asunto C-327/17 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 12 de abril de 2018 – Cryo-Save AG / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), MedSkin Solutions Dr. Suwelack AG (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Retirada de la solicitud de caducidad – Recurso de casación carente de objeto – Sobreseimiento), DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.**
345. **Asunto C-155/18 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de febrero de 2018 contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 6 de diciembre de 2017 en el asunto T-120/16, Tulliallan Burlington Ltd / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.**
346. **Asunto C-156/18 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de febrero de 2018 por Tulliallan Burlington Ltd contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 6 de diciembre de 2017 en el asunto T-121/16, Tulliallan Burlington Ltd / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.**
347. **Asunto C-157/18 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de febrero de 2018 por Tulliallan Burlington Ltd contra la sentencia**

del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 6 de diciembre de 2017 en el asunto T-122/16, Tulliallan Burlington Ltd / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.

348. Asunto C-158/18 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de febrero de 2018 por Tulliallan Burlington Ltd contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 6 de diciembre de 2017 en el asunto T-123/16, Tulliallan Burlington Ltd / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
349. Asunto T-577/15: Sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2018 – Uribe-Etxebarria Jiménez/EUIPO – Núcleo de comunicaciones y control (SHERPA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SHERPA – Marca denominativa nacional anterior SHERPA – Declaración de nulidad parcial – Objeto del litigio planteado ante la Sala de Recurso – Uso efectivo de la marca – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 2, letra a), del Reglamento 2017/1001] – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
350. Asunto T-760/16: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2018 – Basil/EUIPO – Artex (cestas para bicicletas) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa cestas para bicicletas – Motivo de nulidad – Inadmisibilidad de la solicitud de nulidad – Artículo 52, apartado 3, y artículo 86, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Carácter singular – Diferente impresión general – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
351. Asunto T-67/17: Sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2018 – Italytrade/EUIPO – Tpresso (tèspresso) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión tèspresso – Marcas internacionales figurativa anterior Tpresso y denominativa anterior TPRESSO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
352. Asunto T-68/17: Sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2018 – Italytrade/EUIPO – Tpresso (teaespreso) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión teaespreso – Marcas internacionales

- figurativa anterior TPresso y denominativa anterior TPRESSO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
353. Asunto T-299/17: Sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2018 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (1000) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión 1000 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 52, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001] – Igualdad de trato – Principio de buena administración – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
354. Asunto T-300/17: Sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2018 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (3000) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión 3000 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 52, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001] – Igualdad de trato – Principio de buena administración – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
355. Asunto T-301/17: Sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2018 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (2000) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión 2000 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 52, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001] Igualdad de trato – Principio de buena administración – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
356. Asunto T-419/17: Sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2018 – Mendes/EUIPO – Actial Farmaceutica (VSL#3) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión VSL#3 – Marca que se convierte en una designación usual en el comercio de un producto o de un servicio para el que esté registrada – Marca que puede inducir al público a error – Artículo 51, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 51, apartado 1, letras

- b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
357. Asunto T-426/17: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2018 – Item Industrietechnik/EUIPO (EFUSE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión EFUSE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
358. Asunto T-427/17: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2018 – Item Industrietechnik/EUIPO (EFUSE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión EFUSE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
359. Asunto T-470/17: Auto del Tribunal General de 15 de mayo de 2018 – Sensotek/EUIPO – Senso Technologie (senso tek) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión senso tek – Marca de la Unión figurativas anterior SENSOTEC – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
360. Asunto T-666/17: Auto del Tribunal General de 17 de abril de 2018 – NeoCell/EUIPO (BIOACTIVE NEOCELL COLLAGEN) («Marca de la Unión Europea – Persona jurídica de Derecho privado – Inexistencia de prueba de la existencia jurídica – Artículo 177, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento – Inadmisibilidad manifiesta»), DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
361. Asunto T-297/18: Recurso interpuesto el 8 de mayo de 2018 – Wirecard Technologies/EUIPO – Striatum Ventures (supr), DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
362. Asunto T-311/18: Recurso interpuesto el 17 de mayo de 2018 – Buck/EUIPO – Unger Holding (BUCK), DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
363. Asunto T-312/18: Recurso interpuesto el 14 de mayo de 2018 – Dentsply De Trey/EUIPO – IDS (AQUAPRINT), DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
364. Asunto T-321/18: Recurso interpuesto el 18 de mayo de 2018 – Serenity Pharmaceuticals/EUIPO – Gebro Holding (NOCUVANT), DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.

365. **Asunto T-323/18: Recurso interpuesto el 22 de mayo de 2018 – Fomanu/EUIPO – Fujifilm Imaging Germany (representación de una mariposa), DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.**
366. **Asunto C-655/17 P: Recurso de casación interpuesto por Berliner Stadtwerke GmbH contra el auto del Tribunal General (Sala Séptima) dictado el 20 de septiembre de 2017 en el asunto T-719/16, Berliner Stadtwerke GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, presentado el 24 de noviembre de 2017, DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.**
367. **Asunto C-656/17 P: Recurso de casación interpuesto por Berliner Stadtwerke GmbH contra el auto del Tribunal General (Sala Séptima) dictado el 20 de septiembre de 2017 en el asunto T-402/16, Berliner Stadtwerke GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, presentado el 24 de noviembre de 2017, DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.**
368. **Asunto C-223/18 P: Recurso de casación interpuesto el 27 de marzo de 2018 por Deichmann SE contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) dictada el 17 de enero de 2018 en el asunto T-68/16, Deichmann SE / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.**
369. **Asunto C-240/18 P: Recurso de casación interpuesto el 4 de abril de 2018 por Constantin Film Produktion GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 24 de enero de 2018 en el asunto T-69/17, Constantin Film Produktion GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.**
370. **Asunto T-111/16: Sentencia del Tribunal General de 5 de junio de 2018 – Prada/EUIPO – The Rich Prada International (THE RICH PRADA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión THE RICH PRADA – Marcas nacionales e internacionales denominativas y figurativas anteriores PRADA – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001] – Riesgo de confusión»], DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.**
371. **Asunto T-340/16: Sentencia del Tribunal General de 31 de mayo 2018 – Flatworld Solutions/EUIPO – Outsource Professional Services (Outsource 2 India) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Outsource 2 India – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b),**

del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.

372. Asunto T-803/16: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2018 – Glaxo Group/EUIPO – Celon Pharma (SALMEX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión SALMEX – Marca nacional tridimensional anterior – Competencia de la Sala de Recurso para examinar de oficio el uso efectivo de la marca anterior – Artículo 64, apartado 1, y artículo 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 71, apartado 1, y artículo 95, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
373. Asunto T-900/16: Sentencia del Tribunal General de 1 de junio de 2018 – Casual Dreams/EUIPO – López Fernández (Dayaday) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Dayaday – Marcas figurativas nacionales anteriores DAYADAY y dayaday – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Renombre – Ventaja desleal obtenida del carácter distintivo o del renombre de la marca anterior», DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
374. Asunto T-264/17: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2018 – Uponsor Innovation/EUIPO – Swep International (SMATRIX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SMATRIX – Marca de la Unión figurativa anterior AsyMatrix – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 76 del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 95 del Reglamento 2017/1001] – Amplitud del examen que debe llevarse a cabo por parte de la Sala de Recurso – Falta de apreciación de un dato probatorio aportado ante la División de Oposición», DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
375. Asunto T-302/17: Sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2018 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (6000) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión 6000 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 52, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001] – Igualdad de trato – Principio de buena administración – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.

376. Asunto T-303/17: Sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2018 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (4000) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión 4000 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 52, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001] – Igualdad de trato – Principio de buena administración – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
377. Asunto T-304/17: Sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2018 – Sata/EUIPO – Zhejiang Rongpeng Air Tools (5000) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión 5000 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 52, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001] – Igualdad de trato – Principio de buena administración – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
378. Asunto T-314/17: Sentencia del Tribunal General de 31 de mayo de 2018 – Nosio/EUIPO (MEZZA) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión MEZZA – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001] – Limitación de los productos – Artículo 43, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 49, apartado 1, del Reglamento 2017/1001] – Obligación de motivación – Derecho a ser oído – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
379. Asunto T-65/17: Auto del Tribunal General de 17 de abril de 2018 – Westbrae Natural/EUIPO – Kaufland Warenhandel (COCONUT DREAM) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión COCONUT DREAM – Retirada de la oposición – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
380. Asunto T-465/17: Auto del Tribunal General de 18 de mayo de 2018 – VKR Holding/EUIPO (VELUX) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión VELUX

- Reivindicación de la antigüedad de la marca nacional denominativa anterior VELUX – Revocación de la resolución de la Sala de Recurso – Artículo 103 del Reglamento (UE) 2017/1001 – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento», DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
381. Asunto T-326/18: Recurso interpuesto el 28 de mayo de 2018 – Herrero Torres/EUIPO – DZ Licores (CARAJILLO LICOR 43 CUARENTA Y TRES), DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
382. Asunto T-334/18: Recurso interpuesto el 31 de mayo de 2018 – Bodegas Altun/EUIPO – Codorníu (ANA DE ALTUN), DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
383. Asunto T-340/18: Recurso interpuesto el 31 de mayo de 2018 – Gibson Brands/EUIPO – Wilfer (Forma de una guitarra), DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
384. Asunto T-787/16: Auto del Tribunal General de 31 de mayo de 2018 – QD/EUIPO, DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
385. Asunto T-199/17: Auto del Tribunal General de 31 de mayo de 2018 – QD/EUIPO, DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
386. Asunto T-23/18: Auto del Tribunal General de 29 de mayo de 2018 – Nova Brands/ EUIPO – Natamil (Natamil), DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
387. Asuntos acumulados C-85/16 P y C-86/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 30 de mayo de 2018 – Kenzo Tsujimoto / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Kenzo (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Solicitudes de registro de la marca denominativa KENZO ESTATE – Marca denominativa anterior de la Unión KENZO – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 5 – Motivo relativo de denegación de registro – Renombre – Justa causa), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
388. Asuntos acumulados C-519/17 P y C-522/17 P a C-525/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 30 de mayo de 2018 – L’Oréal / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Guinot SAS (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitudes de registro de las marcas denominativas MASTER PRECISE, MASTER SMOKY, MASTER SHAPE, MASTER DUO y MASTER DRAMA – Marca figurativa nacional anterior MASTERS COLORS PARIS – Denegación de las solicitudes de registro – Motivación insuficiente – Examen de oficio por parte del órgano jurisdiccional), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
389. Asunto C-73/18 P: Recurso de casación interpuesto el 2 de febrero de 2018 por Cotécnica, S. C. C. L. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 20 de noviembre de 2017 en el

- asunto T-465/16, Cotécnica / EUIPO – Visán Industrias Zootécnicas (Cotecnica OPTIMA), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
390. Asunto C-281/18 P: Recurso de casación interpuesto el 24 de abril de 2018 por Repower AG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 21 de febrero de 2018 en el asunto T-727/16, Repower / EUIPO, DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
391. Asunto T-882/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2018 – Sipral World/EUIPO – La Dolfina (DOLFINA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión DOLFINA – Falta de uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
392. Asunto T-72/17: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2018 – Schmid/EUIPO – Landeskammer für Land- und Forstwirtschaft in Steiermark (Steirisches Kürbiskernöl) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa Steirisches Kürbiskernöl – Indicación geográfica protegida – Artículo 15, artículo 51, apartado 1, letra a), y artículo 55, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 18, artículo 58, apartado 1, letra a), y artículo 62, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca – Uso como marca»], DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
393. Asunto T-136/17: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2018 – Cotécnica/EUIPO – Mignini & Petrini (cotécnica MAXIMA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión cotécnica MAXIMA – Marca nacional figurativa anterior MAXIM Alimento Superpremium – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
394. Asunto T-165/17: Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2018 – Emcur/EUIPO – Emcure Pharmaceuticals (EMCURE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión EMCURE – Marcas denominativas anteriores de la Unión y nacional EMCUR – Motivo de denegación relativo – Similitud de los productos y servicios – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1,

letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.

395. Asunto T-294/17: Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2018 – Lion’s Head Global Partners/EUIPO – Lion Capital (Lion’s Head) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa Lion’s Head – Marca denominativa anterior de la Unión LION CAPITAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
396. Asunto T-375/17: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2018 – Fenyves/EUIPO (Blue) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Blue – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), y apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), y apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
397. Asunto T-456/17: Auto del Tribunal General de 8 de junio de 2018 – Lupu/EUIPO – Dzhilangir (Djili soy original DS) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Djili soy original DS – Marca nacional denominativa anterior DJILI – Motivo de denegación relativo – Recurso en parte manifiestamente inadmisibles y en parte manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
398. Asunto T-608/17: Auto del Tribunal General de 6 de junio de 2018 – Grupo Bimbo/EUIPO – DF World of Spices (TAKIS FUEGO) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
399. Asunto T-324/18: Recurso interpuesto el 28 de mayo de 2018 – VI. TO/EUIPO – Bottega (Forma de una botella dorada), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
400. Asunto T-332/18: Recurso interpuesto el 28 de mayo de 2018 – Marry Me Group/EUIPO (MARRY ME), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.
401. Asunto T-333/18: Recurso interpuesto el 28 de mayo de 2018 – Marry Me Group/EUIPO (marry me), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.

402. **Asunto T-349/18: Recurso interpuesto el 5 de junio de 2018 – Hauzenberger/EUIPO (TurboPerformance), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.**
403. **Asunto T-353/18: Recurso interpuesto el 28 de mayo de 2018 – Promeco/EUIPO – Aerts (dishes), DOUE, C, núm. 259, de 23 de julio de 2018.**
404. **Asunto C-32/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 6 de junio de 2018 – Apcoa Parking Holdings GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Solicitud de registro de las marcas figurativa y denominativa PARKWAY – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra c)], DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
405. **Asunto C-62/18 P: Recurso de casación interpuesto el 30 de enero de 2018 por Merck KGaA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 17 de noviembre de 2017 en el asunto T-802/16, Endoceutics / EUIPO – Merck, DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
406. **Asunto T-362/16: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2018 – Tillotts Pharma/EUIPO – Ferring (XENASA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión XENASA – Marca denominativa anterior de la Unión PENTASA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
407. **Asunto T-807/16: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2018 – MIP Metro/EUIPO – AFNOR (N & NF TRADING) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa N & NF TRADING – Marca figurativa anterior de la Unión Europea NF ENVIRONNEMENT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Falta de carácter descriptivo añadido de la marca anterior – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
408. **Asunto T-859/16: Sentencia del Tribunal General de 19 de julio de 2018 – Damm/EUIPO – Schlossbrauerei Au, Willibald Beck Freiherr von Peccoz (EISKELLER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión EISKELLER – Marcas nacionales denominativas anteriores KELER y KELER 18 – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE)**

- n.º 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.
409. Asunto T-89/17: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2018 – Erwin Müller/EUIPO – Novus Tablet Technology Finland (NOVUS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión NOVUS – Marcas de la Unión denominativa y figurativa anteriores NOVUS y novus – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal»], DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.
410. Asunto T-310/17: Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2018 – Lion’s Head Global Partners/EUIPO – Lion Capital (LION’S HEAD global partners) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa LION’S HEAD global partners – Marca denominativa anterior de la Unión LION CAPITAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.
411. Asunto T-413/17: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2018 – Karl Storz/EUIPO (3D) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa 3D – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.
412. Asunto T-325/18: Recurso interpuesto el 28 de mayo de 2018 – VI. TO./EUIPO – Bottega (Forma de una botella rosa), DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.
413. Asunto T-336/18: Recurso interpuesto el 30 de mayo de 2018 – Eagle IP/EUIPO – Consolidated Artists (LILLY e VIOLETTA), DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.
414. Asunto T-339/18: Recurso interpuesto el 30 de mayo de 2018 – Enterprise Holdings/EUIPO (E PLUS), DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.

415. **Asunto T-346/18: Recurso interpuesto el 29 de mayo de 2018 – Advance Magazine Publishers/EUIPO – Enovation Brands (VOGUE), DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
416. **Asunto T-354/18: Recurso interpuesto el 6 de junio de 2018 – KID-Systeme/EUIPO – Sky (SKYFi), DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
417. **Asunto T-356/18: Recurso interpuesto el 7 de junio de 2018 – Volvo Trademark/EUIPO – Paalupaikka (V V-wheels), DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
418. **Asunto T-357/18: Recurso interpuesto el 8 de junio de 2018 – Luz Saúde/EUIPO – Clínica La Luz (HOSPITAL DA LUZ), DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
419. **Asunto T-364/18: Recurso interpuesto el 11 de junio de 2018 – Arçelik/EUIPO (MicroGarden), DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
420. **Asunto T-373/18: Recurso interpuesto el 19 de junio de 2018 – ABB/EUIPO (FLEXLOADER), DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.**
421. **Asunto C-163/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de junio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Denn Haag – Países Bajos) – Christian Louboutin, Christian Louboutin Sas / van Haren Schoenen BV [Procedimiento prejudicial – Marcas – Causas absolutas de denegación o de nulidad – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto – Concepto de «forma» – Color – Posición sobre una parte del producto – Directiva 2008/95/CE – Artículo 2 – Artículo 3, apartado 1, letra e), inciso iii)], DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.**
422. **Asunto C-371/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el High Court of Justice (Chancery Division) (Reino Unido) el 6 de junio de 2018 – Sky plc, Sky International AG, Sky UK Limited / Skykick UK Limited, Skykick Inc, DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.**
423. **Asunto C-686/16 P: Auto del Presidente de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2018 – Meissen Keramik GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.**
424. **Asunto T-537/15: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2018 – Deutsche Post/EUIPO – Verbis Alfa y EasyPack (InPost) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión InPost – Marcas figurativas anteriores de la Unión INFOPOST y ePOST y marca nacional denominativa anterior POST – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artícu-**

- lo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Inexistencia de perjuicio para el renombre e inexistencia de dilución – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Elementos probatorios presentados por primera vez ante el Tribunal General», DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.
425. Asunto T-227/16: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2018 – Haverkamp IP/EUIPO – Sissel (Felpudo) [«Dibujo o modelo de la Unión – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa la Unión Europea – Dibujo o modelo de la Unión registrado que representa un felpudo – Dibujo o modelo anterior – Motivo de nulidad – Falta de carácter singular – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Prueba de la saturación del estado actual de conocimientos – Inexistencia de impresión global distinta – Artículo 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículo 63, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.
426. Asunto T-228/16: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2018 – Haverkamp IP/EUIPO – Sissel (Motivo en relieve de una playa de guijarros) [«Dibujos y modelos comunitarios – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un motivo en relieve de una playa de guijarros – Dibujo o modelo anterior – Motivo de nulidad – Inexistencia de novedad – Artículo 5 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.
427. Asunto T-619/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2018 – Sicignano/EUIPO – IN. PRO. DI (GiCapri «a giacchetti e capri») [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión «a giacchetti e capri» – Marca de la Unión figurativa anterior CAPRI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.
428. Asunto T-739/16: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2018 – Akant Monika i Zbigniew Harasym/EUIPO – Hunter Douglas Holding (COSIMO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión COSIMO – Marca denominativa anterior de la Unión COSIFLOR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.

429. Asunto T-71/17: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2018 – France.com/EUIPO – France (FRANCE.com) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión FRANCE.com – Marca internacional figurativa anterior France – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.
430. Asunto T-78/17: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2018 – Jumbo Africa/EUIPO – ProSiebenSat.1 Licensing (JUMBO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión JUMBO – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001) – Artículo 52, apartado 1, letra a), y apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra a), y apartado 2, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.
431. Asunto T-362/17: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2018 – NCL/EUIPO (FEEL FREE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión FEEL FREE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.
432. Asunto T-556/17: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2018 – Staropilsen/EUIPO – Pivovary Staropramen (STAROPILSEN; STAROPLZEN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión STAROPILSEN; STAROPLZEN – Marcas nacionales y de la Unión denominativas anteriores STAROPRAMEN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.
433. Asunto T-657/17: Sentencia del Tribunal General de 20 de junio de 2018 – Anabi Blanga/EUIPO – Polo/Lauren (HPC POLO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión HPC POLO – Marca denominativa anterior de la Unión POLO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Carácter distintivo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del

Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.

434. **Asunto T-691/17: Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2018 – hoehchstmass Balzer/EUIPO (Forma de una caja de cinta métrica) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de la caja para una cinta métrica – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.**
435. **Asunto T-587/17: Auto del Tribunal General de 20 de junio de 2018 – Unigroup/EUIPO – Pronova Laboratories (nailicin) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión nailicin – Marca Benelux denominativa anterior NAILCLIN – Motivo de denegación relativo – Copia del certificado de registro de la marca anterior – Regla 19, apartado 2, letra a), inciso ii), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 7, apartado 2, letra a), inciso ii), del Reglamento Delegado (UE) 2017/1430] – Toma en consideración de un documento aportado conjuntamente con el escrito de oposición – Regla 19, apartado 4, del Reglamento núm. 2868/95 [actualmente artículo 7, apartado 5, del Reglamento Delegado 2017/1430] – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno», DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.**
436. **Asunto T-358/18: Recurso interpuesto el 9 de junio de 2018 – J. García Carrión/EUIPO – Codorníu (JAUME CODORNÍU), DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.**
437. **Asunto T-359/18: Recurso interpuesto el 11 de junio de 2018 – Unifarco/EUIPO – GD Technologie Interdisciplinari Farmaceutiche (TRICOPID), DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.**
438. **Asunto T-361/18: Recurso interpuesto el 8 de junio de 2018 – APEDA/EUIPO – Burraq Travel & Tours General Tourism Office (SIR BASMATI RICE), DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.**
439. **Asunto T-366/18: Recurso interpuesto el 8 de junio de 2018 – Pet King Brands/EUIPO – Virbac (SUIMOX), DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.**
440. **Asunto T-367/18: Recurso interpuesto el 15 de junio de 2018 – Six-sigma Networks Mexico/EUIPO – Marijn van Oosten Holding (UKIO), DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.**
441. **Asunto T-368/18: Recurso interpuesto el 15 de junio de 2018 – ETI Gıda Sanayi ve Ticaret/EUIPO – Grupo Bimbo (ETI Bumbo), DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.**

442. Asunto T-378/18: Recurso interpuesto el 22 de junio de 2018 – NHS/EUIPO – HLC SB Distribution (CRUZADE), DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.
443. Asunto T-381/18: Recurso interpuesto el 25 de junio de 2018 – Engel/EUIPO – F. Engel (ENGEL), DOUE, C, núm. 276, de 6 de agosto de 2018.
444. Asunto T-309/18: Recurso interpuesto el 17 de mayo 2018 – Adis Higiene/EUIPO – Farecla Products (G3 EXTRA PLUS), DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
445. Asunto T-385/18: Recurso interpuesto el 25 de junio de 2018 – Aldi/EUIPO – Crone (CRONE), DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
446. Asunto T-387/18: Recurso interpuesto el 25 de junio de 2018 – Delta-Sport/EUIPO – Delta Enterprise (DELTA SPORT), DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
447. Asunto T-389/18: Recurso interpuesto el 21 de junio de 2018 – Nonnemacher/EUIPO – Ingram (WKU), DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
448. Asunto T-390/18: Recurso interpuesto el 21 de junio de 2018 – Nonnemacher/EUIPO – Ingram (WKU WORLD KICKBOXING AND KARATE UNION), DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
449. Asunto T-392/18: Recurso interpuesto el 28 de junio de 2018 – Innocenti/EUIPO – Gemelli (Innocenti), DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
450. Asunto T-398/18: Recurso interpuesto el 25 de junio de 2018 – Pielczyk/EUIPO – Thalgo TCH (DERMAEPIL SUGAR EPIL SYSTEM), DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.
451. Asunto C-564/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de junio de 2018 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) / Puma SE (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 5 – Artículo 76 – Procedimiento de oposición – Motivos de denegación relativos – Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 19 – Regla 50, apartado 1 – Existencia de resoluciones anteriores de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) que reconocen la notoriedad de la marca anterior – Principio de buena administración – Principio de buena administración – Consideración de dichas resoluciones en procedimientos de oposición ulteriores – Obligación de motivación – Obligaciones procesales de las Salas de Recurso de la EUIPO), DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.

452. **Asunto C-118/18 P: Recurso de casación interpuesto el 14 de febrero de 2018 por Hochmann Marketing GmbH, anteriormente Bittorrent Marketing GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 12 de diciembre de 2017 en el asunto T-771/15, Hochmann Marketing / EUIPO, DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
453. **Asunto T-222/14 RENV: Sentencia del Tribunal General de 4 de julio de 2018 – Deluxe Entertainment Services Group/EUIPO (deluxe) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión deluxe – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
454. **Asuntos T-402/17 y T-403/17: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2018 – Vienna International Hotelmanagement/EUIPO (Vienna House y VIENNA HOUSE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitudes de marca denominativa de la Unión Vienna House y figurativa VIENNA HOUSE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento(CE) n.º 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
455. **Asunto T-380/18: Recurso interpuesto el 25 de junio de 2018 – Intas Pharmaceuticals/EUIPO – Laboratorios Indas (INTAS), DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
456. **Asunto T-383/18: Recurso interpuesto el 26 de junio de 2018 – Sta*Ware EDV Beratung/EUIPO – Accelerate IT Consulting (businessNavi), DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
457. **Asunto T-399/18: Recurso interpuesto el 27 de junio de 2018 – TrekStor/EUIPO (Theatre), DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
458. **Asunto T-404/18: Recurso interpuesto el 2 de julio de 2018 – Zhadanov/EUIPO (PDF Expert), DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
459. **Asunto T-412/18: Recurso interpuesto el 2 de julio de 2018 – mobile.de/EUIPO – Droujestvo S Ogranichena Otgovornost «Rezon» (mobile.ro), DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**
460. **Asunto T-421/18: Recurso interpuesto el 10 de julio de 2018 – Bauer Radio/EUIPO – Weinstein (MUSIKISS), DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.**

461. Asunto T-423/18: Recurso interpuesto el 6 de julio de 2018 – Fissler/EUIPO (vita), DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.
462. Asunto C-217/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 5 de julio de 2018 – Mast-Jägermeister SE / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (Recurso de casación – Dibujos y modelos comunitarios – Solicitud de registro de dibujos o modelos comunitarios que representan vasos altos – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículo 36, apartado 1, letra c) – Representación gráfica – Artículos 45 y 46 – Asignación de una fecha de presentación – Requisitos – Reglamento (CE) núm. 2245/2002 – Artículo 4, apartado 1, letra e), y artículo 10, apartados 1 y 2), DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.
463. Asunto C-325/17 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 26 de junio de 2018 – Windrush Aka LLP / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Jerry Dammers (Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa The Specials – Uso efectivo – Consentimiento del titular de la marca), DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.
464. Asunto T-707/16: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2018 – Enoitalia/EUIPO – La Rural Viñedos y Bodegas (ANTONIO RUBINI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión ANTONIO RUBINI – Marca figurativa anterior de la Unión RUTINI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.
465. Asunto T-694/17: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2018 – Link Entertainment/EUIPO – García-Sanjuan Machado (SAVORY DELICIOUS ARTISTS & EVENTS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión SAVORY DELICIOUS ARTISTS & EVENTS – Marca denominativa anterior de la Unión AVORY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Similitud entre los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.
466. Asunto T-397/18: Recurso interpuesto el 29 de junio de 2018 – Hugo's Hotel/EUIPO – H'ugo's (Hugo's Burger Bar), DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.

467. Asunto T-403/18: Recurso interpuesto el 2 de julio de 2018 – Pharmadom/EUIPO – Objectif Pharma (WS wellpharma shop), DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.
468. Asunto T-424/18: Recurso interpuesto el 11 de julio de 2018 – Puma/EUIPO – Carrefour (representación de líneas cruzadas), DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.
469. Asunto T-427/18: Recurso interpuesto el 10 de julio de 2018 – Geske/EUIPO (SATISFYERMEN), DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.
470. Asunto T-434/18: Recurso interpuesto el 13 de julio de 2018 – Vans/EUIPO (ULTRARANGE), DOUE, C, núm. 301, de 27 de agosto de 2018.
471. Asunto C-162/18 P: Recurso de casación interpuesto el 28 de febrero de 2018 por Wenger SA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 23 de enero de 2018 en el asunto T-869/16: Wenger / EUIPO, DOUE, C, núm. 311, de 3 de septiembre de 2018.
472. Asunto T-774/16: Sentencia del Tribunal General de 2 de julio de 2018 – Consejo Regulador del Cava/EUIPO – Cave de Tain-L’Hermitage, union des propriétaires (CAVE DE TAIN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión CAVE DE TAIN – Denominación de origen anterior «cava» – Concepto de «evocación» de una denominación de origen protegida – Artículo 103, apartado 2, letra b), del Reglamento (UE) núm. 1308/2013»], DOUE, C, num. 311, de 3 de septiembre de 2018.
473. Asunto T-443/18: Recurso interpuesto el 16 de julio de 2018 – Peek & Cloppenburg/EUIPO – Peek & Cloppenburg (Vogue Peek & Cloppenburg), DOUE, C, núm. 311, de 3 de septiembre de 2018.
474. Asunto T-444/18: Recurso interpuesto el 16 de julio de 2018 – Peek & Cloppenburg/EUIPO – Peek & Cloppenburg (Peek & Cloppenburg), DOUE, C, núm. 311, de 3 de septiembre de 2018.
475. Asunto T-445/18: Recurso interpuesto el 16 de julio de 2018 – Peek & Cloppenburg/EUIPO – Peek & Cloppenburg (Peek & Cloppenburg), DOUE, C, núm. 311, de 3 de septiembre de 2018.
476. Asunto T-446/18: Recurso interpuesto el 16 de julio de 2018 – Peek & Cloppenburg/EUIPO – Peek & Cloppenburg (Peek & Cloppenburg), DOUE, C, núm. 311, de 3 de septiembre de 2018.
477. Asunto T-449/18: Recurso interpuesto el 19 de julio de 2018 – Ortlieb Sportartikel/EUIPO (Octógono), DOUE, C, núm. 311, de 3 de septiembre de 2018.
478. Asunto C-726/17 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de diciembre de 2017 por Tetra Pharm (1997) Ltd contra la sentencia

- del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 23 de octubre de 2017 en el asunto T-441/16 Tetra Pharm (1997) / EUIPO, DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.
479. Asunto C-320/18 P: Recurso de casación interpuesto el 14 de mayo de 2018 por Crocs, Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 14 de marzo de 2018 en el asunto T-651/16 Crocs / EUIPO, DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.
480. Asunto T-407/18: Recurso interpuesto el 2 de julio de 2018 – WP/ EUIPO, DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.
481. Asunto T-428/18: Recurso interpuesto el 12 de julio de 2018 – McDreams Hotel/EUIPO – McDonald’s International Property (mc dreams hotels Träumen zum kleinen Preis!), DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.
482. Asunto T-438/18: Recurso interpuesto el 18 de julio de 2018 – Pareto Trading/EUIPO – Bikor y Bikor Professional Color Cosmetics (BIKOR EGYPTIAN EARTH), DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.
483. Asunto T-458/18: Recurso interpuesto el 27 de julio de 2018 – Multifit/EUIPO (real nature), DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.
484. Asunto T-438/17: Auto del Tribunal General de 11 de julio de 2018 – The Scotch Whisky Association/EUIPO – José Estévez (JOHN COR), DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.
485. Asunto T-469/17: Auto del Tribunal General de 11 de julio de 2018 – The Scotch Whisky Association/EUIPO – José Estévez (JOHN COR), DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.
486. Asunto T-103/18: Auto del Tribunal General de 6 de julio de 2018 – S & V Technologies/EUIPO – Smoothline (Smoothline), DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.
487. Asunto T-134/18: Auto del Tribunal General de 11 de julio de 2018 – Monster Energy/ EUIPO – Nordbrand Nordhausen (BALLER’S PUNCH), DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

488. Asunto C-688/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Hungria) el 8 de diciembre de 2017 – Bayer Pharma AG / Richter Gedeon Vegyészeti Gyár Nyrt., Exeltis Magyarország Gyógyszerkereskedelmi Kft., DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
489. Asunto T-445/16: Sentencia del Tribunal General de 23 de febrero de 2018 – Schniga/OCCV (Gala Schnico) [«Obtenciones vegetales

- Solicitud de protección comunitaria de obtención vegetal para la variedad vegetal Gala Schnico – Examen técnico – Obligación de motivación – Artículo 75, primera frase, del Reglamento (CE) núm. 2100/94 – Homogeneidad – Artículo 8 del Reglamento núm. 2100/94 – Examen complementario – Artículo 57, apartado 3, del Reglamento núm. 2100/94 – Igualdad de trato – Examen de oficio de los hechos por la OCVV – Artículo 76 del Reglamento núm. 2100/94», DOUE, C, núm. 123, de 9 de abril de 2018.
490. Asunto C-114/18: Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) el 14 de febrero de 2018 – Sandoz Ltd, Hexal AG / G. D. Seale LLC, Janssen Sciences Ireland, DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
491. Asunto T-112/18: Recurso interpuesto el 23 de febrero de 2018 – Pink Lady America / OCVV – WAAA – (Cripps Pink), DOUE, C, núm. 152, de 30 de abril de 2018.
492. Asunto C-395/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de marzo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandgericht Düsseldorf – Alemania) – DOCE-RAM GmbH / CeramTec GmbH [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Dibujos y modelos comunitarios – Artículo 8, apartado 1 – Características de apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Criterios de apreciación – Existencia de dibujos o modelos alternativos – Consideración del punto de vista de un «observador objetivo»], DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.
493. Asunto C-207/18: Recurso interpuesto el 22 de marzo de 2018 – Comisión Europea / Reino de España, DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
494. Asunto T-43/15: Sentencia del Tribunal General de 23 de abril de 2018 – CRM/Comisión [«Indicación geográfica protegida – Piadina Romagnola o Piada Romagnola – Procedimiento de registro – Reparto de competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia – Relación entre la reputación del producto y su origen geográfico – Artículo 5, apartado 2, letra b), del Reglamento (CE) n.º 1151/2012 – Alcance del control por la Comisión de la solicitud de registro – Artículo 7, apartado 1, letra f), inciso ii), artículo 8, apartado 1, letra c), inciso ii), y artículo 50, apartado 1, del Reglamento no 1151/2012 – Efectos en el procedimiento ante la Comisión de una anulación del pliego de cargos por un órgano jurisdiccional nacional – Obligación de instrucción de la Comisión – Principio de buena administración – Tutela judicial efectiva»], DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.
495. Asunto C-307/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Competition Appeal Tribunal, London (Reino Unido) el 7 de mayo de 2018 – Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Phar-

- maceuticals ApS, Alpharma, LLC, formerly Zoetis Products LLC, Actavis UK Ltd y Merck KGaA / Competition and Markets Authority, DOUE, C, núm. 240, de 9 de julio de 2018.
496. Asunto C-44/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de junio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hamburg – Alemania) – Scotch Whisky Association / Michael Klotz [Procedimiento prejudicial – Protección de las indicaciones geográficas de bebidas espirituosas – Reglamento (CE) núm. 110/2008 – Artículo 16, letras a) a c) – Anexo III – Indicación geográfica registrada «Scotch Whisky» – Wiski fabricado en Alemania y comercializado con la denominación «Glen Buchenbach»], DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.
497. Asunto C-681/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de junio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf – Alemania) – Pfizer Ireland Pharmaceuticals, Operations Support Group/Orifarm GmbH [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Derecho de patentes – Actas de Adhesión de 2003, 2005 y 2012 – Mecanismo específico – Aplicabilidad a las importaciones paralelas – Reglamento (CE) núm. 469/2009 – Producto protegido por un certificado complementario de protección en un Estado miembro y comercializado por el titular de la patente de base en otro Estado miembro – Agotamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial – Inexistencia de patente de base en los nuevos Estados miembros – Reglamento (CE) núm. 1901/2006 – Prórroga del plazo de protección], DOUE, C, núm. 285, de 13 de agosto de 2018.

PROTECCIÓN DE DATOS

498. Asunto C-28/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 17 de enero de 2018 – Verein für Konsumenteninformation / Deutsche Bahn AG, DOUE, C, núm. 104, de 19 de marzo de 2018.
499. Asunto C-673/17: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 30 de noviembre de 2017 – Planet49 GmbH / Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., DOUE, C, núm. 112, de 26 de marzo de 2018.
500. Asunto C-311/18: Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Irlanda) el 9 de mayo de 2018 – Data Protection Commissioner / Facebook Ireland Limited, Maximilian Schrems, DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
501. Asunto C-210/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht – Alemania) – Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein / Wirts-

chaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH [Procedimiento prejudicial – Directiva 95/46/CE – Datos personales – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de estos datos – Orden por la que se solicita la desactivación de una página de Facebook (fan page) que permite recoger y tratar determinados datos vinculados a los visitantes de esa página – Artículo 2, letra d) – Responsable del tratamiento de datos personales – Artículo 4 – Derecho nacional aplicable – Artículo 28 – Autoridades nacionales de control – Poderes de intervención de esas autoridades], DOUE, C, núm. 268, de 30 de julio de 2018.

502. Asunto C-25/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de julio de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus – Finlandia) – procedimiento incoado por Tietosuojavaltuutettu [Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Directiva 95/46/CE – Ambito de aplicación de dicha Directiva – Artículo 3 – Recogida de datos personales por los miembros de una comunidad religiosa en relación con su actividad de predicación puerta a puerta – Artículo 2, letra c) – Concepto de «fichero de datos personales» – Artículo 2, letra d) – Concepto de «responsable del tratamiento» – Artículo 10, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea], DOUE, C, núm. 319, de 10 de septiembre de 2018.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

503. Asunto C-100/18: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 12 de febrero de 2018 – Línea Directa Aseguradora S. A. / Securcaixa Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.
504. Asunto C-149/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal) el 26 de febrero de 2018 – Agostinho da Silva Martins / Dekra Claims Services Portugal, S. A., DOUE, C, núm. 161, de 7 de mayo de 2018.
505. Asunto T-148/18: Recurso interpuesto el 2 de marzo de 2018 – UE/ Comisión, DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.
506. Asunto T-196/18: Recurso interpuesto el 20 de marzo de 2018 – Vital Capital Investments y otros/Consejo y otros, DOUE, C, núm. 166, de 14 de mayo de 2018.
507. Asunto C-258/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de abril de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – Finnair Oyj / Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia (Procedimiento prejudicial – Transportes aéreos – Convenio de Montreal – Artículo 31 – Responsabilidad de los transportistas aéreos por el equipaje facturado – Requisitos de forma y contenido de la protesta presentada por escrito al trans-

portista aéreo – Protesta presentada por vía electrónica y registrada en el sistema informático del transportista aéreo – Protesta presentada en nombre del destinatario por un dependiente del transportista aéreo), DOUE, C, núm. 200, de 11 de junio de 2018.

508. Asunto T-163/17: Sentencia del Tribunal General de 31 de mayo de 2018 – Consorzio di garanzia dell’olio extra vergine di oliva di qualità/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Campañas simultáneas de promoción del aceite de oliva en terceros países, una, financiada por el FEAGA y destinada a la promoción del aceite de oliva de origen europeo, la otra, financiada por el FEDER y destinada a la promoción del aceite de oliva de origen español – Falta de coordinación entre los servicios de la Comisión encargados de la gestión de los dos programas – Perjuicio material – Pérdida del mercado y lucro cesante – Daño moral – Daño a la reputación comercial»), DOUE, C, núm. 249, de 16 de julio de 2018.
509. Asunto C-355/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Salzburg (Austria) el 31 de mayo de 2018 – Barbara Rust-Hackner / Nürnberger Versicherung Aktiengesellschaft Österreich, DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.
510. Asunto C-356/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Salzburg (Austria) el 31 de mayo de 2018 – Christian Gmoser / Nürnberger Versicherung Aktiengesellschaft Österreich, DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.
511. Asunto C-357/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Salzburg (Austria) el 31 de mayo de 2018 – Bettina Plackner / Nürnberger Versicherung Aktiengesellschaft Österreich, DOUE, C, núm. 294, de 20 de agosto de 2018.

BIBLIOGRAFÍA

Libros *

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 2.^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 1265 pp.

Recensionar un libro de 1265 páginas rebosantes de ideas de uno de los juristas más consagrados de España constituye un empeño que, en el mejor de los casos, no va a superar la mera superficialidad descriptiva, y que, sin ninguna duda, no va a hacer justicia ni al autor ni a la obra. Cuanto sigue, pues, no tiene otra pretensión que ofrecer una aproximación muy somera a lo que el lector encontrará.

Qué es y qué no es

El prólogo del autor a la primera edición –la segunda carece de él– ofrece algunas pistas de lo que es y de lo que no es este libro.

Empieza señalando que «es ésta una obra para iniciados», lo que es completamente cierto. No es una obra para legos en derecho, pero tampoco es para eruditos. El lector debe poseer rudimentos en derecho de obligaciones y contratos, pues la pretensión del autor al abordar cada capítulo es exhaustiva. «Incurre en alguna densidad», reconoce el prólogo, pero no porque el lenguaje sea oscuro o porque se queden en el tintero explicaciones pertinentes. Es un libro profundo, que penetra en los intrínquilis del derecho de contratos sin concesiones, y que tiene una pretensión muy evidente de agotar la materia. Ciertamente, la intercalación de locuciones latinas («*ceteris paribus*») es de uso relativamente frecuente) o de palabras ausentes del diccionario de la Real Academia («desbalance») puede hacer pensar otra cosa, pero la realidad es que la redacción es brillante (el profesor Carrasco, por supuesto, figura entre los cincuenta y cinco juristas cuya prosa ensalza el profesor Salvador Coderch en *InDret* 2/2018) y las 1265 páginas no se hacen indigestas.

La pretensión que ocupa al autor es realizar una exposición del derecho de contratos «exportable para la práctica internacional». Completamente cierto, otra vez. En primer lugar, por su estructura, a la que me referiré luego. En segundo lugar, porque no estamos ante una obra únicamente teórica. Está toda la teoría, naturalmente, pero perfectamente enlazada con sus aspectos más prácticos, en particular –volveré sobre ello– en su expresión jurisprudencial. Por poner un par de ejemplos, en las páginas 79 y ss se detiene en el

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

contenido que han de tener las cartas de intenciones y en la página 535 aconseja sobre la aposición de condiciones en el contrato, incluso advirtiendo de las consecuencias fiscales de determinadas opciones, si procede (p. 1113). No es, pues, una obra meramente dogmática –baste decir, a modo de ejemplo, que se decanta por «abandonar la pretensión de definir la causa» para centrarse en las funciones que desempeña (p. 158)– puesto que la vertiente práctica está sumamente cuidada, sin que una domine la otra, al complementarse sabiamente.

Es una obra total. «No he querido escribir un libro de análisis económico del Derecho de contratos». Pero hay buenas dosis de *law & economics*, de razonamiento económico indispensable para una buena comprensión de la función del derecho de contratos en el mercado. Así, nos habla de los costes marginales, de intervención jurídica o de simulación, de reglas de distribución de riesgos o justifica la crítica del abuso de la imposición de deberes de información que suponen la «consagración de conductas oportunistas del consumidor» (por mi parte añadido que puede hallarse un ejemplo pernicioso ahora en el art. 621-7 del Código Civil de Cataluña). «Fatigo muy poco el derecho comparado», pero hay, también, derecho comparado, muy bien empleado de nuevo, en la medida cabal, siempre justificado para aclarar el derecho vigente o para señalar sus debilidades, nunca como «rasgo de distinción intelectual» (p. 976). Así, hay referencias al derecho norteamericano y en menor medida a los derechos inglés, alemán o italiano, tanto a los textos legales o con vocación legal –incluyendo en el caso de Estados Unidos el *Restatement (second) on contracts*– como a la jurisprudencia. Y, en particular, hay un uso exquisito del *soft law* europeo, al igual que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para *internacionalizar* nuestro derecho de contratos (nótese que evito escribir *modernizar* porque el profesor Carrasco no cita ni una sola vez la Propuesta de modernización elaborada por la sección civil de la Comisión General de Codificación); es parte de la «reconstrucción del derecho de contratos» –de la que me ocupó más tarde– que conduce con frecuencia a las soluciones adoptadas por el nuevo derecho de contratos europeo. Y, además, cuando es oportuno, en nota al pie, el autor recurre al derecho histórico: desde el Digesto y las Instituciones a las Partidas, con citas de Antonio Gómez, Salgado de Somoza o Hevia Bolaños.

Esta totalidad se manifiesta también en que «la obra versa sobre el Derecho privado de contratos y no se discrimina entre Derecho civil y mercantil». No se tratan como ramas independientes, sino integradas, incluyendo los aspectos concursales.

Propósito, estructura y contenido

El profesor Carrasco manifiesta en el prólogo que su propósito es elaborar un Derecho de contratos exportable. Ello nos lleva al título del libro, *Derecho de contratos*. Es un título hasta cierto punto engañoso, por cuanto no se trata de ningún contrato en particular. El contenido abarca, en terminología tradicional, la teoría general del contrato y parte de la teoría general de la obligación. Se asemeja, pues, a un *Law of Contract* como el de Anson o Sir Gunther Treitel (quien es citado, por cierto, con aprobación en la nota 1 de la p. 898). Así, la parte primera se dedica al «proceso contractual», con capítulos dedicados a la introducción al derecho de contratos, el proceso negociador (incluyendo las cartas de intenciones y el precontrato), la responsabilidad por ruptura de tratos preliminares, el consentimiento contrac-

tual, oferta y aceptación, el objeto del contrato, el error, el dolo y la intimidación. La parte segunda aborda la eficacia del contrato, con capítulos sobre la interpretación del contrato (lo que parece presuponer que la interpretación debe servir a la eficacia, no obstante lo cual en las páginas 401 y 409 expone que la interpretación no debe enmendar la ineficacia), los términos expresos e integración contractual, condiciones y eficacia del contrato frente a terceros. La parte tercera se ocupa de la ineficacia, dividida en capítulos relativos al régimen común de la ineficacia contractual, contratos prohibidos y contratos nulos, control de validez de condiciones generales y cláusulas abusivas. La parte cuarta versa sobre cumplimiento e incumplimiento, como hacen los *Law of Contract*, a pesar de que el cumplimiento o incumplimiento pueden referirse no a todo el contrato sino exclusivamente solo a alguna obligación de una parte contractual (él mismo escribe en la p. 813 que «la obligación contractual no se entiende cumplida», no el contrato); aquí los capítulos tratan el cumplimiento, el incumplimiento contractual (curioso que el epíteto acompañe al incumplimiento y no al cumplimiento), hecho propio y hecho ajeno, el riesgo contractual, remedios, resolución por incumplimiento, resarcimiento de daños y limitación de daños contractuales. El capítulo sobre remedios es un capítulo panorámico, utilizando este neologismo, pero sin explicar por qué se decanta por este término ni explicar el significado que le otorga, lo que supone una evidencia de que, como se ha dicho, estamos ante una obra para iniciados; pero en él se trata, además, específicamente, la excepción de incumplimiento y el cumplimiento en forma específica. Sorprende que no haya un trato sistemático del remedio de la reducción del precio; quizá por ello tampoco hay una solución unívoca de un tema que a mi parecer lo requiere ante la disparidad jurisprudencial, cual es el del coste de la autorreparación del incumplimiento por el propio perjudicado, que el profesor Carrasco acomete en lugares distintos (pp. 1048, 1104, 1140 o 1166). Cada capítulo finaliza con una limitada selección de bibliografía, heterogénea pero de indudable calidad.

La «estructura exportable» de la obra responde a un segundo propósito inescindible del primero: la reconstrucción del derecho de contratos. Lo anuncia en el prólogo, pero lo repite en las páginas 64 y, especialmente, 66: «acepto el Código civil y el Código de comercio tal como son y los asumo como un reto para contar y construir nuestro derecho de contratos de una manera nueva»; lo mismo para el sistema de remedios, que no obedece a lógica interna alguna (p. 1013). Los Códigos los toma como son: con una regulación «obsoleta cuando no directamente derogada o caducada por simple desuetudo social» (pp. 65 y 152), mal ordenados (pp. 62 y 65), con la mitad de los artículos dedicados a la compraventa carentes de aplicación práctica actual y con carencias como la ausencia de regulación de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones (pp. 62 y 63). Crítica demoledora, pero sobradamente merecida, que hace extensiva al legislador actual en materia de consumo, al que reprocha «la barbarie y farragosidad de la redacción de las normas» (p. 204).

Puesto que el propósito es la reconstrucción del derecho de contratos del Código Civil, no hay ninguna concesión a los derechos civiles autonómicos que contienen normas contractuales (el Fuero Nuevo de Navarra; por razones temporales la 2.ª edición no pudo contemplar el libro 6.º del Código Civil de Cataluña), ni siquiera cuando se trata de normas obligacionales sucesorias como el art. 1084 CC (p. 586), que no se aplica en alguna Comunidad Autónoma con derecho propio.

La obra termina con un índice analítico de conceptos que permite hallar rápidamente los principales conceptos y que es esencial ante su envergadura y la multiplicidad de materias concretas que trata.

Una obra personal

El profesor Carrasco ha escrito *su* derecho de contratos; es su obra personal, sin concesión alguna. Lo reconstruye directamente, expresa su opinión sin entrar en debates con la doctrina, evitando «exposiciones empachosas» (incluso cuando él mismo carece de argumentos contundentes para defender su posición –«lo que probablemente no sea cierto», se limita a decir en la p. 1187 como todo argumento–). En verdad se agradece, pues resultan ciertamente fatigosos los trabajos que son mera recopilación de opiniones ajenas sin que se adivine la opinión propia. Ahora bien, en ocasiones se muestra incluso despectivo con esa doctrina, a la que llega a tildar de «Babilonia dogmática» (p. 586) o de «dogmáticos inveterados» (p. 780). Son contados los autores que cita en el texto (Albaladejo, De Castro, Alfaro), y siempre para rebatirlos. Sí cita autores en las notas al pie, pero casi todos son comentaristas en los *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*.

El diálogo constante con la jurisprudencia

Antes he señalado que este libro del profesor Carrasco no es un tratado dogmático, porque tiene mucho de contenido práctico. El ingrediente clave para haber logrado este equilibrio ejemplar entre la profundidad teórica y la clarividencia práctica es el manejo excepcional que se hace de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aderezada cuando es preciso con sentencias de Audiencias Provinciales e incluso alguna de primera instancia. Muchas de las páginas de la obra son una exposición sistemática y ordenada de la *ratio decidendi* de, me atrevo a decir, todas las sentencias significativas en materia de derecho de contratos hasta 2010. Cuando le parece necesario, además relata los antecedentes fácticos o transcribe directamente los razonamientos jurídicos.

Pero no es una simple sistematización, el autor entra en diálogo con la jurisprudencia. Un diálogo que es usualmente crítico, radicalmente crítico, con lindezas como las siguientes: «sentencia penosa» (pp. 205, nota 37, y 1007), «especialmente clamorosas en desacierto» (p. 287, nota 32), «verborrea del tribunal» (p. 779), «mescolanza de frases sacadas de distintos contextos» (p. 1079); «penosa, aunque renombrada por el vulgo, STS 9 de mayo de 2013» (p. 205, nota 37). Lo que no es óbice para que le reconozca un papel fundamental en la modernización del derecho de contratos del vetusto Código Civil, aunque evidentemente no comparta no tanto algunos de los resultados alcanzados cuanto la argumentación elaborada por el tribunal.

Insisto, este es uno de los grandes méritos del libro. Con frecuencia, tras exponer las bases teóricas del tema que estudia, el profesor Carrasco sigue con unas ilustraciones, en un subapartado distinto para más claridad expositiva, en que desmenuza las sentencias pronunciadas. En otras ocasiones la jurisprudencia ya se imbrica inicialmente con aquellas bases teóricas. Y, cuando se trata de creaciones jurisprudenciales, como la cláusula *rebus sic stantibus*, sin más se convierte en el eje del discurso.

Es tanta la importancia que el autor otorga a la jurisprudencia que la eleva a fuente del derecho, gracias al juego que permite art. 1258 CC. Coincido: la decrepitud del Código civil en materia de obligaciones y contratos es tal que

la jurisprudencia no puede limitarse a interpretar y aplicar los artículos, sino que se ve obligada a esa *reconstrucción*, cuyos resultados pueden resultar más o menos saludados, pero que son absolutamente imprescindibles. Y eso equivale a devenir fuente del derecho. El operador jurídico desconoce por completo el derecho de contratos español si se conforma con leer el articulado codicial. El libro da muestra de ello cuando aborda, además del art. 1258 CC y la *rebus sic stantibus*, ya mencionados, el *aliud pro alio* y en general la reconstrucción del sistema de remedios o la ineficacia del contrato. Y coincide que estas son de las páginas más brillantes de una obra en que cada página justifica su existencia.

La segunda edición

El objeto de esta reseña es la segunda edición del *Derecho de contratos*, fechada en 2017, siete años después de la primera edición. Una actualización completa insertando la jurisprudencia del período del mismo modo modélico que en la primera edición puede catalogarse de trabajo hercúleo. El esfuerzo ha sido notable, pero incompleto. No son pocas las ilustraciones con sentencias que finalizan abruptamente en 2010. O se dice que «la más reciente sentencia de 16 de diciembre de 2004» (p. 623) o que la «última» es una sentencia de 2009 (p. 194 nota 26). Por supuesto que hay sentencias añadidas posteriores a 2010, pero ello a veces incluso es más evidente porque la tipografía es distinta (aparecen en cursiva, por ejemplo pp. 614, nota 87, 720, nota 124, 739, 990 o 1200). Es evidente que esta crítica no empaña el resultado final de esta segunda edición, que sigue siendo extraordinario. Sin embargo, entre 2010 y 2017 han proliferado las sentencias sobre inversiones ruinosas en productos bancarios diversos, *swaps*, cláusulas abusivas en préstamos e hipotecas y demás restos del naufragio de la economía española en 2007. Este cuerpo doctrinal heterogéneo (aplicación o no de la Ley Azcárate a los tipos usurarios de intereses moratorios, alcance del error e información y conocimientos del cliente, etc.) son, por supuesto, tratados por el profesor Carrasco, pero no con la unidad y el detalle que, por lo menos a mí, me hubiera gustado. La crítica general que puede leerse en la p. 288 sobre la jurisprudencia en pleitos sobre productos financieros («casi siempre ganados injustamente por el actor»), es decir, la sobreprotección del cliente bancario, sea consumidor o sea empresa, requiere, ante la proliferación de sentencias, una *reconstrucción* específica que ponga luz ante tanta sombra.

Hay otros pequeños escenarios que demandan una redecoración. En la página 210, a propósito del proceso de oferta y aceptación, se lee: «en los tiempos presentes es exigible que el oferente que hizo su oferta por correo ordinario utilice un método más expeditivo (fax) para revocar (...)». No recuerdo la última vez que recibí un fax. El bombardeo de ofertas de lo más inverosímil que se recibe en el correo electrónico de una universidad o el abuso de aplicaciones como *whatsapp*, *telegram* y demás caracterizadas por su inmediatez en la recepción –que no necesariamente lectura– e incluso dotadas de certificación reclaman al autor un nuevo punto de vista, aunque sea para alcanzar idéntica conclusión a la que mantiene. En la página 888 indica que ordinariamente no cabe consignar el pago de un inmueble, pero ahora el art. 69.3 de la Ley del Notariado modificado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria lo permite sin más restricciones que las obvias dificultades técnicas. En la página 137 parece que todavía se piensa en el plazo largo de prescripción de quince años del art. 1964 CC, ya reducido a cinco. O en la página 223, nota

65, cita el art. 44 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, derogado por la DD única de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Nada, pues, que sea trascendente, pero que coloca al autor ante el reto de la actualización de una obra de tanta extensión, profundidad y amplitud de flancos.

Me parece encomiable que en las 1265 páginas solo he tropezado con 25 erratas, la mayoría apenas perceptibles (un punto y seguido omitido). Tres autores tienen un apellido mal escrito por una letra, y curiosamente uno soporta dos erratas distintas en lugares diferentes. Y yo escribiría «batalla de formularios» y no «batalla de las formas» (p. 207), no porque no pueda ser literalmente correcto, sino porque aquella es una expresión más habitual por lo menos en España.

Valoración final

En el prólogo, el profesor Carrasco se coloca ante tres referentes: los *Fundamentos* de Luis Díez-Picazo y las obras colectivas dirigidas por Alberto y Rodrigo Bercovitz. Más allá de la razón de escuela, creo que la comparación solo es posible con una obra de autor como los *Fundamentos*, pues este *Derecho de contratos* es todo menos un trabajo coral. La analogía toma todo su sentido en la medida en que si los *Fundamentos* encarnaron una manera distinta e intransferible de concebir, analizar y exponer el derecho patrimonial en los años ochenta y noventa, su relevo natural es, a las puertas del tercer decenio del siglo presente, la obra que estoy recensionando. Naturalmente, tal reconocimiento exige librarse de los perjuicios de pertenencia a tal o cual escuela y contemplarla como lo que es: una pieza única.

El *Derecho de contratos* es una disección en toda regla de nuestro derecho de obligaciones codicial y jurisprudencial –que, como se ha advertido, constituyen a menudo realidades paralelas, no siempre la primera la habitada por los juristas– que permite aflorar lo bueno y lo malo –que cada cual decida en qué proporción lo uno y lo otro– para levantar un nuevo edificio acorde con las exigencias del mundo actual. Aunque sea un tópico cansino, es un libro que todo jurista que desee sumergirse en las aguas abisales del derecho contractual debe leer. Por su exhaustiva originalidad, por el ingenio con que se abordan las cuestiones prácticas de la cotidianeidad legal desde unas bases teóricas graníticas, por la combinación instruida de derecho positivo, derecho judicial, derecho comparado y derecho económico necesarios para la reconstrucción de un derecho de contratos del Código civil que se cae a pedazos ante la desidia del legislador.

Lo antedicho no significa, por descontado, comulgar con todas las opiniones del autor. Algunas son discutibles. Aparte de lo que ya he expuesto, voy a poner un par de ejemplos. En la página 1105 señala que el plazo prescriptivo de la pretensión de resolución por incumplimiento es el plazo corto del art. 1299 CC. Buscar una solución al extinto plazo prescriptivo *largo* de quince años era razonable antes de la reducción a cinco años, pero recurrir para la prescripción al art. 1299 que configura, a mi entender, un plazo de caducidad, parece poco coherente. Tampoco comparto la afirmación de la página 583 en el sentido de que la relatividad contractual se torna en garantía del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; llevada a sus últimas consecuencias, cabría el recurso de amparo ante un contrato en daño de tercero.

El derecho civil, más en concreto el derecho de contratos, dista de ser una verdad absoluta. El profesor Carrasco ha escrito *su* tratado –me permito la licencia de conferirle este tratamiento– como otros quizá en el futuro lo escri-

birán a su manera y la mayoría no lo haremos jamás por nuestros obvios déficits. Y el resultado, la primera y esta segunda edición, son magníficos, es un libro absolutamente irremplazable que arma el nuevo esqueleto de un derecho de contratos del siglo XXI y cuya lectura debería empujar al legislador a no dilatar ni un segundo más la tan necesaria reforma de nuestro derecho de obligaciones.

ANTONI VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Lleida

KINDL, Johann/ ARROYO VENDRELL, Tatiana/ GSELL, Beate (ed.):
Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Nomos,
*Baden-Baden 2018, 212 pp.*¹

1. La obra objeto de esta recensión recoge los resultados de los debates desarrollados entre juristas alemanes y españoles en el marco de las III Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Privado celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid en octubre de 2017. El tema tratado fue el de los contratos de contenido digital, que se analizó sobre todo al hilo del Derecho de la Unión Europea y tomando en consideración también especialmente los ordenamientos español y alemán. Se trata de una temática cuya actualidad y relevancia teórica y práctica es indudable a la vista de la expansión de este tipo de contratos, de los de más relevancia en el *e-commerce* y mediante los cuales continuamente adquirimos datos digitales (películas, libros, apps...) y generamos, almacenamos o intercambiamos datos también digitales (fotos, vídeos, archivos). Las aportaciones de los autores se refieren en particular a cuestiones de particular importancia en este ámbito, como la naturaleza jurídica de estos contratos, la prestación debida y los remedios, la protección de los datos personales, la transmisibilidad *mortis causa* de los datos y contenidos digitales y algunos aspectos referidos a la propiedad intelectual.

Así, tras una introducción redactada conjuntamente por Tatiana Arroyo Vendrell y Reiner Schulze, las cuestiones señaladas se van tratando –casi siempre alternativamente– por alemanes y españoles. En este sentido, el libro está bien estructurado y consigue dar una visión detallada de los temas que aborda, tanto desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea como desde la de los ordenamientos nacionales español y alemán.

En el plano formal, como obra de autores de distintas procedencias, el libro ofrece la peculiaridad de recoger cada aportación en el idioma de su autor, aunque acompañada siempre de un resumen y de unas palabras clave tanto en alemán como en español; solo la introducción se sale de este esquema y se presenta íntegramente en ambas lenguas (si bien en la versión española, posiblemente por un error, falta el resumen final con que se cierra la versión alemana). A este respecto, sin embargo, quizá los artículos hubieran podido seguir un criterio más uniforme en dos aspectos: de un lado, incorporando todos ellos un sumario inicial y una bibliografía final (solo lo hacen los españoles) y, de otro, presentando el resumen en el mismo lugar (en el libro,

¹ Esta recensión se enmarca en el Proyecto «Retos actuales de la autonomía privada» (DER2014-52503-P).

los españoles lo incluyen al principio y los alemanes al final); también es de observar que algunas de las traducciones al español de los resúmenes de las aportaciones alemanas probablemente habrían mejorado con una ulterior revisión por un jurista español. Finalmente, podría haber resultado de utilidad incorporar un listado de abreviaturas.

2. Entrando ya en el contenido de la obra, el primer artículo lleva por título «Contratos de contenidos digitales: Introducción» y es obra, como ya he adelantado, de Tatiana Arroyo Vendrell y Reiner Schulze. El punto de partida de esta aportación –y lo mismo puede decirse del resto– es la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, presentada por la Comisión el 9 de diciembre de 2015 (en adelante, PD), así como el texto modificado de la misma adoptado por el Consejo el 8 de junio de 2017 (Propuesta transaccional, PT en lo sucesivo); esta regulación contempla los contratos de suministro de contenidos digitales y los contratos sobre servicios digitales solo en las relaciones entre empresarios y consumidores (B2C). El objeto de esta Introducción es situar el tema tratado en su contexto y anticipar los temas en los que se centran las aportaciones posteriores, y que se refieren a aquellos aspectos en que los contratos sobre contenidos digitales obligan a revisar fórmulas clásicas del Derecho; esos aspectos son los siguientes: a) la *naturaleza jurídica de estos contratos* (dudosa a la vista del silencio del legislador europeo y de la amplitud del ámbito objetivo de la PD); b) la consideración de los *datos personales como posible contraprestación* a cambio de datos o servicios digitales; c) la transmisibilidad *mortis causa* de los bienes digitales; y d) la *propiedad intelectual* en el marco de estos contratos (cuestión que no regula la PD pero que, lógicamente, se ve afectada por estos contratos habida cuenta que los contenidos digitales están sujetos a derechos de autor). En su resumen final, Arroyo y Schulze no solo destacan los nuevos retos que se derivan del creciente significado de los contenidos digitales para el Derecho de contratos, el Derecho de la propiedad intelectual o el Derecho de sucesiones; también apuntan el impacto de ese desarrollo en otros ámbitos como el de los denominados *smart contracts*, las plataformas de Internet o la incorporación de «inteligencia artificial» a aparatos potencialmente peligrosos. La digitalización, concluyen los autores, exige de la ciencia jurídica arbitrar soluciones para las muchas cuestiones particulares que se suscitan, preservando al mismo tiempo la coherencia interna del Derecho privado.

3. El siguiente artículo, «Aproximaciones a la propuesta de directiva europea sobre los contratos de contenidos y de servicios digitales», ha sido redactado asimismo por la profesora Tatiana Arroyo Vendrell. En él se comienza dando cuenta del contexto en que se sitúa la PD y del estado en que se hallaba el proceso legislativo cuando se redactó el artículo para, después, ofrecer una visión global de las cuestiones más relevantes del contrato analizado a fin de alcanzar algunas conclusiones que permitan anticipar cuál puede ser el futuro de esta regulación. Esas cuestiones son las siguientes: a) los contratos contemplados por la regulación: la autora demuestra, con buen número de útiles ejemplos, cuán amplio es el *ámbito de aplicación material* de esta regulación (contratos de suministro de contenidos y servicios digitales –incluidos los *Over-the-Top*: p. e., WhatsApp–, independientemente de si el soporte empleado es electrónico o tangible y de si la contraprestación consiste en dinero o en datos personales del usuario) y da cuenta de la complejidad que puede revestir determinar la norma aplicable en ciertos casos en los

que nos encontremos ante lo que la propia regulación denomina «contenidos digitales incorporados» o «paquetes de contratos»; b) en cuanto a la *naturaleza jurídica del contrato*, la PD no la determina, pero la autora entiende que con el régimen que establece (y con el que pretende una armonización de máximos a favor del consumidor) crea un nuevo contrato típico; c) las *obligaciones del proveedor*; y d) los *remedios contractuales*: la profesora Arroyo valora aquí positivamente la preferencia dada a la subsanación y negativamente la supresión (en la PT) del reconocimiento expreso del remedio indemnizatorio. Su conclusión final es que la PD, pese a su pretensión de ofrecer mayor certidumbre, trae consigo buen número de incógnitas por la amplitud de su ámbito material, la ausencia de ciertas normas sustantivas y la neutralidad en la calificación del tipo contractual.

4. El profesor Johann Kindl es el autor del siguiente artículo, «Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung». Antes de centrarse en las dos cuestiones que apunta en el título de su aportación, Kindl subraya la amplitud del ámbito de aplicación de la PT, que se justifica por su finalidad de adaptación al rápido desarrollo tecnológico. Por lo que respecta a la *naturaleza del contrato*, el autor parte de la consideración de que lo relevante para determinar el tipo contractual no es cuál sea el objeto del contrato sino cuál es el contenido de la prestación debida. Por otra parte, considera escasa la importancia de esa determinación dado que la misma solo sería relevante –para controlar el contenido de las condiciones generales de contratación vía derecho dispositivo– respecto de aquellas cuestiones que la PT no regulara imperativamente. En todo caso, que los contratos contemplados en la PT puedan o no clasificarse como alguno de los contratos tipo del BGB depende de lo que se entienda por «facilitación de contenidos o servicios digitales»; conforme a la PT, el proveedor cumple poniéndolos a disposición del consumidor o haciéndoselos accesibles, tanto si ello es de forma permanente o continuada como si es solo por un cierto tiempo. Partiendo de ahí, sostiene que en el Derecho alemán los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales pueden ser calificados, según los casos, como contratos de compraventa, de arrendamiento o de obra; con una salvedad: si el consumidor «paga» con sus datos, el contrato debe considerarse mixto. La otra cuestión tratada es la de la *calidad de la prestación debida por el proveedor*, punto en el que analiza los requisitos, subjetivos y objetivos, establecidos por la PT y las exigencias para un posible alejamiento de los requisitos objetivos; para terminar, el autor aborda en particular la obligación de proporcionar al consumidor actualizaciones de seguridad, obligación cuyo alcance varía según que el contrato de suministro se refiera a un determinado período de tiempo o sea permanente y definitivo.

5. En la siguiente aportación, titulada «Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach dem europäischen Digital-RL-Vorschlag vor den Hintergrund des deutschen Rechts», es obra de Beate Gsell. En ella se analizan primero *las claves del régimen de remedios previsto en la PT* para el caso de vulneración del contrato y, después, el tratamiento de los contratos sobre contratos digitales en Alemania, para terminar examinando los retos que supondría la transposición de aquel régimen al Derecho alemán. Así, respecto de la primera cuestión, la PT consagra la subsanación como remedio preferente, por delante –como regla general con excepciones– de la reducción del precio o de la resolución del contrato; en orden a la subsanación, la PT no distingue entre sustitución y reparación, lo que la autora estima adecuado para estos contratos; la PT contempla además ciertos casos en los que el consumidor puede hacer valer direc-

tamente los referidos remedios secundarios (así, *v. gr.*, cuando ello se justifique a la vista de la gravedad de la vulneración del contrato); la resolución del contrato, por lo demás, solo se excluye para casos en que la vulneración del contrato sea insignificante, de modo que no se exige que la misma revista una especial gravedad, estableciéndose así un alto nivel de protección al consumidor que la autora estima justificado; en cambio, valora negativamente que la PT no contemple el remedio indemnizatorio y deje su eventual regulación a los Estados miembros, poniendo así en cuestión la plena armonización que como Directiva de máximos persigue. Respecto de la *situación en Alemania*, la falta de un régimen especial para los contratos contemplados en la PT obliga al intérprete a resolver las cuestiones que los mismos suscitan con las reglas de los tradicionales contratos típicos; ello plantea problemas porque estos contratos no contemplan suficientemente las especificidades de los contenidos digitales y porque los contratos sobre estos contenidos tienen normalmente un carácter mixto. Así las cosas, entre los *retos que supondrá la transposición de la PT al Derecho alemán*, destaca la determinación del tipo contractual; la autora entiende que habría que considerar su incorporación en una sección independiente, si bien ello rompería con la actual ordenación de tipos contractuales del BGB y, sobre todo, podría afectar a la coherencia interna del Derecho contractual ante la dificultad de explicar el alejamiento de algunas de las reglas aplicadas hasta ahora a algunos contratos tradicionales.

6. La PT admite que la contraprestación del consumidor pueda consistir en proporcionar datos personales al proveedor de contenidos y servicios digitales. Los dos artículos siguientes se centran en esta temática. Así, Susana Navas Navarro aborda en el suyo «El valor de los datos personales en el mercado». La autora *introduce el tema* presentando las Propuestas legales europeas en la materia y valorando positivamente la «monetización» de los datos personales que consagran porque, a su juicio, de este modo se protege la dignidad de su titular; no obstante, es consciente de las fricciones que necesariamente surgen entre la PT (que ve los datos personales en clave de «derechos de propiedad») y el Reglamento general de protección de datos (en adelante, RGPD) (que los ve en clave de «derechos humanos») y advierte de la consiguiente dificultad de implementar la PD en el marco del RGPD; desde la convicción de que los datos personales tienen para el consumidor un valor económico que se puede cuantificar, critica la opinión del Supervisor Europeo de Protección de Datos, contraria a que puedan operar como contraprestación en la PD. Centrándose ya en *la norma de la PD a este respecto*, la profesora Navas analiza en primer lugar los diversos métodos aplicables para valorar en abstracto los datos personales, siguiendo un estudio de la OCDE; después, tras explicar la noción económica del «excedente del consumidor» y ponerla en relación con la del «excedente del productor», y llevarlas al campo de estudio, concluye que mientras que el consumidor del contenido digital no siempre va a lograr un excedente por procurar sus datos, el proveedor siempre lo obtendrá; ello le lleva a formular diversas propuestas para tratar de reducir el excedente del proveedor en beneficio del titular de los datos procurándole a este una compensación económica (añadida al contenido digital suministrado). Para terminar, la autora concluye que *los datos personales deben considerarse como un activo patrimonial*, que la compensación económica por ellos debería tener en cuenta las diversas formas de explotación futura (cesión a terceros, posteriores tratamientos...) y que debe permitirse la cesión de datos personales a cambio de una compensación monetaria (además de, en su caso, un contenido digital).

7. El segundo artículo focalizado en el tema de los datos es obra de Reiner Schulze, se titula «Datenschutz und Verträge über digitale Inhalte» y aborda algunos de los problemas que suscita la relación entre la protección de datos y los contratos sobre contenidos digitales. Comenzando por la *protección de datos personales*, el prof. Schulze parte de algunas ideas fundamentales, como su consideración como derecho fundamental y derecho de la personalidad y su reconocimiento en la Carta Europea de Derechos Fundamentales y en el RGPD; por lo que respecta al RGPD en concreto, el autor destaca cómo ha clarificado el concepto de datos personales y cómo su detallada regulación del requisito del consentimiento, en particular por lo que respecta a la valoración de su libre otorgamiento, pone de relieve la estrecha relación de esta temática con el Derecho de los contratos; de especial impacto en este sector es asimismo el derecho que el RGPD reconoce al afectado a revocar en cualquier momento su consentimiento al tratamiento de sus datos personales, revocación que solo tiene efectos hacia el futuro y cuyo alcance puede verse limitado en determinados casos. Analizada esta cuestión, el autor se centra en la expresa consideración de *los datos como posible contraprestación* por parte de la PT; con ello se ganará, en su opinión, en claridad y en concienciación del consumidor en esta materia; pero como debilidades de la regla apunta, de un lado, su falta de conexión con el Derecho de protección de datos y, de otro, que solo se consideren contraprestación los datos personales que el consumidor aporte «activamente» (y no, p. e., los capturados a través de *cookies*). Para terminar, el autor trata el tema de *la repercusión de la revocación del consentimiento conforme a la normativa de protección de datos en el Derecho de contratos*; de un lado, tanto del RGPD como de la PT resulta una ruptura del principio contractual *pacta sunt servanda*: prevalece el derecho a revocar frente a las obligaciones asumidas contractualmente; de otro lado, aunque ni uno ni otra concretan las consecuencias de ello para el Derecho de contratos, ambos fijan algunos puntos de partida útiles en esta materia, como la exclusión de las pretensiones de cumplimiento y de las pretensiones secundarias que presuponen un incumplimiento.

8. «La transmisibilidad “mortis causa” de los bienes digitales», obra de la profesora María José Santos Morón, es el título de la primera de las dos aportaciones que se dedican a esta temática en el libro que estoy comentando. El trabajo comienza analizando *si las reglas generales del Derecho sucesorio bastan para resolver el destino de los bienes digitales a la muerte de su titular*; la autora sostiene que esas reglas solo sirven a tal fin respecto de los bienes digitales que tengan naturaleza patrimonial (nombres de dominio, libros electrónicos...) y que incluso en este ámbito la situación no siempre es clara (así, p. e., cuando el causante ostenta sobre el bien una mera licencia de uso o cuando resulte difícil conocer su existencia tras morir el titular); respecto de los bienes digitales que carecen de naturaleza patrimonial (v. gr., opiniones vertidas en redes), estamos ante información personal, manifestación de derechos de la personalidad del causante, y es precisa una regulación específica de su destino. En todo caso, la autora subraya que las claras diferencias que existen entre los bienes digitales y los físicos a efectos de su transmisibilidad *mortis causa* han llevado a algunos ordenamientos a regular específicamente la cuestión. En este punto el trabajo pasa a analizar *las soluciones aportadas por los ordenamientos norteamericano y francés* y pone de relieve cómo pese al distinto enfoque de una y otra (la solución americana pretende facilitar la gestión del administrador de la herencia, la francesa trata el tema desde la perspectiva de la protección de los datos personales), la solución final (y que la

autora considera adecuada) no es muy distinta: administrador o herederos solo tendrán acceso a los contenidos o datos personales del difunto si este manifestó expresamente ser esa voluntad, en cuyo caso esa voluntad prevalece sobre las condiciones generales de los proveedores del servicio. La profesora Santos termina *comparando estos regímenes con los que existen o se proyectan en el Derecho español* –la Ley catalana 10/2017 de voluntades digitales y el Proyecto de LO de protección de datos personales– y realiza una valoración crítica de estos; así, la Ley catalana prevé que el causante pueda designar a una persona para ejecutar actuaciones frente a los prestadores de servicios digitales, pero las facultades que puede otorgar son tan limitadas que finalmente deja en manos de aquellos decidir el destino de los bienes digitales; por su parte, el Proyecto de LOPD permite a los herederos, cuando el causante no haya designado a otra persona al efecto, acceder a los contenidos que aquel hubiera volcado en la red, solución que la autora critica por vulnerar las expectativas de privacidad del usuario medio de internet.

9. Markus Artz comenta la sentencia del Kammergericht (en adelante, KG) de 31 de mayo de 2017 en el artículo titulado «Das Schicksal eines Facebook-Accounts –Gedanken zum Umgang mit höchstpersönlichen Daten nach dem Tod eines Facebook-Nutzers». El fallo analizado, que tuvo una gran repercusión mediática, rechazó la pretensión de la madre y heredera de una chica de 15 años de acceder a los contenidos de la cuenta que su hija tenía en Facebook; la madre no podía llegar a ellos, pese a conocer la contraseña de la cuenta, porque Facebook, al conocer el fallecimiento de la titular, puso la cuenta en un estado particular que impedía entrar en ella de ese modo; la joven había fallecido tras ser arrastrada por un convoy de metro y la madre pretendía encontrar en la cuenta de su hija motivos que explicaran su suicidio. El autor expone los argumentos del KG y el resultado al que llega para terminar criticándolo. Así, y por lo que se refiere a la *línea argumental del KG*, el mismo parte de que la cuenta de Facebook –y el acceso a ella– es en principio susceptible de transmisión *mortis causa* a los herederos como sucesores universales *ex* § 1922 BGB, sin que ni del contenido ni de la configuración del contrato con Facebook resulte nada que lo impida; no obstante, en opinión del KG, la imposibilidad práctica de separar los contenidos de relevancia patrimonial de los de carácter personalísimo y la consiguiente posibilidad de acceso a estos últimos por parte de los herederos, hablaría en contra de la transmisibilidad a estos del total contenido de la cuenta. Con todo, el KG deja sin resolver la cuestión de si se puede o no heredar este tipo de cuentas y apoya su decisión en el § 88.3 TKG, que regula el secreto de las telecomunicaciones; el tribunal entiende que dicho precepto prohíbe a Facebook facilitar a los padres de la fallecida las circunstancias y el contenido de las comunicaciones mantenidas a través de la cuenta, aun cuando aquella hubiera consentido dicho acceso; y ello porque permitiendo ese acceso se vulnerarían el derecho al secreto de las comunicaciones del interlocutor de la causante. *El autor discrepa del fallo* (que fue recurrido ante el BGH) y, sobre la base de una distinta interpretación del § 88.3 TKG, sostiene que la facilitación del acceso a la cuenta por los herederos estaría amparada por dicho precepto.

10. La obra objeto de esta reseña se cierra con dos aportaciones referidas a ciertos aspectos de la propiedad intelectual en el entorno digital. La primera de ellas ha sido escrita por Sara Martín Salamanca y lleva por título «La comunicación pública en el entorno europeo: crónica y debate». La autora comienza aludiendo a la comunicación pública y la distribución de

ejemplares como dos formas de hacer accesible una obra al público; en la primera (que es la que tiene lugar en muchas formas de uso de obra ajena en internet) no hay reparto de ejemplares, en la segunda sí (y ello hace que la exclusiva se consuma con la primera transmisión de la propiedad de un ejemplar). En su trabajo la profesora Martín busca poner de manifiesto la *profunda revisión a la que está siendo sometido el concepto de comunicación pública por lo que respecta a su pervivencia en el entorno digital*. Para demostrarlo se vale de dos elementos. En primer lugar, de la evolución que dicho concepto ha experimentado en los últimos cuatro años en la jurisprudencia europea sobre la actividad de enlazado (la que proporciona a los usuarios enlaces que llevan a una obra o servicio sin contar a tal fin con el consentimiento de ningún titular); tras exponer y analizar críticamente cuatro pronunciamientos del TJUE, concluye que *la expansión interpretativa del concepto de comunicación pública por parte del TJUE* ha determinado más de una dislocación conceptual y revela que se trata de un concepto cambiante en el ámbito digital; también que empieza a asumirse implícitamente que puede ser un derecho exclusivo susceptible de agotamiento; la autora denuncia asimismo el excesivo apego de los razonamientos del TJUE a la regulación de la actividad de prestadores de servicios de la sociedad de la información. El segundo dato en el que la profesora Martín apoya su tesis es *la puesta en cuestión del concepto de «interactividad»*, característica de la modalidad de «comunicación pública» conocida como «puesta a disposición»; la interactividad supone que cualquier persona puede acceder a la obra o grabación desde el lugar y en el momento que elija; la autora expone los problemas suscitados para calificar la actividad de plataformas como Spotify, que ofrecen sus servicios de dos formas: la básica (*on demand*), en la que el usuario busca una canción que conoce (claramente, una puesta a disposición) y otra más evolucionada, que propone al usuario bloques de temas estándar o personalizados para él; la autora sostiene que también en este último caso se da la interactividad y que, particularmente en el sector de la música, no es adecuado restringir la puesta a disposición al servicio *on demand*.

11. Eva Inés Obergefell firma la última aportación del libro, titulada «Lizenzverträge über digitale Inhalte». La autora sostiene que los contratos sobre contenidos digitales son por regla general contratos de licencia cuyo objeto es una obra protegida por derechos de autor. La PT no toma en cuenta esta perspectiva, que es la que Obergefell trata de destacar. A tal fin comienza analizando las *características del contrato de licencia* como contrato –general aunque no necesariamente– gratuito, por el que se atribuye la facultad de utilizar bienes inmateriales y que admite diversas configuraciones; en concreto se refiere a la (discutida) naturaleza jurídica de las licencias, a la ausencia de una transmisión total y definitiva del derecho cuando se concede una licencia sobre obras protegidas por derechos de autor, a la vigencia del principio de separación en estos contratos (en los que por tanto se distingue el plano obligacional del plano real) y a la polémica acerca de la aplicabilidad o no en ellos del principio de abstracción. La autora se centra después en el posible *objeto de los contratos de licencia* –bienes inmateriales, sean analógicos o digitales–, y propone una sistematización de los bienes inmateriales digitales atendiendo a su régimen de protección; a la vista del concepto de contenidos digitales de la PT, concluye que los contratos que recaen sobre ellos coinciden básicamente con los contratos de licencia; por último, aborda las especificidades de los contenidos digitales como objeto de los contratos de licencia, centrándose particularmente en la cuestión del agotamiento del

derecho de distribución de ejemplares tras la primera puesta en circulación de los mismos con el consentimiento del autor; la cuestión aquí es si la doctrina del TJUE, que ha admitido el agotamiento en un caso de puesta a disposición *online* de un *software*, es extensible a otras obras digitales facilitadas *online*, siendo la posición de la autora contraria a ello y favorable a que legalmente se establezca que el principio del agotamiento no es trasladable a situaciones en las que no hay ningún ejemplar tangible. Obergfell concluye su trabajo refiriéndose a la eventual necesidad de *regular los contratos analizados en el Derecho alemán*; en su opinión, los contratos de licencia no pueden clasificarse dentro de ninguno de los contratos previstos en el BGB (compraventa, arrendamiento u obra) ni considerarse un contrato similar a ellos; en su opinión, tampoco conviene regularlos en el BGB, sino que deberían serlo en una Ley especial o en una «Parte General de la propiedad intelectual», a la que el BGB debería remitir.

12. El repaso de los contenidos de la obra ilustra bien que nos hallamos ante un trabajo detenido y concienzudo, que no solo da cuenta del contenido de la Propuesta de Directiva analizada sino que hace sugerencias concretas tanto de mejora de su texto como de regulación de temas que quedan fuera de su ámbito pero que se encuentran conectados a él. Por ello, así como por la innegable actualidad de los temas que aborda y por el creciente impacto práctico de los contratos analizados, la lectura del libro es muy recomendable y resultará muy útil a quien desee profundizar en el conocimiento de esta temática.

ESTHER GÓMEZ CALLE
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Reus, Zaragoza, 2018, 461 pp.

La obra que en esta reseña se considera tiene por objeto el análisis de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios y está escrita por uno de los más destacados especialistas en Derecho de consumo en nuestro país.

En este estudio se aborda un tema de candente actualidad y fundamental relevancia, toda vez que uno de los ámbitos en el que con más destacada habitualidad y profusión se aplican cláusulas abusivas es el de la contratación bancaria y, en su contexto, la consideración de la litigiosidad que genera la cláusula de gastos, de ordinario contenida en las escrituras de préstamo con hipoteca, sin duda ha venido a desplazar o, cuanto menos, a restar relevancia a las reclamaciones judiciales que hasta la fecha se han venido sustanciando con protagonismo casi absoluto de otras estipulaciones asimismo tachadas de abusividad, esencialmente las relativas a los intereses moratorios aplicados y al pacto sobre el vencimiento anticipado, ésta última en precisa vinculación con las asociadas situaciones de incumplimiento que pretenden justificar su aplicación.

En efecto, cuando las reclamaciones judiciales por abusividad en los préstamos asegurados mediante garantía real hipotecaria –inicialmente sustentadas de manera habitual en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria– parecían agotarse en los motivos relativos a la nulidad por abu-

sivas de las cláusulas de intereses moratorios y vencimiento anticipado, asumida la estimación retroactiva de las demandas –tramitadas a través del procedimiento declarativo correspondiente– por las que se interesa la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades financieras por aplicación de las estipulaciones que limitan la subida de intereses en los préstamos pactados con interés variable (cláusula suelo), se abre con fuerza una nueva brecha reivindicatoria de los derechos de los prestatarios que ahora reclaman a los bancos la devolución del importe de los gastos generados por la constitución del préstamo hipotecario (aranceles notariales y registrales, gestoría, tasación e impuestos, entre otros), indebidamente abonados por los deudores hipotecarios como consecuencia de la aplicación de la cláusula contenida en las escrituras de préstamo garantizado por hipoteca por la que se repercute el pago de los mismos al cliente. En definitiva, la relevancia de la materia tratada en esta obra se justifica por la copiosa litigiosidad, ya generada y que sin duda se va a seguir produciendo de futuro, de la denominada «cláusula de gastos» que impone al prestatario el pago de todos los gastos que se originen por la constitución del contrato de préstamo hipotecario y la consiguiente inscripción de la garantía real hipotecaria en el Registro de la Propiedad. Y es que, a pesar de que sobre la referida estipulación de ordinario incluida en las escrituras de préstamo hipotecario ya concurrían específicos pronunciamientos judiciales, el tratamiento del conflicto de intereses que la misma genera adquiere una nueva perspectiva a partir de la STS, Sala 1.ª, de 23 de diciembre de 2015, que constituye la primera resolución de nuestro Alto Tribunal que expresamente aborda la cuestión de la validez de la cláusula de gastos, y a partir de cuyo pronunciamiento se multiplicaron las sentencias dictadas en resolución de los litigios generados por la reclamación de los gastos ya abonados por parte de los prestatarios.

Por otra parte, y en orden a destacar la innegable importancia del asunto que aborda esta obra, no debe descuidarse la circunstancia de que en el contexto de la litigiosidad que genera la «cláusula de gastos» también concurre una variada tipología de situaciones. Y es que, ciertamente, una buena parte de las resoluciones judiciales recaídas en esta materia vienen a resolver demandas planteadas en el ejercicio de acciones individuales de nulidad planteadas por concretos consumidores. No obstante, en otras ocasiones, son las asociaciones de consumidores las que reclaman los gastos ya desembolsados por sus asociados ejercitando también a tal efecto acciones colectivas de cesación, circunstancia que obliga al juzgador a pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula en cuestión, toda vez que únicamente resulta posible la condena a la cesación en la aplicación de una cláusula cuando la estipulación en cuestión sea declarada nula, en estos casos por ser tachada de abusiva. En este último sentido, resulta de interés considerar que a mediados del año 2017 la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) interpuso tres demandas colectivas contra determinadas entidades financieras con la pretensión del cese en el uso de la cláusula de gastos incorporada a las escrituras de préstamos hipotecarios exigiendo una indemnización a favor de los perjudicados cuantificada en la cuantía de los importes desembolsados. Y no parece que vaya a ser éste el único supuesto al efecto pues, tal y como viene de continuo informando la prensa, otras asociaciones de consumidores han exteriorizado su propósito de ejercitar acciones judiciales de características similares a la indicada.

Ciertamente, la referida STS, Sala 1.ª, de 23 de diciembre de 2015 vino a declarar abusiva la cláusula en lo atinente a la imposición de los aranceles

notariales y registrales y al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados –doctrina, no obstante, posteriormente rectificada, por la STS, Sala 1.ª, de 15 de marzo de 2018, cuya consideración no alcanza a recoger la obra ahora comentada, y cuya crítica merece singular y separada atención–. Sin embargo, y a pesar de los relevantes pronunciamientos contenidos en la indicada sentencia dictada por el Alto Tribunal, numerosas cuestiones quedan todavía pendientes de resolver, como la relativa a las consecuencias de la nulidad de la cláusula de gastos, señaladamente el asunto atinente a si tras la declaración de nulidad el prestatario va a poder recobrar todas las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula o únicamente aquéllas que al mismo no le incumbiría pagar por disposición expresa de las correspondientes normas que determinan el sujeto pasivo de los correlativos gastos de necesario abono, extremo que nos conduce a la posible aplicación del derecho supletorio una vez declarada la nulidad de la cláusula; o también la materia relativa a la prescripción de la acción, en cuyo ámbito se demanda la determinación de si la acción de nulidad y la de restitución de cantidades comparten un mismo régimen de prescripción –y, más precisamente, si esta segunda acción prescribe–, así como la fijación del plazo prescriptivo y, en su seno, del *dies a quo* del mismo.

El trabajo analizado ofrece una revisión crítica de las posiciones doctrinales y, muy significativamente, de la doctrina jurisprudencial, nacional y europea, más reciente en relación con las principales cuestiones que suscita el estudio de la nulidad de la cláusula de gastos, teniendo como objeto de análisis la cláusula de gastos incorporada como condición general en el contrato de préstamo hipotecario. Con tal propósito, tras una Introducción que, a modo de presentación del contenido del trabajo, conforma el primero de los apartados de la monografía (*apartado I*), el estudio se distribuye en doce breves apartados más y un anexo.

Inicialmente se expone el caso resuelto por la STS, Sala 1.ª, de 23 de diciembre de 2015 y la solución al mismo que ofrecieron las tres diversas instancias procesales (*apartado II*). El capítulo, aunque sin duda integra una ilustrativa y necesaria referencia inicial, presenta un interés relativo, por la presupuesta difusión del contenido de una resolución que, además, no es de todo punto reciente, considerada la vertiginosa celeridad con que se suceden las decisiones judiciales en la materia que nos ocupa, no obstante lo cual este apartado no resulta del todo carente de interés pues, tal y como anuncia el autor al presentar su obra, es precisamente esta Sentencia del Alto Tribunal la que le sirve de punto de partida para acometer el análisis de la cláusula estudiada.

Seguidamente se examina la «cláusula de gastos» del contrato de préstamo hipotecario (*apartado III*), a cuyo efecto se expone un material de innegable interés constituido por los distintos modelos de las estipulaciones de este tipo aplicados por las diversas entidades de créditos, con referencia vinculada a la más destacada jurisprudencia –usualmente *menor*– que aborda su análisis en el correspondiente litigio planteado, tras lo cual el autor atinadamente expone, entreverando con ilustrativas resoluciones judiciales, las premisas comunes de la cláusula que permiten atisbar su naturaleza, a saber: (i) que se trata de una cláusula no negociada individualmente y una condición general de la contratación, y (ii) que el prestatario es, de ordinario, un consumidor.

En un apartado siguiente, el autor analiza si la «cláusula de gastos» supera el control de incorporación (*apartado IV*), alcanzando una conclusión

negativa al respecto tras analizar con detalle cada una de las condiciones que por la normativa tuitiva de consumidores y usuarios se exigen para la comprobación de dicha condición, es decir, comprensibilidad y accesibilidad. El contenido del apartado se enriquece sustancialmente por las referencias jurisprudenciales que se aportan en un epígrafe final del mismo.

A continuación, si bien con destacada brevedad, se analiza el control de contenido desde la propia exigencia legal y los diversos cauces existentes en nuestro Derecho que permiten considerar una cláusula abusiva (*apartado V*).

En capítulos siguientes se ofrece una exposición detallada acerca de si la cláusula analizada supera, o no, el control de contenido o, por el contrario, es abusiva en cada una de las subestipulaciones que la conforman, tales como las relativas a los gastos notariales (*apartado VI*), gastos registrales (*apartado VII*), el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (*apartado VIII*) y los gastos de gestión (*apartado IX*). Así, por cuanto se refiere a los *aranceles notariales derivados de la constitución de la hipoteca*, y tras analizar someramente los argumentos de la STS, Sala 1.^a, de 23 de diciembre de 2015, con acertado criterio el autor se plantea quién, desde la normativa vigente, debería abonar los aranceles notariales de la escritura pública de préstamo hipotecario si no existiera cláusula de gastos, lo que le permite discernir entre aranceles notariales que debe abonar el prestamista, los que incumben al prestatario y los que atañen a ambos de manera solidaria¹, cerrando la exposición con una cumplida referencia tanto a la jurisprudencia recaída en la materia –de Audiencias Provinciales como de Juzgados de instancia– como a la doctrina emanada del Centro Directivo –sustanciada, de manera esencial, en la Resolución de 7 de abril de 2016, todo lo cual le permite concluir, con atinado criterio, el carácter abusivo de la subestipulación considerada, desde la esencial perspectiva ofrecida por el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (cfr., arts. 82 y 89.2 y 3). Con relación a los *gastos registrales*, igualmente su análisis parte de la STS, Sala 1.^a, de 23 de diciembre de 2015, que consideró abusiva la cláusula que impone al prestatario el abono de los aranceles registrales, siguiéndose posteriormente la misma pauta expositiva que el caso del análisis de los aranceles notariales –sujeto obligado a su abono y jurisprudencia sobre quien debería abonar los aranceles registrales en el caso de no existir la cláusula de gastos– para alcanzar la misma certera conclusión que permite afirmar el carácter abusivo de esta subestipulación, con fundamento en los mismos criterios legales mencionados que se contienen en la normativa tuitiva de consumidores y usuarios (arts. 82 y 89.2 y 3, d el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Se llega posteriormente al análisis del control de contenido y pago del *Impuesto de Actos Jurídicos Documentados* para, tras una ilustrativa exposición de los tributos que gravan el préstamo hipotecario y partiendo asimismo de los criterios aplicados por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 para considerar abusiva la cláusula que impone su pago al prestatario, concretar el sujeto pasivo del referido tributo con previa exposición en este particular de las diversas tesis concurrentes (la que defiende que es el prestatario, asumida por

¹ Tesis que, si bien resulta fundada con el material –normativo y jurisprudencial aportado en su argumentación– no obstante no comparto, por entender que es precisamente el prestamista el requiriente de los servicios del fedatario público y, por consiguiente, el sujeto interesado en la prestación de estos servicios, razón que justifica el que sea la entidad financiera la que deba asumir en su integridad el pago de los gastos notariales (cfr., CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, Valencia, 2017, Ed. Tirant Lo Blanch, p. 114-115).

la Sala 3.^a del TS con fundamento en el art. 68. II del RITP y AJD, y la que, contrariamente a la anterior, defiende que es prestamista, de conformidad con un adecuado entendimiento del art. 29 del TRLITP y AJD) para alcanzar la conclusión –a mi juicio plenamente atinada²– de que una correcta interpretación del artículo 29 del TRLITP y AJD no puede conducir sino a defender que el sujeto pasivo del IAJD en la constitución del préstamo hipotecario es el prestamista, resultando que el artículo 68. II del RITP y AJD es ilegal, por lo que los órganos judiciales no deben aplicarlo. El apartado se complementa con una profusa y trabajada selección de la jurisprudencia civil acerca del sujeto pasivo del Impuesto de Acto Jurídicos Documentados que, por razón de oportunidad –*rectius* inoportunidad– cronológica no resulta inclusiva de la relevante STS, Sala 1.^a, de 15 de marzo de 2018 que sigue en este punto la propia doctrina consolidada por la Sala 3.^a del Alto Tribunal, y que tanto ha defraudado a quienes, probablemente, albergábamos exageradas expectativas en la esperada resolución de la Sala 1.^a, de nuestro Tribunal Supremo.

En un ulterior capítulo se aborda la «cláusula de gastos» y la posible aplicación a la misma del control de transparencia (*apartado X*). Se concluye en este punto que, con carácter general, si la cláusula no versa sobre el objeto esencial del contrato –como sucede con la cláusula que se analiza– el único deber de transparencia exigible es el derivado del control de inclusión y, superado ese control formal, la única vía para anular la cláusula es su consideración como abusiva, en el marco del control de contenido, a cuyo efecto carece de transcendencia si el consumidor sabía o no que su contrato imponía el coste de todos los gastos de formalización del préstamo hipotecario. La expuesta conclusión no resulta por mi compartida, toda vez que, en mi opinión, si la información precontractual es clara y comprensible y el consumidor conoce con exactitud los gastos que debe abonar y el importe de los mismos, debe concluirse que la cláusula es transparente y, en consecuencia, válida, sin desatender la circunstancia de que existen dos vías para informar al consumidor de dichos gastos, a saber, (i) el documento de información precontractual personalizado, y (ii) el mismo requerimiento al consumidor, realizado con carácter previo a la celebración del contrato, de una provisión de fondos para hacer frente a dichos gastos, con indicación del destino concreto de los fondos requeridos, siendo en este punto a mi juicio criticable la STS, Sala 1.^a, de 23 de diciembre de 2015 que declara la cláusula abusiva en todos los casos, sin atender a la información precontractual que sobre la imputación de estos gastos ha podido realizar la entidad financiera³.

La cuestión relativa a los efectos de la nulidad de la cláusula y a las cantidades que tiene derecho a reclamar el prestatario al prestamista tras la declaración de nulidad de la cláusula resulta tratada en una sección posterior (*apartado XI*), en la que, tras la exposición de la solución ofrecida por la STS, Sala 1.^a, de 23 de diciembre de 2015, atinadamente se concluye la nulidad de pleno derecho de la cláusula, planteándose a tal efecto su posible conversión o confirmación, así como la posibilidad de aplicación supletoria del Derecho nacional tras la declaración de nulidad de la cláusula abusiva a la luz de la doctrina jurisprudencial del TJUE y del TS que inexorablemente conduce a la solución negativa que, acertadamente el autor no comparte

² Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, ob. cit., pp. 122 y ss. y 133.

³ Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, ob. cit., p. 34.

desde el criterio de una adecuada aplicación del principio de efectividad que impone que el empresario que ha predispuesto e impuesto una cláusula abusiva no quede en mejor condición por el hecho de haberla predispuesto pero no que el profesional quede peor por haber utilizado dicha cláusula, de lo que se infiere que el referido principio excluye la denominada «reducción conservadora de la validez». El capítulo concluye con una exhaustiva y muy interesante exposición de la ingente doctrina jurisprudencial recaída en la determinación de las cantidades que tiene derecho a reclamar el consumidor al prestamista tras la declaración de nulidad de la «cláusula de gastos», demostrativa de la relevante controversia práctica que la materia suscita y que se resume en las tres tesis usualmente defendidas por nuestros órganos jurisdiccionales y que resultan expuestas por el autor con todo detalle.

En el capítulo siguiente se analiza el régimen de prescripción de la acción (*apartado XII*), con una interesante reflexión acerca de la determinación del «*dies a quo*» y de la prescripción del derecho del prestatario en el supuesto de préstamos ya cancelados, que se completa con una referencia general al tratamiento del instituto de la prescripción en la jurisprudencia.

Finalmente, un último capítulo se ocupa de otras cuestiones, tales como una referencia a los préstamos hipotecarios concertados antes de la entrada en vigor del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, el alcance de la doctrina contenida en la STS, Sala 1.º, de 23 de diciembre de 2015, o la consideración de la materia en los supuestos en que el prestatario no tiene la condición de consumidor (*apartado XIII*).

La obra concluye con un anexo jurisprudencial en el que constan expuestas las dos resoluciones existentes de la Dirección General de los Registros y del Notariado que analizan la validez de la cláusula de gastos, y las sentencias más relevantes sobre la materia dictadas por una selección de Audiencias Provinciales y juzgados de primera instancia.

Como conclusión que se sigue del análisis de la obra expuesto en las páginas precedentes debo señalar que, en mi opinión, nos encontramos ante un texto de singular relevancia y destacado interés en la materia de que trata, cuya lectura y estudio resulta imprescindible en la consideración y el tratamiento de la llamada «cláusula de gastos» y cuya consulta es referencia necesaria para cualquier operador jurídico que pretenda conocer el alcance actual de la estipulación cuestionada.

Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ
Magistrado-juez del Juzgado de instancia n.º 4 de Castellón
Profesora Titular de Derecho civil
Universitat de València

SMITS, Jan M.: *Contract law – a comparative introduction*, 2.ª edición, Elgar, Cheltenham, 2017, 288 pp.

En los últimos años estamos asistiendo a un fenómeno de globalización al que el Derecho no es ajeno. Una globalización que se manifiesta tanto a nivel mundial como, más específicamente en nuestro ámbito, a nivel europeo. Este fenómeno abarca multitud de aspectos diferentes, pero en el plano jurídico afecta de forma especial al Derecho de contratos, tan habitual en la praxis diaria. Una manifestación clara de ello ha sido el auge, especialmente

en Europa, de las asignaturas de Derecho comparado, que cada vez se imparten en mayor número, sobre aspectos más específicos del Derecho y que generan más y más interés.

Una aproximación y un estudio sobre este fenómeno desde la perspectiva del Derecho comparado es lo que nos ofrece Jan M. Smits, profesor visitante de Estudios de Derecho Comparado en la Universidad de Helsinki, de Derecho Privado Europeo en la Universidad de Maastricht y director del Instituto Europeo de Derecho Privado de la misma ciudad. En su obra «Contract Law. A Comparative Introduction» el profesor Smits cumple, como él mismo explica en el prefacio, un doble propósito; introducir a los estudiantes de Derecho en el ámbito de los contratos, y al mismo tiempo, hacerlo desde la perspectiva del Derecho comparado.

Que el autor es profundo conocedor del Derecho comparado y profesor universitario es algo manifiesto no sólo en esta segunda edición (que incluye las principales reformas desde 2015) sino ya en la primera, que se usara como libro de texto para el estudio en la Facultad de Derecho de Maastricht. La estructura que nos presenta es un tanto atípica, pero no por ello deja de ser pedagógica y clara, a la vez que rigurosa y completa. El profesor Smits estructura el libro en seis bloques temáticos: qué es el Derecho de contratos y cuáles son sus fuentes; cómo se formaliza un contrato; cuál es su contenido; qué requisitos han de darse para su validez; las soluciones ante el incumplimiento; y cómo pueden afectar a terceras partes. Decía que la estructurar es atípica, y no tanto por el orden en que trata los diferentes aspectos del Derecho de contratos, sino por cómo configura cada tema. Al inicio de los mismos hay un breve resumen del contenido, así como una tabla con las ideas clave, algo que vuelve a recoger al final a modo de conclusión sintética y que facilita mucho la labor a la hora de estructurar mentalmente la información. Este espíritu eminentemente didáctico hace que el profesor Smits consiga sintetizar en menos de 300 páginas una visión bastante completa del Derecho de contratos, de manera que gracias a su maestría evita sacrificar una visión holística de la materia en aras de la brevedad, conjugando ambas perfectamente.

Demuestra gran maestría en el aspecto pedagógico no sólo por esto, sino porque al margen de cada párrafo destaca en una sola palabra cuál es la idea que se explica en ese epígrafe, lo que hace la lectura y desde luego la búsqueda temática mucho más sencilla, no sólo para estudiantes, sino para cualquier lector que desee consultar un aspecto en particular. Además, Smits incluye una gran cantidad de cuadros que añaden información complementaria al tema que se trate en esa sección; en los mismos recoge desde el tratamiento de algunos problemas contractuales en Oriente Medio, al análisis de algunas sentencias de tribunales estadounidenses interpretando de forma particular ciertos conceptos, pasando por temas de actualidad como la maternidad subrogada, por citar algunos ejemplos. Lo más interesante de estos cuadros, en los que en efecto profundiza en la idea de acercarse a los contratos de forma comparada, es que consigue que el lector pueda enriquecerse aún más leyéndolos, pero que también pueda obviarlos si así lo desea para centrarse en el estudio estricto del tema en cuestión, ya que estas notas no restan nada a la perfecta comprensión de las cuestiones expuestas sino que, sólo si el lector se interesa, enriquecen su visión y la complementan. Ciertamente, y debido a la naturaleza de la obra, habrá algún lector que eche en falta un desarrollo exhaustivo de algún tema, pero no podemos perder de vista la idiosincrasia de esta obra que, de excederse en el desarrollo de algunos aspectos, acabaría diluida.

El libro adolece sin embargo de algo propio de los estudios de Derecho comparado, al menos en Europa, y es que sólo aborda los contratos desde la perspectiva del Derecho francés, inglés, holandés y alemán. En algunos capítulos, como el dedicado al acuerdo de voluntades y la interpretación de ciertas cláusulas, peca además de centrarse de forma casi exclusiva en el Derecho alemán, de forma que se citan numerosos preceptos legales pero únicamente del BGB. Es de justicia decir también que, no sólo por la imposibilidad material de un estudio comparado a nivel global, sino por el enfoque del libro, esta reducción que hace el profesor Smits tiene sentido porque extracta los Derechos más influyentes en Europa y a nivel mundial, de manera que de esta aparente debilidad sabe hacer también una fortaleza, presentando el Derecho de contratos global con unos pocos ejemplos concretos.

Otro aspecto destacable de esta obra es no sólo la claridad de lenguaje, de fácil comprensión pero con la precisión jurídica que se requiere, sino la naturalidad con que explica los temas. La profusión de ejemplos cotidianos se combina con el análisis de casos reales, a veces comentados por el propio autor, y a veces con extractos de sentencias relevantes que ayudan a clarificar la cuestión expuesta. Esto cumple desde luego la función académica como manual universitario para estudiantes de primer curso, pero satisface también al lector de mayor conocimiento jurídico que busca profundizar a través de la práctica en algún ámbito de la materia contractual. Hay que añadir, sin embargo, que en algunos capítulos el estudio jurisprudencial se centra exclusivamente en resoluciones de tribunales del *common law*, echándose de menos las de algunos tribunales de Derecho continental de cualquiera de los países que se tratan en el libro.

Esta combinación entre práctica y doctrina tan bien incardinada no es desde luego casualidad, y se entiende cuando se observa la bibliografía a la que alude al final de cada capítulo. El hecho de que la esponga por temas y no al final de la obra facilita mucho la labor de búsqueda bibliográfica sobre un tema específico, y hace que el lector pueda elegir entre autores tan consolidados como Ihering, Zimmermann, o Richard A. Posner, que comparten espacio con otros no tan conocidos pero no por ello menos interesantes. Esta riqueza extra añadida sólo al final del capítulo evita al estudiante que se inicia en el estudio del Derecho las profusas notas al pie que no desea consultar, y a la vez satisface al lector que busca profundizar en la doctrina sobre un tema concreto.

En suma, lo que el lector, sea estudiante o sea concedor del Derecho va a encontrar en este libro, son dos obras en una sola. Podrá prestar atención a los cuadros resumen, obviar los recuadros de ampliación y las riquísimas y variadas bibliografías si sólo quiere acercarse al Derecho de contratos. Por el contrario podrá hacer una lectura íntegra de una obra que señala los caminos (y recorre algunos) del Derecho de contratos desde la acertada perspectiva del Derecho comparado, contexto en el que estamos inmersos.

Daniel MARTÍN VEGAS
Becario de iniciación a la investigación
Universidad de Málaga



Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Universidad CARLOS III de Madrid), María del Rosario DÍAZ ROMERO (Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE (Universidad Alberto Hurtado [Chile]), Martín GARCÍA-RIPOLL (Universidad de Murcia), Sebastián LÓPEZ MAZA (Universidad Autónoma de Madrid), Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN (Universidad Autónoma de Madrid)

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.— II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

EIDENMÜLLER, H.: «The Rise of Robots and the Law of Humans», *ZEuP*, núm. 4, 2017, pp. 765-777.

El artículo examina el «ascenso» (*rise, Aufstieg*) de los robots y la emergencia del Derecho de los robots. Las tesis principales son: a) la regulación de los robots ha de ser específica; b) las categorías jurídicas dogmáticas existentes pueden aplicarse con sentido a la regulación de los robots; c) el Derecho de los robots está moldeado por la estructura normativa profunda (*deep normative structure*) de una sociedad; d) si esta estructura es utilitarista, entonces deberían ser tratados los robots inteligentes como seres humanos; e) distintos argumentos epistemológicos y ontológicos se oponen a esta equiparación.

El trabajo aplica estas tesis al caso de la responsabilidad por accidentes en los coches que funcionan sin conductor. (*M. G.-R.*)

FREY, B. S./ ULBRICH, CH.: «Zur Bedeutung der empirischen Lebenszufriedenheitsforschung für die Rechtswissenschaft», *AcP*, núm. 1, 2018, pp. 32-66.

En los últimos años ha surgido una nueva disciplina científica: la investigación empírica de la satisfacción vital o bienestar (*Lebenszufriedenheit, well-being*). Los filósofos se han ocupado desde antiguo de la felicidad. Por el contrario, la moderna investigación de la felicidad es empírica y practica-

da sobre todo por psicólogos y economistas. Un objetivo central es comprender como diferentes factores influyen en la satisfacción vital de los seres humanos.

Los autores defienden que de la investigación empírica sobre la satisfacción vital se pueden obtener importantes conocimientos para la ciencia del Derecho. Así, p. ej., en el ámbito de la indemnización de daños se puede determinar con ayuda de este método la cuantía de la indemnización por daños inmateriales, dando un valor preponderante al punto de vista económico. (*M. G.-R.*)

GARAPON, A.: «Le devenir systématique du droit», *SJ*, 2018, núm.21, pp. 1014-1021.

El autor analiza los grandes cambios en el mundo actual y la situación del derecho. Intenta dar una visión del futuro del derecho ante la nueva situación. (*R. A. R.*)

GREINER, S.: «Die Auslegung empfangbedürftiger Willenserklärungen zwischen «Normativität» und subjektivem Empfängerhorizont», *AcP*, núms. 4 y 5, 2017, pp. 492-533.

La interpretación «normativa», «objetiva» u «objetivada» mediante el horizonte del receptor se considera hoy día como regla básica universal aplicable a la interpretación de declaraciones de voluntad necesitadas de recepción. Tal interpretación debe ser, en la interacción con la impugnación por error, la clave para equilibrar los intereses contrapuestos del declarante y del receptor, y para reconciliar la relación conflictiva entre voluntad y declaración. Este método no se encuentra, desde luego, expresamente en la ley, sino que más bien se esconde en la reglas de interpretación y en los preceptos sobre vicios de la voluntad.

Lo anterior es la opinión general en Alemania. El autor del trabajo no está tan seguro, poniendo como ejemplo las declaraciones de voluntad necesitadas de recepción que tienen efectos supraindividuales; así, los estatutos de asociaciones y sociedades; y también en el supuesto básico de las condiciones generales de la contratación. (*M. G.-R.*)

HAMANN, H. / HOEFT, L.: «Die empirische Herangehensweise im Zivilrecht. Lebensnähe und Methodenehrlichkeit für die juristische Analytik?», *AcP*, núm. 3, 2017, pp. 311-336.

El modo de proceder empírico en Derecho civil. Según los autores, es cada vez más aceptado en Alemania que la comprensión básica de la estadística debe pertenecer a los métodos analíticos de los juristas. Frente a la igualmente extendida variante de la declaración judicial, no se encuentran el método jurídico y la estadística en pie de guerra, sino que se complementan mutuamente como plasmación de la «capacidad del pensamiento analítico y de la conclusión lógica». Y se pone como ejemplo una encuesta llevada en una Universidad alemana para que los encuestados interpretaran el sentido de una cláusula contractual que se había discutido en el Tribunal Federal Laboral (*Bundesarbeitsgericht*).

Precisamente, en los EE. UU. se ha propuesto hace poco una renovación apremiante y radical de la interpretación contractual mediante encuestas y experimentos, sobre todo pensando en los contratos con condiciones generales celebrados con consumidores y que incorporaban cláusulas sorprendentes. (*M. G.-R.*)

NEUNER, J.: «Natürlicher und freier Wille. Eine Studie zum Bürgerlichen Recht», *AcP*, núm. 1, 2018, pp. 1-31.

Estudio filosófico-jurídico de un conocido tratadista de la Parte General sobre la «voluntad natural» y la «voluntad libre» en el Código civil alemán. (M. G.-R.)

ZACCARIA, A.: «Le fonti delle obbligazioni nel code civil riformato», *RDC*, 2018, núm. 2, pp. 454-459.

Observaciones en torno a la reforma francesa del Derecho de Contratos, en relación con la regulación contractual italiana y las fuentes de las obligaciones contractuales y extracontractuales. (M. R. D. R.)

DERECHO DE LA PERSONA

ALPA, G.: «Autonomia privata, diritti fondamentali e “linguaggio dell’ odio”», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 45-80.

Artículo que se ocupa de los límites a la libertad de expresión, en particular, del lenguaje del odio. Analiza este último a la luz tanto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo aplica, como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por último, el debate más interesante sobre el lenguaje del odio se sitúa en la cultura estadounidense. (Alma R. G.)

AZZI, T.: «La propriété artistique», *RIDA*, núm. 256, abril 2018, pp. 181-208.

El autor trata de explicar en este estudio el significado de «propiedad artística», entendida como el conjunto de normas sobre los derechos de los autores sobre una categoría específica de obras, como son las obras de arte en general. Destaca el autor la especialidad del objeto sobre el que recae la propiedad artística, que, a diferencia de otros (ej.: una película incorporada en un DVD o un libro incorporado al papel), se trata de un objeto plasmado en un medio que es exhibido abiertamente al público de manera general, cuya ejecución es fruto del talento personal del artista y que llegan a alcanzar un gran precio en el mercado. Por otro lado, el autor analiza las tres características básicas de las normas que regulan este tipo de obras. En primer lugar, es una materia que ha sido regulada por el Derecho de la UE y que ha sido objeto de discusión en distintas sentencias del Tribunal de Justicia. En segundo lugar, la propiedad artística tiene una conexión especial y una gran influencia sobre los derechos fundamentales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de establecer en diferentes casos. Y, en tercer lugar, en este ámbito han existido distintos lobbies que han tratado de influir en el marco normativo que regula esta materia (ej.: los subastadores o las grandes fundaciones de artistas). Dicho esto, el autor divide su estudio en dos partes. En la primera, se encarga de determinar si las normas sobre propiedad artística de la Ley francesa de 1957 han envejecido bien con el paso de los años. Y, para ello, se refiere al objeto protegido y a los derechos garantizados a los autores de estas obras (morales y patrimoniales). Y, en la segunda parte, ofrece distintas pautas sobre cómo deben interpretarse esas disposiciones, proponiendo una interpretación correctora de la Ley, para así adaptar las nor-

mas a los avances tecnológicos, a las nuevas prácticas, a la implementación de las directivas comunitarias y a la influencia de los lobbies. (S. L. M.)

BENABOU, V-L.: «Les “exceptions”: variations autour d’une notion floue», *RIDA*, núm. 256, abril 2018, pp. 107-166.

Los derechos de autor no son derechos absolutos, sino que están sometidos a límites o excepciones. Este es el tema de estudio de la autora de este artículo. Comienza señalando la poca atención que la Ley francesa de 1957 prestó a los límites y cómo éstos han ido adquiriendo cada vez más relevancia como consecuencia del desarrollo tecnológico. Explica que, el hecho de no tener que pedir autorización al autor para hacer uso de la obra en estos casos, no significa que dicha utilización sea gratuita, pues en ciertas ocasiones se puede traducir en un derecho de mera remuneración. A la hora de analizar la problemática que plantean los límites, la autora divide su estudio en dos partes. La primera contiene un análisis histórico de las excepciones, interpretadas como ausencia total del derecho de exclusiva, como algo opuesto a este derecho que se concede a los autores. En la segunda parte, en cambio, propone una interpretación de los límites mucho más abierta, como mecanismos alternativos para organizar la explotación de las obras y el acceso por parte del público. Apunta que los límites pueden tener distinta intensidad a la hora de recortar la exclusividad de los autores. La autora apuesta por utilizar las excepciones como una alternativa a los sistemas de gestión colectiva y las considera herramientas imprescindibles para conseguir un equilibrio adecuado entre los intereses de los autores y los intereses de los usuarios de obras. Todo este estudio se elabora no sólo desde el punto de vista de la legislación francesa, sino también desde el punto de vista de la legislación comunitaria, teniendo en cuenta, igualmente, los derechos nacionales de los Estados miembros. (S. L. M.)

BONSAMOUN, A.: «Bon anniversaire à la loi de 1957!», *RIDA*, núm. 256, abril 2018, pp. 5-23.

El artículo de esta autora abre un número especial de *RIDA*, dedicado a la Ley francesa de 11 de marzo de 1957, sobre la propiedad literaria y artística (en vigor a partir del 11 de marzo de 1958). Con motivo de su 60.º aniversario, el Centro de Estudios e Investigación en Derecho sobre la propiedad inmaterial (París), junto con otras organizaciones, celebró un coloquio, cuyas ponencias son publicadas en esta revista, sobre cómo esa ley de 1957 se aplica actualmente. La autora divide su aportación en dos partes: 1) cómo la ley quiso encontrar un marco idóneo y flexible para el derecho de autor; 2) cómo ese deseo se enfrenta hoy en día a la propuesta continuada de revisar el derecho de autor para adaptarlo a las nuevas tecnologías. Lo finaliza con una reflexión sobre el futuro de la ley, destacando la necesidad de establecer medidas que hagan efectiva la aplicación del derecho de autor y superar, así, los riesgos que plantea el desarrollo tecnológico, como la inteligencia artificial. (S. L. M.)

BRAVO, F.: «Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà “fondamentali”, tra mercato o persona: nuovi assetti nell’ordinamento europeo», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 190-216.

Reflexiones sobre la relación existente entre derechos y libertades fundamentales, con particular referencia a la hipótesis de colisión entre aquellos relativos al principio personalista y aquellos relativos a una perspectiva eco-

nómica, es decir, se profundiza en la dialéctica entre la tutela de la persona y del mercado. Hoy éste es un tema de gran actualidad a raíz de la toma de postura del legislador cristalizada en el nuevo Reglamento Europeo en materia de protección y libre circulación de los datos personales de 2016. (*Alma R. G.*)

CARON, C.: «Les contrats», *RIDA*, núm. 256, abril 2018, pp. 167-179.

El objeto de estudio de este artículo son las disposiciones de la Ley francesa de 1957 relativas a los contratos que tienen que ver con el derecho de autor y cuál ha sido su evolución hasta la actualidad. Resalta este autor que las normas sobre Derecho contractual han ido adquiriendo cada vez más peso con el paso del tiempo (de 8 artículos que se dedicaban a ello en 1957 se ha pasado a 12 en 2018). Igualmente, pone de relieve cómo cuestiones que fueron importantes en su momento, lo siguen siendo ahora también (ej.: la obligación de precisar los detalles de la cesión de derechos, el requisito de la remuneración proporcional o el deseo de proteger a los autores, entre otros), y que esta parte del derecho de autor no ha sido armonizada en los Estados miembros de la UE. Planteadas estas cuestiones introductorias, el estudio se divide en dos partes. En la primera se hace un análisis general del Derecho contractual de autor, destacando que, actualmente, este Derecho tiene la misma estructura y el mismo espíritu que en 1957. La segunda parte se dedica a estudiar algunos contratos en particular (el contrato de edición, el contrato de interpretación o ejecución y el contrato de producción audiovisual). (*S. L. M.*)

CICERO, C.: «Il diritto al cognome materno», *DFP*, 2018, núm. 1, pp. 245-258.

Artículo que analiza la atribución del apellido materno a los hijos ante la inexistencia de una norma expresa en el ordenamiento dirigida a atribuir el apellido paterno, que se fundamenta tanto en la tutela de la igualdad moral como de la identidad personal. A la vez se estudia el patronímico en los sistemas jurídicos occidentales y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la materia. (*Alma R. G.*)

D' AVACK, L.: «Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: un'analisi della recente legge approvata in Senato», *DFP*, 2018, núm. 1, pp. 179-201.

Antes de la Ley de 22 de diciembre de 2017 n. 219 no existía en el ordenamiento italiano la posibilidad de rechazar o de solicitar, de manera anticipada, la interrupción de un tratamiento médico por parte del paciente, en previsión de una futura incapacidad de autogobernarse por sí mismo. El objeto del presente artículo es el análisis de dicha regulación legal de las disposiciones previas sobre tratamiento médico por parte de los sujetos en situación de vulnerabilidad. (*Alma R. G.*)

GAUTIER, P-Y.: «Le droit moral», *RIDA*, núm. 256, abril 2018, pp. 43-55.

El derecho de autor está formado por un haz de facultades de carácter patrimonial y por un conjunto de facultades de carácter personal o moral. El profesor Gautier se centra en el estudio de este último grupo, haciendo un elaborado análisis de la jurisprudencia francesa sobre esta materia. En particular, el artículo se refiere a dos cuestiones: a) si el derecho moral está en peligro

como consecuencia del método analítico que utilizan los jueces a la hora de enjuiciarlo; b) la necesidad de determinar cómo preservar el derecho moral en el mismo sentido en que se ha venido entendiendo tradicionalmente. (*S. L. M.*)

GOGOS-GINTRAN, A.: «La decisión d'arrêts des traitements pour les majeurs protégés», *RD*, 2018, núm. 2, pp. 81-86.

La decisión sobre el tratamiento de los mayores protegidos ¿quién la toma? En principio, según el código de salud pública es el propio paciente según su voluntad, pero si no tiene capacidad, ¿qué hacer? En ese caso sólo el médico puede decidir. (*R. A. R.*)

IPPOLITI MARTINI, C.: «La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione», *NLCC*, 2018, núm. 2, pp. 385-411.

Reflexión sobre la ley de 7 de abril de 2017 n. 47, sobre la protección de menores en los supuestos de estancias sin acompañante en el extranjero. Instrumentos de integración y control. (*M. R. D. R.*)

KLINGBEIL, S.: «Der Begriff der Rechtsperson», *AcP*, núm. 6, 2017, pp. 848-885.

El autor, después de poner de manifiesto la centralidad del concepto de persona jurídica (física) en el Derecho, manifiesta algunos de los problemas que plantea en la doctrina actual, como la confusión terminológica o la situación de las personas jurídicas colectivas.

Tras la introducción, trata el estatuto de la persona en el Derecho, la estructura de la persona (el titular, la capacidad jurídica, el pensamiento, el conocimiento, el sujeto jurídico, el sometimiento al Derecho, el cuerpo, el órgano jurídico, la personalidad jurídica, etc.) y las sociedades de personas como personas en el ámbito jurídico. (*M. G.-R.*)

LE BONNIEC, N.: «Vers une convergence des exigences constitutionnelles et européennes en matière de protection des données personnelles numériques?», *SJ*, 2018, núm. 23, pp. 1129-1134.

Problemas de convergencia entre el derecho europeo y la Constitución francesa en materia de datos personales. Se han observado en las decisiones del Consejo Constitucional francés de los años 2017 y 2018. Reforma constitucional para proteger más los datos. (*R. A. R.*)

LENOIR, N./DILL, A./BÉRION, H.: «Alerte professionnelle et protection des données personnelles», *SJ*, 2018, núm. 19-20, pp. 947-955.

Los problemas en materia de protección de datos en casos de lanzamientos de alerta en internet. Aplicación del Reglamento General de protección de datos personales de 27 de abril de 2016. Problemas de equilibrio entre el derecho a la vida privada y el derecho al olvido frente a la exigencia de transparencia y derecho a la ética. (*R. A. R.*)

LUCAS, A.: «La nature du droit d'auteur», *RIDA*, núm. 256, abril 2018, pp. 25-41.

El autor, máxime estudioso de la propiedad intelectual en Francia, hace un análisis de la naturaleza que la Ley francesa de 1957 le otorga al derecho de autor. Según su artículo 1, el autor de una obra disfrutará, por el mero hecho de la creación, de un derecho de propiedad incorporal, oponible frente

a todas las personas. Sin embargo, explica el autor que, aunque esta afirmación es muy clara, la realidad es mucho más preocupante. A partir de aquí, el estudio se divide en dos partes. La primera de ellas se refiere a la propiedad. Se apunta que, al garantizar a los autores un derecho de propiedad, la Ley de 1957 sigue los pasos de las leyes revolucionarias de 1791 y 1793. A su vez, se explica la naturaleza de derecho fundamental del derecho de autor, desde el momento en que la Carta Europea de Derechos Humanos, de 18 de diciembre de 2000, le otorgó tal carácter. La segunda parte se ocupa de la aplicación real de este derecho y de cómo este tipo de propiedad se ha visto debilitada, analizando el autor las razones y las manifestaciones de esta debilidad. También se destacan los beneficios y los inconvenientes de otorgar a los autores un derecho de exclusiva. Finalmente, el profesor Lucas muestra su desacuerdo con la idea de que a los autores se les haya otorgado una protección adecuada en el entorno digital. (S. L. M.)

LUCAS-SCHLOETTER, A.: «La cessation de la contrefaçon», *RIDA*, núm. 256, abril 2018, pp. 209-225.

El objeto de estudio de este artículo son las infracciones a los derechos de autor y los remedios previstos en la Ley francesa de 1957. Explica la autora que las sanciones a las infracciones constituyen una de las materias que más evolución ha tenido en la legislación francesa, como demuestra el paso de 13 a 81 artículos en su regulación. Según la autora, esto es debido a dos razones: 1) la incorporación de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual; 2) la progresiva desaparición de las sanciones penales en pro de un mayor protagonismo de las medidas civiles. A continuación, la autora se plantea la naturaleza de las acciones para combatir estas infracciones, analizando el debate doctrinal sobre si se trata de remedios de carácter restitutivo o de carácter reparador. Posteriormente, el estudio se centra en la acción de cesación, haciendo referencia a este remedio como sustitutivo de la restitución y distinto de la compensación, así como a su relación con las medidas preliminares. La autora también analiza las condiciones para el ejercicio de la acción de cesación y los distintos tipos de medidas que incluye. Finalmente, la última parte del artículo, profundizando aún más en el análisis de esta acción, se dedica a su aplicación en el ámbito de los prestadores del servicio de intermediación en Internet, es decir, aquellos que permiten a terceros, a través de determinadas herramientas dispuestas en la red, la infracción de derechos de autor. (S. L. M.)

LUCCHINI GUASTALLA, E.: «Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 106-126.

Artículo que analiza el Reglamento (UE) n. 679 de 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobado el 27 de abril de 2016 y publicado el 4 de mayo del mismo año: ámbito de aplicación del Reglamento, los principios rectores, el consentimiento de los menores, la transparencia, el derecho al olvido, la responsabilidad... (Alma R. G.)

NOGUÉRO, D.: «Pouvoirs du juge sur arrière-fond de fin de vie. Choix du lieu de vie, de l'établissement de santé, de l'organisations des visites du majeur protégé», *SJ*, 2018, núm. 6, pp. 256-264.

Las decisiones del juez de tutelas en materia de mayores tutelados no tienen posibilidad de recurso. Un tema importante son las relaciones per-

sonales del mayor con terceros, parientes o no. El autor analiza el art. 459 del Código civil en casos de internamiento del menor en centros de salud. (R. A. R.)

QUAEDVLIEG, A.: «Structurer les exceptions: l'héritage de 1957, vu par un étranger», *RIDA*, núm. 256, abril 2018, pp. 243-262.

El autor analiza en este estudio la estructura de los límites o excepciones a los derechos de autor, tal como aparecen configurados en la Ley francesa de 1957, con la peculiaridad de que el análisis se efectúa por un extranjero y no por un profesor francés. El autor alaba esta norma, señalando que es una fuente duradera de inspiración para los juristas, destacando la regulación de las excepciones, donde el legislador francés demostró un gran esfuerzo por estructurarlas adecuadamente. Y critica que esa sistematización de las excepciones es algo de lo que carecen hoy en día los ordenamientos extranjeros. Con el fin de hacer una comparativa entre el sistema de límites de la Ley de 1957 y el sistema tal como está en 2018, el autor divide el estudio en dos partes. En la primera, hace un análisis detallado del artículo 41 de la Ley de 1957, que recoge un listado de excepciones (la ejecución de obras dentro de un entorno familiar, las copias para uso privado, las citas, las revistas de prensa y la parodia). En la segunda parte, el autor pone de manifiesto cómo las excepciones han ido renovándose y cómo se han ido extendiendo a nuevos usos, como los educativos, los informativos o los de mero entretenimiento. Además, estudia la relación entre los límites y las medidas tecnológicas para proteger las obras. Por otro lado, reflexiona sobre la tendencia de ciertos legisladores y estudiosos de la materia de liberalizar los sistemas cerrados de excepciones y apostar por sistemas abiertos, al estilo americano (*fair use*). Apunta que una cosa es interpretar los límites de una flexible para adaptarlos a las nuevas tecnologías, y otra muy distinta es que se adopte un régimen abierto sin más. Finalmente, propone la creación de una doctrina general sobre los límites, que permita entender mejor su justificación y los requisitos para su aplicación. (S. L. M.)

SCALISI, V.: «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *RDC*, 2018, núm. 2, pp. 405-434.

Análisis de la protección del interés superior del menor en las relaciones familiares como derecho fundamental, desde el derecho interno italiano y su comparación con el derecho internacional. (M. R. D. R.)

SIRINELLI, P.: «Le droit de communication au public», *RIDA*, núm. 256, abril 2018, pp. 57-106.

Aunque la Ley francesa de 1957 no mencionaba este derecho con este nombre, el profesor Sirinelli entiende que existía y se aludía a él de manera indirecta en distintas partes de la norma. El derecho de comunicación pública ha adquirido una gran importancia económica como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías. De ahí que constituya el objeto de este artículo. El análisis se divide en tres partes. En la primera, el autor estudia el derecho de comunicación al público no sólo en la Ley de 1957, sino también en las normas internacionales y europeas. En la segunda parte, el autor pone de manifiesto la gran contradicción que existe entre la Ley del 57, que se decanta por una interpretación abierta de este derecho, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que apuesta por restringir cada vez más el alcance de esta prerrogativa. Se estudia, desde un

punto de vista jurisprudencial, el concepto de «público» y las formas de explotación de las obras y prestaciones que se incluyen dentro de este derecho. En la tercera parte, el autor pone en evidencia los riesgos de esa interpretación restrictiva, en la medida en que se provoca una percepción inadecuada del derecho de comunicación a la hora de desarrollar prácticas y modelos comerciales. Propone, asimismo, distintas soluciones de *lege ferenda* y subraya la necesidad de un diálogo más cercano entre el legislador y los jueces. (S. L. M.)

TELLIER-CAYROL, V.: «Non à l'outrage sexiste!», *RD*, 2018, núm. 8, pp. 425-428.

Estudio sobre el proyecto de ley contra la violencia sexual y sexista francés que se presentó el 7 de marzo de 2018 por la Secretaria de Estado francesa. La autora analiza los puntos que se deberían tratar en dicho proyecto para evitar una nueva discriminación. (R. A. R.)

VENUTI, M. C.: «La Corte eur. dir. uomo e la non discriminazione tra coppie etero o omoaffettive», *NGCC*, 2018, núm. 3, pp. 351-362.

Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 2017 recurso 284745/12, sobre el poco frecuente caso de demanda de discriminación por parte de una pareja heterosexual por haber previsto el legislador una figura específica para las parejas del mismo sexo, a la que se ha impedido el acceso a las parejas de distinto sexo. (Alma R. G.)

XALABARDER, R.: «Rémunération équitable des auteurs audiovisuels: proposition d'instaurer des droits inaliénables à rémunération soumis à la gestion collective», *RIDA*, núm. 255, abril 2018, pp. 5-70.

El artículo se basa en el estudio jurídico internacional sobre la implementación de un derecho irrenunciable a favor de los autores de obras audiovisuales, de obtener una remuneración equitativa por la explotación de sus obras, encargado por la CISAC (la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores). La autora hace hincapié en la posición tan débil que tienen los autores de este tipo de obras en sus relaciones contractuales con los productores. Tras un primer apartado sobre consideraciones generales, se plantea el desafío: cómo asegurar esa remuneración. Recuerda la autora que un principio fundamental del derecho de autor es que los autores deben recibir una remuneración equitativa por la explotación de las obras. Este principio falla en el caso de las obras audiovisuales, cuyos autores se ven injustamente tratados no sólo en el entorno de las redes digitales, sino también en otros ámbitos, como, por ejemplo, la exhibición de películas en salas de cine. La autora se plantea las razones por las cuales sucede esto y qué se puede hacer al respecto. Destaca que la negociación colectiva con los productores a través de entidades de gestión no llega a ser una solución aceptable, en la medida en que no está suficientemente desarrollada en muchos países. Y plantea diversos mecanismos para asegurar su efectividad: a) el reconocimiento legal de este derecho de remuneración; b) su configuración como derecho de gestión colectiva obligatoria; c) otorgarle el carácter de irrenunciable e indisponible. La autora enriquece su trabajo con un completo análisis de derecho comparado internacional, comunitario y nacional. (S. L. M.)

ZOLYNSKI, C.: «La réparation de la contrefaçon», *RIDA*, núm. 256, abril 2018, pp. 227-242.

La autora analiza en este artículo cómo el legislador francés ha ido adaptando las sanciones por infracción a los derechos de autor, como consecuencia del incremento de las vulneraciones. El paso del siglo 20 al 21 ha supuesto el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción y puesta a disposición de contenidos en la red de una manera mucho más fácil y lucrativa para algunos. Critica la autora el deficitario sistema de reparación frente a las infracciones establecido en la originaria Ley de 1957, destacando cómo el Derecho de la UE ha tratado de dar coherencia al ordenamiento interno francés. Se pueden distinguir dos grandes bloques en este estudio. En el primero, la autora se centra en explicar cómo el Derecho comunitario ha reforzado el papel de las medidas reparadoras y su efecto disuasorio de la infracción. En esta parte, se explica el método de evaluación de los daños y su equivalente económico, y las medidas adicionales que puede adoptar el juez para restablecer la situación. Y, en el segundo bloque, se plantean las dificultades con que se encuentra el legislador a la hora de garantizar el cumplimiento del derecho de autor. La autora plantea la cuestión de si las últimas reformas en esta materia han conseguido los objetivos que los autores protegidos tenían en mente. (*S. L. M.*)

PERSONA JURÍDICA

NOBILE DE SANTIS, S.: «Sulla risarcibilità del danno all'immagine subito dall'ente territoriale», *NGCC*, 2018, núm. 3, pp. 341-350.

Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal de Bari de 31 de julio de 2017 sobre el daño no patrimonial causado a una persona jurídico-pública. (*Alma R. G.*)

WEITMEYER, B.: «Reformbedarf im Stiftungsrecht aus rechtsvergleichender Perspektive», *AcP*, núms. 4 y 5, 2017, pp. 431-491.

En 2002 se modificó por primera vez el BGB en lo referente a las fundaciones mediante la Ley de Modernización del Derecho de Fundaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*), que regula por fin en el BGB el reconocimiento de una fundación de Derecho privado y capaz, eliminando en buena medida las normas divergentes de los distintos *Länder*.

La nueva legislación ha mantenido el sistema de concesión, de manera que el surgimiento de una fundación capaz requiere la autorización estatal además del negocio privado de fundación; dicha autorización se denomina ahora «reconocimiento» (*Anerkennung*).

En el § 87, pf. 2, 1 BGB se regula más detalladamente los requisitos para la modificación del fin fundacional. Esta transformación debe tener más en cuenta la voluntad del fundador.

También se tiene especialmente en cuenta que los beneficios del patrimonio fundacional han de ir a parar al círculo de personas que el fundador haya determinado. Si la fundación se extingue, y el fundador no ha dispuesto sobre el destino del patrimonio, este va a parar al Fisco del *Land* en que la fundación tenía su domicilio (§ 88).

Desde 2012 ha habido nuevos movimientos para modernizar el Derecho de fundaciones y en 2014 se creó un grupo de trabajo llamado «Derecho de

fundación», constituido por el Estado y los *Länder* bajo la batuta del Ministerio federal de Justicia, que en 2016 presentó un documento de 126 pp. sobre sus propuestas de modernización. El resto del artículo repasa los puntos más importante de tal informe. (*M. G.-R.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALBERS, G.: «Ungewissheit über die Zustimmung eines Dritten. Das fragwürdige Model der §§ 108 f., 177 f. BGB», *AcP*, núm. 6, 2017, pp. 766-804.

Si un contrato depende del asentimiento de un tercero, el asentimiento o su rechazo se puede dirigir a cualquiera de las partes contractuales (§ 182, pf. 1, BGB). La otra parte no sabe entonces si el contrato vale.

En los supuestos del contrato de un menor de edad o de un representante intenta el BGB solucionar la incertidumbre (§§ 108 y s., 177 y s.). En tales casos, la otra parte puede dirigir al representante del menor o al supuesto representado un requerimiento para que conteste en dos semanas. Si no se responde, la falta de declaración vale como rechazo.

Esta regulación no soluciona, sin embargo, todos los problemas prácticos que se pueden plantear, y a ellos se dedica el artículo. (*M. G.-R.*)

ALPA, G.: «Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 1-9.

Artículo que da cuenta de las líneas esenciales de diseño del nuevo proyecto francés de reforma de la responsabilidad civil, que se inserta en el Título I del Libro III del Código de Napoleón. Se detiene, en particular, en los criterios de imputación de la responsabilidad. (*Alma R. G.*)

ASTONE, M.: «Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'*astreinte* al danno punitivo», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 276-288.

A raíz de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 5 de julio de 2017 n. 16601, que ha afirmado la compatibilidad del orden público con los daños punitivos, se ha reabierto el debate sobre las funciones de la responsabilidad civil en el ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

AUBRY DE MAROMONT, C.: «Les obligations subsidiaires», *RTDC*, 2018, núm. 2, pp. 305-325.

La autora destaca la importancia de la subsidiariedad en las obligaciones, por la coherencia que manifiesta entre el régimen y la naturaleza de la obligación. La obligación subsidiaria es la del garante coobligado, que preserva contra lo imprevisible al acreedor. La reforma del Derecho de obligaciones francés no ha tenido esto en cuenta y obliga a resaltarlo. (*R. A. R.*)

BALLERINI, L.: «Crisi di mercato e “prezzo nullo o negativo” nella vendita di lunga durata», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 328-357.

El autor del presente artículo reflexiona sobre la premisa clásica de que una venta con «precio negativo» o con «precio simbólico» conduce a la nulidad del contrato de compraventa o, en todo caso, a su reconducción a otras categorías de contrato diferentes del de compraventa. (*Alma R. G.*)

BENABENT, A.: «Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme des contrats (art. 16 de la loi du 20 avr.2018)», *RD*, 2018, núm.19, pp. 1024-1026.

Entrada en vigor de la reforma del derecho de obligaciones para el 1 de octubre de 2018. No obstante, las disposiciones transitorias modulan dicha fecha. El art. 16 señala los diferentes plazos de aplicación. (R. A. R.)

BRAY, S.: «Remedies, Meet Economics; Economics, Meet Remedies», *Oxford J. Legal Stud.*, 2018, vol. 38, núm. 1 *spring*, pp. 71-89.

Interesante artículo que analiza críticamente la relación que los juristas tienen con el mundo económico. Se denuncia que, a menudo, los académicos ignoran el análisis económico al tratar importantes temáticas como las tutelas jurídicas de los individuos. Se aboga hacia una mayor cohesión entre el mundo jurídico y económico, aunque ella debe realizarse con las oportunas precauciones. (A. F.)

BUONANNO, L.: «Linguaggio della norma ed interpretazione delle categorie nelle patologie degli atti negoziali», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 444-449.

Artículo que aborda las categorías de la nulidad y de la ineficacia: análisis de la controvertida naturaleza jurídica de la sanción predisuelta por el legislador en tema de cláusulas abusivas, de la calificación jurídica de los efectos de la simulación entre las partes y del valor hermenéutico de la ineficacia del contrato celebrado por el *falsus procurator*. (Alma R. G.)

CARLEO, R.: «Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 259-275.

Recientemente la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 5 de julio de 2017 n. 16601 ha afirmado la compatibilidad del orden público con los daños punitivos, de ahí la oportunidad del presente artículo de adentrarse en la figura de los daños punitivos tanto en el *Common Law*, lugar de su admisión inicial, como en el ordenamiento italiano. (Alma R. G.)

CARVAL, S./LABORDE, J. F./NÉROT, S.: «La réparation de la perte de marge», *RD*, 2018, núm. 5, pp. 252-258.

Análisis de la pérdida del beneficio que se obtiene en una transacción cuando se realiza un abuso en el contrato, una ruptura brutal de las relaciones comerciales, cuando hay competencia desleal o abuso de posición dominante. Pero también en los casos de quiebra del fabricante, robo de mercancías o accidente de un comerciante. El problema es probar dicha pérdida. (R. A. R.)

DE CRISTOFARO, G.: «Autonomia privata e pattuizioni di esclusione totale della garanzia per vizi nei contratti di compravendita. Note a margine di due recenti pronunce della corte di cassazione», *RDC*, 2018, núm. 1, pp. 219-245.

Comentario a dos recientes sentencias de la Corte de Casación, Cass., Sez. I, 5 febbraio 2016 n. 2313 e Cass, Sez, II 11 maggio 2016, n. 9651, sobre los efectos de la autonomía privada en los pactos de exclusión de responsabilidad contractual por vicios en el contrato de compraventa, en interpretación del artículo 1490.2 CC. (M. R. D. R.)

DESHAYES, O./GENICON, T. H./LAITHIER, Y. M.: «Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018», *SJ*, 2018, n.º 18, pp. 885-896.

El autor analiza los cambios introducidos por la Ley de ratificación de la ordenanza de 2016 de 20 de abril de 2018. Tales cambios afectan al contrato de adhesión, la ruptura culpable de los tratos preliminares, el abuso de estado, la ejecución forzosa in natura y la entrada en vigor de determinadas disposiciones. (*R. A. R.*)

DI SABATO, D.: «La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese», *CI*, 2018, n.º 1, pp. 81-105.

Artículo que analiza la responsabilidad precontractual en la reforma francesa del Derecho de Contratos: entre otras, la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual y la toma de posición del legislador francés y el examen de algunas hipótesis de ilícito precontractual en los ordenamientos francés e italiano, como la falta de celebración del contrato, la violación de las obligaciones de información y la vulneración de la obligación de secreto. También se ocupa de los presupuestos del ilícito precontractual. (*Alma R. G.*)

FACCI, G.: «Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco», *NGCC*, 2018, n.º 1, pp. 104-114.

Artículo dedicado a la reciente reforma Gelli-Bianco en materia de responsabilidad sanitaria, que busca lograr un equilibrio entre la exigencia de tutela de los operadores sanitarios, que sufren una sobreexposición a iniciativas judiciales por exceso de responsabilidad, y la exigencia de una garantía a favor de las víctimas de un error médico. A ambas finalidades responde la previsión del seguro de responsabilidad civil regulado en los artículos 10, 11 y 14 de la Ley 8 de marzo de 2017 n.º 24. (*Alma R. G.*)

FRANÇOIS, J.: «L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat», *RD*, 2018, n.º 22, pp. 1215-1222.

Tras la reforma del derecho de obligaciones el mandatario que se excede en sus poderes se verá sometido a la normativa del derecho común de contratos. No hay normas especiales. En estos casos se puede decir que el acto es inoponible al mandante y la consecuencia es la relación entre mandatario y tercer contratante. (*R. A. R.*)

FRIES, M.: «Nacherfüllung in der vertragstypübergreifenden Absatzkette», *AcP*, n.ºs. 4 y 5, 2017, pp. 534-578.

Al inicio del año 2018 entró en vigor la Ley de Reforma del Derecho del contrato de obra y de modificación de la responsabilidad por vicios en la compraventa. Con ella el legislador no solo crea una lista de nuevos tipos contractuales de construcción privada (contrato de obra, contrato de obra para consumidores, contrato de arquitecto, contrato de ingeniero), sino que a la vez configura los preceptos sobre cumplimiento o reparación posterior (*Nacherfüllung*) en la cadena de distribución de estos tipos contractuales. La Ley tiene aquí por finalidad la protección de los empresarios de la construcción, que tienen múltiples obligaciones de garantía frente a sus clientes, pero

que, conforme al Derecho de la compraventa antes vigente, solo parcialmente tenían acción de regreso contra sus suministradores. (*M. G.-R.*)

GENTILI, A.: «I nuovi “vizi del consenso”», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 148-189.

Artículo que, junto a los vicios del consentimiento clásicos, da cuenta de otros nuevos vicios del consentimiento. Así, distingue los abusos para los que se prevé un remedio a disposición del particular (de dependencia económica, de asimetría informativa, de retraso en el pago comercial); los abusos para los que no está expresamente previsto el remedio a disposición del particular (abuso de posición dominante, abuso de derecho) y los abusos en las técnicas de negociación (las prácticas comerciales desleales, la intermediación financiera). (*Alma R. G.*)

GIJSBERS, CH.: «L'influence de la réforme du droit de sûretés sur le droit de la construction», *RDI*, 2018, núm. 4, pp. 200-206.

A pesar de la reforma del derecho de garantías en Francia, el autor detecta que solo se van a modificar las garantías del libro IV del Código y que no se atiende a la función que las garantías tienen en el ámbito de la construcción. De ahí el peligro de este estudio. Analiza tanto las garantías personales como las reales. (*R. A. R.*)

GOUDKAMP, J. & KATSAMPOUKA, E.: «An Empirical Study of Punitive Damages», *Oxford J. Legal Stud.*, 2018, vol. 38, núm. 1 *spring*, pp. 90-122.

Importante estudio empírico sobre la operatividad de los daños punitivos en el Reino Unido (excepto Escocia), que abarca 146 sentencias dictadas entre los años 2000 y 2016. Entre las conclusiones que se extraen, destacan su concesión regular –aunque con importes relativamente modestos– y el hecho de que su origen principal no sea la indemnización debida a difamación. (*A. F.*)

GOUËZEL, A./BOUGERON, L.: «Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés: propositions de modification», *RD*, 2018, núm. 13, pp. 678-685.

Los autores analizan los problemas que la fianza real presenta en el proyecto de ley de reforma de las garantías encabezado por el profesor Grimaldi. Uno de los graves defectos, a su entender, es la oponibilidad de excepciones. (*R. A. R.*)

GRAZIANI, F.: «La généralisation de l'amende civile: entre progrès et confusions», *RD*, 2018, núm. 8, pp. 428-434.

Comentario al artículo 1266,1.º del Proyecto de reforma del Código civil francés sobre reforma de la responsabilidad civil. En él se consagra la pena civil como innovación. Es problemático el tema pues su inclusión lleva a cuestionar el lugar de la función punitiva de la responsabilidad civil. (*R. A. R.*)

HAAS, P.: «Le droit au paiement direct et à l'action directe à l'épreuve de la défaillance de sous-traitant dans l'exécution de ses prestations», *RDI*, 2018, núm. 3, pp. 147-152.

Se analizan dos decisiones recientes del Consejo de Estado de 27 de enero y 27 de marzo de 2017 por las que se considera que el contratista y el empresario principal no pueden, sin la intervención del subcontratista, redu-

cir el derecho al pago directo de este último en caso de quiebra. Esta decisión puede llegar a ser injusta según su autora, si bien considera que el Tribunal de Casación puede equilibrar estas situaciones injustas. (R. A. R.)

HELLWEGE, Ph.: «Understanding Usage in International Contract Law Harmonization», *Am. J. Comp. L.*, 2018, vol. 66, núm. 1, pp. 127-174.

El trabajo evidencia que, a pesar de la importancia indiscutida de los usos comerciales, su comprensión normativa es, desde una perspectiva teórica, poco sólida y conduce a problemas doctrinales e inconsistencias, especialmente, en relación con su fuerza vinculante. Las críticas se realizan tanto a partir de fundamentos legales, como también al reconducir su uso como parte integrante del contrato, aspecto este último que, de acuerdo con el autor, debe ser preferido porque hay razones de análisis económico del derecho que podrían justificarlo. (A. F.)

HOUSSIN, M.: «Critique de la reconnaissance du préjudice moral des personnes morales», *RD*, 2018, núm. 7, pp. 366-370.

La jurisprudencia, recientemente, ha reconocido el daño moral a la persona jurídica. Este reconocimiento no convence al autor, y entiende que se debe a la confusión entre atentado a los derechos de la personalidad y perjuicio moral. El daño moral es un daño del estado del alma y eso no lo puede sufrir una persona jurídica, y es contrario a la función de representación de este tipo de personas. (R. A. R.)

KLESTA, L.: «La determinazione del prezzo nel contratto: una riflessione alla luce della recente riforma francese», *RDC*, 2018, núm. 1, pp. 90-115.

Análisis de los criterios de determinación del precio en los diferentes tipos de contrato, según su causa, a propósito de la reforma francesa. Supuestos de intervención judicial. (M. R. D. R.)

KOHLER, J.: «Rücktrittrechtliche Abwicklung und Sachrisiko im Annahmeverzug», *AcP*, núm. 1, 2018, pp. 67-108.

El § 346 BGB regula los efectos del llamado desistimiento (*Rücktritt*) en los contratos celebrados con consumidores: «Si una de las partes contractuales se ha reservado contractualmente el desistimiento, o le corresponde un derecho de desistimiento, se debe proceder a restituir las prestaciones recibidas y los beneficios obtenidos».

El trabajo estudia en primer lugar las consecuencias del desistimiento en general, así como su fundamento, para luego centrarse en los efectos de este desistimiento cuando se produce mora en el acreedor, efectos que pueden llegar hasta una completa liberación del deudor. (M. G.-R.)

LA ROCCA, G.: «Il problema della forma contrattuale e la “sua poliedricità”», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 217-258.

Desde hace un cuarto de siglo el tema de la forma del contrato está en la agenda del legislador: la ley de 2 de enero de 1991 sobre intermediación inmobiliaria y, con posterioridad, la ley sobre la transparencia en las operaciones bancarias, han introducido la forma escrita en los contratos relativos al mercado de los capitales. El debate sigue planteado en el siglo XXI en cuanto se vislumbra la «forma informativa» como un medio de protección del contratante débil. (Alma R. G.)

MARSHALL, B.: «The Hague Choice of Law Principle, CISG, and PICC: A Hard look at a Choice of Soft Law», *Am. J. Comp. L.*, 2018, vol. 66, núm. 1, pp. 175-219.

Se analizan y destacan algunos problemas de la interacción de los distintos principios que pueden escogerse en materia de contratos comerciales internacionales, especialmente entre los Principios Unidroit y la Convención de Viena, en relación con los Principios de la Haya sobre Elección de la Ley en los Contratos Internacionales. (A. F.)

MARTÍNEZ NADAL, A.: «La prohibición legal de la cláusula de paridad tarifaria en la contratación electrónica de servicios de alojamiento, en especial, el caso de Italia», *NLCC*, 2017, núm. 6, pp. 1347-1366.

Estudio de la intervención legislativa en Italia, a través de l. 4 agosto 2017 n. 124, para prohibir las cláusulas de paridad tarifaria impuestas generalmente por portales on line de reservas de habitaciones en alojamientos turísticos. Perspectiva de la Unión Europea. (M. R. D. R.)

MAZZEAU, D.: «Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit de contrats», *RD*, 2018, núm. 17, pp. 912-918.

El autor reconoce que la ley de ratificación de la ordenanza de 2016 en materia de contratos implica una serie de cambios importantes, algunos buenos y otros rechazables. Para ello analiza el tema. (R. A. R.)

MEKKI, M.: «La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme?», *RD*, 2018, núm. 17, pp. 900-911.

La ley de ratificación de la ordenanza de 10 de febrero de 2016 sobre la reforma del derecho de obligaciones ha incluido una serie de modificaciones importantes que ha alterado el espíritu de la ordenanza. Se ha redefinido el contrato de adhesión; se han considerado cláusulas abusivas sólo las no negociables; el abuso de estado depende del contratante. También se ha afectado el derecho transitorio, distinguiendo entre derecho antiguo, derecho intermedio y derecho nuevo. (R. A. R.)

MICHAELS, R.: «The Unidroit Principles as Reference for the Interpretation of U. S. Law», *Am. J. Comp. L.*, 2018, vol. 66, núm. 1, suppl., julio, pp. 31-65.

Análisis de la utilización de los Principios Unidroit como fuente de interpretación secundaria por parte de los tribunales norteamericanos, destacando su importancia práctica, por ejemplo, en relación con la interpretación de la ley nacional y de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. (A. F.)

MONTANARI, M.: «Le nuove disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo», *NLCC*, 2018, núm. 2, pp. 340-384.

Aproximación al problema del acoso informático mediante la ley de 29 de mayo de 2017 n. 71: definición, instrumentos de prevención, protección del menor, datos personales, etc. (M. R. D. R.)

MOULY-GUILLEMAUD, CL: «Nul ne peut se constituer de titre à soi-même... C'est-à-dire?», *RTDC*, 2018, núm. 1, pp. 45-59.

El problema de la prueba de los actos jurídicos en el Derecho francés a raíz de la interpretación jurisprudencial y lo previsto en el art. 1363 del Código civil francés. Limitación de lo previsto en el Código. (*R. A. R.*)

PALERMO, G.: «Contributo allo studio della responsabilità per danno non patrimoniale», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 10-23.

Artículo dedicado al estudio de la categoría del daño no patrimonial, necesario ante la proliferación de conceptos que, a través de diversos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, han venido a complicar el análisis de aquella categoría y han dejado entrever carencias desde el punto de vista metodológico. (*Alma R. G.*)

PASCUCCI, L.: «Interessi moratori e usura: *quid sub sole novi?*», *NGCC*, 2018, núm. 2, pp. 230-246.

Comentario a propósito de la ordenanza de la Corte de Casación italiana de 4 de octubre de 2017 n. 23192, sobre la controvertida cuestión de la relevancia usuraria de los intereses moratorios en el actual debate doctrinal y jurisprudencial. En concreto, se analizan los criterios para el cálculo de la usura. (*Alma R. G.*)

PELLIER, J. D.: «Une certaine idée du cautionnement», *RD*, 2018, núm. 13, pp. 686-691.

La fianza fue una garantía no incluida en la reforma de 2016 por problemas de habilitación legal.

El autor analiza la figura de la fianza en general y propone determinados cambios al proyecto de Grimaldi. (*R. A. R.*)

PROROK, J.: «L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile: Regard critique sur la consécration d'une fonction punitive générale», *RTDC*, 2018, núm. 2, pp. 327-348.

Con una multa civil al autor del daño que lo comete deliberadamente, cometiendo una falta lucrativa con base en el 1266-1 del Proyecto de Reforma, se configura la responsabilidad civil con una función punitiva general. Esta función es contraria a los principios del derecho represivo, por lo que tiene un campo residual en aplicación del principio *non bis in idem*. La responsabilidad civil fundada en el principio general de responsabilidad por culpa no puede sentarse en un sistema de delitos. (*R. A. R.*)

RENET, T. H.: «L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse», *RD*, 2018, núm. 3, pp. 124-128.

El autor considera incoherente que con la reforma del Derecho de contratos, la Asamblea nacional incluyera en la ordenanza 2016-131 de 2016, y posterior proyecto de ley de 11 de diciembre de 2017, art. 1110.2.º una definición del contrato de adhesión que sólo existe en caso de condiciones generales del 1119. Así, se ha sustraído el contrato de adhesión de su régimen natural y necesario. (*R. A. R.*)

RICCI, A.: «La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D: M: 28 dicembre 2016, n. 265: Novità e vecchi problemi», *NLCC*, 2018, núm. 1, pp. 40-80.

Estudio del requisito del consentimiento informado, como instrumento de libertad personal, en la aplicación médica de técnicas de reproducción asistida. Tratamiento de datos personales. (*M. R. D. R.*)

ROUSSEAU, F.: «L'amende civile fase aux principes directeurs du droit pénal», *SJ*, 2018, núm. 24, pp. 1177-1184.

La culpa civil en el proyecto de reforma de la responsabilidad civil de 13 de marzo de 2017 como sanción punitiva para la responsabilidad civil. Problemas de articulación que presenta como mecanismo «para-penal» a los principios de Derecho penal: legalidad criminal; proporcionalidad de las penas; etc. (*R. A. R.*)

SALANITRO, U.: «Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali», *RDC*, 2018, núm. 1, pp. 246-268.

Estudio doctrinal y jurisprudencial sobre el derecho al medio ambiente, desde la perspectiva de intereses particulares y colectivos, a propósito de la sentencia C. cost. n. 126/2016.

La reforma de la responsabilidad medio ambiental en Francia, entre la responsabilidad por daños del Code civil y el Code de Medio ambiente. (*M. R. D. R.*)

SCARCHILLO, G.: «La natura polifunzionale della responsabilità civile; dai *punitive damages* ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 289-327.

Artículo sobre el origen en el *Common Law* inglés de los *punitive damages*, el desarrollo del mismo en el sistema jurisprudencial estadounidense y los límites de su implantación en los sistemas de *Civil Law*. En concreto, en el ordenamiento italiano parece que la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2017 ha abierto la puerta a su admisión, al enunciar la compatibilidad entre el orden público italiano y los daños punitivos. (*Alma R. G.*)

SERRA FENBERG, M./BRIQUET, J. M./GAGNAIRE, B./ROUSSEAU, Q.: «Le contrat de promotion immobilière: aspects pratiques», *RDI*, 2018, núm. 6, pp. 320-325.

El autor analiza la figura del contrato de promoción inmobiliario como figura muy utilizada y con ventajas tanto para el promotor que puede tener una asistencia larga con los clientes como para los clientes porque pueden beneficiarse de proyectos llave en mano. En el estudio analiza la calificación del contrato, sus diversos aspectos: objeto, aspectos financieros, poderes de los intervinientes, garantías, etc. (*R. A. R.*)

TADROS, A.: «La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats: quelques incidences sur la pratique des affaires», *RD*, 2018, núm. 21, pp. 1162-1170.

La ley de ratificación de la ordenanza de 2016 sobre reforma del derecho de contratos de 20 de abril de 2018 clarifica la puesta en marcha de ciertas

reglas de la ordenanza pero también ha introducido modificaciones sustanciales a nivel normativo. El autor analiza tales modificaciones. (R. A. R.)

TOMMASINI, M. F.: «Le tipologie del noleggjo. Ipotesi di un quadro sistematico», *NGCC*, 2018, núm. 1, pp. 92-103.

Artículo dedicado a varias clases de contrato de arrendamiento o de alquiler en el sistema jurídico italiano: arrendamiento de vehículo para el transporte de cosas; el arrendamiento para la realización de un viaje, con y sin conductor; los servicios de *bike sharing* y de *car sharing*; el arrendamiento en el ámbito del derecho marítimo... (Alma R. G.)

TRAULLÉ, J.: «La réparation du préjudice économique “pur” en question», *RTDC*, 2018, núm. 2, pp. 285-303.

El autor no es partidario y niega la necesidad de utilizar la noción de perjuicio económico «puro» de los derechos anglosajones y alemán al derecho francés para limitar la responsabilidad civil en límites económicamente razonables, atendiendo a la literatura económica y de derecho comparado. Defiende la postura francesa actual. (R. A. R.)

TROIANO, O.: «Firma e forma elettronica: verso il superamento della forma *ad substantiam*», *NGCC*, 2018, núm. 1, pp. 79-91.

Reflexiones sobre los efectos jurídicos de la firma electrónica a partir de la Directiva n. 93/1999 CE y del Reglamento UE n. 910/2014, y dudas sobre la conformidad a las reglas europeas de las normativas alemana e italiana en el tema de dichos efectos jurídicos. También se profundiza en si es idónea la firma electrónica para sustituir la forma escrita *ad substantiam*. (Alma R. G.)

VARAINE, L.: «L'incidence des avantages perçus par la victime d'un dommage sur l'évaluation du préjudice indemnisable», *RD*, 2018, núm. 14, pp. 741-747.

El daño, a diferencia del perjuicio, tiene una connotación peyorativa en el derecho de responsabilidad civil. Daño y perjuicio no son términos sinónimos, sino que el perjuicio es una de las derivaciones posibles del daño. La autora analiza los distintos supuestos ante una víctima y las posibilidades que se plantean. (R. A. R.)

VERJAT, A.: «Le contrat d'association, un inclassable?», *RD*, 2018, núm. 10, pp. 521-527.

El contrato de sociedad y su reforma en la ordenanza de 2016. Dificultades para su clasificación ante la dificultad de determinar su naturaleza jurídica. (R. A. R.)

VILLAN, L.: «Responsabilità da cose in custodia: quando il comportamento del danneggiato costituisce caso fortuito», *NGCC*, 2018, núm. 2, pp. 177-185.

Comentario a propósito de la ordenanza de la Corte de Casación italiana de 31 de octubre de 2017 n. 25837, que sostiene que la conducta de la víctima del daño causado por una cosa bajo custodia puede constituir caso fortuito que exonere de toda responsabilidad civil por custodia del artículo 2051 del Código Civil, siempre que aquella conducta tenga dos característi-

cas: que haya sido culposa y no previsible para la persona que custodia el bien. (*Alma R. G.*)

WAGNER, G.: «Produkthaftung für autonome Systeme», *AcP*, núm. 6, 2017, pp. 707-765.

El desarrollo técnico genera continuamente nuevos productos, que quedan sujetos a las correspondientes normas de responsabilidad. Por tanto, el desafío del Derecho de responsabilidad por productos defectuosos a través del progreso técnico no es algo especial.

No obstante, la aparición de productos por medio del proceso de digitalización, productos que son dirigidos por programas informáticos autodidactas (inteligencia artificial), plantea una serie de cuestiones jurídicas que no pueden ser resueltas de golpe acudiendo a los principios jurídicos hasta ahora aceptados.

El ejemplo más popular de la tecnología de los sistemas técnicos autónomos es el de los automóviles autónomos, que no son dirigidos por un conductor humano sino por un programa informático. (*M. G.-R.*)

WILLET, C.: «Re-Theorising Consumer Law», *C. L. J.*, 2018, vol. 77, núm. 1, marzo, pp. 179-210.

El autor propone una visión diferente acerca del planteamiento del derecho contractual del consumidor. Para ello, toma como referencia una ética competitiva que vincula, por un lado, la relación entre los consumidores, el interés propio y la dependencia y, por otro, la necesidad. La ética de la necesidad se preocuparía por las debilidades del consumidor, de modo que las reglas basadas en las necesidades debieran ser más efectivas en mejorar la claridad y la certeza, prefiriéndose este modelo al tradicional que se basa en la correlación «*freedom vs fairness*». (*A. F.*)

WOODCOCK, R. A.: «The Obsolescence of Advertising in the Information Age», *Yale L. J.*, 2018, vol. 127, junio, núm. 8, pp. 2270-2341.

El artículo demuestra cómo la mayoría de la publicidad proporcionada al consumidor no es efectiva, pues no cumple un verdadero fin informativo, sino que se convierte en un instrumento para persuadir a la compra del producto. También se analiza este aspecto desde un punto de vista anti-competencia, abogando por una reestructuración de la legislación norteamericana. Lo anterior evitaría que, a veces, no puedan aplicarse campañas antimonopolio contra determinadas publicidades persuasivas, por temor a privar a los consumidores de información relevante sobre el producto. En este sentido, deben calibrarse tanto la regulación efectiva para el consumidor, como las medidas oportunas frente a aquellas empresas que utilicen la publicidad con un fin diferente del informativo, más aún en un contexto de profundos avances tecnológicos. (*A. F.*)

ZACCARIA, A.: «Le fonti delle obbligazioni nel code civil riformato», *RDC*, 2018, núm. 2, pp. 454-459.

Observaciones en torno a la reforma francesa del Derecho de Contratos, en relación con la regulación contractual italiana y las fuentes de las obligaciones contractuales y extracontractuales. (*M. R. D. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ACHILLE, D.: «Eccesso di iscrizione ipotecaria e “principio” di proporzionalità delle garanzie rispetto al credito», *RDC*, 2018, núm. 2, pp. 460-484.

Comentario jurisprudencial sobre los abusos de los acreedores hipotecarios respecto de la constitución de garantías hipotecarias sobre deudores con posibilidades limitadas de cumplimiento. Responsabilidad del acreedor y actuación judicial, a propósito de la sentencia Cass. 5 aprile 2016 n. 6533. (*M. R. D. R.*)

CATALDI, A.: «Quale tutela per il format? Uno sguardo allo scenario internazionale», *Dir. Aut.*, 2017, núm. 3, pp. 368-398.

La creciente expansión en la industria audiovisual del fenómeno de la comercialización del *format* televisivo ha dado lugar a un gran debate cultural y social, además de jurídico. Hoy no puede abordarse cualquier estudio acerca del *format* sin estudiar su dimensión internacional. El presente artículo tiene por objeto exponer sintéticamente las características del *format* y las diversas categorías conceptuales a las que se ha intentado reconducir dicha figura en los distintos ordenamientos jurídicos. La calificación del *format* como obra del ingenio, a los fines de aplicarle la normativa reguladora del derecho de autor, está en el centro del debate actual sobre la materia. Ante las dificultades encontradas para la tutela del *format* mediante el recurso al derecho de autor, se han buscado otros remedios jurídicos, como son las normativas reguladoras de la competencia desleal y el derecho a la privacidad. (*Alma R. G.*)

CIATTI CAIMI, A.: «L'irretroattività del nuovo privilegio per i prestatori d'opera intellettuale», *NLCC*, 2018, núm. 2, pp. 334-339.

Observaciones al artículo 1 comma 474, de la ley de 27 de diciembre de 2017, n. 205, sobre el privilegio de las garantías mobiliarias de cobro en caso de ejecución fallida en supuestos de obras de propiedad intelectual. (*M. R. D. R.*)

DI MICO, P.: «La tutela del diritto di autore nel caso di prestito di libri in formato elettronico: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncia», *Dir. Aut.*, 2017, núm. 4, pp. 521-548.

Los libros en formato electrónico, los *e-books*, se han visto menos afectados por el fenómeno de la piratería que otras categorías, como pueden ser las obras musicales o cinematográficas, pero han sido objeto de una interesante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tercera sección, de 10 de noviembre de 2016, causa C-174/15. De acuerdo con la sentencia el término «préstamo» incluye también la cesión del uso de la copia de un libro en formato digital que efectúe una institución abierta al público. La normativa comunitaria ha de interpretarse en el sentido de que ésta no impide que un Estado miembro subordine la aplicación de la excepción de préstamo público a la condición de que la copia de un libro en formato digital objeto de un préstamo haya sido previamente difundida por el titular del derecho de distribución al público, o con su consentimiento, a través de una primera venta o una anterior transmisión de propiedad en el interior de la Unión Europea. (*Alma R. G.*)

FITTANTE, A.: «I diritti connessi alle opere musicali alla luce dei recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali», *Dir. Aut.*, 2017, núm. 4, pp. 549-558.

Junto a la categoría de los derechos de autor, que reconocen al propio autor de la obra facultades exclusivas de explotación económica de la misma, existen una serie de derechos atribuidos a quienes, o con su actividad de empresa o con su propia creatividad, intervienen sobre la obra como tal. Estos derechos, denominados conexos en cuanto están ligados al derecho de autor, se encuentran regulados en el Título II de la normativa de la propiedad intelectual, bajo la rúbrica «Disposiciones sobre derechos conexos al ejercicio del derecho de autor», en los artículos 72 a 101 y en el Título II-bis, referidos específicamente al creador de un banco de datos. Estos preceptos atribuyen al productor fonográfico una serie de prerrogativas sobre los propios registros fonográficos, respecto de los cuales tal sujeto es el titular exclusivo con la facultad de uso de tales registros durante toda la duración de la protección prevista. (*Alma R. G.*)

LA SPINA, A.: «Il possesso degli eredi dell'usufruttuario e la successione nel contratto di locazione», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 541-570.

Artículo sobre la muerte del usufructuario-arrendador y los derechos de los herederos: análisis de la sentencia de la Corte de Casación, sección III, de 20 de julio de 2016 n. 14834. Examen de la sucesión de los herederos del usufructuario en las situaciones jurídicas que nacen del contrato de arrendamiento. (*Alma R. G.*)

LEBORGNE, A.: «Procédure de saisie immobilière: faut-il encore réformer?», *RD*, 2018, núm. 18, pp. 962-965.

La reforma del procedimiento judicial de embargo inmobiliario está proyectada para 2018, con el fin de darle mayor racionalidad y desjudicializar la venta por la adjudicación. Tales fines han sido negados en los últimos tiempos y la autora analiza el fin último de la reforma y su oportunidad. (*R. A. R.*)

LÉGER, P.: «La nature de la responsabilité dans l'hypothèse de la violation du périmètre d'une licence de logiciel», *RD*, 2018, núm. 24, pp. 1320-1327.

La autora analiza en este caso el problema de la imposibilidad de acumular responsabilidad contractual y extracontractual. Para ello comienza con el estudio de la naturaleza de la responsabilidad de la licencia y el no respeto de las condiciones de utilización. (*R. A. R.*)

LEO, M.: «Autenticità del titolo e trascrizione nei registri immobiliari», *RDC*, 2018, núm. 1, pp. 50-89.

Análisis del debate jurisprudencial sobre inscripción registral de los acuerdos familiares e instrumentos de verificación de la autenticidad del título, para dar cumplimiento al principio de certeza de la publicidad registral. (*M. R. D. R.*)

METZGER, A.: «Rechtsfortbildung im Richtlinienrecht: Zur judikativen Rechtsangleichung durch den EuGH im Urheberrecht», *ZEuP*, núm. 4, 2017, pp. 836-862.

Aunque el Derecho de autor ha sido armonizado en la Unión Europea por diez Directivas, hasta ahora, algunos de sus principales aspectos están

todavía bajo el control de las legislaciones nacionales. A la vez, el Derecho de autor se enfrenta a una constante presión para su reforma en las áreas armonizadas, a lo que no siempre responde adecuadamente el legislador europeo.

Los tribunales nacionales reaccionan a esta reluctancia legislativa con un número cada vez mayor de remisiones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha empezado a desarrollar una propia jurisprudencia en algunas de las áreas básicas del Derecho de autor. El artículo estudia los métodos de interpretación y desarrollo jurídico por el TJUE en este ámbito. (M. G.-R.)

SICCHIERO, G.: «La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari (artt. 485 e 519 CC)», *RDC*, 2018, núm. 2, pp. 507-535.

Análisis de los efectos de la renuncia a la herencia por el poseedor de bienes hereditarios, en su doble vertiente de poseedor y heredero, conforme a los artículos 485 y 519 del Código civil italiano. (M. R. D. R.)

TOZZI, F.: «Nota a sentenza», *Dir. Aut.*, 2017, núm. 3, pp. 413-418.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación, de la sección 1.^a de Civil, de 27 de julio de 2017 n. 18633, sobre la tutela del format televisivo. (Alma R. G.)

VIRGADAMO, P.: «Privilegi immobiliari, ipoteca e ordine delle garanzie», *RDC*, 2018, núm. 2, pp. 485-506.

Comentario de los artículos 2775 y 2776 CC, sobre el orden de prelación en las garantías reales respecto de otras garantías inmobiliarias. (M. R. D. R.)

VITUALIA, I.: «Il prestito vitalizio ipotecario: luci e ombre del principale istituto della c.d. finanza della terza età», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 383-415.

Artículo que reflexiona sobre los reflejos de la crisis económica en las dinámicas del derecho. Así, sobre los instrumentos negociales pensados para personas ancianas, en particular, el préstamo vitalicio hipotecario: los orígenes anglosajones del préstamo vitalicio hipotecario (el *reverse mortgage*), los requisitos subjetivos y objetivos de dicho préstamo, las consecuencias de la falta de reembolso de la financiación y el reclamo a una correcta educación financiera como instrumento de respeto y de tutela de las personas vulnerables. (Alma R. G.)

ZANOVELLO, F.: «L'implicito riconoscimento dell'usucapione pubblica da parte della giurisprudenza», *NGCC*, 2018, núm. 1, pp. 68-78.

La cuestión de la usucapión a favor de la Administración Pública en las diversas hipótesis de ocupación ilegítima ha abierto nuevos problemas. Estos no se circunscriben a la configuración de una posesión útil, *ad usucapionem*, tanto sobre el plano objetivo como subjetivo (*animus possidendi*), sino que se extienden a las cuestiones de la precisa individualización del momento de la interversión de la posesión y del *dies a quo* para el cómputo del plazo de 20 años de la usucapión. (Alma R. G.)

DERECHO DE FAMILIA

BAHUREL, C. H.: «La priorité du mariage civil et l'islam: pour un droit de la famille au service de l'unité nationale», *RD*, 2018, núm. 16, pp. 859-864.

Problemas de aplicación de la prohibición prevista en el artículo 433-21 del Código penal. Dicho artículo prohíbe a los ministros de culto celebrar un matrimonio religioso con el matrimonio civil. Esta prohibición se mantiene en el ámbito de la religión musulmana, dada la diferencia de este matrimonio musulmán con los demás matrimonios religiosos y el mal entendido concepto de matrimonio civil en la comunidad islámica. (R. A. R.)

CARAPEZZA FIGLIA, G.: «Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo», *DFP*, 2018, núm. 1, pp. 223-244.

Artículo sobre el margen de discrecionalidad del legislador ordinario en la normativa de la inmigración y en cuanto a la razonable ponderación de los derechos fundamentales del extranjero. En particular, estudio de la normativa reguladora del ingreso y permanencia del extranjero en el territorio nacional e inmediata garantía del derecho a la unidad familiar, y tendencia a una progresiva limitación del poder de expulsión del extranjero y a la necesidad de un análisis casuístico. Por último, valoración de la conformidad de la *kafalah* y búsqueda de una decisión razonable y adecuada al caso concreto. (Alma R. G.)

COESTER-WALTJEN, D.: «Die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in ausgewählten Rechtsordnungen», *ZEuP*, núm. 2, 2018, pp. 320-358.

Estudio de una especialista en Derecho de familia sobre la regulación del matrimonio de personas del mismo sexo en distintos países europeos. (M. G.-R.)

DAILEY, A. C. & ROSENBURY, A.: «The New Law of the Child», *Yale L. J.*, 2018, vol. 127, abril, núm. 6, pp. 1448-1537.

Las autoras defienden un nuevo paradigma en la protección legal del menor que valore más los intereses de los niños y a su progresiva autonomía respecto del control estatal y parental. Este paradigma re-conceptualizaría este control y sería funcional a una más apropiada consideración de la identidad, integridad personal y privacidad del niño y a su participación en la vida cívica. (A. F.)

FAVILLI, C.: «Libertà e solidarietà nelle vicende della ricostituzione familiare», *NLCC*, 2017, núm. 6, pp. 1273-1326.

Reflexión sobre la regulación de la l. 20 mayo 2016 n. 76 sobre la responsabilidad de los progenitores en el ámbito de la disolución familiar y reconstitución de la familia: solidaridad económica y libertad para fundar una nueva familia.

Especial atención al principio de la protección del interés superior del menor. (M. R. D. R.)

GENOVESE, A.: «I confini attuali dell'azienda coniugale», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 522-540.

Artículo que profundiza en la hacienda entre cónyuges: polisemia del sintagma «hacienda conyugal», la hacienda conyugal por destino, el título de

adquisición de la hacienda conyugal, hacienda conyugal sin empresa entre cónyuges, copropiedad conyugal de la hacienda y ejercicio de la empresa conyugal sin la existencia de hacienda conyugal. (*Alma R. G.*)

GIACOBBE, E.: «Non presenza del soggetto e rapporti giuridici familiari», *DFP*, 2018, núm. 1, pp. 202-222.

Artículo que aborda las consecuencias de la no presencia del progenitor en relación con la determinación de la filiación: en particular, los efectos de la declaración de ausencia y de fallecimiento sobre la presunción de concepción en el matrimonio y de paternidad y en los derechos sucesorios del hijo. (*Alma R. G.*)

GORGONI, A.: «Art. 263 cod.civ.: tra verità e conservazione dello *status filiationis*», *NGCC*, 2018, núm. 4, pp. 540-551.

Comentario a propósito de la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 18 de diciembre de 2017 m. 272, que resuelve un caso de contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero por un matrimonio italiano, en el que la madre comitente no posee ligamen genético con el nacido. Se debate acerca de la relevancia de la filiación no genética y el principio de conservación del status de hijo respecto a la comitente. (*Alma R. G.*)

LANCI, M.: «In the Child's Best Interests? Rethinking Consideration of Physical Disability in Chile Custody Disputes», *Colum. L. Rev.*, 2018, vol. 118, núm. 3, pp. 875-914.

El artículo destaca que no necesariamente la discapacidad física de quien tiene la custodia de los hijos debe considerarse como un factor negativo, como en cambio sí ocurre en los tribunales norteamericanos. Sobre la base de estudios recientes de las ciencias sociales se analiza críticamente esta praxis, que refleja prejuicios que se basan en nociones mal concebidas de la discapacidad y que no colisionan con la protección del interés superior del niño. Puesto que se vislumbran dificultades para remover esta práctica, se aboga para que, por lo menos, se justifique o argumente de mejor forma la decisión judicial. (*A. F.*)

LEO, M.: «Autenticità del titolo e trascrizione nei registri immobiliari», *RDC*, 2018, núm. 1, pp. 50-89.

Análisis del debate jurisprudencial sobre inscripción registral de los acuerdos familiares e instrumentos de verificación de la autenticidad del título, para dar cumplimiento al principio de certeza de la publicidad registral. (*M. R. D. R.*)

LIEBRECHT, J.: «Abschied von der unbennanten Zuwendung», *AcP*, núm. 6, 2017, pp. 886-925.

El trabajo tiene por objeto las transferencias de bienes entre los miembros de una pareja no matrimonial o matrimonial (caso más corriente: transferencia de la mitad de la vivienda) y los efectos que se producen cuando la relación afectiva termina, que normalmente consisten en la resolución de la atribución. Estas transferencias de bienes son llamadas por la doctrina alemana atribuciones innominadas (*unbennante Zuwendungen*).

El autor repasa las diferentes clases de atribuciones en que han sido incluidas o de las que han sido excluidas estas atribuciones, como atribución desvincu-

lada de las normas de la donación (*schekungsrechtsbefreite Zuwendung*), atribución innominada, contrato de cooperación. El autor propone partir de las normas de la donación manual para construir su régimen jurídico. (M. G.-R.)

LUCCHINI GUASTALLA, E.: «Maternità surrogata e best interest of the child», *NGCC*, 2017, núm. 12, pp. 1722-1730.

Artículo que aborda la problemática relativa a la gestación por sustitución: uno de los argumentos esgrimidos en favor de una búsqueda de solución para los casos de nacionales que llevan a cabo un contrato de este tipo en países donde está permitido es la tutela del interés superior del menor nacido fruto de tal figura, interés que pasa por el reconocimiento de su identidad y que se concreta en la determinación de la nacionalidad y en la protección de los derechos derivados de la filiación, como los sucesorios y el nombre y apellidos. (Alma R. G.)

MOLIÈRE, A.: «Et si le concubinage était un acte juridique?», *RTDC*, 2018, núm. 1, pp. 21-43.

El autor se enfrenta al estudio de la naturaleza jurídica del concubinato tras la definición de éste por el Código civil francés, art. 515-8 como «unión de hecho». Pone en duda la exactitud de esta definición, por ser fruto de una voluntad política de marginalización. Entiende que el concubinato debe estudiarse por fases: formación, ejecución y disolución, conforme a las soluciones jurisprudenciales. (R. A. R.)

MONTANARI, M.: «Le nuove disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo», *NLCC*, 2018, núm. 2, pp. 340-384.

Aproximación al problema del acoso informático mediante la ley de 29 de mayo de 2017 n. 71: definición, instrumentos de prevención, protección del menor, datos personales, etc. (M. R. D. R.)

PARICARD, S.: «Vers un droit spécial de la filiation?», *RD*, 2018, núm. 2, pp. 75-80.

Problemas de familia cuando el niño está en una familia de personas del mismo sexo o nacido del vientre de una mujer que ha cambiado de sexo. A pesar de la liberalidad del Derecho, las normas de filiación no han cambiado y son ineficaces para conocer estas nuevas realidades. Sería necesario prever normas especiales para estos supuestos. (R. A. R.)

PAULUS, D.: «Elternunterhalt oder nicht Elternunterhalt? Eine rechtspolitische Kritik», *AcP*, núms. 4 y 5, 2017, pp. 579-610.

Los preceptos de los §§ 1601 y ss. BGB sobre alimentos de los hijos a sus padres no han cambiado apenas desde su entrada en vigor en 1900. Esta inactividad asombrosa que dura más de cien años se explica en parte por un largo período de exuberantes pensiones, una esperanza de vida más corta y una solidaridad familiar más amplia, así como por la generosidad del Estado social, basada en el bienestar económico.

A la vista del incremento de la expectativa vital (y de las mayores necesidades de cuidado), la caída de la natalidad, así como de los cambios sociales y familiares, es inevitable una reforma del derecho de alimentos de los

padres. Además, la aplicación por la jurisprudencia del derecho de alimentos en vigor despierta dudas constitucionales. (*M. G.-R.*)

PETTA, C.: «La tutela del diritto abitativo del minore in mancanza del provvedimento provvisorio di assegnazione della casa familiare», *DFP*, 2018, núm. 1, pp. 144-172.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Viterbo de 4 de agosto de 2017, dirigido a individualizar el instrumento más adecuado para la tutela del interés a la vivienda de los hijos en la fase inicial del juicio de separación conyugal. La hipótesis que juzga, en concreto, la citada sentencia es aquella de la venta de la vivienda familiar por el progenitor propietario exclusivo de la misma antes de que puedan iniciarse, por parte del presidente del tribunal, los procedimientos temporales y urgentes destinados a la protección del interés de la prole y de los cónyuges, con el fin de eludir la normativa existente en materia de atribución de la vivienda familiar en caso de crisis conyugal. (*Alma R. G.*)

RICCI, A.: «La disciplina del consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il D: M: 28 dicembre 2016, n. 265: Novità e vecchi problemi», *NLCC*, 2018, núm. 1, pp. 40-80.

Estudio del requisito del consentimiento informado, como instrumento de libertad personal, en la aplicación médica de técnicas de reproducción asistida. Tratamiento de datos personales. (*M. R. D. R.*)

SAVI, G.: «Il diritto all'assegno divorzile avanti alle Corti di merito, ovvero sia, l'ennesima "torre di Babele" nella cittadella della famiglia», *DFP*, 2018, núm. 1, pp. 83-101.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Apelación de Génova de 12 de octubre de 2017 n. 106 acerca de la función de la prestación compensatoria tras el divorcio: ¿posee naturaleza asistencial dirigida a asegurar las condiciones personales para una vida digna y libre del cónyuge acreedor, o cumple una mera función de reequilibrio económico entre ambos cónyuges? (*Alma R. G.*)

SCALISI, V.: «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *RDC*, 2018, núm. 2, pp. 405-434.

Análisis de la protección del interés superior del menor en las relaciones familiares como derecho fundamental, desde el derecho interno italiano y su comparación con el derecho internacional. (*M. R. D. R.*)

TODESCHINI PREMUDA, A.: «La trascrizione degli accordi tra coniugi nell'ambito della negoziazione assistita», *NGCC*, 2018, núm. 1, pp. 124-133.

Tanto el pronunciamiento del Tribunal de Pordenone como el del Tribunal de Roma, ambos de 17 de marzo de 2017, han admitido la posibilidad de inscribir los acuerdos celebrados con éxito en el procedimiento de negociación asistida en materia de separación personal entre los cónyuges, aunque la inscripción hubiese sido solicitada sobre la base de títulos (actos negociales) privados de autenticación ante Notario. Tales acuerdos encuentran su fundamento normativo en el decreto legislativo de 2 de septiembre de 2014 n. 132, modificado por la ley de 10 de noviembre de 2014 n. 162. (*Alma R. G.*)

TOMMASINI, M. F.: «I rapporti familiari tra tradizione e attualità», *DFP*, 2018, núm. 1, pp. 259-283.

Artículo que analiza la gradual inserción de los principios constitucionales en el Derecho de Familia: así, la relevancia de los valores de igualdad y de solidaridad en las relaciones personales y patrimoniales, constante matrimonio, y en las uniones civiles entre personas del mismo sexo, en las relaciones de filiación y en el régimen sucesorio. También estudia la solidaridad residual relativa a las obligaciones alimenticias entre parientes. (*Alma R. G.*)

VVAA: «Droit de la famille», *SJ*, 2018, núm. 8, pp. 382-388.

Estudio jurisprudencial sobre el derecho de familia en Francia. Estudios sobre la pareja: cónyuges o concubinos, disolución mediante el divorcio. Los menores, filiación y patria potestad. (*R. A. R.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BOCK, M.: «Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses», *AcP*, núm. 3, 2017, pp. 370-417.

Implicaciones jurídicas de la herencia digital. Diariamente se apuntan millones de usuarios a Facebook, escriben mensajes por correo electrónico o WhatsApp, compran en Amazon y eBay, pagan mediante PayPal, utilizan Parship y almacenan fotos y videos en su Dropbox. Con ello no solo dejan huellas digitales, sino que se crea una silueta digital de la personalidad. Esta silueta no se extingue con la vida de los seres humanos, sino que constituye su herencia digital.

La doctrina discute detalladamente sobre el trato que merece esa herencia digital. Sin embargo, existe una clara inseguridad jurídica, porque el legislador alemán no se ha ocupado de ello, a pesar de las exigencias expresas que se le han planteado. (*M. G.-R.*)

GÄRTNER, F. X.: «Die (ökonomische) Notwendigkeit notarieller Mitwirkung im Rahmen letztwilliger Verfügungen von Todes wegen. Eine ökonomische Analyse anhand letztwilliger Verfügungen im Bereich des Amtsgericht Amberg», *AcP*, núm. 6, 2017, pp. 805-847.

Estudio desde el punto de vista del análisis económico del Derecho sobre si es preferible el testamento ológrafo o el notarial. El autor se decanta por el testamento notarial, llegando a proponer la eliminación del ológrafo. (*M. G.-R.*)

MILLER, D.: «Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruch als Rechtsmissbrauch? Polnisches und deutsches Recht im Vergleich», *ZEuP*, núm. 1, 2018, pp. 65-88.

Tanto en Derecho alemán como polaco, la legítima constituye un derecho de crédito contra el heredero. Además, en Polonia, el juez puede decidir la supresión del derecho legitimario en determinados casos, como la existencia de necesidades perentorias del heredero o el comportamiento inadecuado del legitimario; el juez, entonces, puede considerar la pretensión de este como abusiva (art. 5 Cc polaco).

El § 2331a BGB solo prevé la concesión de una moratoria al heredero en cuanto al pago de la legítima cuando tal pago inmediato suponga un rigor

inequitativo. La autora del trabajo se plantea si la pretensión legitimaria puede ser también considerada abusiva en el Derecho alemán (§ 242 BGB). (M. G.-R.)

MURGA FERNÁNDEZ, J. P.: «Payment of decedent's debts in succession law: "effects" and "defects" of the German and Spanish legal systems», *ZEUP*, núm. 2, 2018, pp. 359-381.

Estudio comparado de los derechos español y alemán sobre el pago de las deudas hereditarias, comenzando por el arduo asunto de la confusión de las deudas del causante con las del heredero. (M. G.-R.)

PATTI, F. P.: «La retribuzione dell'esecutore testamentario», *NGCC*, 2018, núm. 5, pp. 684-696.

Comentario a propósito de la sentencia de la Corte de Bolonia de 27 de septiembre de 2017, en la que el causante nombra a un notario como albacea testamentario, previendo a su favor una equitativa retribución con cargo a la herencia. Después de la negativa del heredero a pagar dicha suma de dinero, el albacea interpone una demanda ante los tribunales reclamándola. La sentencia afirma que el cargo de albacea no constituye una prestación de carácter profesional y excluye que el *quantum* de la retribución pueda ser, por tanto, individualizado sobre la base de tarifas profesionales referidas a un porcentaje de la masa hereditaria. (*Alma R. G.*)

PÉGLION ZIKA, CL. M.: «Existe-t-il un droit de l'homme á hériter?», *RTDC*, 2018, núm. 1, pp. 1-20.

En este estudio se analiza la naturaleza jurídica del derecho del hombre a heredar. Se analiza si es un derecho humano ya consagrado o en vías de serlo. Visto como derecho fundamental explicaría la evolución que ha ido sufriendo el Derecho de sucesiones en los últimos quince años. La autora considera que el derecho a heredar oculta una realidad diferente, que no es otra que la ruptura de la solidaridad familiar entre los hombres. (*R. A. R.*)

SAAVEDRA SERVIDA, B.: «Premorienza del beneficiario di polizza vita e intramissibilità *iure hereditatis* del diritto all'indennizzo», *NGCC*, 2018, núm. 5, pp. 613-619.

Comentario a propósito de la sentencia de la Corte de Apelación de Milán de 7 de noviembre de 2017 sobre un contrato de seguro de vida a favor de tercero: a partir del presupuesto de que, por efecto de la designación por parte del asegurado, el tercero deviene titular de una mera expectativa y no de un derecho de crédito, dicha sentencia ha resuelto en sentido negativo la cuestión de la transmisibilidad *iure hereditatis* del derecho a la prestación asegurada en caso de premorienza, respecto al asegurado, del sujeto designado como beneficiario de la póliza de vida. (*Alma R. G.*)

SICCHIERO, G.: «La rinuncia del chiamato in possesso dei beni ereditari (artt. 485 e 519 CC)», *RDC*, 2018, núm. 2, pp. 507-535.

Análisis de los efectos de la renuncia a la herencia por el poseedor de bienes hereditarios, en su doble vertiente de poseedor y heredero, conforme a los artículos 485 y 519 del Código civil italiano. (*M. R. D. R.*)

VARIA

JEULAN, E.: «La nature juridique de la procédure des tuteles pour la reconnaissance d'un lien procedural de protection», *RTDC*, 2018, núm.2, pp. 271-284.

El autor critica la poca atención prestada por la doctrina sobre el procedimiento de tutela de los mayores. Por ello, propone un tercer término más genérico para el procedimiento, una noción que abarque la relación del mayor protegido con otros miembros de la familia y el tutor. Un procedimiento no litigioso que permita poner el corazón. El autor propone hablar de lazo procedimental de protección. (*R. A. R.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

LIEDER, J.: «Personelle Reichweite des mietrechtlichen Konkurrenzschutzes. Zurechnungsdurchgriff bei Personengesellschaften und Kapitalverwaltungsgesellschaften», *AcP*, núm. 1, 2018, pp. 109-143.

Según el autor, en Alemania las cláusulas de protección de la competencia disfrutan de gran popularidad en la práctica de los arrendamientos comerciales.

En un momento de subida de los precios de los inmuebles en Alemania, la adquisición de su propiedad no es solo deseada por los particulares sino que también son objeto de inversión por inversores institucionales. En la práctica no es infrecuente que bienes inmuebles sean adquiridos con la colaboración de sociedades de administración de capitales (*capital management companies*). La interposición de tal sociedad de administración plantea la cuestión de si los vínculos contractuales de una de las sociedades objeto administrada por ella afectan a otra, igualmente administrada por ella. En concreto, se trata de saber si las reglas de competencia acordadas en los contratos de arrendamiento vinculan no solo a la sociedad objeto arrendadora, sino también a otras sociedades objeto administradas por la sociedad de administración de capitales. (*M. G.-R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

ABADIE, P.: «Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise», *RD*, 2018, núm. 6, pp. 302-308.

El papel del juez es fundamental en los supuestos de responsabilidad de la empresa. Normalmente se plantea el problema cuando los prácticos discuten sobre el tema. El juez tiende a utilizar modos alternativos consensuales de reglamentación diferente. La Ley núm. 2017-399 de 27 de marzo de 2017 sobre el deber de vigilancia, otorga al juez un papel concreto en estos temas. (*R. A. R.*)

D'AMBROSIO, L.: «Variazioni sul patto atipico di manleva», *NGCC*, 2018, núm. 1, pp. 115-123.

Artículo dedicado al pacto atípico de indemnización, que surgió hace una década en el ámbito del Derecho Civil y que ahora se ha extendido al Derecho de Sociedades. Existen varias modalidades del mismo, una de ellas obliga a no votar a favor de la responsabilidad civil de los administradores, solicitada por una minoría de accionistas (obligación de no hacer); otra de ellas obliga a votar en contra de la responsabilidad civil de los administradores (obligación de hacer). (*Alma R. G.*)

DI SARLI, M.: «La valutazione delle azioni nel recesso da s.p.a “private”: una ricostruzione dei confini della discrezionalità tecnica degli amministratori», *CI*, 2018, núm. 1, pp. 500-521.

Artículo sobre los criterios para la determinación del valor del reembolso de las acciones que se reconoce al socio cuando éste ejercita un derecho de desistimiento de la sociedad de capital. (*Alma R. G.*)

KÖNIG, C.: «Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften», *AcP*, núms. 4 y 5, 2017, pp. 611-686.

En principio, no existe desde el punto de vista del Derecho de sociedades y de los grupos de sociedades una responsabilidad de las sociedades matrices de los grupos por los actos ilícitos extracontractuales de las sociedades filiales, ya que el principio de separación del Derecho de sociedades también se aplica a los grupos sociales.

El principio de la separación de la responsabilidad no excluye, sin embargo, que una sociedad matriz responda junto con una filial, si en la persona de aquella existe un deber independiente. Partiendo de esta base, el autor estudia sobre qué fundamentos extracontractuales en relación con el comportamiento antijurídico de una filial puede una sociedad matriz ser ella misma responsable, y cómo ha de valorarse este hecho desde el punto de vista del Derecho de sociedades y de los grupos sociales. Junto a las normas generales de responsabilidad extracontractual del BGB, se tratan también ilícitos especiales de carácter mercantil, como, p. ej., referentes al prospecto, el producto, el medio ambiente, competencia y bienes inmateriales. (*M. G.-R.*)

LECOUR, B.: «Pour un code europeen des sociétés», *RD*, 2018, núm. 15, pp. 805-812.

Dificultades de regulación a nivel europeo del derecho de sociedades. El autor entiende que la multitud de directivas se superponen a los derechos nacionales y crean un conflicto de aplicación. Por ello, se inclina por un código europeo como derecho base. (*R. A. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

HÜBNER, L./ PIKA, M.: «Vertrauensschutz im Vertriebsrecht», *ZEuP*, núm. 1, 2018, pp. 32-64.

Aunque el título del artículo es la protección de la confianza en el Derecho de la distribución, en realidad, plantea un problema más complejo como es si el Derecho privado puede ser utilizado para imponer intereses públicos

de ordenación política del mercado. Ejemplos de esto son la introducción de una cuota femenina en el Derecho de sociedades por acciones alemán, o la tendencia a la juridificación de la *Corporate Social Responsibility* de empresas dentro de la Unión Europea.

El trabajo plantea este problema aplicado a la terminación de relaciones comerciales de larga duración. El motivo es una reciente STJUE de 14-VII-2016, Asunto C-196/15, caso *Granarolo*. (M. G.-R.)

SAAVEDRA SERVIDA, B.: «Premorienza del beneficiario di polizza vita e intramissibilità *iure hereditatis* del diritto all'indennizzo», *NGCC*, 2018, núm. 5, pp. 613-619.

Comentario a propósito de la sentencia de la Corte de Apelación de Milán de 7 de noviembre de 2017 sobre un contrato de seguro de vida a favor de tercero: a partir del presupuesto de que, por efecto de la designación por parte del asegurado, el tercero deviene titular de una mera expectativa y no de un derecho de crédito, dicha sentencia ha resuelto en sentido negativo la cuestión de la transmisibilidad *iure hereditatis* del derecho a la prestación asegurada en caso de premoriencia, respecto al asegurado, del sujeto designado como beneficiario de la póliza de vida. (*Alma R. G.*)

SALVI, G.: «L'irrelevanza dell'usura sopravvenuta alla luce del vaglio (forse) definitivo delle Sezioni Unite», *NGCC*, 2018, núm. 4, pp. 517-528.

Comentario a propósito de la sentencia de la Corte de Casación italiana de 19 de octubre de 2017 n. 24675, sobre la nueva normativa del contrato de préstamo e intereses de usura. (*Alma R. G.*)

DERECHO CONCURSAL

DAMMANN, R./GUERMONPREZ, M.: «Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives», *RD*, 2018, núm.12, pp. 629-635.

Notas sobre la próxima reforma del Derecho francés en materia de procedimientos de insolvencia empresarial. Los autores se inclinan por utilizar el modelo alemán de reestructuración, creando clases de acreedores. Ese modelo tendría que adaptarse a la normativa francesa. (*R. A. R.*)

ROUSSEL, J.: «Rôle du fonds de garantie en cas de défaillance d'une entreprise d'assurance. (Ordonnance núm. 2017-1609 du 27 novembre 2017)», *RDI*, 2018, núm. 5, pp. 256-260.

El autor analiza el cambio de función de los fondos de garantía de las empresas de seguro con la Ordenanza de 2017. Si en 2003 su función era obligatoria por ley, con la reforma de 2017 esa misión se ha duplicado: se extiende a los asegurados que operan en otro Estado de la Unión Europea y se restringe el seguro a los daños y perjuicios. (*R. A. R.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
C.L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
SJ	La Semaine Juridique
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht



JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2017

Ramón CASAS VALLÉS (UB), Rosa MÉNDEZ TOMÁS (Magistrada. Profesora Escuela Judicial), Agustín SERRANO DE HARO (Juez. JPI núm. 4 de Lorca), Roberto SIERRA GABARDA (Juez de refuerzo de lo Social en Móstoles)¹

STC 2/2017, 16 de enero.

RA: Estimado.

Ponente: Narváez Rodríguez. Voto particular discrepante de González-Trevijano.

Conceptos: Discriminación por razón de sexo. Baja laboral por embarazo de riesgo. Derecho preferente a elección de puesto de trabajo. Incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

Preceptos de referencia: Art. 14 CE. Art. 241 Ley Orgánica del Poder Judicial. Art. 23 del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales comerciales para la provincia de Cádiz (BOP de Cádiz de 25 de febrero de 2010).

El caso que concernió a la trabajadora Nuria Ruiz reviste importancia por varios motivos. En primer lugar, nos encontramos ante un supuesto en el que los óbices procesales se han tornado casi tan importantes como las normas sustantivas, dando lugar incluso a un voto particular que versa, exclusivamente, sobre la concurrencia de tales óbices. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional tiene la oportunidad de perfilar una más de las innumerables aristas que siempre sobresalen del artículo 14 de la Constitución Española, por mucha y muy profusa que ya sea la interpretación, doctrinal y jurisprudencial, que ha merecido dicho artículo. En tercer lugar, porque el Tribunal no deja pasar la oportunidad de subrayar, aunque sea a modo de *obiter dicta*, la importancia de que las sentencias judiciales conjuguen, junto con el análi-

¹ Ramón Casas (sentencias 3, 67, 88, 95 y 133), Rosa Méndez (sentencias 5, 31, 75 y 104), Agustín Serrano (sentencias 2 y 105), Roberto Sierra (sentencias 41 y 144).

sis de la normativa legal aplicable al caso, una debida ponderación de los derechos y deberes fundamentales que se hallen en juego.

Los hechos son, al menos en apariencia, sencillos. La recurrente trabaja como profesional de limpieza para la mercantil *Eurolimp*, con jornada parcial de 20 horas semanales, y destinada en el centro de salud de Chipiona, en Cádiz. El 28 de marzo de 2010 causó baja laboral por embarazo de riesgo, situación en la que permanecería hasta el 28 de marzo de 2011. Entretanto, el 5 de julio de 2010, la mercantil empleadora contrató a una nueva trabajadora con carácter indefinido y prestación de 30 horas semanales. El contrato fue para prestar servicios también en Chipiona, pero en este caso en un nuevo centro de salud de la localidad, distinto del anterior. Al reincorporarse de su baja, la recurrente instó del empleador su traslado al nuevo centro de trabajo, así como la ampliación de su jornada semanal, invocando su derecho preferente a ocupar tal destino.

Ante el silencio de la empleadora y lo infructuoso de la conciliación previa, la trabajadora interpuso demanda ante los Juzgados de lo Social de Jerez de la Frontera, que sería resuelta por el Juzgado núm. 3 en virtud de sentencia estimatoria. El juzgado valoró por un lado que el artículo 23 del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales comerciales para la provincia de Cádiz (Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz de 25 de febrero de 2010), preveía expresamente para los trabajadores ya contratados un derecho preferente frente a terceros «*en aquellos casos en que la empresa tenga necesidad de realizar nuevas contrataciones, que incrementen el número de horas de prestación de servicios*». Además, entendió que cualquier otra solución supondría una conculcación del artículo 14 de la Constitución española, al suponer una discriminación por razón de sexo para la trabajadora demandante.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, conociendo en Suplicación, revocó la anterior sentencia. A su juicio, el precepto convencional habría sido indebidamente interpretado por el órgano *a quo*, toda vez que no tuvo en cuenta cuándo nació la necesidad empresarial de nueva contratación, y que no fue sino cuando la recurrente se encontraba de baja por incapacidad temporal. Por tanto y no pudiendo estar disponible para la prestación laboral cuando la nueva necesidad empresarial se produjo, no puede entenderse denegado ningún derecho de prestación preferente de servicios.

La recurrente en amparo plantea en su demanda al Tribunal Constitucional una situación de objetiva discriminación, al entender que tanto la respuesta de la mercantil como la del Tribunal Superior le dispensaron un tratamiento desfavorable en cuanto al derecho preferente a la ampliación de jornada reconocido convencionalmente, y ello por el solo hecho de su maternidad. Por otro lado, la mercantil hizo suyos, en la contestación, los mismos argumentos ya esgrimidos por el Tribunal Superior, reiterando la inviabilidad económica, y la no obligación legal, de que el empleador deba estar esperando *ad eternum* la reincorporación de un trabajador para ofertarle una plaza determinada o unas condiciones laborales particulares. El Ministerio Fiscal entiende, sobre el fondo del asunto, que sí nos encontraríamos ante un supuesto de lesión no intencional, pero aun así lesión, al derecho a la no discriminación por razón de sexo, pero que antes de tales consideraciones debe oponerse a la recurrente un óbice procesal no menor: no agotó todas las vías judiciales previas, toda vez que no interpuso, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, incidente extraordinario de nulidad de actuaciones.

El Tribunal Constitucional comienza su análisis del caso por esta última cuestión: si puede entenderse que no se han cumplido los requisitos previos

para interponer el recurso de amparo. Realizando una valoración sin duda más condescendiente que estrictamente legalista, concluye que en el caso de autos no era necesario plantear previamente al amparo el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, pues las supuestas vulneraciones de derechos que en tal incidente deberían de ser alegadas, ya fueron en puridad esgrimidas por la actora a lo largo de su demanda laboral inicial y de su posterior personación en la Suplicación.

Antes de entrar en el fondo del asunto, son dos las valoraciones previas que realiza el Alto Tribunal. En primer lugar, reitera su ya conocida distinción entre los derechos que en puridad encierra el artículo 14 CE, de apariencia semejante pero en realidad distintos en su naturaleza y protección: un principio genérico a la igualdad, que no se vería conculcado por una diferencia normativa de trato siempre que ésta cumpliera el canon de la mera razonabilidad, y un derecho a la no discriminación que, para poder aplicar cualquier forma de diferenciación jurídica que pueda entenderse como discriminatoria, requeriría superar un muy estricto juicio de proporcionalidad. En segundo lugar, y con cierto tono de reproche, aun velado, a la actuación del TSJ, subraya la obligación de todo órgano judicial de valorar, en aquellos casos en los que entren en juego derechos fundamentales, la proyección constitucional de los mismos, y no meramente la normativa legal aplicable al caso. Obligación judicial que, por cierto, el Alto Tribunal ya tuvo ocasión de recordar en otros casos, también, de índole laboral (vid. STC 26/2011, de 14 de marzo).

En relación, ahora sí, con el fondo del asunto, el Tribunal entiende que del relato no controvertido de hechos probados puede inferirse que la trabajadora sí ha sufrido un perjuicio o trato peyorativo en sus condiciones laborales. Así, de su situación de incapacidad temporal por causa de embarazo, se habría derivado que no pudiera ejercitar un derecho de preferencia, reconocido en el convenio colectivo de aplicación. Este trato peyorativo, vendría derivado de su condición de mujer, toda vez que, de no haberse encontrado en situación de baja por un embarazo de riesgo, habría podido ejercitar aquel derecho; esto es, quienes no son susceptibles de encontrarse en tal situación de baja (los trabajadores hombres), sí lo habrían podido ejercitar.

La actuación empresarial así enjuiciada fue, por lo tanto, directamente discriminatoria para con la empleada, al ser colocada en una situación de clara desventaja como mujer trabajadora en relación con el resto de sus compañeros. Ello contravino de manera frontal el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo reconocido en el artículo 14 de la Constitución, lo que la hace merecedora del amparo.

Acompaña a la sentencia un incisivo voto particular, que se centra únicamente en la causa de inadmisión discutida primeramente por el Tribunal para concluir, contra la mayoría, que el recurso no debió admitirse. Para el magistrado disidente, el Tribunal habría llegado a pronunciamientos casi contradictorios al entender, por un lado, que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones no era necesario como paso previo a interponer el recurso de amparo (toda vez que la vulneración de derechos fundamentales ya había sido debidamente alegada por al recurrente en las instancias anteriores) y, por otro lado, que el Tribunal Superior de Justicia omitió su compromiso judicial con la debida motivación de las sentencias al no valorar la incidencia en el pleito de los derechos fundamentales en juego, y limitarse a resolverlo desde la sola óptica de la legalidad ordinaria.

La recurrente en amparo en el caso que nos ocupa debió tener en mente, en algún momento de su muy largo recorrido laboral y judicial, las palabras animosas del filósofo Séneca, *El trabajo y la lucha llaman siempre a los mejores*, aunque salvando eso sí las distancias entre aquellos tiempos en los que el vencedor de las luchas de diversa índole era decidido por aclamación popular, en vez de por un complejo –y garantista– sistema judicial.

SSTC 3/2017 y 4/2017, 16 de enero.

RRAA: Estimados.

Ponente: Xiol Ríos.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial y a obtener una resolución de fondo. Cláusula suelo. Abusividad. Defensa de los consumidores y usuarios. Relación entre acciones colectivas (de cesación) e individuales (de nulidad). Prejudicialidad civil, litispendencia e indefensión.

Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE. Arts. 11, 15 y 43 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, Ley 1/2000). Art. 53 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLDCU, RDLeg. 1/2007). Directiva 2009/22/CE.

La posibilidad de que las asociaciones de consumidores ejerciten acciones colectivas en defensa de sus derechos e intereses ha dado lugar a algunos malentendidos acerca de la relación y posible compatibilidad con algunas acciones individuales ejercitadas por los propios interesados. El problema se aborda en esta sentencia que, sin embargo, no es novedosa. Al contrario, pues se trata de un caso idéntico al resuelto por la STC 148/2016, a la que siguieron otras siete el mismo año (números 206, 207, 208, 209, 218, 221 y 223). De ellas ya se dio cuenta en la anterior edición de esta reseña jurisprudencial y, por tanto, bastará un breve resumen.

Ante la demanda de unos concretos consumidores que pedían la declaración de nulidad de una cláusula suelo por abusiva, el banco demandado opuso que ya se estaba tramitando un pleito sobre la misma cláusula en otro juzgado a instancia de una asociación de defensa de los consumidores (ADICAE). A su juicio, la acción individual (de nulidad; ejercitada Barcelona) debía quedar detenida hasta que recayera sentencia sobre la acción colectiva (de cesación; ejercitada en Madrid). La petición del banco fue estimada y el Juzgado Mercantil de Barcelona declaró la existencia de prejudicialidad civil por *«identidad entre la causa petendi y el petitum de las pretensiones planteadas en ambos procesos, lo que podría provocar situaciones de sentencias contradictorias de imposible coexistencia jurídica, máxime cuando el consumidor individual halla mecanismos a su alcance para beneficiarse de los efectos de la eventual sentencia dictada por el Juzgado Mercantil [...] de Madrid en virtud de las previsiones del art. 519 de la Ley de enjuiciamiento civil»*. El criterio del Juzgado fue confirmado por la Audiencia, aunque a su juicio no concurría prejudicialidad sino litispendencia, por lo que decretó el archivo de las actuaciones. En el recurso de amparo contra las resoluciones del Juzgado y de la Audiencia, los afectados alegaban que la acción individual (de nulidad) era perfectamente compatible con la acción colectiva (de cesación) y que, al no entenderlo así los órganos judiciales, se les había privado de su derecho a obtener una resolución de fondo, con vulneración del art. 24.1 CE.

La coincidencia con el caso resuelto por la STC 148/2016 es total y por ello el Tribunal no hace sino acudir a los criterios entonces aplicados tras un

detallado examen de la normativa española y de la Unión Europea. Ni del art. 11.4 LEC ni del art. 53 TRLDCU resulta «ningún tipo de preterición, sea por la vía de la litispendencia u otra, de las acciones individuales frente a la acción colectiva de cesación, quedando indemne el derecho del interesado para impetrar la tutela autónoma de sus derechos e intereses legítimos de manera separada [STC 148/2016, FJ 4 c)]» (FJ 4 STC 3/2017). En definitiva, remitiéndose al extenso análisis de la legislación nacional (LEC y TRLGDCU) y de la UE llevado a cabo por la STC 148/2016, la sentencia ahora reseñada concluye de nuevo que no hay ninguna norma «que habilite al juez para acordar la exclusión o archivo del proceso de nulidad individual por la mera admisión a trámite de una acción de cesación de la misma cláusula y que resultan claras las expresiones del legislador español y europeo en sentido contrario a esa tesis restrictiva del derecho de acceso a la jurisdicción» (FJ 4, STC 3/2017). Tras esa declaración, la sentencia consigna un resumen la doctrina de la STC 148/2016 en los términos que siguen y que justifican el otorgamiento del amparo y la consiguiente nulidad de las resoluciones recurridas.

«Las resoluciones aquí impugnadas “prescindiendo del marco normativo propio de las acciones colectivas de cesación al que debía atenderse ... han denegado la tutela jurisdiccional solicitada a través de la demanda de nulidad individual de cláusula abusiva, remitiendo a los actores a un proceso de cesación iniciado casi dos años antes en un Juzgado de Madrid por una asociación de consumidores. Para ello se aplican las reglas propias de otro tipo de acciones, las de reclamación de daños de los arts. 11.2 y 11.3 LEC y preceptos concordantes de esta última, excepto el que realmente importaba aquí: el apartado cuarto del art. 15 LEC, que como ya se ha visto, dispensa de adoptar las medidas de llamamiento y publicidad del proceso en todas las modalidades de acción de cesación, con desaparición, así, de toda posible carga procesal del reclamante individual por tener que acudir al proceso de cesación, cuyas disposiciones (Ley sobre condiciones generales de la contratación y texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios) no prevén siquiera la legitimación de afectados individuales, aunque estos podrían confiar su caso a alguna de las entidades legitimadas como pretensión acumulada, lo que aquí sin embargo no sucedió. [...] En consecuencia, si los aquí recurrentes no eran parte en ese proceso de acción colectiva, ni estamos en un supuesto de legitimación indirecta impuesta ex lege (como en el ámbito de la defensa colectiva de los derechos de propiedad intelectual y las entidades de gestión especializadas: SSTC 196/2009, de 28 de septiembre, FJ 3, y 123/2010, de 29 de noviembre, FJ 3), la conclusión lógica es que falta la identidad del elemento subjetivo necesario entre ambos procesos, el de cesación y el individual, para poder acordar la litispendencia” (FJ 6)» (FJ 5 STC 3/2017).

Las cosas, añade el Tribunal, no cambian por el hecho de que el órgano que conocía de la acción colectiva diera publicidad a la misma pues, como dijo la STC 148/2016 «a falta de una carga procesal impuesta por la ley, los aquí recurrentes no tenían que atender al emplazamiento efectuado, ni en ese ni en otro proceso de cesación en cualquier parte del territorio nacional, por más que apareciere impugnada una cláusula del mismo contenido que la suya, ni antes ni después de formalizar demanda individual de nulidad de su cláusula y solicitud de devolución de lo pagado por ella [STC 148/2016, FJ 6]» (FJ 5 STC 3/2017).

Finalmente, destaca el Tribunal, siempre con remisión a la repetida sentencia de 2016, que «en el aspecto objetivo, [...] la identidad entre el proceso individual y el colectivo resulta cuanto menos dudosa, por cuanto, la “demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de ‘su’ contrato, ni de las circunstancias concurrentes en su celebración (arts. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, y art. 82.3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta, por supuesto, a que el Juzgado a quo, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo [...] en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula. Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas. Los Autos recurridos en amparo, por lo demás, citan pero no aplican el art. 11.1 LEC, que precisamente garantiza el ejercicio de acciones individuales –en este y múltiples ámbitos– con independencia de la promoción por las asociaciones de consumidores, de acciones en defensa de los intereses generales de éstos” [STC 148/2016, FJ 6]» (FJ 5 STC 3/2017).

El caso es idéntico al resuelto por la STC 4/2017, en el que el Tribunal estima también el recurso de amparo con idénticos argumentos y remisión a la repetida STC 148/2016.

STC 5/2017, 16 de enero.

RA: Estimado.

Ponente: Roca Trías.

Conceptos: Ejecución hipotecaria. Comunicación edictal. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la Jurisdicción.

Preceptos de referencia: Art. 24 CE. Arts. 683 y 686 LEC.

Nuevamente el Tribunal Constitucional se ve en la necesidad de recordar a los Tribunales ordinarios que la comunicación edictal es la última ratio, debiéndose agotar previamente las posibilidades de averiguación del domicilio real. Sobre el mismo problema y en idénticos términos pueden verse las siguientes sentencias, todas ellas también del año 2017: 6/2017, 106/2017 y 138/2017 (procedimientos de ejecución hipotecaria), 50/2017 (reclama-

ción de cantidad) y 137/2017 (desahucio por falta de pago y reclamación de rentas).

1) Antecedentes del caso.—Una entidad bancaria presenta demanda de ejecución hipotecaria contra el recurrente en amparo. Se despachó ejecución y, tras celebrarse la subasta de las fincas hipotecadas, el recurrente afirma no haber tenido conocimiento del proceso hasta que fue requerido extraprocesalmente para pago de unas determinadas cantidades, como diferencial. Se personó en el proceso cuando éste se encontraba en el trámite de tasación de costas y promovió incidente de nulidad de actuaciones, que fue desestimado.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.—Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, el demandante en amparo alega vulneración del derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE), al haberse seguido el procedimiento de ejecución contra el recurrente sin su conocimiento, ya que el Tribunal acudió al emplazamiento por edictos sin agotar previamente los mecanismos previstos en el art. 156 LEC para intentar su localización personal. Por otrosí, solicitó la suspensión del procedimiento ejecutivo, que fue acordada.

El Ministerio Fiscal entiende que procede la estimación de la demanda de amparo, pues el órgano judicial acudió a la citación edictal sin llevar a cabo una mínima diligencia para averiguar un domicilio alternativo al que figuraba en la escritura y donde realmente pudieran ser hallados los ejecutados. Indica, además, que en las actuaciones consta un documento que facilitaba este dato y su efectividad.

La representación procesal de la entidad bancaria se opone por considerar que las diligencias de notificación que resultaron negativas se llevaron a cabo en el domicilio pactado por las partes a efectos de notificaciones y requerimientos (art. 686.2 LEC), sin que a la entidad le constase notificado por el demandado el cambio del domicilio (art. 683 LEC).

Añade que la obligatoriedad de agotar todos los medios de averiguación domiciliaria, previamente a acordar los edictos, se incorporó de manera expresa en el art. 686.3 LEC a través de la Ley 19/2015, por lo que las notificaciones realizadas al ejecutado en el caso examinado, vía edictos, se realizaron conforme a la legalidad vigente en ese momento, sin que quepa su aplicación retroactiva.

3) Posición del Tribunal.—Justificada la trascendencia constitucional del recurso, el Tribunal Constitucional recuerda su doctrina jurisprudencial reiterada en el sentido de que, en los procedimientos de ejecución hipotecaria, cuando sea negativa la notificación y el requerimiento de pago en el domicilio que consta en el Registro de la Propiedad, el órgano jurisdiccional debe agotar las posibilidades de averiguación del domicilio real antes de acudir a la comunicación edictal (STC 122/2013, de 20 de mayo, FJ 3; doctrina reiterada en una pluralidad de sentencias posteriores: SSTC 30/2014, 24 de febrero FJ 3; 131/2014, de 21 de julio, FJ 4; 137/2014, de 8 de septiembre, FJ 3; 89/2015, de 11 de mayo, FJ 3; 169/2014, 22 de octubre, FJ 3, y 151/2016, de 19 de septiembre, FJ 2). Máxime si consta en el expediente la existencia de un domicilio personal del ejecutado distinto a aquél en el que se intenta la notificación, al que le fue realizada una comunicación por la acreedora con resultado positivo. Por tal motivo, el Tribunal aprecia la vulneración del art. 24.1 CE.

STC 31/2017, 27 de febrero y 85/2017, 3 de julio.

RA: Estimado parcialmente.

Ponentes: Enríquez Sancho (31/2017) y Conde-Pumpido (85/2017).

Conceptos: Proceso de incapacidad. Intervención del Ministerio Fiscal en el acto de la vista. Derecho de defensa y a un proceso contradictorio como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Arts. 749.1, 750.1 y 758 LEC; arts. 188 y 193 LEC; arts. 12 y 13 de la Convención de Naciones Unidas y art. 24 CE.

La vulneración de los derechos fundamentales de las personas en las que eventualmente concurre una causa de incapacidad, se pone de manifiesto en el proceso de incapacitación en el que se está valorando dicha circunstancia, al haberse celebrado el juicio sin la presencia del Ministerio Fiscal como defensor, cuando el presunto incapaz no ha comparecido en la causa «con su propia defensa y representación».

1) Antecedentes del caso.—El punto de partida de esta resolución se encuentra en la celebración de un juicio en el curso de un proceso de declaración de incapacidad, en ausencia del Ministerio Fiscal. La demanda que dio origen al procedimiento había sido presentada por la esposa del presunto incapaz, quien no compareció en las actuaciones asistido de Abogado y representado por Procurador. El Juzgado acordó por tal motivo abrir pieza separada para el nombramiento de un defensor judicial. Por su parte, el Ministerio Fiscal contestó la demanda. Sin embargo, no asistió al juicio, pese a que, según el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción que conoció de las actuaciones, había sido citado en legal forma, por lo que fue declarado en rebeldía procesal. Tras la celebración del juicio, el Juzgado dicta sentencia por la que estima petición de incapacidad del demandado y nombra tutora a la esposa, instante del procedimiento.

El Fiscal Decano de la Sección Civil de la Fiscalía de Área recurre en apelación la sentencia que declara incapaz al demandado ante la Audiencia Provincial e interesa la nulidad del juicio, con retroacción de las actuaciones a dicho momento procesal. Alega en su recurso que la incomparecencia de la Fiscal al acto de juicio vino motivada por su obligación de atender una actuación prioritaria en una causa penal con preso. Explica que informaron de tal circunstancia al Juzgado y comunicaron que la atención de dicho servicio podía comportar que la Fiscal se retrasara en su comparecencia al juicio señalado en el proceso civil de declaración de incapacidad. A estos efectos, indica que en dicho órgano judicial no se concentran ni agrupan las vistas con asistencia del Fiscal de conformidad con lo exigido en los arts. 13.1 y 3 del Reglamento 1/2005 del CGPJ de aspecto accesorio de las actuaciones judiciales y del art. 182.4.5 LEC.

Añade que al representante del Ministerio Público no le son aplicables las consecuencias procesales de la falta de asistencia al juicio –rebeldía–, al actuar como parte imparcial, en defensa del interés público y de los derechos fundamentales, y necesaria en este tipo de procedimiento (arts. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y arts. 749 LEC y 758 LEC). En consecuencia, entiende que se ha producido indefensión tanto al presunto incapaz, por haber carecido de defensor, como al Ministerio Fiscal, por vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva al impedirle ejercitar su función de velar por los intereses de los presuntos incapaces.

La Audiencia provincial desestima el recurso y confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción. Parte de que no consta acreditado que el Ministerio Fiscal comunicara debidamente la imposibilidad de poder atender esa eventualidad e indica que, en otro caso, procedería la suspensión del acto, en atención a lo previsto en el art. 188.1.6 LEC y a la necesaria ponderación de los intereses en conflicto. Considera, en definitiva, que la presencia del Fiscal en el acto de la vista no es obligatoria y que no existe, en consecuencia, vulneración de normas procesales ni indefensión, máxime cuando ni siquiera se ha alegado en que forma ha influido negativamente la ausencia del Ministerio Fiscal dado el discurrir del acto de la vista en el que la prueba esencial ha sido el informe del médico forense, valorado en la sentencia y no contradicho o cuestionado por el Ministerio Fiscal.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.—Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, el representante del Ministerio Público promueve demanda de amparo e impugna las anteriores resoluciones judiciales por considerar que vulneran los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), Solicita del Tribunal Constitucional que declare la nulidad de aquéllas, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la celebración de la vista de juicio oral.

En concreto y respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, el recurrente indica que la ley procesal establece la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procesos sobre capacidad de las personas (arts. 749.1, 750.1 y 758 LEC), velando por el interés público, la defensa de la legalidad y los derechos de los ciudadanos. Legitimación prevista, además, en los arts. 124.1 CE y arts. 1 y 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, al tratarse de procesos civiles para la protección de colectivos especialmente vulnerables (menores, personas incapaces o desvalidas). En consecuencia, en esta clase de procedimientos la celebración de la vista sin la asistencia del Fiscal designado como defensor judicial del presunto incapaz, vulnera el derecho a la tutela judicial de ambos. Y así, de un lado, dicha decisión judicial coloca al demandado en una situación de indefensión material, vulnerando un derecho fundamental, como el derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE), que debe ser interpretado a la luz de las disposiciones contenidas en los arts. 12 y 13 de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, por vía del art. 10.2 CE. De otro, impide al Ministerio Fiscal ejercer las funciones que tiene constitucionalmente atribuidas como defensora del presunto incapaz y garante del interés público y de sus derechos.

Por lo demás, alega el demandante que el Juzgado *a quo* omitió la necesaria diligencia a fin de asegurar la presencia del Fiscal en la vista, no dejando constancia en los autos de los intentos de localización ni de la respuesta de Fiscalía, justificando la inasistencia de la Fiscal a dicho acto procesal. Añade la concurrencia de otras irregularidades procesales relacionadas con los actos de comunicación y emplazamiento del presunto incapaz, así como con la exploración. Recuerda que el art. 13 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, prevé la posibilidad de introducir «ajustes de procedimiento» razonables para lograr el ejercicio efectivo de sus derechos en situación de igualdad con las demás personas.

En cuanto al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, el demandante de amparo alega que, al obviarse el carácter contradictorio del

procedimiento de incapacitación, se ha prescindido de las garantías constitucionales que integran la noción de proceso justo y equitativo, como los principios de bilateralidad, igualdad de armas y defensa (art. 24.2 CE).

3) Posición del Tribunal.—Entrando en el fondo de la sentencia, el Tribunal centra la cuestión examinada desde una doble perspectiva: la eventual lesión de los derechos a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso contradictorio (derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE). Deja al margen otras presuntas irregularidades causadas durante la primera instancia, al no haber sido alegadas en el recurso de apelación.

De entrada, analiza el derecho a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) y su relación con el derecho a un proceso contradictorio (art. 24.2 CE) en aquellos procesos donde la ley exige la intervención de profesionales (abogado y procurador) y, en particular, en los procesos sobre capacidad de las personas, como exigencia estructural del proceso, con referencia a la doctrina sentada en la STC 7/2011, de 14 de febrero. De este modo, recuerda que en esta clase de procesos, cuando el Ministerio Fiscal no haya sido el promotor de la acción, debe ser designado como defensor del presunto incapaz cuando este último no ha comparecido en la causa «con su propia defensa y representación» (arts. 758 LEC y 299 *bis* del Código civil).

A continuación, menciona la doctrina constitucional reflejada en la STC 115/2002, de 20 de mayo, en materia de suspensión del acto de la vista en los procesos civiles, por ausencia del defensor de una de las partes (arts. 188 y 193 LEC), recordando que si alguna de las partes solicita razonadamente la suspensión de la vista o del juicio, el Juez o Tribunal competente no puede ignorar su petición y llevar a cabo la actuación judicial sin resolver motivadamente acerca de aquella solicitud, cuya solución dependerá de las específicas circunstancias que concurren en cada supuesto y de si, de un modo manifiesto y evidente, se evidencia que las posibilidades de defensa del litigante no han resultado mermadas o se han cubierto de otro modo.

En consecuencia, tres son los factores relevantes en el juicio de ponderación constitucional que corresponde realizar en estos casos: (i) la utilidad del acto de la vista dentro del procedimiento de que se trate, para el ejercicio efectivo del derecho de defensa de las partes intervinientes en él; (ii) la existencia o no de otro trámite dentro del mismo procedimiento, que pudiera permitir subsanar el déficit de defensa producido con la no suspensión de la vista; y (iii) la situación de indefensión no se condiciona a un hipotético cálculo de probabilidades acerca del éxito que tendrían las alegaciones que podrían verse en la vista por su defensa letrada.

En este caso y con expresa referencia a la doctrina que emana de la STC 199/2006, de 3 de julio, dictada en un supuesto muy similar, el Tribunal distingue según se trate de los derechos de defensa del demandado o del Ministerio Fiscal.

Y así, entiende que se han vulnerado los derechos fundamentales del presunto incapaz en el proceso de incapacitación, toda vez que el acto de la vista resultaba esencial a los efectos del ejercicio del derecho de defensa del demandado, asumida en este caso por el Ministerio Fiscal, tanto en lo relativo a la práctica de las pruebas como a su valoración final por las partes, sin que exista ningún otro trámite posterior que pudiera compensar el perjuicio producido con su celebración inaudita parte. Por lo demás, menciona que no obsta alcanzar la anterior conclusión la lucubración sobre el mayor o menor éxito de las alegaciones que podrían haberse vertido en el acto por la Fiscal.

Sin embargo, el Tribunal no considera vulnerados los derechos de defensa (art. 24.1 CE) y a un proceso contradictorio (art. 24.2 CE) del Ministerio Fiscal, al no constar acreditado que se hubiera asegurado de que el Juzgado tuviera noticia con antelación suficiente de su imposibilidad de asistir al acto de juicio.

En cualquier caso, se acuerda la nulidad de las dos resoluciones impugnadas y la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al de celebrarse el acto de la vista del proceso de incapacitación.

En el mismo sentido y analizando un supuesto prácticamente idéntico, se pronuncia la STC 85/2017, de 3 de julio.

STC 41/2017, 24 de abril.

CI: Estimada. Inconstitucionalidad por omisión del art. 71,b) de la Compilación civil de Navarra. Plazo para completar la omisión.

Ponente: Balaguer Callejón.

Conceptos: Filiación. Navarra. Acción de reclamación de filiación no matrimonial por los progenitores. Régimen foral navarro. Exclusión de los progenitores. Derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso a la jurisdicción. Derecho a la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE). Efectos de la nulidad.

Preceptos de referencia: Arts. 24.1 y 39.2 CE. Art. 71,b) Compilación de Derecho civil de Navarra.

La convivencia de distintos regímenes civiles forales junto al Derecho civil común otorga a nuestro ordenamiento jurídico una especial riqueza. Al mismo tiempo, entraña un notable desafío para cualquier operador jurídico, manifestado, entre otros aspectos, en las dificultades que surgen cuando se trata de armonizar sus disposiciones. Fruto de ello son las desigualdades y diferencias que podemos encontrar en la regulación de ciertas materias. En principio, tales diferencias no deben ser concebidas como un factor negativo. Confieren diversidad a nuestras normas, responden a una tradición histórico-jurídica concreta y evidencian que existen múltiples formas válidas de organizar las relaciones jurídico-privadas. Sin embargo, en algunas ocasiones, podemos encontrarnos con discordancias peligrosas que, en última instancia, redundan en perjuicio de los derechos de los ciudadanos.

Esto es, precisamente, lo que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto en la sentencia que nos concierne y en la que aborda un asunto de tanto interés, y eminente relevancia pública, como es la configuración de las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial por el progenitor en el marco del derecho civil foral navarro. La sentencia viene dar respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Tafalla (con competencia en materia de violencia sobre la mujer, sito en Navarra) en el marco de un procedimiento de determinación legal de la filiación.

El 4 de febrero de 2016 se interpuso una demanda de determinación legal de la filiación de una menor por parte de quien se consideraba su progenitor. Celebrada la vista y estando el asunto concluso para sentencia el órgano jurisdiccional, previo seguimiento de los trámites oportunos, planteó el 6 de septiembre de 2016 una cuestión de inconstitucionalidad. El precepto de cuya constitucionalidad se dudaba y que era preciso aplicar al caso concreto era el apartado b) de la Ley 71 de la Compilación de Derecho Civil de Nava-

rra. Dicho apartado tenía por objeto la regulación de las acciones de declaración de la filiación no matrimonial y se caracterizaba, entre otras cuestiones, por una clara exclusión: la de los progenitores. Efectivamente, tal y como argumentaba el Juez de instancia, dicha norma limitaba a los hijos no matrimoniales la posibilidad de ejercitar la acción de declaración de filiación no matrimonial excluyendo a los progenitores.

Entendía el órgano de instancia que dicho precepto era contrario a la doctrina constitucional recogida en las SSTC 273/2005 y 52/2006 por las que se declaraba la inconstitucionalidad del art. 133 CC (en su redacción anterior a la actualmente vigente) al impedir al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción en supuestos de falta de posesión de estado en lo que implicaba una clara afrenta a los arts. 39.2 (investigación de la paternidad) y 24.1 (tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción) de la CE. Es más, la norma navarra era incluso más restrictiva al no prever legitimación activa alguna a los progenitores hubiera o no posesión de estado. Por estos motivos, planteaba la cuestión.

En el trámite de alegaciones participaron la Asesora jurídica-letrada de la Comunidad Foral de Navarra, la Fiscalía General del Estado y el Letrado del Parlamento de Navarra. La primera manifestó su oposición apelando a la histórica competencia de Navarra sobre el Derecho Civil Foral recogida en la DA 1.^a de la CE y en los artículos 2 y 39.1 a) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA).

La Fiscalía, por el contrario, interesó la estimación de la cuestión señalando la plena aplicabilidad de la doctrina constitucional recogida en las SSTC 273/2005 y 52/2006 en virtud de la cual se declaró la inconstitucionalidad del anterior art. 133 del CC. Así, entendía que el apartado b) de la Ley 71 de la Compilación vulneraba los artículos 39.2 y 24.1 CE al excluir la legitimación de los progenitores para el ejercicio de las acciones de declaración de filiación no matrimonial en todos los casos.

Finalmente, el Parlamento Foral denunciaba, con carácter principal, la existencia de defectos procesales en el planteamiento de la cuestión que debían conducir a su inadmisión: (i) el Ministerio Fiscal no emitió el informe preceptivo en los términos del art. 35.2 LOTC al no realizar juicio de conformidad alguno; (ii) la cuestión fue planteada cuanto el procedimiento no estaba concluso ya que la solicitud de planteamiento por la parte actora tuvo lugar tras la celebración de la prueba admitida y (iii) la cuestión estaba claramente infundada al cuestionar la interpretación judicial de la misma. En cuanto al fondo, solicitaba su desestimación toda vez que el legislador foral navarro goza de libertad de configuración normativa dentro de la competencia otorgada por la CE.

Sentadas así las posturas, el Tribunal comienza su fundamentación dando respuesta a las causas de inadmisión alegadas por el Letrado del Parlamento Foral de Navarra. Respuesta íntegramente desestimatoria al considerar que (i) el hecho de que el Ministerio Fiscal no emitiera un informe exhaustivo (es decir, que se pronunciara sobre los aspectos procesales y sustantivos de la cuestión) no era sinónimo de que el órgano judicial no hubiera cumplido con el trámite de audiencia; (ii) el hecho que la parte actora solicitara el planteamiento en el acto de la vista no es relevante toda vez que hay que atender al momento en que lo hace el órgano judicial siendo así que en este caso fue planteada cuando el asunto estaba concluso para sentencia y (iii) la cuestión

estaba debidamente fundada al razonar que la Ley 71 b) era de aplicación a la controversia en cuestión y, por tanto, relevante para su fallo.

En cuanto al fondo, el Tribunal coincide exactamente con la motivación vertida tanto por el órgano de instancia como por la Fiscalía General del Estado: *«el apartado b) de la ley 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra es contrario a los artículos 24.1 y 39.2 CE, por excluir a los progenitores del ejercicio de la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad en los casos de filiación no matrimonial»*. En tal sentido, recuerda la doctrina recogida en las SSTC 273/2005 y 52/2006 y advierte que la misma es plenamente aplicable teniendo en cuenta que la norma navarra es, siquiera, más restrictiva que lo que era el anterior del art. 133 CC ya que ni siquiera contempla tal legitimación en los supuestos de posesión de estado.

Finalmente, el Tribunal concluye que la declaración de inconstitucionalidad del apartado b) de la Ley 71 de la Compilación no debe llevar aparejada una declaración de nulidad ya que ello supondría generar un vacío legislativo de fatales consecuencias. Así, pone el foco en que la inconstitucionalidad de este precepto radica en que opera una «exclusión» injustificada y que, por ello, el tenor literal del precepto es válido al conferir acción a los hijos. Por ello, encontrándonos ante una omisión del legislador, confiere al mismo un plazo de un año a fin de que, dentro de la libertad de configuración de que goza, regule *«con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial [...]»*.

Se ha de señalar que el día 23 de mayo de 2018 se publicó en el Boletín Oficial de Navarra (núm. 9) la Ley Foral 9/2018, de 17 de mayo, de Reforma de la Compilación de Derecho Civil Navarro en materia de filiación cuyo artículo único, apartado 3, vino a integrar la omisión del apartado b) de la Ley 71 confiriendo legitimación activa a los progenitores para ejercer la acción de declaración de filiación no matrimonial.

STC 67/2017, 25 de mayo.

Conflicto positivo de competencia: Estimado parcialmente. Nulidad por inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3, DDAA 1.^a y 2.^a, parte de la DA 3.^a, DT y DF 1.^a y apdo. 2 de la DF 2.^a del Decreto de la Generalitat de Cataluña 69/2015, de 5 de mayo, por el que se modifica la demarcación de los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de Cataluña.

Ponente: Roca Trías.

Conceptos: Derecho civil, competencias estatales y autonómicas. Demarcaciones registrales. Bases del régimen estatutario de los registradores de la propiedad. Competencias autonómicas para la ejecución de la legislación estatal.

Preceptos de referencia: Arts. 149.1.8.^a y 149.1.18.^a CE. Art. 147.1, a) y c) Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (EAC/2006). Decreto de la Generalitat de Cataluña 69/2015, de 5 de mayo, por el que se modifica la demarcación de los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de Cataluña. RD 172/2007 por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. RD 195/2017 por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

La sentencia resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por el Estado contra diversas disposiciones del Decreto 69/2015 de la Generalidad de Cataluña, por el que se modifica la demarcación de los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de Cataluña. Según el Abogado del Estado, la norma impugnada modifica la demarcación registral de Cataluña unilateralmente y sin título competencial, regulando aspectos sustantivos del régimen de ordenación de los registros públicos, con la consiguiente vulneración del art. 147.1.c) EAC/2006 y del art. 149.1.8.^a CE. También se alega que la norma autonómica incide en el régimen estatutario de los registradores, infringiendo el art. 149.1.18.^a CE, que atribuye al Estado la competencia para fijar las bases del mismo. A ello opone la parte catalana que la norma impugnada se ampara precisamente en el art. 147.1.c) EAC/2006 y responde a la competencia ejecutiva en él asumida «consistente en determinar la demarcación registral en su territorio, aplicando los criterios establecidos en la legislación estatal» (FJ 1).

1. Delimitación del alcance objetivo del conflicto: Exclusión de la DA 3.^a del Decreto 69/2015 y utilidad del nuevo RD 195/2017, dictado por el Estado con el mismo objeto que el precedente RD 127/2007.—El Tribunal deja fuera del conflicto la DA 3.^a del Decreto 69/2015 porque, si bien en el suplico se pide su declaración de inconstitucionalidad y nulidad, no hay en la demanda alegación alguna al respecto, cosa que impide pronunciarse. Mayor interés tiene la posterior aprobación por el Estado de un nuevo RD en 2017, con el mismo título y objeto que el anterior de 2007, pues puede considerarse un «elemento de referencia que debe tomarse en consideración». El «parámetro de enjuiciamiento no ha cambiado, en la medida en que viene dado exclusivamente por las reglas constitucionales y estatutarias de delimitación de competencias en materia de registros y por la doctrina constitucional que las ha interpretado. Sin embargo, el Real Decreto 195/2017, en la medida en que regula algunos de los aspectos discutidos en el presente proceso, puede resultar expresivo de los términos en los que el Estado ha entendido su propia competencia y, por tanto, también las autonómicas que se relacionan con ella» (FJ 2). Esta circunstancia justifica su análisis por parte del Tribunal Constitucional, que destaca el hecho de que el nuevo RD se refiere a las «competencias ejecutivas» de la Comunidad Autónoma y reconoce expresamente algunas de ellas.

2. Distribución de competencias en relación con la demarcación de los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles en Cataluña y en relación con el «régimen estatutario de los registradores de la propiedad».—De acuerdo con el art. 149.1.8.^a CE, la «ordenación de los registros», entendiéndose por tales «los referentes fundamentalmente a materias de derecho privado [...] (STC 71/1983)», es competencia exclusiva del Estado. Esa competencia comprende «la íntegra regulación de la materia, ya sea a través de normas legales o de disposiciones de rango reglamentario». La competencia autonómica hay que situarla «en el ámbito de la ejecución de las normas estatales» (FJ 3). De este modo y de acuerdo con la doctrina constitucional (SSTC 18/1982, 33/1982, 39/1982, 97/1989 y 56/1990), «la determinación de la demarcación registral» es competencia del Estado en aplicación del art. 149.1.8.^a CE. La facultad de la Generalidad de Cataluña de «participar en la fijación de la demarcación registral» no es antagónica sino «complementaria» de la competencia estatal. (FJ 3). Esta interpretación,

añade el Tribunal *«se ha mantenido sustancialmente en la doctrina constitucional posterior a la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña»* (ibídem). Como dijo la STC 13/2010 (sobre el EAC/2006) *«el art. 147.1 c) EAC reconoce la competencia ejecutiva de la Generalitat sobre el ‘establecimiento de las demarcaciones notariales y registrales, incluida la determinación de los distritos hipotecarios y de los distritos de competencia territorial de los notarios’. Es ésta asimismo una potestad autonómica de carácter ejecutivo que plasmará en el territorio de Cataluña los criterios de demarcación que fije la legislación del Estado (art. 149.1.8 y 18 CE), la cual podrá tener el grado de exhaustividad que resulte procedente, pudiendo el Estado retener para sí las actuaciones concretas en el ámbito de la coordinación y de la ejecución que sean necesarias para la adecuada aplicación de dichos criterios»* (apud FJ 3 de la sentencia reseñada).

En relación con el *«régimen estatutario de los registradores de la propiedad»*, la sentencia señala que el artículo 149.1.18 CE atribuye la competencia al Estado. Ello deriva *«del carácter de funcionarios públicos del Estado que tienen tanto los notarios como los registradores, y de su integración en un cuerpo único nacional»* (FJ 3).

3. La competencia para la «ordenación» de los registros va más allá de la «legislación».—Refiriéndose a las dos cuestiones mencionadas en el anterior apartado (demarcación de registros y régimen estatutario de los registradores), la sentencia concluye que *«la competencia estatal sobre “ordenación” de los registros públicos comprende, en todo caso, la íntegra regulación de la materia, entendida ésta en su sentido material, comprensivo de cualesquiera normas, de rango legislativo o reglamentario, incluyendo aquellas medidas de ejecución que tengan su fundamento en la consecución de la unidad hipotecaria en el tráfico inmobiliario. Y si bien esta competencia incluye la legislación hipotecaria, no se limita a ella, puesto que no se trata de una reserva que incida con carácter exclusivo en la regulación sustantiva del ejercicio de la fe pública registral. Y ello porque la competencia atribuida al Estado no es únicamente de legislación, sino que abarca más ampliamente la “ordenación” de los registros, expresión ésta en la que ha de entenderse incluida la configuración de los registros desde su doble condición, como “institución” y como “función”, lo que incluye tanto la organización funcional como administrativa de los registros, realizada tanto por la legislación hipotecaria como por cualesquiera otras normas de naturaleza administrativa. Así como también la regulación relativa al régimen del personal, que resulta afectado por lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE. La Comunidad Autónoma es titular de competencias de naturaleza ejecutiva, que habrán de ejercerse de conformidad con lo dispuesto en la legislación estatal, excluyéndose, en todo caso, la posibilidad de dictar una normativa propia o establecer un régimen jurídico diferenciado en la materia»* (FJ 3).

4. En materia de demarcaciones registrales y con alguna salvedad, la disposición impugnada no es meramente ejecutiva y por tanto excede la competencia autonómica.—El Decreto de la Generalidad 69/2015 tiene como objeto declarado *«aprobar, para el territorio de Cataluña, una nueva demarcación registral, que modifique la establecida por la normativa estatal a través del Real Decreto 172/2007»*. Esto significa, como señala la sentencia, *«que la norma parte del entendimiento de que la función ejecutiva que corresponde estatutariamente a la Generalitat, incluye la aprobación de una*

normativa propia en materia de demarcación de los registros situados en dicho territorio» (FJ 4). Esto supone «un cambio importante en la interpretación de la función ejecutiva que el artículo 147.1 c) del Estatuto de Autonomía atribuye a la Generalitat». En efecto, «hasta ahora [...] la función ejecutiva se entendía respecto de la normativa de demarcación de la Administración del Estado». En cambio, con la nueva norma, «la Generalitat entiende que la función ejecutiva consiste en elaborar su propia normativa de demarcación» (FJ 4). Esta será la razón determinante de la nulidad de los preceptos impugnados, con alguna salvedad.

a) Art. 1 del Decreto: «*Régimen y criterios objetivos de demarcación*».—El art. 1 del Decreto se abre con el siguiente párrafo: «*Se modifica la demarcación de los registros de la propiedad demarcados en Cataluña, en la forma que se determina en el anexo de este Decreto, de conformidad con las reglas siguientes: [...]*». Seguidamente viene un apartado dedicado a la «supresión de registros» y otro a su «reagrupación». El art. 1 se considera inconstitucional y nulo porque si bien «la competencia ejecutiva para suprimir registros corresponde a la Comunidad Autónoma, [...] debe hacerlo aplicando los criterios normativos establecidos por el Estado». No puede, en cambio, «suprimir de forma unilateral registros de la propiedad en aplicación de criterios normativos propios» [FJ 5, a)].

b) Art. 2 del Decreto: «*Modificación de los distritos hipotecarios en aplicación del principio de organización territorial*».—El párrafo introductorio reza así: «*Con carácter especial, se modifican los distritos hipotecarios de los registros de la propiedad que se indican a continuación, mediante su alteración por segregación y posterior agrupación de parte de su distrito con otros limítrofes, en la forma siguiente: [...]*». A continuación se dispone la segregación de algunos municipios de los distritos hipotecarios en los que se ubicaban. La conclusión es la misma que en el caso del art. 1: «*nos encontramos de nuevo con la pretensión de establecer una nueva demarcación registral, para lo que la Generalitat no se encuentra habilitada porque sus competencias son ejecutivas, lo que determina la correlativa invasión de la competencia normativa que, en materia de demarcación registral, corresponde al Estado*» [FJ 5, b)].

c) Art. 3 del Decreto: «*régimen y criterios objetivos de demarcación de los registros de la propiedad y mercantiles en el futuro*».—En este caso basta la rúbrica del precepto para entender el porqué de la nulidad por inconstitucionalidad: «*El artículo 3 viene a fijar criterios objetivos de demarcación pro futuro, dotando al precepto de un contenido normativo que es ajeno al ámbito competencial estrictamente ejecutivo que corresponde a la Generalitat*» [FJ 5, c)].

d) DA 1.^a del Decreto: Creación de oficinas de atención al usuario.—La norma atribuía al Consejero competente la posibilidad de acordar «*que el registrador o los registradores en división personal instalen, en el término municipal que se señale, una oficina abierta al público, donde las personas usuarias puedan presentar y retirar toda clase de documentos y solicitudes, obtener publicidad formal y efectuar todas las otras operaciones propias de la oficina principal del registro de la propiedad, con el que estará telemáticamente conectada en la forma que determine la Dirección General mencionada*». El Tribunal Constitucional no considera que esta norma afecte al régimen estatutario de los registradores (art. 149.1.18.^a CE), pero sí a la competencia estatal sobre ordenación de los registros (art. 149.1.8.^a CE) y, por tanto, la declara inconstitucional y nula. En efecto, como señala la sen-

tencia, las oficinas de atención al usuario «*revestirían la naturaleza de “delegaciones” de la oficina principal del registro para la tramitación y gestión de las operaciones registrales, mediante la aplicación de técnicas telemáticas, con lo cual, en la medida que su finalidad es que se puedan realizar todas las operaciones propias de un registro, se relacionan directamente con la competencia de ordenación de los registros*» (FJ 6).

e) DDFFF 1.^a y 2.^a del Decreto: Agrupaciones y desagrupaciones personales de registros.—El Tribunal anula la DF 1.^a la norma porque «*aun cuando las competencias ejecutivas que ostenta la Comunidad Autónoma permitirían que ésta autorizase los registros que operan en régimen de división personal, lo que no cabe es que la norma autonómica determine las circunstancias en las que dicho supuesto es posible*» (FJ 7). En cuanto a la DF 2.^a, la nulidad sólo afecta a su apartado 2 pues habilitar al Consejero competente «*para dictar normas en relación con la prestación del servicio público registral, lo que excede de las competencias ejecutivas que corresponden a la Generalitat de Cataluña*» (FJ 7).

5. Previsiones a las que se reprocha afectar directamente al régimen estatutario de los registradores.—El recurso también se dirige contra: (a) la DA 2.^a, que contempla un denominado «*concurso especial*» (se declara nula «*en la medida en que contempla una modalidad específica de concurso para la provisión de determinadas plazas de registradores, excediendo con ello de la competencia ejecutiva que corresponde a la Generalitat*», FJ 8); (b) la DA 3.^a, que se ocupa del «*nombramiento de registradores accidentales*» (que se declara parcialmente nula, salvando no obstante la facultad autonómica de llevar a cabo los nombramientos «*aplicando los criterios normativos fijados al efecto por el Estado*», FJ 8); (c) la DT sobre concursos para ocupación de vacantes (que se considera nula por invadir la competencia estatal contemplada en el art. 149.1.18.^a CE); y (d) La DF 4.^a, sobre el momento de entrada en vigor del Decreto (el conflicto planteado se desestima por el «*carácter meramente preventivo*» del recurso en relación con ella, FJ 9).

STC 75/2017, 19 de junio.

RA: Estimado.

Ponente: Conde-Pumpido.

Conceptos: Ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas. Fiador. Concepto de consumidor. Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Principio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable.

Preceptos de referencia: Art. 24 CE, en relación con arts. 10.2 y 93 CE. Directiva 93/13/CEE.

El concepto de consumidor resulta intuitivamente claro en su núcleo duro. Pero no está exento de grises en las zonas fronterizas. En España incluso arrastramos todavía la vieja idea de «*destinatario final*» que hizo suya el art. 1.2 de la derogada Ley General para la Defensa de los Consumidores de 1984: «*A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan “como destinatarios finales”, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades*

o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». El criterio del «*destinatario final*» resultó muy útil para empezar a fijar un concepto –el de consumidor– capital en el vigente ordenamiento jurídico y que, además, en España, ha permitido abrir un espacio para renovar un Derecho privado empantanado en la pugna competencial subyacente al debate civil-mercantil. Pero el de «*destinatario final*» no es el criterio que finalmente se ha impuesto de la mano de las Directiva europeas.

De acuerdo con ellas, lo relevante es que la persona física (en España también algunas jurídicas) actúe en un ámbito o «*con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*» (art. 3, I del vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, TRLDCU, RDLeg 1/2007, según redacción dada por la Ley 3/2014). No es exactamente lo mismo que «*destinatario final*», pese al intento del legislador de convencernos de lo contrario con el bienintencionado y un poco tramposo «esto es» de la Exposición de Motivos: «*El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. “Esto es”, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*» (párrafo III, 3). *Destinatario final y actuación o propósito ajenos a la actividad comercial o profesional* son criterios que con frecuencia se solapan. Pero no son lo mismo.

El caso del que se ocupa la sentencia reseñada tiene su origen, precisamente, en una de las situaciones fronterizas que, no sin motivos, provocaban debate en la doctrina y dudas en la jurisprudencia: ¿Puede considerarse consumidor a un fiador o avalista cuando la obligación principal asegurada es empresarial o profesional?

1) Antecedentes del caso.—Una entidad bancaria presenta demanda de ejecución hipotecaria contra una mercantil, como prestataria, y frente a los hoy demandantes de amparo, como hipotecantes no deudores, quienes formularon oposición a la ejecución, entre otros motivos, por considerar que diversas cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario eran nulas por ser abusivas y contrarias a la buena fe, al perjudicar el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. El Tribunal de Instancia desestimó la oposición a la ejecución, considerando, respecto a la abusividad de las cláusulas contractuales denunciadas, que no era aplicable la normativa de consumidores y de usuarios, puesto que los hipotecantes avalistas lo son de una sociedad –la sociedad ejecutada– en una operación crediticia de la sociedad con finalidad mercantil. En consecuencia, no tratándose de consumidores ni de un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual, el Juzgado de Instancia no apreció la abusividad de la cláusula relativa a los intereses moratorios. Pese a indicarse que contra dicha resolución no cabía recurso, los ejecutados interpusieron recurso de apelación que fue desestimado por idéntico motivo. Los ahora demandantes en amparo instaron incidente excepcional de nulidad de actuaciones, en el que se invocaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los artículos 10.2 CE y 93 CE y con el principio de primacía del derecho de la Unión Europea. El incidente fue inadmitido.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.—Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, los demandantes de amparo insisten en que la Audiencia Provincial ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el principio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable (arts. 10.2 y 93 CE), ya que el órgano judicial debió aplicar la Directiva 93/13/CEE, en lo relativo al concepto de consumidor y a su interpretación, dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Auto de la Sala Sexta, de fecha 19 de noviembre de 2015 (*Caso Tarcãu*, C-74/2015, ECLI:EU:C:2015:772). Añaden que, conforme a lo establecido en la STC 145/2102, de 2 de julio, se ha vulnerado el sistema de fuentes incurriendo en una arbitraria selección de la norma aplicable.

El Ministerio Fiscal, tras una aproximación general a las ejecuciones hipotecarias, recuerda que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha matizado el concepto de consumidor, definido en la Directiva 93/13/CEE, y ha venido considerando que el contrato de garantía inmobiliaria o de fianza, a pesar de su carácter accesorio al contrato principal, es un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, lo que obliga a un examen individualizado de su condición de consumidores. Por ello, considera que, efectivamente, se produjo la vulneración denunciada por inaplicación de esta doctrina sobre el concepto de consumidor, que ya había sido dictada en la fecha en que se resolvió la apelación.

3) Posición del Tribunal.—Justificada la trascendencia constitucional de este recurso, el Tribunal inicia su argumentación exponiendo que, para valorar si las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial en el caso que se examina son conformes al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y al de selección razonable de la norma aplicable o si, por el contrario, han vulnerado en estos aspectos el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), debe atenderse al contenido del Auto del TJUE en el *Caso Tarcãu*.

Esta resolución judicial dictada por el Tribunal Europeo recuerda que las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor según los define el artículo 2, letras b) y c), de la Directiva 93/13/CEE, en atención a que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo que se refiere a su capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (*SSTJUE Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, pfo. 31 del referido Auto, así como *Šiba*, C-537/13, pfo. 22).

A este respecto, el Auto del TJUE en el *Caso Tarcãu* recuerda que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, tiene un carácter objetivo (*Caso Costea*, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, pfo. 21) y «[d]ebe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión» (pfo. 22). Subraya, además, la especial importancia que la protección del consumidor tiene en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado con una entidad financiera, al considerarlo un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, aun cuando, en cuanto al objeto, sea accesorio del principal. Por todo ello, el Tribunal Europeo declara que correspon-

derá al juez nacional que conozca del litigio, determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea era conocida por la Audiencia Provincial ya que los recurrentes aportaron el Auto de constante referencia junto con el escrito por el que instaron el incidente de nulidad de actuaciones. Pese a ello, la Audiencia Provincial ni cita, ni valora la doctrina del TJUE en el *Caso Tarcău*. Ello no supone un problema de mera legalidad ordinaria, sino de alcance constitucional.

Como explica la sentencia reseñada, es cierto que «conforme a la doctrina de este Tribunal, “ni el fenómeno de la integración europea, ni el artículo 93 CE a través del que ésta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, ‘de rango y fuerza constitucionales’” [por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a)]» (STC 75/2017, FJ 2). Sin embargo, prosigue, «también constituye doctrina constitucional que “sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea cuando ... exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, pues “[e]n estos casos el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)” [STC 232/2015, FJ 4 b)]. Que es lo que se plantea en el supuesto actual». (STC 75/2017, *ibidem*).

Para subrayar la doctrina anterior, el Tribunal recurre a lo ya dicho en su sentencia 145/2012 (FJ 5), de la que reproduce los fragmentos siguientes: «[E]l Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que ‘los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno’ [...] Como consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión [...]. Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía [...], recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea» (STC 75/2017, *ibidem*).

En conclusión: «el principio de primacía del Derecho de la Unión obligaba a aplicar el concepto de consumidor de la Directiva 93/23/CEE invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia [...]. Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada

Directiva por la resolución judicial objeto de amparo [...] (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso”; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE)» (STC 75/2017, FJ 3)

STC 88/2017, 4 de julio.

RI: Impugnación del art. 128-1 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. Conformidad de las normas impugnadas con la CE siempre que se interpreten como indica la sentencia.

Ponente: González-Trevijano.

Conceptos: Defensa de los consumidores. Promoción de las lenguas oficiales diferentes del castellano. Disponibilidad lingüística. Relaciones con las administraciones y relaciones entre particulares.

Preceptos de referencia: Art. 3 CE. Art. 128.1 de la Ley 22/2010, del Código de Consumo de Cataluña.

La Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña [CConsCat] incluye la siguiente disposición:

«Artículo 128-1. Derechos lingüísticos de las personas consumidoras

1. Las personas consumidoras, en sus relaciones de consumo, tienen derecho, de acuerdo con lo establecido por el Estatuto de autonomía y la legislación aplicable en materia lingüística, a ser atendidas oralmente y por escrito en la lengua oficial que escojan.

2. Las personas consumidoras, sin perjuicio del respeto pleno al deber de disponibilidad lingüística, tienen derecho a recibir en catalán:

a) Las invitaciones a comprar, la información de carácter fijo, la documentación contractual, los presupuestos, los resguardos de depósito, las facturas y los demás documentos que se refieran o que se deriven de ellos.

b) Las informaciones necesarias para el consumo, uso y manejo adecuados de los bienes y servicios, de acuerdo con sus características, con independencia del medio, formato o soporte utilizado, y, especialmente, los datos obligatorios relacionados directamente con la salvaguardia de la salud y la seguridad.

c) Los contratos de adhesión, los contratos con cláusulas tipo, los contratos normados, las condiciones generales y la documentación que se refiera a ellos o que se derive de la realización de alguno de estos contratos.

3. La Generalidad debe velar por el fomento en las relaciones de consumo del uso de la lengua occitana, denominada aranés en Arán, dentro del ámbito territorial de Arán, donde es lengua propia.»

La norma transcrita fue impugnada por el Defensor del Pueblo «*por vulneración de los artículos 3, 20.1 y 38 de la Constitución, así como los artículos 6.2 y 34 del Estatuto de Autonomía de Cataluña interpretados estos en los términos establecidos por el Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos 14 y 22 de la STC 31/2010*». De acuerdo con el recurso, la imposición de una lengua diferente del castellano en las relaciones *inter privados* iría en contra de la Constitución. Tal como se recoge en la sentencia: «*Entiende el Defensor del Pueblo que para la protección de consumidores y usuarios la medida prevista por el Código de consumo de Cataluña no es necesaria, y que con ella se rompe la proporcionalidad exigible entre el bien protegido –que el usuario o consumidor reciba el bien o el servicio con independencia de la lengua que elija– y la restricción a la libertad que se impone –la libertad lingüística del prestador–, que se ve ahora obligado a utilizar en todas sus comunicaciones orales y escritas la lengua oficial elegida por el consumidor, y a poner a su disposición en catalán la publicidad, la información y la documentación comercial, con independencia de que ésta sea su opción lingüística [...] [L]a imposición del uso de una lengua –de cualquier lengua– en las relaciones entre particulares implica una restricción de la libertad que para ser legítima ha de contar con la imprescindible cobertura constitucional» [Antecedente 1,b)].*

El recurso, no obstante, no daba razón alguna sobre la llamativa pretensión de inconstitucionalidad del simple fomento del uso del occitano en las relaciones de consumo en el valle de Arán. Quizá, con el ímpetu, se pasó por alto la cuestión. Por tal motivo, el Tribunal se ve obligado, ante todo, a acotar el objeto de la impugnación, declarando que «*puesto que el recurrente no ha cumplido con la carga de fundamentar cuáles son los motivos por los que el apartado 3 del artículo 128-1 sería inconstitucional, el recurso de inconstitucionalidad ha de entenderse limitado a los dos primeros apartados del artículo 128-1*» (FJ 2).

1. Marco general.—La cuestión de los idiomas españoles diferentes del castellano resulta con frecuencia vidriosa y buena prueba de ello es la alambicada y asimétrica redacción del art. 3 CE:

«1. *El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.*

2. *Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.*

3. *La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.»*

A ello hay que añadir el uso frecuente de dos expresiones que, salvo error, no están en la Constitución: lengua «común» (aplicada al castellano) y lengua «propia» (aplicada a los otros idiomas españoles, que no obstante sí usan algunos Estatutos de Autonomía). Las dos encierran matices y connotaciones opuestas. Para muchos catalanohablantes, por ejemplo, el castellano no es una lengua «común» a todos los españoles sino, simplemente, la «oficial del Estado», que es obligado conocer. Asimismo, para muchos castellanohablantes naturales de territorios como Valencia, Cataluña, Baleares, Gali-

cia o País Vasco, el catalán, el gallego y el euskera no son lengua «propia» sino, sencillamente, la lengua «cooficial» de la Comunidad.

No es de extrañar pues que ya haya un *corpus* de doctrina al respecto. Por ella empieza la sentencia reseñada: «Este Tribunal, en su STC 31/2010, de 28 de junio, ha recordado que “el art. 3.1 de la Constitución establece un deber general de conocimiento del castellano como lengua oficial del Estado; deber que resulta concordante con otras disposiciones constitucionales que reconocen la existencia de un idioma común a todos los españoles, y cuyo conocimiento puede presumirse en cualquier caso, independientemente de factores de residencia o vecindad. No ocurre, sin embargo, lo mismo con las otras lenguas españolas cooficiales en los ámbitos de las respectivas Comunidades Autónomas, pues el citado artículo no establece para ellas ese deber” (STC 84/1986, de 26 de junio, FJ 2)» [STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 14 b)]» (FJ 3 STC 88/17). Y añade: «En aquella ocasión nos planteamos sí la inexistencia de un deber constitucional de conocimiento de las lenguas españolas oficiales distintas del castellano suponía, no obstante, la prohibición de que tal deber se impusiese en un Estatuto de Autonomía. Y concluimos que tal prohibición efectivamente se producía, pues si bien es cierto que “el hecho de que la Constitución no reconozca el derecho a utilizar las lenguas cooficiales distintas del castellano no impide que los Estatutos de Autonomía garanticen tal derecho. Otra cosa es, sin embargo, que también puedan exigir el deber de conocerlas” [STC 31/2010, FJ 14 b)]».

2. Necesaria distinción entre relaciones con las administraciones y relaciones *inter privados*.—Los ciudadanos han de poder dirigirse libremente a las Administraciones públicas —estatales o autonómicas— en el idioma cooficial de su elección. Pero esa posibilidad no puede extenderse, al menos de forma indiscriminada, a las relaciones entre particulares. «Descartada la posibilidad de imponer un deber de conocimiento del catalán equivalente en su sentido al que se desprende del deber constitucional de conocimiento del castellano, de la declaración de cooficialidad por parte del Estatuto de Autonomía de Cataluña este Tribunal ha deducido el derecho de opción lingüística de los particulares en sus relaciones con el poder público, sin privilegio o preterición de ninguna de ambas lenguas. Ello supone que los ciudadanos tienen el derecho de usar ambas lenguas en sus relaciones con las instituciones públicas. [...] Sin embargo, este Tribunal, al examinar precisamente el artículo 34 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ha rechazado que se pueda extender indiscriminadamente al ámbito de las relaciones interprivadas el derecho de opción lingüística que asiste a los ciudadanos frente al poder público [...] [L]a extensión del derecho de opción lingüística al ámbito de las relaciones privadas no puede ser realizada de manera indiscriminada y habrá en cada caso que analizar la concreta normativa para determinar si la misma se encuentra suficientemente justificada» (FJ 3).

3. Constitucionalidad, en principio, del art. 128-1 apdo.1 CCons-Cat.—El apartado 1 del art. 128-1 CConsCat otorga a los consumidores el derecho «a ser atendidos oralmente y por escrito en la lengua oficial que escojan», si bien ello será «de acuerdo con lo establecido por el Estatuto de autonomía y la legislación aplicable en materia lingüística». De aquí que el Tribunal pueda declarar que la norma «no establece un verdadero derecho de los consumidores, ni tampoco, por tanto, un deber de disponibilidad lingüística para los operadores económicos prestadores de bienes y servicios,

pues los términos del reconocimiento de tal derecho se perfeccionarán, en su caso, en la normativa aplicable en materia lingüística» (FJ 4). De este modo «habrá de ser con ocasión del juicio de constitucionalidad que eventualmente haya de merecer la legislación por la que, en el marco de la oportuna competencia, se establezcan los términos de ese derecho y, eventualmente, los términos de un correlativo deber de disponibilidad lingüística, cuando quepa esperar de nosotros –como igualmente constatamos en relación con el artículo 34 EAC en la STC 31/2010, FJ 22– un pronunciamiento jurisdiccional sobre su adecuación constitucional. Así, la proclamación in abstracto del derecho del consumidor a ser atendido en la lengua oficial que escoja, en los términos en los que se lleva a cabo por el precepto recurrido, no atenta por sí misma contra los derechos constitucionales invocados» (ibidem).

4. ¿Defensa de los consumidores o promoción de la lengua?—El segundo apartado del art. 128-1 CConsCat establece el derecho de los consumidores a recibir en catalán diversos documentos e informaciones, sin que ello afecte a las marcas, nombres y rótulos comerciales (art. 211-5 CCons-Cat). Según el Tribunal, pese a su presentación y ubicación en un código de consumo, la norma no es de defensa de los consumidores sino de promoción de la lengua catalana, pues para lo primero ya basta con el castellano, *«idioma común de todos los españoles»*: *«En primer lugar, debemos afirmar que el objetivo promovido por la regulación aquí examinada no puede ser la garantía de la obtención por parte del consumidor de una información clara, precisa y comprensible. En efecto, en el caso de los consumidores nacionales la obtención de una información comprensible se alcanza siempre que la misma se dé en castellano, pues cabe presumir, independientemente de factores de residencia o vecindad, su conocimiento por parte de todos los ciudadanos españoles; lengua ésta que permitiría alcanzar perfectamente el objetivo de protección al consumidor alegado. En efecto, si bien las reglamentaciones lingüísticas en el ámbito comercial pueden normalmente tener como objetivo la protección al consumidor, tal no puede ser el caso en un contexto de bilingüismo en el que la Constitución establece el deber de conocimiento del castellano, idioma común de todos los españoles. El objetivo promovido con la regulación impugnada no es por tanto la protección al consumidor pues ello quedaría suficientemente protegido con el establecimiento de la obligación de atender en castellano, sino que debe ser otro, en este caso el objetivo pretendido sería fundamentalmente la promoción de la lengua catalana, que es lengua cooficial en Cataluña» (FJ 5).*

¿Puede entonces exigirse que determinada documentación se facilite en catalán, aunque ello no sea para facilitar la defensa del consumidor sino para promocionar esa lengua? La respuesta de la sentencia es afirmativa, aunque con dos precisiones. La primera resulta un tanto llamativa porque parecía difícil deducir de la norma impugnada el riesgo de proscripción del castellano que, sin embargo, la atenta previsión del Tribunal Constitucional se apresura a evitar: *«Ahora bien, el precepto impugnado, que efectivamente prevé una medida de fomento del uso de la lengua catalana, para ser considerado conforme con la Constitución no puede suponer en ningún caso la proscripción del empleo de la lengua castellana. Proscripción que, sin embargo, no cabe derivar del apartado 2 del artículo 128-1, pues éste reconoce el derecho de las personas consumidoras a recibir en catalán determinados documentos e informaciones, pero lo hace sin perjuicio del respeto pleno al deber de dispo-*

nibilidad lingüística. Deber de disponibilidad lingüística que supone, por tanto, la garantía del derecho de los consumidores y usuarios a recibir la documentación e información referida también en castellano» (FJ 5).

La segunda precisión es, de nuevo, un «en principio» o, si se prefiere, «en la medida en que». En efecto, según la sentencia: «*El reconocimiento de tal derecho a recibir ciertos documentos e informaciones también en catalán, se debe entender realizado sin perjuicio del respeto pleno a la legislación estatal y al margen que ésta le deje a la Comunidad Autónoma*» (FJ 5). Es decir, la posibilidad de exigir que se facilite documentación en catalán existe, pero sólo en la medida del margen regulatorio permitido por el Estado y, en su caso, por la Unión Europea: «*En ausencia de armonización normativa de la materia por parte del Estado a través de sus títulos competenciales, fundamentalmente los recogidos en el artículo 149.1.1, 13 y 16 CE, y sin perjuicio de señalar la posibilidad de que en cada caso se produzca una eventual limitación del ejercicio competencial por la normativa de la Unión Europea en la materia, la Comunidad Autónoma de Cataluña es competente para adoptar una regulación donde se establezca la obligación de que determinados documentos e informaciones sobre los bienes o servicios comercializados en Cataluña se encuentren también en catalán*» (FJ 5).

STC 95/2017, 6 de julio.

RI: Desestimado. Constitucionalidad del art. 1 de la Ley catalana 19/2015, de incorporación de las propiedades temporal y compartida al Código civil de Cataluña.

Ponente: González Rivas.

Conceptos: Derecho civil, competencias estatales y autonómicas. Cláusula «en todo caso». Significado de las expresiones «conservación, modificación y desarrollo». Exigencia de «conexión orgánica» con el Derecho civil de la Comunidad Autónoma vigente al aprobarse la Constitución de 1978. Código civil de Cataluña. Regulación de la propiedad temporal. Conexión con la enfiteusis y la sustitución fideicomisaria tradicionales.

Preceptos de referencia: Art. 149.1.8.ª CE. Art. 1 de la Ley catalana 19/2015, de incorporación de las propiedades temporal y compartida al Código civil de Cataluña. Art. 39.1 LOTC.

La Ley catalana 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña (CCCat) consta de dos artículos, tres DDAA y una DF. Su art.1 añade un nuevo capítulo VII al título IV del libro quinto del CCCat con el objeto de regular la «propiedad temporal» (art. 547 CCCat). El art. 2, por su parte, añade un capítulo VI al título V del propio libro quinto, destinado a regular la «propiedad compartida» (art. 556 CCCat).

La Abogacía del Estado, actuando en nombre del Presidente del Gobierno español, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el art. 1 de la Ley 19/2015 y, por conexión en lo que a la propiedad temporal se refiere, también contra las tres DDAA y la DF. De acuerdo con el recurso, las normas impugnadas estarían regulando «una figura jurídica ex novo que no tiene conexión alguna con el derecho de propiedad, pues a este resulta esencial las notas de perpetuidad e irrevocabilidad» y, sobre todo, no podrían en modo alguno «reputarse conservación, modificación o desarrollo del Dere-

cho civil especial catalán» (FJ 1). En definitiva, se denunciaba la invasión de la competencia estatal en materia civil prevista en el art. 149.1.8.^a CE. Por parte catalana, en defensa de la constitucionalidad de la regulación de la propiedad temporal se alegaba, en primer lugar, la conocida tesis según la cual la competencia autonómica en materia civil no tendría más límite que el marcado por la expresión «en todo caso» del art. 149.1.8.^a CE; y, en segundo, subsidiariamente, que la nueva regulación estaría «conectada» con el Derecho civil de Cataluña y, por tanto, podría reputarse conservación, modificación o desarrollo del mismo. A este último objeto, los defensores de la constitucionalidad del régimen introducido para la propiedad temporal aducían tres motivos: a) que el Derecho civil catalán es «*un subsistema jurídico completo*»; b) que la «libertad civil» es un principio básico del mismo; y c) que se puede «*trazar una relación de conexión entre la “propiedad temporal” y una serie de instituciones concretas propias de la tradición jurídica catalana*» (FJ 1).

1. Delimitación del contenido del recurso: Acuerdos de la Comisión Bilateral y posibilidad de ampliación por conexión ex. Art. 39.1 LOTC.—Antes de interponerse el recurso de inconstitucionalidad hubo un intento de solución en el seno de la Comisión Bilateral Estado-Generalidad de Cataluña. El acuerdo adoptado para el inicio de la correspondiente negociación, sin embargo, sólo aludía al art. 1 de la Ley 19/2015 y no, en cambio, a las disposiciones adicionales y final. Esta discordancia obliga a dejar tales disposiciones fuera del recurso, limitando el análisis al art. 1. El Tribunal advierte que ello no le impediría acudir al art. 39.1 CE, según el cual: «*Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia*». Sucede, sin embargo, que el Tribunal desestimó la impugnación del repetido art. 1, por lo que quedaba descartada toda posibilidad de hacer uso del precepto transcrito (vid. FJ 12).

2. El significado de la cláusula «en todo caso» del art. 149.1.8.^a CE: No es «el límite» de la competencia civil autonómica.—Los Letrados catalanes alegaban que la Comunidad, en virtud del art. 129 de su Estatuto (EAC/2006) tiene competencia para legislar en toda la materia civil, con la única salvedad de lo que «en todo caso» se ha reservado el Estado en el art. 149.1.8.^o CE. El Abogado del Estado, por su parte, rechazaba esta lectura recordando que la competencia autonómica no viene definida por esa cláusula sino por las expresiones «conservación, modificación y desarrollo», aplicadas al Derecho civil propio que estuviera vivo —en leyes o costumbres— al entrar en vigor la Constitución de 1978. Esta segunda lectura es la conforme con la doctrina constitucional, como recuerda el Tribunal con cita de expresivos párrafos de sentencias anteriores (STC 88/1993, sobre la ley aragonesa de equiparación de los hijos adoptivos; y STC 31/2010, sobre el Estatuto catalán de 2006) y una conclusión muy clara: «*[C]onforme a doctrina constitucional reiterada, el artículo 129 EAC no atribuye a la Generalitat de Cataluña competencia legislativa ilimitada sobre las materias civiles distintas de aquellas que se reservan “en todo caso” al Estado por el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE. Podrá regular estas materias, incluso innovando el Derecho civil catalán existente al tiempo de promulgarse la Constitución, esto es disciplinando ámbitos no normados en él, pero será impres-*

cindible que esa regulación innovadora presente una conexión con dicho Derecho civil especial, pues es la garantía de este ordenamiento jurídico y no otra cosa la ratio de la singularidad civil que se introduce en el primer inciso del artículo 149.1.8 CE» (FJ 3).

3. La propiedad temporal en Cataluña: ¿Regulación *ex novo* o, por el contrario, en «conexión» con el Derecho civil catalán susceptible de conservación, modificación y desarrollo?—El recurso sostenía lo primero mientras que los Letrados catalanes oponían lo segundo. Ambas partes estaban de acuerdo en que la competencia autonómica permite «disciplinar instituciones civiles no preexistentes en el Derecho civil catalán, siempre claro está que revistan alguna conexión con él». Pero discrepaban en cuanto a la existencia o no de «conexión» y, en el fondo, también en cuanto a la «configuración y aplicación» de este criterio (FJ 4). Fijada así la controversia, y antes de entrar en detalles, el Tribunal Constitucional realiza tres puntualizaciones clarificadoras. Las dos primeras, generales. La tercera, específicamente referida al caso de Cataluña: (1) «*La competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de la conexión que [...] debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan.*» (2) «*La institución o principio jurídico integrante de un Derecho civil especial respecto del que se pretenda trazar una conexión que justifique una legislación autonómica innovadora en materia civil, si bien puede estar recogido en cualesquiera normas positivas o consuetudinarias, debe estar vigente al tiempo de promulgarse la Constitución*» (FJ 5). (3) Dado que los Letrados autonómicos no han acreditado, ni intentado acreditar, que al tiempo de aprobarse la Constitución de 1978, hubiera otro Derecho civil catalán que el contenido en la Compilación de 1960 (Ley 40/1960, de 21 de julio), ésta debe ser el referente para verificar si concurre o no la necesaria «conexión» con la nueva propiedad temporal. No obstante, añade, el Tribunal «*interpretará los contenidos de dicha Ley [la Compilación] a la luz de la tradición jurídica catalana reflejada en el proyecto de compilación de 1955 (redactado por la comisión de juristas catalanes nombrada por Orden de 10 de febrero de 1948 y presentado en octubre de 1955), en la precedente Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña, en el anteproyecto de apéndice de Derecho catalán al Código civil de 1930 y en la memoria y articulado de las instituciones del Derecho civil de Cataluña que, con arreglo a los dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880, se elaboró en 1882*» (FJ 5).

4. Primer motivo de conexión alegado: El «carácter completo» del Derecho civil de Cataluña.—El Tribunal lo rechaza pues supondría que «*cualquier crecimiento orgánico del Derecho civil catalán quedaría subsumido dentro del concepto constitucional de “desarrollo”*»; o, en otros términos «*que la competencia autonómica sobre el Derecho civil, fuera de los temas enunciados en el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE, es ilimitada ratione materiae*», algo expresamente rechazado en la STC 31/2010 (sobre el EAC/2006) y, de nuevo, en el FJ 3 de la propia sentencia reseñada (FJ 6).

5. Segundo motivo de conexión alegado: La regulación de la propiedad temporal se vincula al Derecho civil catalán a través del «principio de libertad civil».—La sentencia también rechaza este segundo motivo, tanto para las normas sobre propiedad temporal de carácter supletorio (aplicables en defecto de pacto) como para las imperativas. En cuanto a las primeras (normas supletorias) porque mientras «*el principio de libertad civil autoriza, en los casos en que opera, que los particulares disciplinen sus relaciones jurídicas conforme a su voluntad [...], la esencia de la legislación supletoria es su aplicación precisamente cuando los particulares no hacen uso de su libertad civil para reglamentar sus relaciones jurídicas*» (FJ 7). Además, añade la sentencia, entender otra cosa llevaría a un resultado ya rechazado pues, por esta vía, se acabaría permitiendo a los legisladores autonómicos «desarrollar» su Derecho civil especial regulando supletoriamente «*cualquier institución de Derecho civil patrimonial, salvo la “ordenación de los registros e instrumentos públicos” y “las bases de las obligaciones contractuales”, únicas materias de Derecho civil patrimonial que el artículo 149.1.8 CE atribuye al Estado “en todo caso”*» (FJ 7). En el caso de las normas imperativas tampoco puede aceptarse la alegación de los Letrados autonómicos pues «*estas normas, al ser de derecho necesario y por lo tanto imponerse aun contra la voluntad de los particulares, no presentan ninguna relación de conexión con el principio de libertad civil*» (FJ 7). El rechazo de la conexión de la propiedad temporal con el principio de libertad civil no prejuzga, sin embargo, «*si la autonomía de la voluntad habilita a los particulares para constituir supuestos de “propiedad temporal” y disciplinarlos en virtud de sus acuerdos*». El Tribunal tiene interés en dejar claro que esa «*es una cuestión de estricto Derecho civil*» que queda al margen del recurso, limitado a la controversia competencial (FJ 7).

6. Tercer motivo de conexión alegado: Existencia de «varias figuras jurídicas que, aun no perteneciendo al Derecho de cosas, dan lugar al desenvolvimiento de situaciones temporales de propiedad».—Tampoco se admite a los fines pretendidos. Citaban los Letrados autonómicos a este propósito la sustitución fideicomisaria sometida a plazo o condición (art. 426 CCCat), los legados bajo condición o término resolutorios (art.427-13 CCCat), las donaciones sujetas a condición o a plazo (art. 531-16 CCCat) o a reversión (art. 531-19 CCCat) y el derecho a redimir en la compraventa a carta de gracia (arts. 326 a 328 CCCat). El Tribunal admite que Cataluña podría disciplinar, incluso innovando, las situaciones temporales de propiedad que resultan del desenvolvimiento de esas u otras instituciones civiles propias. «*Ello abre la vía, en lo que aquí interesa, a que el legislador catalán sea competente para normar ciertas manifestaciones de “propiedad temporal”*» (FJ 8), como se admitió en la STC 88/1993 (equiparación de hijos adoptivos en Aragón). Sin embargo, la normativa ahora impugnada no se ciñe a ese cometido sino que «*desligándose absolutamente de ese criterio de conexión con tales instituciones, incorpora al Código civil de Cataluña reglas sobre la constitución abstracta —no en el contexto del funcionamiento de otra institución— de la “propiedad temporal”*» (FJ 8).

7. Cuarto y último motivo de conexión alegado: Relación entre la propiedad temporal impugnada e «instituciones jurídico reales propias del Derecho civil especial de Cataluña, como son el derecho de propiedad, la enfiteusis y el derecho de superficie». La enfiteusis como ancla de salvación.—Aunque este último motivo será el que, a la postre, conduzca a la

desestimación del recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal empieza recordando que no existía un régimen catalán de la propiedad vigente al aprobarse la Constitución española. Tal régimen no llegó a incluirse en la Compilación de 1960. Tampoco cabe concluir lo contrario acudiendo a los antecedentes de ésta (Proyecto de 1955, Anteproyecto de Apéndice de 1930, Articulado de las Instituciones De Derecho civil de Cataluña de 1882). Con algunas salvedades que la sentencia identifica, *«los derechos reales no están entre las instituciones que integraban el Derecho civil especial de Cataluña vigente al tiempo de promulgarse la Constitución española, pues ni aparecían contemplados en la Ley 40/1960 ni tampoco estaban presentes en los previos intentos de codificación de dicho Derecho civil especial»* (FJ 9). Ahora bien, como se ha indicado, hay salvedades. Entre ellas se cuenta la enfiteusis, única de las tres relaciones jurídico-reales mencionadas por los Letrados autonómicos que *«preexistía en el Derecho civil especial de Cataluña al tiempo de promulgarse la Constitución Española de 1978»* (FJ 9). Esta será a la postre el ancla de salvación de la competencia catalana para introducir el nuevo régimen de la propiedad temporal.

Tras un detallado análisis de ambas instituciones, el Tribunal concluye que la enfiteusis (vigente al tiempo de promulgarse la Constitución) es, como la propiedad temporal, una forma de propiedad dividida: *«Mientras [en la enfiteusis] la propiedad aparece desagregada en dominio directo y dominio útil, en la propiedad temporal son dueños a un mismo tiempo el titular actual y el titular sucesivo»* (FJ 10). Con esta base, sólo queda precisar si la normativa impugnada es «conservación», «modificación» o «desarrollo». Las dos primeras opciones deben descartarse *«pues ha quedado claro que [la propiedad temporal] es una figura jurídico real que no estaba regulada [en el Derecho civil catalán] al promulgarse la Constitución»* (FJ 10). Ahora bien, la propiedad temporal *«constituye [...] una actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento, cual es la utilización de fórmulas de dominio dividido para facilitar el acceso a la propiedad. Por esta razón la regulación recurrida debe calificarse, conforme a nuestra doctrina, como un supuesto de crecimiento orgánico del Derecho civil especial de Cataluña que resulta imparado por la competencia atribuida al legislador autonómico para el “desarrollo” de su Derecho civil especial»* (FJ 10).

8. Coda: La sustitución fideicomisaria como base complementaria del «crecimiento orgánico», por vía de «desarrollo», del Derecho civil catalán.—Aunque la enfiteusis bastaría, el Tribunal añade una referencia a otra institución catalana —la sustitución fideicomisaria— que *«también presenta [...] en su configuración conceptual y normativa ciertos principios que informan igualmente la disciplina de la “propiedad temporal” impugnada»* (FJ 11). Sería una suerte de ancla de refuerzo. La sustitución fideicomisaria, que estaba vigente al tiempo de promulgarse la Constitución, *«determina que, durante la pendencia del fideicomiso, las facultades dominicales sobre los bienes hereditarios aparezcan de algún modo divididas»* (FJ 11). A la vista del régimen de la propiedad temporal introducido en el CCCat por la Ley 19/2015 *«cabe afirmar que ambas instituciones, responden a un mismo principio jurídico, consistente en hacer posible que el propietario inicial pueda desagregar su derecho de dominio, confiriendo a dos sujetos distintos una pars dominii, lo cual en ambos casos se manifiesta mediante la coexistencia de un titular actual y otro sucesivo, asistiendo al primero los poderes del*

propietario pero condicionados por la posición jurídica del titular sucesivo, que tiene derecho a convertirse en propietario del bien al producirse la circunstancia determinada en el acto constitutivo» (FJ 11). De este modo, también por referencia a la sustitución fideicomisaria, la propiedad temporal aparece como un supuesto de «*crecimiento orgánico del Derecho civil especial de Cataluña [...] amparado por la competencia atribuida al legislador autonómico para el “desarrollo” de su Derecho civil especial*» (FJ 11).

STC 104/2017, 18 de septiembre.

RA: Estimado.

Ponente: Montoya Melgar.

Conceptos: Tasas judiciales. Recurso de apelación. Inadmisión. Efectos retroactivos de la sentencia que las declara inconstitucionales. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a los recursos.

Preceptos de referencia: Art. 24 CE. Art. 8.2 de la Ley 10/201. Art. 231 LEC.

El Tribunal Constitucional reitera su doctrina jurisprudencial dictada en supuestos muy similares y recuerda que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto que operaba como requisito de admisión de los recursos –pago de la tasa–, aun cuando fuera aplicado por los órganos judiciales cuando estaba vigente, vulnera igualmente el derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE), toda vez que actualiza la misma vulneración que apreciamos en la norma en la que tienen su fuente. Pueden verse también, de este mismo año, las sentencias 40 (24 de abril), 70 (5 de junio), 74 (19 de junio), 83 (3 de julio) y 84 (3 de julio).

1) Antecedentes del caso.—La Audiencia Provincial considera que un recurso de apelación interpuesto por una mercantil que intervino en el curso de un proceso concursal como acreedor de la concursada, debe ser inadmitido por efecto del artículo 8.2 de la Ley 10/2012, que determina la preclusión del acto procesal si no se subsana la falta de aportación del justificante de pago de la tasa que consideran correctamente calculada.

La recurrente en amparo solicita aclaración y subsanación de errores y, siendo desestimada su petición, promueve incidente de nulidad de actuaciones por entender que se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ex artículo 24.1 CE desde la perspectiva del derecho de acceso al recurso, ya que la autoliquidación de la tasa se había realizado efectivamente, tal y como preceptúa el artículo 8.2 de la Ley 10/2012, resultando aplicable en este caso la base imponible de la tasa correspondiente a los procedimientos de cuantía indeterminada.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.—Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, el demandante en amparo alega vulneración del derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE), ya que el órgano judicial entendió incumplido el requisito previsto en el art. 8.2 Ley 10/2012, al equiparar el incumplimiento total de la liquidación de la tasa judicial (previsto legalmente) con un incumplimiento parcial de la obligación de liquidación de la tasa judicial (no previsto en el art. 8.2 Ley 10/2012), sin apoyo legal y en contra

de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la normativa de desarrollo del artículo 8.2 de la Ley 10/2012. Adicionalmente, alega y reproduce la nueva doctrina constitucional de la STC 140/2016, de 21 de julio, que declara inconstitucional y nula la cuota variable de las tasas judiciales para las personas jurídicas (art. 7.2 de la Ley 10/2012) por vulnerar el derecho de acceso a la jurisdicción y a los recursos (art. 24.1 CE).

La representación procesal de la concursada solicitó la denegación del amparo por considerar, de un lado, que la cuantía del recurso de apelación no era indeterminada y, de otro, que no concurre ninguna de las lesiones constitucionales aducidas por la demandante de amparo.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo, ya que la norma cuyo incumplimiento impidió el acceso al recurso (arts. 7.1 y 7.2 de la Ley 10/2012: cuota fija y variable de la tasa judicial por el recurso de apelación civil para personas jurídicas) ha sido declarada inconstitucional y nula en la STC 140/2016, de 21 de julio. Añade que en el fundamento jurídico 15 de la referida Sentencia se estableció la eficacia *ex tunc* de tal nulidad, limitada a los supuestos en los que no se tuvo acceso al recurso, como el supuesto aquí enjuiciado. Por lo demás, entiende que, aunque no se hubiera declarado la nulidad del artículo 7.1 y 2 de la Ley 10/2012, procedería igualmente el otorgamiento del amparo atendiendo al canon de constitucionalidad del derecho fundamental de acceso al recurso.

3) Posición del Tribunal.—El Tribunal Constitucional reitera la doctrina jurisprudencial de anteriores sentencias dictadas en asuntos prácticamente idénticos, en el sentido de que *«habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la inconstitucionalidad de los preceptos reguladores de las tasas judiciales de acceso a la apelación civil para las personas jurídicas, aplicados a la recurrente, se deberá concluir que el acto de aplicación de dicha normativa —a la que atendieron los órganos judiciales por estar entonces vigente— actualiza la misma vulneración que apreciamos en la norma en la que tienen su fuente, por vulnerarse el derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE)»*. Por tal motivo, El Tribunal aprecia la vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a los recursos.

STC 105/2017, de 18 de septiembre.

RA: Desestimado.

Ponente: Valdés Dal-Ré. Voto particular discrepante del propio ponente.

Conceptos: Apertura de sucesión testamentaria. Acción de filiación. Partición hereditaria. Principio de legalidad. Principio de irretroactividad de disposiciones sancionadoras. Igualdad ante la ley. Discriminación de hijos extramatrimoniales.

Preceptos de referencia: Arts. 9, 14 y 39 CE. Arts. 657 y 989 del Código Civil.

El derecho de sucesiones puede resultar fascinante por muy diversos motivos. Para algunos, refleja como ninguna otra parcela del derecho privado el carácter sistemático, casi hasta lo escrupuloso, del antiguo derecho romano, de suerte que todas las distintas instituciones sucesorias se complementan entre sí, y encajan como si de un puzzle infantil se tratara. Está, además, la cautivadora circunstancia de que el ámbito de las sucesiones comienza de igual manera que cualquier novela negra que se precie: con un muerto.

En el caso que ahora nos ocupa, el problema no será tanto el quién o el cómo de la muerte, sino más bien el cuándo. Efectivamente, el causante de la sucesión, y también y de alguna manera de los muchos problemas que estarían por venir, falleció el 23 de enero de 1978, más de once meses antes de que entrara en vigor la Constitución Española (que lo hizo el 29 de diciembre de 1978, con la consabida intención de evitar el solemne, pero también jocosamente, día de los inocentes). A estas dos fechas hay que sumar una tercera para completar nuestro particular recorrido cronológico: el 11 de noviembre de 2008, fecha en la que Flora Conde Sánchez fue declarada hija biológica de Enrique Iglesias Barbeito en virtud de sentencia judicial.

A estas alturas, bien podrá el lector intuir cuáles son los derroteros personales, y también judiciales, que siguieron a la declaración de paternidad de la actora: reclamar a los hijos matrimoniales de Don Enrique la parte legítima que en la herencia de su común padre le hubiera de corresponder, en tanto que habría resultado preterida intencionadamente en el testamento que éste otorgó en su día. Ante la negativa de los tres hijos matrimoniales del causante, interpuso la correspondiente demanda civil.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ordes desestimó la demanda. El fundamento de la sentencia no era otro que la literalidad de la Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en la cual se establece que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor de tal Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación.

La Audiencia Provincial de A Coruña no sólo confirmó la desestimación acordada por el Juzgado de Instancia sino que añadió un argumento no menor, impregnado en realidad de lógica formal: la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución, no puede interpretarse *a sensu contrario*, de una manera directa y desentendida, para pretender que la Constitución garantice, igualmente, la retroactividad de las disposiciones que sí sean favorables.

Finalmente, el Tribunal Supremo confirmó las sentencias anteriores, concluyendo categóricamente que si la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, y si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (657 CC), momento en el que también se adquieren tales derechos tras la correspondiente aceptación de la herencia (989 CC), entonces la conclusión es clara: ningún derecho sucesorio puede reclamar la actora. Ello es así en la medida en que su posición jurídica es necesariamente la establecida por el Código Civil en la redacción preconstitucional, en la que se declaraba que tan sólo los hijos naturales y legalmente reconocidos podían reclamar la legítima en la sucesión de sus antecesores y causantes.

La recurrente en amparo ante el Tribunal Constitucional pretende que le sean reconocidos los derechos sucesorios que, en tanto que hija –y sin ninguna otra calificación– le corresponderían en la herencia de su padre, al entender que tales derechos no pueden verse limitados por una normativa anterior y contraria a la Constitución, pues ello supondría, en puridad, vulnerar el principio de aplicación directa del texto constitucional, y en concreto, de su artículo 14. Por otro lado, los demandados en los anteriores procesos judiciales atacaron de raíz este planteamiento, alegando que el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento al que se refiere la actora le fue

plenamente reconocido con la estimación de su acción de filiación, pero lo que ahora pretende es, más bien, extender dicho reconocimiento a unos derechos sucesorios que eran regulados por una ley distinta, y anterior, a la Constitución. El Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional planteó de una manera clara y directa los términos del debate: «*si debe ceder ese valor de seguridad (jurídica) para garantizar la no discriminación*».

El Tribunal Constitucional comienza su análisis del caso recordando dos cuestiones, quizá menores pero desde luego no irrelevantes. La primera es que no se está enjuiciando si el testamento otorgado en su día por el causante conculcó el derecho a la igualdad de la actora (algo por otro lado, cronológicamente imposible), sino más bien, si tal conculcación se produjo por la acción posterior de los tribunales, que no reconocieron en tal otorgamiento una preterición que debió ser enmendada judicialmente. La segunda, es la peculiaridad de no encontrarnos en este caso ante un conflicto entre dos derechos fundamentales o libertades públicas, sino más bien entre un principio constitucional, como es la seguridad jurídica, y el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación.

Es desde este marco –y sobre todo desde la primera cuestión anterior– donde el Tribunal articula su razonamiento, condensado en el Fundamento de Derecho Cuarto. Así, entiende que la solución asumida por el Tribunal Supremo –y por todas las instancias anteriores– señalando que la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española y que eran de aplicación, entonces, las disposiciones transitorias que al respecto establecía la reforma de 1981 del Código civil –y por tanto y por referencia, la legislación contenida en el Código Civil en su meritado artículo 807–, no puede entenderse expresiva de una discriminación por razón de nacimiento.

Ello es así porque tal interpretación judicial no supuso «*sino solo [...] la expresión lógica de las consecuencias de un criterio legal sobre la ley rectora de la sucesión y de un parámetro de transitoriedad normativa fijado en 1981, ya en época constitucional. No existe, dicho de otro modo, una aplicación e interpretación judicial que desvele una discriminación selectiva por razón de nacimiento, habiéndose limitado las resoluciones ahora recurridas a aplicar los criterios de sucesión y transitoriedad normativa, legalmente prescritos; pautas legales que regulan sin distinción subjetiva, y solo por razones temporales, la materia, sin contener criterios o parámetros adicionales –fundados en el nacimiento– que diferencien entre sujetos afectados por las mismas circunstancias [...]*».

No hay por tanto discriminación posible en una interpretación judicial sobre la aplicación de una norma basada en estrictos criterios temporales, sin que quepa entender que la eficacia directa o indirecta de la Constitución haya quedado viciada o dañada. Estrictamente, el Tribunal Supremo se limitó a aplicar la ley que se encontraba vigente en el momento en que se consumaron los hechos de los cuales dimanaban las consecuencias jurídicas pretendidas por la actora.

Al fallo desestimatorio le sigue un voto particular, suscrito por el mismo magistrado al que se encomendó la ponencia. No debe omitirse, por oportuna, una crítica a una forma de proceder cada vez más extendida en los Altos Tribunales: el abstenerse de declinar la ponencia a pesar de no compartir el parecer mayoritario (203 LEC, 80 LOTC), y, aun así, formular voto particular discrepante.

Entiende Fernando Valdés Dal-Ré que la particularidad de este caso no fue suficientemente atendida, y que, de haberlo sido, el fallo del Tribunal

bien podría haber sido distinto. Para el catedrático, tal circunstancia particular es el hecho no ya del otorgamiento del testamento, sino más bien del reconocimiento de la paternidad que logró la actora en 2008, y que se produce, por tanto, una vez aprobadas tanto la Constitución como la Ley de 1981. Así, las sentencias recaídas en los Tribunales civiles, al desatender el dato de que el reconocimiento de la filiación se produjo ya en periodo constitucional, habrían dispensado un tratamiento discriminatorio no directo, sino indirecto; pero en cualquier caso conculcador del artículo 14 de la Constitución Española, lo que debería haber conducido a estimar el amparo.

Y para concluir, volvemos al punto donde comenzamos: cómo la literatura se parece a la vida...o la vida a la literatura. Es probable que, con las mismas u otras palabras, el causante en esta sucesión, Don Enrique, tuviera en mente la cita de *El caso de los anónimos* de Agatha Christie: «*En la vida de todos hay capítulos ocultos que se espera nunca puedan ser conocidos*». Lo que seguro no podría imaginar era que, cuatro décadas después, esos capítulos serían leídos y releídos por un Juzgado, un Tribunal Provincial y dos Altos Tribunales, y que tan sólo la contingencia que siempre rodea a cuándo se produce el *exitus* de este mundo, salvaría a sus hijos de tener que repartir sus bienes...con quien después de todo, también era su hija.

STC 133/2017, 16 de noviembre.

RI: Impugnación de diversos preceptos de la Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia. Estimación. Se declaran inconstitucionales y nulos el título II (arts. 27 a 41), relativo a la adopción, y el título III (arts. 42 a 45), relativo a la autotutela, de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

Ponente: Montoya Melgar. Votos particulares discrepantes de Xiol Ríos y, conjunto, de Conde-Pumpido, Valdes Dal-Ré y Balaguer Callejón.

Conceptos: Derecho civil gallego. Competencias estatales y autonómicas en materia civil. Adopción y autotutela. Interpretación y posibles lecturas de las expresiones «conservación», «modificación» y «desarrollo» del art. 149.1.8.ª CE.

Preceptos de referencia: Art. 149.1.8.ª CE y arts. 27 a 41 y 42 a 45 de la Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia.

El recurso, interpuesto por el Presidente del Gobierno, pretende la declaración de nulidad de diversos preceptos de la Ley gallega 2/2006 de Derecho civil de Galicia, concretamente los que regulan las instituciones de la adopción y la autotutela, por infringir la distribución de competencias en materia civil prevista en el art. 149.1.8.ª CE. En síntesis, se argumenta que los artículos impugnados «*suponen una regulación general y exhaustiva de dos instituciones, la adopción y la autotutela, que carecen de antecedentes en el Derecho civil gallego y no guardan conexión alguna con instituciones propias de esta legislación civil, de modo que dicha regulación no puede considerarse una conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil propio, con el alcance que a tales expresiones ha otorgado la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (al respecto, SSTC 121/1992, de 28 de septiembre; 182/1992, de 16 de noviembre; 88/1993, de 12 de marzo; 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio)*» (FJ 1). Aunque la Ley 2/2006 fue reformada por la Ley 3/2011, de apoyo a la familia y la convivencia en Galicia, tal

reforma no afectó al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la primera.

A los argumentos del gobierno español, el Parlamento y la Xunta de Galicia oponen su competencia para «desarrollar» el Derecho civil gallego «*siendo la adopción de los menores una costumbre arraigada en su territorio foral*» y «*subrayando igualmente la estrecha conexión existente entre la institución de la autotutela y sus normas civiles sobre la protección de la persona y de su patrimonio*» (FJ 5).

1) Doctrina del Tribunal Constitucional en torno a las competencias en materia civil.—Existe ya un importante corpus doctrinal del propio Tribunal y la sentencia hace una síntesis del mismo para enmarcar adecuadamente el debate. El punto de partida, como es notorio, es la declaración de que la competencia exclusiva en materia civil corresponde al Estado. A ese punto de partida se añadiría, como «límite», el respeto a las competencias de ciertas Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil propio. Se trataría de lo que la STC 88/1993, optando por una lectura entre las varias posibles, describió como «*garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política*».

La sentencia ahora reseñada cita asimismo otro importante párrafo de la STC 88/1993 sobre la debatida expresión «*en todo caso*» del art. 149.1.8.^a CE: «*La ulterior reserva al Estado, por el mismo artículo 149.1.8, de determinadas regulaciones “en todo caso” sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél —vale reiterar— la Constitución le atribuye ya la “legislación civil”, sin más posible excepción que la “conservación, modificación y desarrollo” autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de esta (por así decir) segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno; y ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho*» (FJ 4 STC 133/2017). De nuevo una lectura entre las posibles, con la que el Tribunal quiere desautorizar la lectura según la cual lo «*en todo caso*» reservado al Estado sería (junto al método o *modus operandi*: paso a paso, sin saltos) el único límite real a las competencias civiles autonómicas.

Con esas premisas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido definiendo el alcance de los términos «*conservación*», «*modificación*» y «*desarrollo*». «*Hemos de subrayar que en la misma STC 88/1993, tuvimos oportunidad de perfilar los conceptos de conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales a los que se refiere la norma constitucional citada. A este respecto afirmamos que el concepto constitucional de “conservación” permite “la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, fundamento jurídico 1) ... Lo que la Constitución permite es la ‘conservación’, esto es el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los preceden-*

tes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.8. CE” (FJ 2). Igualmente apuntamos que “modificación” puede implicar no sólo la alteración y reforma del Derecho preexistente, sino, incluso, de las reglas contenidas en el mismo. Por último, y por lo que atañe al “desarrollo del derecho civil propio” advertimos que “permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de ‘modificación’. El ‘desarrollo’ de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada racione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar” (FJ 3)» (FJ 4, STC 133/2017).

2) Regulación de la adopción. Falta de competencias.—La sentencia aborda en primer lugar la institución de la adopción. El Tribunal Constitucional ha admitido en varias ocasiones que las costumbres civiles pueden ser elevadas a la condición de ley y por tanto constituyen base adecuada para la actividad normativa de los parlamentos autonómicos con competencias civiles. Pero, en este caso, se pone en cuestión la existencia misma de tal base. Lo que se discute en el recurso *«no es la competencia de Galicia para convertir en leyes sus costumbres –que indudablemente la tiene–, sino si las instituciones jurídicas que pretende convertir en objeto de norma legal, es decir, en Derecho escrito legislado, pertenecen o no a su Derecho consuetudinario»* (FJ 5). Para poder desarrollar de este modo el Derecho civil propio, la costumbre debía existir y estar viva al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, correspondiendo la carga de la prueba a la Comunidad Autónoma. *«La validez de las normas objeto de este recurso depende de que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de la aprobación de la ley, o bien otra institución, consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero “conexa” con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil foral o especial»* (FJ 5 STC 133/2017).

Los defensores de la competencia gallega aportaron argumentos en tal sentido, presentando diversas instituciones tradicionales que podrían servir de base para una regulación de la adopción (*«apelan a instituciones tales como el prohijamiento de los expósitos, las casas de adopción, los afillamientos, la compañía familiar gallega, la aparcería agrícola, el petruicio y los muiós, destacando su incidencia sobre las relaciones familiares»*, FJ 6 STC 133/2017). Sin embargo, en su sentencia, el Tribunal Constitucional considera que tales instituciones son básicamente de carácter patrimonial o se conectan con funciones asistenciales más relacionadas con el Derecho administrativo que con el civil. La conclusión del Tribunal es que *«no se ha*

acreditado de forma fehaciente por las partes interesadas, la existencia de costumbres relativas a una forma específica de adopción u otra institución similar, en el territorio gallego al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución» (FJ 6 STC 133/2017).

3) Regulación de la autotutela. Falta de competencias.—La mismas razones aplicadas a la adopción son las que llevan al Tribunal a rechazar la competencia civil gallega en materia de autotutela. La sentencia aprecia *«falta de conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia»* (FJ 7) y añade una consideración de carácter más general: *«La figura de la autotutela se basa en el principio de autonomía de la voluntad, pues permite al individuo, en previsión de una eventual incapacidad, dejar designado libremente quién desea que ejerza el cargo de tutor de su propia persona. Se trata, en consecuencia, del ejercicio de uno de los derechos que presiden todo el ordenamiento jurídico —y desde luego el civil— cuál es el del libre desarrollo de la personalidad, pero que no se encuentra reflejado en ninguna especialidad del ordenamiento jurídico gallego. Aunque éste prevé un sistema sucesorio (arts. 209 a 213 de la Ley 2/2006), e incluso especiales disposiciones testamentarias a favor de las personas que cuidaron del testador (arts. 203 y 204 de la Ley 2/2006), ninguno de ellos puede rectamente considerarse un instrumento de autoprotección de la persona, a los que la autotutela venga a sumarse con un natural encaje, como facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses»* (FJ 7).

4) Alcance de la declaración de inconstitucionalidad.—La inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de las normas impugnadas obliga al Tribunal a fijar su alcance temporal con referencia a los actos anteriores. Como en otras ocasiones, opta por dejarlos a salvo de acuerdo con el principio de seguridad jurídica: *«Nuestro pronunciamiento de inconstitucionalidad de los artículos 27 a 41 de la Ley 2/2006 no afectará a las adopciones que sean firmes en la fecha de publicación de esta Sentencia, pues el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 CE, aconseja limitar los efectos de esta resolución a aquellos procesos de adopción que se encuentren en curso (los cuales deberán adecuarse a los dictados de las normas civiles del Derecho común y a las procesales de carácter estatal) además, lógicamente, de a los que se inicien con posterioridad a dicha publicación»* (FJ 8 STC 133/2018). *«La limitación temporal pro futuro de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad también se producirá en relación con el título III de la Ley 2/2006 (arts. 42 a 45), relativo a la autotutela. Este Tribunal entiende, siendo respetuoso con las libertades individuales, que la persona que, con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, haya otorgado en escritura pública cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor bajo la vigencia de los artículos 42 a 45 de la Ley 2/2006, no debe verse afectada por esta Sentencia (STC 82/2016, de 28 de abril)»* (FJ 8 STC 133/2017).

5) Votos particulares.—A menudo el sentido de una sentencia se entiende mejor a partir de los votos particulares que expresan los puntos de discrepancia de quienes han quedado en minoría. Para valorar algo o a alguien no sólo es bueno saber qué ha escogido sino también qué ha rechazado. Esa es otra de las funciones que, *de facto*, cumplen los votos particulares. Así sucede en este caso con el extenso y minucioso voto del magistrado Xiol

Ríos, alineado con los que ya formuló en 2016 en varias sentencias sobre el Derecho civil valenciano. Con independencia de los detalles y de los concretos argumentos acerca de las competencias sobre adopción y autotutela, en él se manifiesta una importante discrepancia de fondo respecto al rumbo que está tomando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el art. 149.1.8.^a CE.

En este sentido, el voto particular reprocha a la sentencia de la mayoría *«una actitud formalista poco acorde con la interpretación evolutiva del texto constitucional [que] amenaza con interrumpir un proceso enraizado en la tradición y la evolución del Derecho privado en España»* (sub apartado 1, *«La evolución del Derecho privado en España con arreglo a la realidad social»*). *«El Derecho civil foral no puede ser concebido como una serie más o menos residual de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino como un sistema normativo dotado de la sistematización y conexión interna y de la completitud propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa»* (*ibidem*). Al asumir la *«falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia para legislar todo lo que exceda del derecho foral compilado en 1963 o aquellas normas consuetudinarias cuya vigencia a la entrada en vigor de la Constitución no resulte probada»*, el Tribunal habría optado por una lectura que *«se compadece mal con una norma constitucional competencial cuya finalidad es la promoción e impulso de un ejercicio dinámico a las comunidades autónomas con Derecho civil propio de la competencia legislativa civil reconocida en el artículo 149.1.8 CE»* (*ibidem*).

El voto particular, con una perspectiva histórica alejada de la mayoría, considera que *«desde principios del siglo XIX ha existido acuerdo para impulsar la conservación y el desarrollo de las peculiaridades jurídico-civiles regionales»* (sub apartado 2. *El impulso histórico de los sistemas de Derecho civil*). Es también esta una lectura entre varias posibles. Quizá sería más ajustado decir en que, desde principios del siglo XIX, cuando se empieza a construir la moderna idea de nación con la Constitución de Cádiz, no se alcanzó acuerdo de fondo alguno. Simplemente se constató la insuficiencia de las fuerzas en conflicto. Nadie tuvo en aquel momento fuerza suficiente para imponer sus deseos. El equilibrio se plasmó de este modo en textos que ambas partes, pero sobre todo la que deseaba la unificación, esperaban poder interpretar o corregir en el futuro *pro domo sua*. No parece que hubiera un acuerdo para *«impulsar»* los Derechos civiles regionales. El acuerdo, si lo hubo, fue por resignación impotente. Finalmente, como es notorio, la crónica de la codificación civil española fue la crónica, si no de un fracaso, sí al menos de un éxito no pleno. No se puede hablar del Código Civil Español sin añadir importantes explicaciones, que en cambio son innecesarias cuando se trata de códigos civiles como el francés, el alemán o el italiano. No obstante, decir que *«el sistema de compilaciones excluyó todo sacrificio o limitación de los derechos civiles forales»* (*ibidem*) quizá no sea una descripción del todo neutra de la realidad. Como quiera que sea, esa es la idea que expresa con nitidez el voto particular: *«A mi juicio, es evidente, pues, que la constante intención del legislador en materia civil ha sido el reconocimiento y la consolidación definitiva de la realidad foral»* (*ibidem*). Con esa base, y no sin recordar que la Constitución no solo reconoce la existencia de regiones sino también de *«nacionalidades»*, se propone la siguiente lectura del art. 149.1.8.^a CE: *«En primer lugar, una regla general, consistente en declarar*

que la legislación civil es competencia exclusiva del Estado en todas aquellas Comunidades Autónomas que carezcan de Derecho civil propio. Una segunda regla de salvaguarda, que declara que es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, su conservación, modificación y desarrollo. Por último, una regla de reserva final, que establece que [ni] tan siquiera las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio (“en todo caso”) pueden legislar sobre [ciertas materias] competencia exclusiva del Estado» (sub apartado 3, «Los sistemas de Derecho civil y la Constitución»).

El voto particular, aun sin usar esta expresión, parece reprochar a la mayoría una cierta *involución* contraria a la propia doctrina del Tribunal: «Creo que la Sentencia de la que ahora disiento, contribuye a la falta de uniformidad de la jurisprudencia constitucional en materia de legislación civil, pues ha modificado la inteligencia del precepto constitucional contenido en el artículo 149.1.8 CE, dificultando la coexistencia de los distintos derechos civiles existentes en el territorio español» (sub apartado 4, «La jurisprudencia del Tribunal sobre la evolución de los sistemas de Derecho civil»). Desde sus inicios, explica el voto, el Tribunal habría «dibujado un sistema interpretativo en el que la conexión con las materias contenidas en las antiguas compilaciones debe ser considerada como orgánica, es decir, referida al conjunto del ordenamiento a comparar y no a una concreta institución civil» (*ibidem*). Esa doctrina, sin embargo, habría quedado «alterada» con la aplicada por la mayoría a la normativa gallega sobre adopción y autotutela.

A juicio del magistrado discrepante, «la exigencia de prueba de la costumbre, en caso de ser necesaria, lo sería para la conservación del Derecho civil existente, pero no para el desarrollo del mismo» y, en cualquier caso, «existen datos suficientes que revelan la existencia de usos o costumbres practicados en este territorio de una figura análoga a la adopción, concretamente, del *afillamento*» (sub apartado 5: «El sistema de Derecho civil gallego y la regulación de la adopción»). Por ello, concluye el voto particular, «la adopción, tal como está regulada en las normas impugnadas, cumple sobradamente el canon de su necesaria conexión orgánica con las instituciones recogidas en el Derecho civil propio de Galicia» (*ibidem*). Lo mismo sucedería con la regulación de la autotutela, institución indudablemente civil (sub apartado 6, «El sistema de Derecho civil gallego y la regulación de la autotutela»). En línea con lo dicho en sentencias anteriores sobre instituciones reguladas en leyes aragonesas (adopción, STC 88/1993) y catalanas (propiedad temporal, STC 95/2017), el voto particular entiende que: «En el caso de Galicia el Tribunal debió afirmar, *mutatis mutandis*, que, si se admite que la adopción y la autotutela no suponen la conservación o modificación de instituciones presentes en el Derecho civil gallego al promulgarse la Constitución, constituyen una actualización a las necesidades presentes de protección de la familia y la persona preexistente en dicho ordenamiento y, por ello su regulación debe calificarse sin género alguno de dudas como un supuesto de desarrollo orgánico del Derecho civil gallego amparado en el artículo 149.1.8 CE» (sub apartado 6, «El sistema de Derecho civil gallego y la regulación de la autotutela»).

Finalmente, contra el sentido general de su voto, el magistrado discrepante entiende que la Comunidad Autónoma no debió incluir normas procesales por no haber especialidad alguna que las justificara; y tampoco considera ajustada a la distribución de competencias, en este caso con referencia a la

materia notarial y registral, la previsión de designación de tutor en escritura pública (*sub* apartado 7, «Aspectos procesales y registrales»).

En otro voto particular, los magistrados Conde-Pumpido, Valdés y Balaguer expresan también su discrepancia con la mayoría. A su juicio, el recurso del Gobierno «no debió ser estimado íntegramente, sino solo en parte, declarando inconstitucionales y nulos únicamente los preceptos impugnados que contienen normas procesales». Bastará transcribir un párrafo: «Teniendo en cuenta la doctrina establecida sobre el alcance de las competencias autonómicas en la reciente STC 95/2017, de 6 de julio, referida a la regulación contenida en el Código civil de Cataluña sobre la propiedad temporal y la propiedad compartida (Sentencia que, por cierto, no se menciona en parte alguna de la Sentencia objeto de mi disenso), por simple coherencia este Tribunal debía haber reconocido igualmente a Galicia la competencia para regular las instituciones de la adopción y la autotutela. En efecto, baste recordar que en la STC 95/2017 se reconoció la competencia de Cataluña para regular las figuras jurídicas de la propiedad temporal y la propiedad compartida por su conexión con la enfiteusis y la sustitución fideicomisaria, conexión que en absoluto es más fuerte que la que presentan las instituciones de la adopción y la autotutela con determinadas figuras tradicionales del derecho gallego, a las que ya me he referido». De acuerdo con el voto, no sólo tendríamos en España una solución asimétrica al problema de la pluralidad de Derechos civiles (no todas las Comunidades ostentan competencia civil y, entre éstas, no todas ostentan la misma), sino que incluso el propio Tribunal Constitucional estaría aplicando o –como prudentemente precisa el voto– exponiéndose a «generar la impresión» de que se aplican «distintas varas de medir cuando examina las conexiones de las legislaciones autonómicas en materia civil con las instituciones consuetudinarias de los territorios con Derecho civil foral o especial».

STC 144/2017, 14 de diciembre.

RI: Estimado. Inconstitucionalidad de la Ley Foral Navarra 24/2014, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra.

Ponente: Montoya Melgar.

Conceptos: Asociaciones. Regulación autonómica de asociaciones de consumidores de cannabis. Incidencia sobre legislación penal estatal. Competencia exclusiva estatal sobre legislación penal, productos farmacéuticos y seguridad pública. Competencia autonómica sobre asociaciones.

Preceptos de referencia: Arts. 22 y 149.1. 6.ª, 16.ª y 29.ª CE. Ley Foral Navarra 24/2014.

El consumo de sustancias estupefacientes, con todas las actividades que lo preceden (cultivo, almacenamiento, distribución, tráfico...) y las consecuencias que de él se derivan, constituye un asunto de marcado interés público que lo hace acreedor de numerosos recursos públicos, variados instrumentos normativos destinados a su prevención y represión y políticas públicas de diversa índole. Si bien es cierto que existe un amplio consenso acerca del peligro que encierra tal actividad (afectación a la salud pública, comisión de actividades criminales...), no se puede obviar que el consumo de ciertas sustancias (que podríamos calificar como «drogas blandas» o, en términos lega-

les, «sustancias que no causan grave daño a la salud») goza de una creciente aceptación social.

En el marco de esta aceptación social progresiva se sitúa la reciente proliferación de las conocidas como asociaciones de consumidores de cannabis o, más coloquialmente, «clubes de cannabis» que han venido ocasionando numerosos debates jurídicos dado el elevado riesgo que existe de que acaben amparando actividades prohibidas. Es lo que sucede con la sentencia que nos ocupa en la que se efectúa un análisis de una normativa autonómica reguladora de estos clubes desde la perspectiva competencial ante el peligro de que su contenido pueda acabar favoreciendo y tolerando la comisión de conductas delictivas.

Concretamente, se analiza la constitucionalidad de la totalidad de la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra (en adelante, Ley Foral 24/2014). Dicha norma tiene por objeto la regulación de las normas generales de constitución, organización y funcionamiento de clubes de consumidores de cannabis tanto en su carácter lúdico como paliativo destacando, entre otros aspectos, la necesaria acreditación de la condición de consumidor de cannabis para poder ser socio de los clubes (art. 15); la configuración de los socios «activistas» como aquellos que colaboran en las labores de normalización del cannabis (art. 17) y la dispensación de cannabis sativa y su calidad a los asociados (arts. 20, 22 y 23).

Frente a dicha norma se promovió, por el Presidente del Gobierno, recurso de inconstitucionalidad el 16 de marzo de 2015. En esencia, la Abogacía del Estado denunciaba que la Ley Foral 24/2014 era inconstitucional, en su totalidad, ya que invadía hasta tres competencias exclusivas del Estado: (i) la regulación de estupefacientes derivada del art. 149.1.16 CE («legislación sobre productos farmacéuticos») al prever el consumo, abastecimiento y distribución de una sustancia que corresponde exclusivamente al Estado; (ii) la legislación penal del art. 149.1.6 CE ya que puede llegar a amparar conductas claramente típicas (adquisición de la sustancia por los clubes mediante cultivo o mediante compra por cauces no legales así como almacenamiento) sin cumplir los requisitos fijados por la jurisprudencia que determinan la atipicidad del autoconsumo y (iii) la seguridad pública del art. 149.1.29 CE al suponer la promoción de una sustancia contraria lo dispuesto en convenios internacionales y norma interna española. Finalmente, alega que Navarra carece de título competencial para aprobar tal ley toda vez que los colectivos de usuarios de cannabis no pueden incardinarse dentro de la tipología de asociaciones respecto de la cual la Comunidad Foral tiene competencia exclusiva (asociaciones docentes, culturales, artísticas, benéficas o asistenciales).

Por el contrario, el Letrado del Parlamento de Navarra, se opuso al recurso alegando que (i) Navarra ostenta la competencia exclusiva en materia de las asociaciones indicadas con base en el art. 44.19 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (en adelante, LORAFNA) y que (ii) la finalidad de la Ley Foral 24/2014 no es la de regular el consumo, abastecimiento y dispensación del cannabis sativa, sino la de dotar de marco legal, al amparo del derecho de asociación, a unos clubes que ya existen, que ya están funcionando y que están respaldados por la propia norma estatal (Código Penal y Ley de Seguridad Ciudadana).

El Pleno del Tribunal Constitucional comienza su fundamentación recalcando que nos encontramos ante un debate exclusivamente competencial. Por lo tanto, no es objeto de la sentencia emitir un pronunciamiento acerca de la legalidad de las actividades desarrolladas en el interior de los clubes, sino

determinar si la Comunidad Foral de Navarra ha invadido alguna competencia estatal al regularlos. Al haberse alegado la vulneración de tres títulos competenciales estatales (apartados 16, 6 y 29 del art. 149.1 CE), el Tribunal comienza realizando un análisis de la materia controvertida a fin de identificar cuál de ellos es el que ha de aplicar a este caso.

Dicho análisis comienza con el contenido de la Ley Foral 24/2014 y pasa, a continuación, a recordar que el cannabis ostenta la naturaleza jurídica de «sustancia estupefaciente» de conformidad con la normativa internacional (Convención Única de Naciones Unidas sobre estupefacientes de 1961) y su correspondiente reflejo nacional (Ley 17/1967, de 8 de abril por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes). Recuerda, a continuación, las restricciones y prevenciones que sobre este tipo de sustancias se recogen en nuestro ordenamiento jurídico de cara a su producción (Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios). Finalmente, resume el contenido de las normas penales (art. 368 CP) y administrativas (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana) que tipifican en nuestro ordenamiento jurídico ciertas conductas en relación con dicha sustancia.

Efectuado tal análisis preliminar, el Tribunal entra en el fondo del asunto valorando los títulos competenciales esgrimidos por ambas partes. En cuanto a la competencia exclusiva de la Comunidad Foral de Navarra sobre las asociaciones recogidas en la LORFANA, recuerda que ésta no supone un «total desapoderamiento del Estado» (SSTC 133/2006 y 135/2006) toda vez que tal potestad recae, en última instancia, sobre un derecho fundamental como es el de asociación (art. 22 CE). Además, no se puede olvidar que la CE otorga al Estado títulos competenciales sobre materias (civiles, administrativas, procesales, penales, fiscales...) que inciden, directamente, sobre estos entes.

En lo que concierne a los títulos alegados por la Abogacía del Estado (legislación penal, legislación sobre productos farmacéuticos y seguridad pública), el Tribunal considera que el que resulta de aplicación a este caso es el de la legislación penal (art. 149.1.6 CE). Reconoce que la Ley Foral 24/2014 no es, propiamente, una norma que merezca tal calificación, pero entiende que sí tiene una innegable incidencia sobre la delimitación del tipo penal relativo a las sustancias estupefacientes desde el momento en que regula un instrumento (los clubes de cannabis) a través de los cuales puede llegar a realizarse una promoción y facilitación del consumo ilegal de cannabis. Por lo tanto, el debate competencial debe producirse en este campo.

Descendiendo al contenido de la norma, el Pleno entiende que la Ley Foral 24/2014, a la luz de su articulado, reconoce a los clubes de cannabis claras funciones de adquisición y distribución de cannabis. A ello contribuye el hecho de que los socios deban acreditar su condición de consumidores (art. 15); que los fundadores deban, además, hacerlo habitualmente (art. 7); que existan socios que colaboren en la normalización de tal sustancia (art. 17) y que los propios clubes puedan facilitar tal sustancia a sus socios (art. 23).

Tales circunstancias llevan al Tribunal a concluir que la meritada norma invade la competencia exclusiva estatal sobre legislación penal (art. 149.1.6 CE) al regular, con incidencia sobre el tipo penal recogido en la legislación estatal, el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis en el marco del derecho de asociación. Subraya el Pleno que la competencia autonómica sobre las asociaciones no puede extenderse a la regulación material del objeto de las asociaciones. Aceptar lo contrario supondría conferirles

competencias ilimitadas sobre cualquier asunto y, en última instancia, representaría un riesgo de otorgar cobertura legal a comportamientos delictivos proscritos por la norma estatal.

Por todo ello, se declarara la inconstitucionalidad de la Ley Foral 24/2014 al invadir la competencia exclusiva estatal sobre legislación penal (art. 149.1.6 CE). Inconstitucionalidad que debe extenderse a todo su articulado ya que, aun existiendo preceptos «salvables» desde la perspectiva de la técnica constitucional, *«podría inducir a confusión dejar vigentes algunos preceptos aislados en el seno de una Ley cuya finalidad es, como se deduce de su propio título, proporcionar cobertura legal a comportamientos que el legislador penal considera delictivos»*.



JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Universidad Carlos III de Madrid).

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Universidad Autónoma de Madrid), **Verónica NEVADO CATALÁN** (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

DERECHO DE LA PERSONA

1. Derechos de intimidad e información: Hechos probados.–Son hechos probados que el miércoles 2 de diciembre de 2009, la cadena «Canarias Radio-La Autónoma», propiedad de la entidad demandada RTVC, emitió en antena la grabación de la entrevista realizada al demandante el día ante-

rior por el periodista de dicha emisora D. Gerardo, también demandado. Las partes no discuten que la transcripción de dicha conversación telefónica que figura en la demanda se corresponde sustancialmente con la realidad, cuando se grabó y emitió la entrevista los demandados ya conocían, en virtud de informaciones anteriores, sobre alguna de la cuales versan las sentencias de esta Sala de 27 de enero, 2 y 3 de febrero de 2017, que una niña de tres años de edad había fallecido en la localidad tinerfeña de Arona (suceso que ocurrió en la noche del 26 al 27 de noviembre de 2009) y que se estaba investigando la causa de su muerte por existir sospechas de criminalidad (en concreto, lesiones provocadas por malos tratos físicos, toda vez que los abusos sexuales apreciados en una primera exploración médica había quedado posteriormente descartados) que inculpaban al compañero sentimental de su madre, hoy recurrente.

En concreto eran de público conocimiento los siguientes datos: A) El 25 de noviembre de 2009 la Guardia Civil de Playa de las Américas había emitido un comunicado recogiendo el resultado de la investigación policial, del que resultaba (i) que el día anterior un varón había acudido al centro de urgencias de El Mojón, de la localidad de Arona (Tenerife), junto con una niña, hija de su pareja, con pronóstico de parada cardiorrespiratoria, (ii) que tras una exploración médica inicial se había actuado el protocolo de maltrato físico y sexual infantil, iniciándose las diligencias policiales pertinentes, (iii) que tras ese primer reconocimiento de urgencias, en el que se le diagnosticó «una parada cardiorrespiratoria, distintos traumatismos en el cuerpo, por quemaduras en región dorsal y lumbar», la niña fue trasladada al hospital de Santa Cruz de Tenerife, y (iv) que pendiente de ser explorada por un médico forense que valorara dichas lesiones, por la fuerza actuante se había procedido a la detención de D. Antonio, el recurrente, como «presunto autor de los delitos de abusos, aguardándose a la finalización de las diligencias policiales para su puesta a disposición judicial». B) Tras pasar a disposición judicial el 27 de noviembre de 2009, a las pocas horas de que la niña falleciera, y prestar declaración como inculpado ante el magistrado-juez de instrucción del Juzgado núm. 7 de Arona, éste había visto el informe de autopsia que descartaba cualquier maltrato físico o agresión sexual, y dictado auto de 28 de noviembre de 2009 decretando la libertad provisional sin fianza, con obligación de hacer presentaciones quincenales ante el juzgado.

Después de ser puesto en libertad, el hoy recurrente ingresó en la unidad de psiquiatría del Hospital la Candelaria, a causa de una crisis de ansiedad, donde permaneció hasta que fue dado de alta el 1 de diciembre de 2009. Según el informe de alta, en el momento del alta mostraba «psicopatología similar a la del ingreso», diagnosticándosele «Trastorno de adaptación. Reacción mixta ansiedad y depresión». Según el Dr. Juan Pedro, en el momento de la entrevista judicial el hoy recurrente parecía encontrarse bajo los efectos de algún sedante o medicamento, si bien la administración de dichas sustancias, por sí solas, no interfiere en la capacidad de obrar de una persona, como tampoco lo hace un ingreso preventivo en la unidad de psiquiatría.

Improcedencia de alterar las conclusiones probatorias.—Como afirman el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, el recurso carece manifiestamente de fundamento, porque al plantear el problema jurídico (falta de consentimiento válido en los términos que exige el artículo 2.2 de la LO 1/1982 para que su conversación telefónica con el periodista demandado fuera grabada y difundida) se marginan por completo las conclusiones probatorias de la sentencia recurrida, sin que para impugnarlas se haya utilizado el estrecho

cauce del error patente mediante un recurso extraordinario por infracción procesal amparado en el ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC. Así para defender la tesis de que el recurrente no sabía que estaba siendo entrevistado y, por tanto, que en ningún caso consintió que se le grabase ni que se emitiera la entrevista («te llamo de Radio Canaria para solidarizarnos contigo, porque imaginamos lo mal que lo estas pasando y lo mal que lo has pasado»), que valora aisladamente como demostrativas de que el recurrente creyó que se trataba de una conversación privada y no de una entrevista radiofónica. Pero esta particular valoración de unos hechos concretos no puede prevalecer frente a las conclusiones probatorias de las sentencias de ambas instancias fundadas en una valoración conjunta de la prueba, que condujo a declarar acreditado que el recurrente tuvo perfecto conocimiento de que la llamada no fue a título particular sino que se trataba de una entrevista, aun cuando fuera grabada para su emisión posterior. De ese conjunto probatorio se valoran datos concluyentes tales como que el periodista se identificó como profesional que trabajaba para un concreto medio de comunicación, que en todo momento utilizó la primera persona del plural para enfatizar el dato de que las preguntas no se hacían a título personal sobre la situación vivida tras su detención y declaración judicial por su presunta implicación en unos hechos de relevancia penal que ya eran de público conocimiento, y, en fin, que se despidió agradeciendo al entrevistado haber estado «unos minutos con nosotros» y enviándole «un saludo fuerte de parte de Canarias Radio, La Autonómica».

Había capacidad de obrar del entrevistado.—Según la sentencia de primera instancia, tanto al ingresar, como al ser dado de alta, el paciente se encontraba orientado en persona, tiempo y espacio, las sustancias suministradas por sí mismas no producían el efecto de interferir en la capacidad de obrar y, aunque el tono de voz podía revelar la presencia de esos efectos de la ingestión de medicamentos, no obstante las respuestas en todo momento se revelaron como razonables y coherentes con las preguntas que se le formulaban, de tal forma que la prueba práctica no permite entender que la patología que determinó el ingreso y tratamiento hospitalario del hoy recurrente y los efectos sedantes de la medicación suministrada, bajo cuya influencia pudiera aun estar, tuvieran entidad suficiente para privarle de conciencia y razón.

No hubo sacrificio desproporcionado de la intimidad frente a la libertad de información.—Tampoco se daría el caso de un sacrificio desproporcionado de la intimidad frente a la libertad de información sobre asuntos de relevancia pública o interés general, porque ni se revelaron datos estrictamente privados que no guardaran relación con el asunto de interés general ni el tono ni el contenido de la entrevista fueron perjudiciales para el hoy recurrente que por el contenido pudo explicar la situación angustiosa por la que había pasado y contrarrestar así el daño que le había causado otras informaciones sobre el mismo hecho.

En suma, la valoración por esta Sala de la entrevista aquí enjuiciada en comparación con las cuestionadas en los recursos resueltos por las sentencias 53/2017, 62/2017 y 80/2017, permite concluir que no hubo intromisión ilegítima en la intimidad del demandante ni perjuicio alguno para él derivado de la entrevista. (STS de 9 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Sobre similares supuestos de conflicto entre libertad de información y el derecho al honor pueden verse dos recientes sentencias cuyo Ponente ha sido Pantaleón Prieto, de igual fecha

(10 de octubre de 2016), con amplio comentario de LÓPEZ MAZA, en *ADC*, 2018, pp. 205 ss. Asimismo, STS de 13 de febrero de 2017 (Ponente Marín Castán), en id. p. 599, extractada por RUIZ ARRANZ, y STS de 22 de febrero de 2017 (Ponente Barrena Ruiz), anotada por mí, id. pp. 598 s. en que se declaró inmisión ilegítima. (G. G. C.)

2. Libertad de expresión e información. Imposibilidad de distinguir entre la imputación de hechos y la emisión de juicios de valor cuando se atribuyen hechos antijurídicos.—Se reitera la jurisprudencia expuesta en la STS de 26 de abril de 2017, que a su vez se fundamenta en las SSTC 79/2014, 216/2013 y 41/2011, según la cual, cuando se atribuye la comisión de hechos delictivos, la exposición de los hechos y la valoración de los mismos están indisolublemente unidas. Por ello, se viene entendiendo que quien realiza tales imputaciones lo hace en ejercicio de su libertad de expresar opiniones.

Libertad de expresión: Prevalencia del elemento valorativo sobre el informativo. Exigencia de que se comuniquen hechos esencialmente veraces.—En el ámbito de la libertad de expresión, a diferencia de la libertad de información, es prevalente el elemento valorativo sobre el informativo. Si bien es cierto que la veracidad puede tener un menor peso relativo, la libertad de expresión no ampara la descalificación de una persona mediante la imputación de hechos perjudiciales que resulten inveraces. Cabe la posibilidad de que parte de la información sea inexacta, en cuyo caso debe valorarse si las inexactitudes resultan esenciales o si, por el contrario, son compatibles con la comunicación de hechos esencialmente veraces (SSTS de 30 de septiembre de 2014 y de 4 de octubre de 2016).

Libertad de expresión frente al derecho al honor. Materias de interés general, personas de proyección pública y protección de los consumidores.—En materias de interés general, como lo es la gestión de servicios públicos, y ante personas de proyección pública prevalecen las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor. Asimismo, en la medida en que las declaraciones que dan objeto al litigio suponen una crítica a la gestión pública de servicios sanitarios, el Tribunal Supremo invoca el principio de protección de los consumidores (art. 51 CE) y su derecho a conocer todo lo que afecte a sus intereses, como los temas relacionados con su salud.

Libertad de expresión frente al derecho al honor en un contexto de contienda política. Protección de la libertad de expresión de los representantes políticos.—La libertad de expresión ampara las manifestaciones por medio de las que se articula el derecho de un diputado autonómico a ejercer el control político sobre el gobierno. Como ha señalado el TEDH en sentencia de 23 de abril de 1992, la libertad de expresión resulta especialmente valiosa para quien ostenta un cargo por decisión de los electores, debe representarlos y defender sus intereses. Es por ello que las injerencias en su libertad de expresión solo pueden acordarse por los tribunales tras llevar a cabo controles especialmente estrictos.

En contextos de contienda política pueden incluso quedar amparadas por la libertad de expresión declaraciones que, aisladamente consideradas, podrían entenderse como excesos verbales. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado prioritaria la libertad de expresión frente al derecho al honor de personas públicas, personas que ejercen funciones públicas o

que están implicadas en asuntos de relevancia pública (SSTC 107/1988 y 119/2000).

Derecho al honor de las personas jurídico privadas.—A diferencia de las personas jurídico-públicas, las jurídico-privadas son titulares del derecho al honor. No obstante, como se expone en la STS de 19 de enero de 2017, la intensidad de la protección es menor que en el caso de personas físicas. (**STS de 13 de julio de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—D. Luis Carlos, diputado autonómico y líder de un partido de la oposición, acusó en sucesivas ruedas de prensa al gobierno regional de La Rioja de haber desviado fondos de la sanidad pública mediante la adjudicación directa de contratos a Viamed Salud S. L., sociedad mercantil que gestionaba una red de centros médicos y que había suscrito diversos contratos con la administración riojana. Uno de los centros gestionados por Viamed era la clínica «Los Manzanos» que, según las acusaciones de D. Luis Carlos, había recibido 20 millones de euros de los que un 90% fueron en adjudicación directa. Mantenía D. Luis Carlos que el trato de favor dispensado por el gobierno se debía a la existencia de vínculos familiares y laborales entre los miembros de la Consejería de Salud y los directivos de la entidad sanitaria.

Las declaraciones se realizaron en un contexto de debate político sobre la gestión y funcionamiento de la sanidad pública riojana que existía previamente y tenía repercusión mediática y social. El sindicato FSP-UGT ya había criticado los procedimientos de contratación y, tanto UGT como la Marea Blanca, habían puesto de manifiesto la existencia de vínculos personales con miembros del Servicio de Salud.

D. Luis Carlos no atendió a los burofaxes en los que Viamed negaba las acusaciones y le daba un plazo para rectificar públicamente. Por el contrario, en las ruedas de prensa posteriores señaló que Viamed estaba «haciendo el agosto» gracias al dinero público desviado por la adjudicación directa, calificó a la entidad de «puerta giratoria» de la que se servía el presidente autonómico para devolver favores y vinculó a los miembros del Consejo de Viamed con la extrema derecha española.

Viamed Salud S. L., interpone demanda de juicio ordinario por vulneración del derecho al honor contra D. Luis Carlos, al que reclama una indemnización por los daños. El Juzgado de Primera Instancia entiende que, a pesar de las inexactitudes relativas a los vínculos familiares y laborales, las manifestaciones del demandado no supusieron una intromisión ilegítima en el honor de la actora. Señala la sentencia de instancia que la crítica no se dirigía contra la entidad demandante, sino contra el gobierno regional, de modo que a Viamed solo le afectó tangencialmente. Tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo desestiman los respectivos recursos de apelación y casación. (*V. N. C.*)

3. Derecho al honor y a la propia imagen. Colisión con la libertad de información. El interés público de toda información referente a

hechos penales. Doctrina jurisprudencial.—La jurisprudencia sobre el interés público que tiene toda información referente a hechos de relevancia penal se resume en las SSTC 14/2003, de 28 de enero, y 244/2007, de 10 de diciembre (citadas por la sentencia de esta Sala 8/2016, de 28 de enero), en las que se declara que tiene relevancia y reviste interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo, lo que desde luego comprende el seguimiento puntual de la fase de instrucción penal y de la ulterior de juicio oral, incluyendo la cobertura de las sesiones del mismo en casos de delitos tan graves y de tanta trascendencia mediática.

El requisito de la veracidad de la información.—Con respecto al derecho al honor, en particular, cuando la información versa sobre detenciones o imputaciones de hechos delictivos que finalmente no quedan probados (por todas, SSTC 362/2016, de 1 de junio; 337/2016, de 20 de mayo; y 258/2015, de 8 de mayo), la regla constitucional de la veracidad no llega al extremo de imponer un deber de exactitud, sino el deber de contrastar previamente la noticia mediante fuentes objetivas, fiables, identificables y susceptibles de contraste, que aporten datos conducentes a que el informador alcance conclusiones semejantes a las que podría alcanzar cualquier lector o espectador medio a partir de los mismos datos, y todo ello, sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado.

El carácter «neutral» o la naturaleza del reportaje «neutral» no son exigibles para la aplicación de la regla general de la prevalencia de la libertad de información.—Para estar legitimada por el artículo 20.1.d de la Constitución, la información periodística no tiene que ser «neutral», ni constituir en todo caso un «reportaje neutral». Los requisitos son que sea veraz, que se refiera a asuntos de interés público por la persona concernida o por la materia, y que no se dé un tratamiento innecesariamente ofensivo a las personas afectadas por la información, requisitos que se han cumplido en el caso objeto del recurso.

Publicación de la imagen del acusado captada durante el acto del juicio. Inexistencia de intromisión ilegítima.—Con relación al derecho a la propia imagen, afectado por la información gráfica publicada, la referida STS 547/2011, de 20 de julio, se remitía a otras anteriores dictadas por esta sala en casos similares en las que se establecía como doctrina que la publicación simultánea, junto al texto escrito de la noticia, de la fotografía de un individuo que había sido objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, como presunto autor de un delito de violación, en un juicio oral celebrado con audiencia pública, no puede considerarse como atentatoria al derecho a la propia imagen de dicha persona (con total independencia del resultado favorable o adverso de dicho juicio), sino que ha de estimarse como una más de las excepciones a que se refiere el número 2 del artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982.

Derecho al olvido digital.—El «derecho al olvido» no ampara la alteración del contenido de la información original lícitamente publicada, en concreto, el borrado del nombre y apellidos o cualquier otro dato personal que

constara en la misma. Tampoco ampara la supresión de la posibilidad de búsqueda específica de la noticia en su integridad del propio buscador interno de la hemeroteca digital. La citada STS 545/2015, de 15 de octubre concluyó que incluso si en la información aparecen datos personales cuya utilización en un motor de búsqueda posibilita el acceso a ella tiempo después, de modo que el tratamiento de los datos personales permitiera vincularlos a la información perjudicial para el afectado, no estaría justificada la supresión de dichos datos personales del código fuente y solo estaría justificada la prohibición de indexarlos para permitir las búsquedas por los motores de búsqueda generalistas (Google, Yahoo, etc), no así por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital. Se trataría de conseguir una «obscuridad práctica» que impidiera hacer un perfil del afectado sobre la base de la lista de resultados obtenida utilizando como términos de búsqueda los datos personales (fundamentalmente, nombre y apellidos), en el que aparecieran, como si hubieran sucedido ayer, informaciones gravemente perjudiciales para su reputación o su vida privada, pero no de eliminar de Internet la información veraz y sobre asuntos de relevancia para la opinión pública. (STS de 6 de julio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Un periódico publicó en su edición impresa y digital un artículo en el que narra lo ocurrido en un juicio con jurado, por doble asesinato, celebrado en la Audiencia Provincial. En síntesis, la información versaba sobre la decisión de la presidencia de disolver anticipadamente el tribunal del jurado por falta de pruebas de cargo contra el hombre acusado por su presunta implicación en el doble crimen. La información se publicó precedida del titular «absuelto un acusado de un doble crimen tras destruir la Audiencia las pruebas», y del subtítulo «la fiscalía muestra su convicción en la culpabilidad del acusado, para el que pedía 50 años de cárcel y lamenta la carencia de evidencias al no aparecer tampoco un testigo de cargo. El TSJ resta importancia a la destrucción de las piezas de convicción». El artículo publicado en la edición impresa fue ilustrado con fotos con la imagen del acusado. Dos días después de que se publicara la información, la Audiencia Provincial dictó sentencia que absolvía al acusado de los delitos imputados. En los hechos probados de la sentencia se contiene la siguiente declaración: «no ha quedado acreditada la participación en estos hechos del imputado». Posteriormente, el afectado por las noticias publicadas presenta demanda de protección al honor y a la propia imagen. La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

4. Derechos de la personalidad: Derecho al honor: Derecho de rectificación.—El presente recurso se interpone en un asunto sobre ejercicio del derecho de rectificación. La demanda fue estimada en primera instancia, su estimación se confirmó en segunda instancia y lo que se discute en casación es qué consecuencia debe tener la circunstancia de que la petición de rectificación del demandante no se ciñera únicamente a los hechos de la información publicada, al incluir el escrito de rectificación alguna opinión o juicio de valor.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

El 10 de diciembre de 2014 la hoy recurrente, Asociación Unificada de Guardias Civiles (AUGC), publicó en su página web, dentro de la sección «Comunicados», un texto sin firma, bajo el título «AUGC Cádiz denuncia malos tratos de mandos en los acuartelamientos de Arcos de la Frontera, con el siguiente contenido». AUGC Cádiz denuncia las graves tensiones existentes en las relaciones laborales del acuartelamiento de Arcos de la Frontera, provocadas por el comportamiento de su actual sargento. La actitud de este mando da lugar a continuos casos de claros abusos de autoridad, acosos y arbitrariedad en el ejercicio del mando, que se van cobrando paulatinamente un precio bastante gravoso para los guardias civiles que lo padecen, así como para los ciudadanos, a los que se les debe un buen servicio público, sobre todo cuando se trata de su seguridad. En este tiempo las acciones derivadas de la prepotencia de este individuo se ha cobrado la salud psicológica de al menos tres componentes de la plantilla de ese acuartelamiento, tres bajas por cuestiones laborales fomentadas por el citado sargento que han retraído del servicio a tres trabajadores. Un precio muy alto para el ciudadano y un precio elevadísimo para las personas que lo vienen padeciendo y sus familias. Como toda persona incompetente para el mando, este sargento trata de cubrir sus lagunas de aptitud como mando intermedio de la guardia civil, a base de palos, golpeando moral y económicamente, reprimiendo y machacando a los trabajadores subordinados. Para ello tira de forma abusiva y tiránica del régimen disciplinario, creando un ambiente de terror, angustia y miedo, sustentando la espada de Damocles de la suspensión de empleo y sueldo para que los guardias civiles traguen con sus injusticias. Tratar sin respeto ni educación a quien le viene en gana porque cobardemente sabe que no va a obtener la respuesta de la que es merecedor, abrir expediente disciplinario de falta grave por absurdos tales como que un subordinado comunique un cambio de horario a compañeros por whatsapp, en vez de usar el teléfono, a pesar de que la primera se mostró como la vía más eficaz y económica por los resultados obtenidos; o la peor de todas las faltas que se pueden cometer según este individuo contra la Guardia Civil (se supone que él es la Guardia Civil); testificar a favor de compañeros que están siendo injustamente acusados y denunciados por él para sembrar el terror y que los demás aprendan en cabeza ajena. Este es el crimen por el cual se puede permitir acosar constantemente a otros trabajadores, con métodos más cercanos a los clanes mafiosos de los años 20 del siglo pasado, que al Benemérito instituto al que debería servir.

Pero no es este de Arcos de la Frontera un caso aislado. En Ubrique el alférez no se conforma con apuntarse tres guardias más que han debido ser dados de baja médica por causas psicológicas, no le basta con llevar su trato inhumano al extremo de hacer que dos guardias llegaran a desplomarse por el estrés al que fueron sometidos en el transcurso del último ejercicio de tiro, ni le parece suficiente en sus vejaciones a sus subordinados, obligarlos a permanecer firmes a capricho en pleno centro de la localidad.

Él va más allá de sembrar el terror entre sus trabajadores y también se despacha con las familias de los guardias civiles que viven en la casa cuartel, limitándolos en sus derechos, coartando sus libertades ciudadanas y orillando el acoso a civiles por el hecho de ser esposas, hijos o familiares de subordinados suyos, con acciones como por ejemplo prohibirles el acceso a sus viviendas por la entrada principal, y desviándolos por una puerta trasera, cuestiones éstas que han llegado a ser puestas en conocimiento del psicólogo de la

comandancia de Cádiz y del Coronel de la misma, sin que hasta la fecha se obtengan respuestas decentes.

AUGC entiende que los culpables de esta actuación no son únicamente los citados alférez y sargento, personajes éstos que llevan sumados seis guardias de baja por motivos psicológicos en su macabro recuento de daños, ya que sin la connivencia y la mirada hacia otro lado de sus superiores no sería posible tales actitudes.

AUGC, en caso de producirse alguna desgracia personal, física o psicológica, como consecuencia de los trastornos que están padeciendo los guardias civiles en Arcos de la Frontera y Ubrique, así como los familiares de estos, no dudará en criminalizar tanto a estos mandos como a sus superiores, incluyendo a la propia jefatura de la comandancia, responsables directos de la integridad física y psicológica de los guardias civiles a sus órdenes. Y esta asociación no cejará en la persecución de todos aquellos que por comisión o acción no hayan puesto freno a tales desmanes.

AUGC critica la inhumana y despreciable frivolidad con que los mandos de la Guardia Civil de Cádiz se toman la dramática tasa de suicidios que padece esta institución en sus trabajadores, tasa que en la actualidad duplica a la total de suicidios de la población española. Secundan obscenamente actitudes represivas y de terror contra los trabajadores sin importarles los duros daños psicológicos que les inflige a ellos y sus familias, y se pretende lavar las manos con el papel mojado que representan los planes de prevención de suicidios de la Guardia Civil, planes éstos que sólo son el reflejo de las inquietudes por guardar las apariencias ante la sociedad, ante la que los exhiben para eliminar responsabilidades, mientras por otro lado reprimen, aterrojan y anulan a los trabajadores, para promocionar sus propias carreras y conseguir objetivos a toda costa, incluida la propia vida, la salud o el futuro de los subordinados y sus familias».

La AUGC remitió este mismo comunicado a los medios de información, y al menos dos periódicos digitales «CNA Sierra Cádiz» (núm. 6, de diciembre de 2014) y «Arcos Información» (semana del 12 al 18 de diciembre de 2014) informaron al respecto. Además, el comunicado sigue disponible en la página web de la AUGC.

Al sentirse directamente aludido en el comunicado, el hoy recurrido D. Gumersindo, sargento de la Guardia Civil destinado en el acuartelamiento de Arcos de Frontera, envió al Secretario de la AUGC por burofax una carta en la que, ejercitando su derecho de rectificación, exigía la íntegra publicación de un texto titulado «AUGC descalifica y acusa falsamente al sargento de la Guardia Civil del acuartelamiento de Arcos de la Frontera de hechos graves». La AUGC no rectificó su propio comunicado y tampoco publicó el texto remitido por el Sr. Gumersindo.

El 26 de diciembre de 2014, D. Gumersindo interpuso demanda de juicio verbal, en ejercicio de su derecho de rectificación, contra la AUGC. La demandada se opuso alegando, en síntesis, que su comunicado no difundía hechos, sino opiniones o juicios de valor no susceptibles de rectificación, que, en todo caso la existencia de un expediente disciplinario y de las bajas psicológicas de varios guardias civiles eran unos hechos objetivos y, en fin, que como el demandante había remitido escrito de rectificación a varios medios de comunicación, que se habían hecho eco del mismo, la rectificación pedida en la demanda era improcedente. La sentencia de primera instancia, diciendo estimar «sustancialmente» la demanda, condenó a la asociación demandada a publicar íntegramente en su página web la rectificación pedida

por el demandante y al pago de las costas. En síntesis, sus fundamentos fueron que el comunicado de la AUGC no se limitaba a expresar opiniones o juicios de valor, sino que daba por ciertos «hechos que, según demanda el actor, y lo adverbieron en el mismo sentido varios mandos superiores del acuar-telamiento que depusieron como testigos en el acto del juicio, son falsos o incorrectos». La sentencia de segunda instancia, desestimó la apelación de la asociación demandada.

El recurso de casación se compone de un solo motivo, fundado en la infracción de los artículos 2 y 6 de la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación y dotado de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de una rectifi-cación que excluya del texto aquellos contenidos que no se adecuen a lo dis-puesto en el citado art. 2, como en este caso sería la parte que la sentencia recurrida califica de «pequeña digresión» del demandante «en reivindicación de su competencia profesional». Finalmente, las peticiones del escrito de interposición parecen interesar, además de la casación de la sentencia recurrida, que su consecuencia sea la desestimación total de la demanda por con- tener el escrito de rectificación opiniones o juicios de valor y, por tanto, no haberse limitado a los hechos de la información. En su oposición al recurso del demandante-recurrido se ha limitado a manifestar su conformidad con las sentencias de ambas instancias y a interesar la desestimación del recurso.

Configuración legal del derecho de rectificación: Su relación con los derechos fundamentales al honor y a la libertad de información: Control judicial de la rectificación.—El derecho de rectificación no aparece recono- cido como derecho fundamental en nuestra Constitución. No obstante, su regulación mediante ley orgánica (art. 81.1 CE) es indicativa de una cierta singularidad que se explica por la estrecha relación del derecho de rectifica- ción, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, con dos derechos fundamentales sí reconocidos en la Constitución: el derecho al honor, por un lado, y el derecho a la libertad de información, por otro.

Así la STC 99/2011, de 20 de junio, considera que la rectificación «queda conformada, ante todo como... un derecho reaccional de tutela del derecho del honor», si bien, por otro lado, «la rectificación opera como un comple- mento de la información que se ofrece a la opinión pública», y declara reite- rando la doctrina de las SSTC 168/1986, de 22 de diciembre y 51/2007, de 12 de marzo, que «si bien el derecho de rectificación constituye un derecho autónomo de tutela del propio patrimonio moral, a la vez opera como instru- mento de contraste informativo que supone un complemento de garantía de libre formación de la opinión pública». Esta misma relación se advierte en la STC 99/2011 cuando realza el «mayor significado» del derecho de rectifica- ción en un contexto de «omnipresencia mediática característica de nuestro tiempo», y en la STC 40/1992, de 30 de marzo, cuando considera que «si bien el derecho a la rectificación de la información no suplanta, ni, por tanto, inhabilita ya, por innecesaria, la debida protección al derecho al honor, sí la atenúa, pues constituye el mecanismo idóneo para reparar lo que sólo por omisión de los hechos relatados pudiera constituir intromisión en el derecho al honor».

Por lo que se refiere al contenido de la rectificación, el párrafo 2.º del artículo 2.º de la LO 2/1984 dispone que «deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar». Esta limitación a «los hechos» se afir- ma también por el TC en la citada STC 168/1986, «referida exclusivamente a los hechos de la información difundida», y su rigor parece corresponderse

con el imperativo legal de que si el derecho se hubiera ejercitado en el plazo y con la extensión y contenidos establecidos en el artículo 2 de la LO 2/1984, el director del medio de comunicación social deba «publicar o difundir íntegramente la rectificación».

En definitiva, según una interpretación literal de la LO 2/1984 cabría sostener que la publicación de la rectificación sólo puede ser íntegra y, por tanto, que si no se limita única y exclusivamente a «hechos», la rectificación sería improcedente.

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el «control jurídico» del derecho de rectificación por el Juez no permite mantener una interpretación tan tajante.

Tomando como punto de partida que la STC 264/1988, de 22 de diciembre, rechaza «una interpretación automática del derecho de rectificación, automatismo que ni el Derecho en general, ni las normas procesales de la LO aplicada permiten», un examen pormenorizado de otras sentencias del Tribunal Constitucional revela que «la función del control jurídico de la regularidad de la rectificación instada», conferida por la Ley a los jueces y tribunales (STC 168/1986), faculta a éstos para ordenar la publicación solamente parcial de la rectificación, excluyendo las opiniones o, dicho de otra forma, aquel contenido que no se refiera única y exclusivamente a los hechos de la información. Así la última sentencia citada concluye que una sentencia de apelación que había ordenado la publicación parcial de la rectificación no vulneraba el derecho a la libertad de información. La STC 51/2007, de 12 de marzo, razona que «la aplicación del principio de «todo o nada» por parte de la Audiencia Provincial no supuso más que una reacción que puede defenderse que está correctamente basada en el artículo 6 de la LO 2/1984, y fue debida a un uso incorrecto del derecho por parte del hoy recurrente; pero considera asimismo que la sentencia de primera instancia que había suprimido algunos párrafos del escrito de rectificación, por no limitarse a los hechos, aun diferente de la segunda instancia, también respetaba el derecho de rectificación del demandante. Y la STC 99/2011, de 20 de junio considera una «buena muestra» del «control jurídico de los requisitos legales de la rectificación instada la decisión judicial de reducción del texto... excluyendo referencias improcedentes «por no tratarse de hechos de la información o referidos directamente al actor».

Procedencia de un juicio de ponderación sobre el contenido total del escrito de rectificación: Desestimación del recurso.—El recurso parece pretender que la demanda de rectificación se desestime totalmente por contener el escrito de rectificación, según la propia sentencia recurrida «una pequeña digresión» que, a juicio de la Asociación recurrente, estaría integrada por opiniones o juicios de valor del demandante. En definitiva, la infracción de los artículos 2 y 6 de la LO 2/1984 consistiría en que el escrito de rectificación no se limitó exclusivamente a los hechos. Para desestimar esta pretensión bastaría con remitirse a la doctrina del Tribunal Constitucional reseñada precedentemente, pues el control jurídico del derecho de rectificación que atribuye a los jueces y tribunales les faculta para acordar la publicación del texto de rectificación excluyendo las opiniones o juicios de valor, en suma, aquella parte que no se limita a los hechos. No obstante, dado que el recurso también puede entenderse como orientado a una estimación solamente parcial de la demanda, para que se excluya de la rectificación lo que la sentencia recurrida califica de «pequeña digresión» incluida al final del texto, esta Sala considera que debe pronunciarse al respecto, y que la asociación recurrente considera que estaría

en el último párrafo del escrito de rectificación, en los siguientes términos: «Del mismo modo, las descalificaciones realizadas sobre la competencia profesional del sargento tampoco vienen respaldadas por hechos objetivos, siendo simples aseveraciones vertidas con el aparente único ánimo de desprestigiar y ofender a un profesional con un historial de servicios intachable, hecho, este sí, objetivo y demostrable documentalmente».

A juicio de esta Sala, la decisión del tribunal sentenciador de no excluir el párrafo cuestionado de la condena a publicar el escrito de rectificación tampoco infringe los artículos 2 y 6 de la LO 2/1984. Las razones son las siguientes:

1.^a La sentencia impugnada declara, y la asociación recurrente no lo discute, que la extensión de la rectificación no excedía de la información. Es más, frente a las 768 palabras de la información, el escrito de rectificación contaba de 511 palabras; 2.^a El derecho de rectificación no se configura en la ley como un derecho de réplica. Sin embargo, según la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de esta Sala no siempre es fácil separar la opinión de la información cuando se enjuicia un texto escrito o una intervención oral desde la perspectiva de una posible intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor, así tampoco cabe trazar, en un escrito de rectificación, una frontera entre hechos y opiniones tan rígida que excluya la procedencia de la rectificación o convierta su control jurídico por el juez en una especie de censura en extremo minuciosa cuyo resultado sea la eliminación de determinados párrafos, frases o palabras, pues esto comportaría el riesgo de desfigurar el texto de rectificación o romper su línea expositiva y dificultar su comprensión hasta hacerlo irreconocible; 3.^a De lo anterior se sigue que, del mismo modo que para enjuiciar las intromisiones en el derecho al honor es necesario un juicio de ponderación entre los derechos en conflicto y una valoración del contexto, también para reducir un escrito de rectificación por no referirse exclusivamente a hechos sea procedente un juicio de ponderación que valore la relevancia o el peso de las palabras, frases o párrafos cuestionados en el conjunto del escrito; 4.^a Para llevar a cabo este juicio de ponderación deberá atenderse no sólo a la extensión que la parte cuestionada represente en el conjunto del escrito de rectificación, ya que un predominio de las opiniones sobre los hechos sí sería determinante de la improcedencia de su publicación, sino también a su relación con los hechos, al elemento preponderante en el conjunto de la rectificación y, muy especialmente, por un lado a la mayor o menor precisión de la información que se quiere rectificar, ya que no puede exigirse a quien rectifica una precisión mucha más rigurosa que al informador, y, por otro, a la gravedad de las imputaciones y descalificaciones contenidas en el texto que se pretenda rectificar; 5.^a De aplicar lo antedicho al párrafo en cuestión se desprende que este no traspasa los límites del artículo 2 de la LO 2/1984 hasta el punto de que proceda excluirlo del escrito de rectificación, porque a las muy graves descalificaciones del demandante por su incompetencia profesional, constantes en el texto difundido por la asociación hoy recurrente, el escrito de rectificación se limita a oponer, de un lado, la falta de sustento de esas descalificaciones en «hechos objetivos», razón por la que serían «simples aseveraciones vertidas con el aparente único ánimo de desprestigiar y ofender», y, de otro, el «historial de servicios intachable» del demandante, «hecho, este sí, objetivo y demostrable documentalmente»; 6.^a En suma, también en el párrafo cuestionado el demandante opuso hechos a unas descalificaciones o juicios de valor negativos que eran una constante en el texto previamente difundido. En con-

secuencia, no tendría sentido que por incluirse una referencia al «ánimo de desprestigiar y ofender», que ciertamente constituye un juicio de intenciones, hubiera que excluir del texto de rectificación su último párrafo o desfigurar este párrafo suprimiendo esa referencia, pues su relevancia en el conjunto del escrito de rectificación era escasa, su relación con los hechos era directa y su prudencia o mesura eran manifiestas en comparación con los términos del escrito difundido por la asociación demandada. (STS de 14 de junio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Explicados minuciosamente los hechos en la sentencia queda valorar positivamente la decisión de someter al pleno de la Sala 1.^a la doctrina jurisprudencial sobre la normativa del derecho de rectificación, recogido, pero no regulado adecuadamente en la ya antigua Ley Orgánica de 1984. Asimismo parece oportuno calificar igualmente de acertada la desestimación del recurso de la Asociación Unificada de Guardias Civiles expresada en términos de notable delicadeza. (G. G. C.)

5. El derecho de rectificación.—El derecho de rectificación no aparece reconocido como derecho fundamental en nuestra Constitución, pero su regulación mediante ley orgánica es indicativa de una cierta singularidad que se explica por la estrecha relación que el Tribunal Constitucional le ha reconocido con dos derechos fundamentales que sí están reconocidos en la CE: el derecho al honor (art. 18.1) y el derecho a la libertad de información (art. 20.1.d). Sin embargo, ni es propiamente un proceso para la tutela jurisdiccional del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, ni necesariamente ha de protegerse, a través del mismo, el derecho al honor. Se trata del ejercicio de un derecho instrumental, que solo eventualmente puede servir del cauce para la protección de algún derecho fundamental. La rectificación opera como un complemento de la información que se ofrece a la opinión pública, mediante la aportación de una contraversión sobre hechos por el sujeto que ha sido implicado por la noticia difundida por un medio de comunicación.

Por otro lado, para que proceda la rectificación, no es preciso que se demuestre la inveracidad de la información publicada. La publicación de la rectificación no supone que el medio informativo deba declarar que la información que publicó era incierta ni modificar su contenido. La mera inserción de una versión de los hechos distinta y contradictoria ni siquiera limita la facultad del medio de ratificarse en la información inicialmente suministrada o, en su caso, aportar y divulgar todos aquellos datos que la confirmen o avalen. La imposición de la inserción de la rectificación no implica la exactitud de su contenido, pues la decisión judicial que ordena dicha inserción no puede acreditar, por la propia naturaleza del derecho ejercitado y los límites procesales en que se desenvuelve la acción de rectificación, la veracidad de aquélla. La procedencia de la rectificación no otorga ninguna carta de autenticidad a la versión ofrecida por quien ejercita el derecho. Lo que sí exige el artículo 1 LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, es que la rectificación se ejercite respecto de hechos que aludan al demandante o a quien resulta representado por éste, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. (STS de 13 de septiembre de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—El 23 de febrero de 2015, el diario *ABC* publicó una información sobre Gibraltar como paraíso fiscal y punto de investigación de delitos relacionados con el crimen organizado (contrabando de mercancías, blanqueo de capitales y tráfico de drogas). El 2 de marzo de 2015, el Gobierno de Gibraltar envió un burofax al director del periódico en el que solicitaba que se rectificara la información publicada mediante la publicación de un texto que le enviaba. Dicha solicitud de rectificación no fue atendida por sus destinatarios. El 13 de marzo, el Gobierno de Gibraltar presentó una demanda contra el diario y su director, en ejercicio del derecho de rectificación. En la demanda, la actora dijo tener capacidad de ser parte conforme al artículo 6 LEC y legitimación activa conforme a la LO 2/1984. En cuanto al fondo, sostuvo la procedencia de la rectificación, alegando que la información publicada contenía datos que no se encontraban avalados por ninguna información veraz ni contrastable. Su contenido era gravemente perjudicial para la parte demandante.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, razonando: 1) Gibraltar no es un Estado, sino un territorio autónomo; 2) Gibraltar tiene un estatus particular en el ámbito de la UE al no ser un Estado miembro, pero se le aplica la legislación europea como territorio de cuyas relaciones internacionales es responsable el Reino Unido; 3) no tenía legitimación activa, pues la información publicada no se refería al Gobierno de Gibraltar ni a sus miembros. El Gobierno de Gibraltar interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, al confirmar los argumentos señalados por el Juez de Primera Instancia.

En casación, el Tribunal Supremo comienza reconociéndole capacidad procesal para litigar en España, al ser una Administración Pública, constituida conforme a su Derecho nacional, que ha comparecido a través del jefe de tal Administración, el Secretario Principal, por aplicación del artículo 6 LEC con relación al artículo 9.11 CC. En cuanto a su legitimación activa, el Alto Tribunal afirma que tales conductas reprobables no se imputan explícitamente al Gobierno de Gibraltar. Sin embargo, la permisividad que se atribuye a las autoridades de la colonia respecto de estas actividades afecta a las instituciones gibraltareñas, entre las que se encuentra su Gobierno. Además, la información transmite hechos que resultan negativos para la sociedad gibraltareña en su conjunto. En consecuencia, puede considerarse al Gobierno como legitimado para actuar.

En cuanto al fondo, el Tribunal Supremo considera que concurren los requisitos necesarios para estimar la pretensión de rectificación. En primer lugar, los hechos contenidos en la información publicada son perjudiciales para las instituciones y la sociedad gibraltareña. Que las personas jurídico-públicas no sean titulares del derecho al honor, no obsta la estimación de la pretensión. En segundo lugar, se trata de hechos que la demandante considera inexactos. Por otro lado, no es obstáculo a la estimación de la demanda, el hecho de que no se haya demostrado la inveracidad de la información publicada en *ABC*. Además, la extensión de la rectificación es, por otra parte, sensiblemente inferior a la información

publicada. En base a todo esto, el Alto Tribunal termina estimando el recurso y la demanda de rectificación.

NOTA.—Sobre la singularidad del derecho de rectificación, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2017. En relación con la falta de necesidad de demostrar la inveracidad de la información publicada, *vid.* las sentencias del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1986 y de 20 de junio de 2011. (*S. L. M.*)

6. Características de la curatela.—El Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplan la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. La extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias. Las distintas figuras protectoras del incapacitado deben interpretarse conforme a los principios de la Convención.

La tutela es la forma de apoyo más intensa y se aplica cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. El tutor es el representante del incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia (art. 267 CC). La curatela procede cuando la incapacitación es de menor intensidad y no es necesario que se sustituya a la persona afecta. Constituye un complemento de capacidad, una institución de asistencia y supervisión (arts. 287 a 289 CC). Si bien la curatela de emancipados y pródigos se limita a aspectos de naturaleza patrimonial del afectado, no ocurre así con la curatela de incapacitados, que podrá extenderse también a aspectos personales si así lo requiere la protección de la persona. Por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el artículo 290 CC, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia. Cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, haya que acudir subsidiariamente a los actos que el legislador considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial.

Nombramiento de curador.—Según el artículo 234.I.1.º CC (aplicable al nombramiento de curador, dada la remisión a las normas sobre nombramiento que contiene el art. 291 CC), para el nombramiento de tutor se prefiere, en primer lugar, al designado por el propio interesado conforme al artículo 223. II CC. Por tanto, la voluntad expresada en escritura pública debe ser respetada por el juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 234.II CC. Junto a la autotutela, no hay que descartar, además, que si la persona afectada por discapacidad está en condiciones de hacerlo, exprese su predilección acerca de quién prefiere que asuma el cargo de tutor o curador en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento. Y ello por dos motivos: 1) porque el juez debe oír a aquél cuya tutela o curatela se pretenda constituir (arts. 231 CC y 45.2 Ley 15/2015); 2) porque conforme al artículo 12.4 Convención, las salvaguardias que se adopten asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de

la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

Esta manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la tutela o la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, pero puede ser relevante como un criterio que permita al juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador. Por ejemplo porque, en atención a las circunstancias, resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza y cariño. Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia. (**STS de 16 de mayo de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El demandante padece la enfermedad de Alzheimer y sufre alteraciones de la conducta. Se trata, en este caso, de determinar el sistema de protección que procede y los criterios que deben seguirse para designar a la persona que va a desempeñar tal función. A instancia del Ministerio Fiscal, la sentencia del Juzgado modifica la capacidad de L, nombrando tutor a su hijo V. El juez considera que padece una enfermedad psíquica que le inhabilita para realizar, por sí mismo, tanto actos de naturaleza patrimonial como actos de carácter personal, por lo que procede la tutela. No obstante, mantiene la posibilidad de gestionar y administrar el 20% de su pensión de jubilación. Para el nombramiento de su hijo V como tutor, la sentencia atiende a las manifestaciones de la esposa de L y de todos los familiares directos, que lo consideran la persona más idónea. No considera la sentencia idóneo el nombramiento de la hermana de L, que también se postuló para el cargo, porque negaba la enfermedad objetivamente diagnosticada por especialistas.

L interpone recurso de apelación por entender que no concurren razones para imponer un régimen de incapacitación tan severo y restrictivo. A su juicio, bastaría con una curatela. Además, solicita también que sea designada como curadora a su hermana F o, en todo caso, a su sobrina H. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso en el exclusivo particular de ampliar el ámbito para la disposición y gestión por parte de L de su pensión hasta un 50%, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia de primera instancia. La Audiencia considera que el régimen de tutela es el que resulta más adecuado y conveniente para la protección de L, al constatarse que, por su enfermedad, se encuentra en una situación que progresivamente le impedirá adaptar su conducta personal y patrimonial a las exigencias mínimas que imponen las normas de convivencia. En cuanto a la designación de la persona para ejercer ese cargo, entiende la Audiencia que V es el más idóneo para el cargo por tener su residencia más próxima al domicilio del padre.

L interpone recurso de casación, insistiendo en las pretensiones presentadas en segunda instancia. Según el Tribunal Supremo, ha quedado probado que L padece una enfermedad persistente que provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. Sin embargo, la Audiencia considera también acreditado que mantiene una

alta reserva cognitiva, hasta el punto de permitirle gestionar su pensión hasta el 50%, y no el 20% como había señalado el Juez de Primera Instancia. En consecuencia, se determina que L simplemente necesita el complemento de un curador para la toma de decisiones. La sentencia del Tribunal Supremo determina los actos concretos, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, en los que debe intervenir el curador. En cuanto al segundo motivo alegado, apunta el Alto Tribunal que L no ha otorgado una escritura de autotutela en la que designara al tutor para el caso de que se limitara su capacidad en el futuro. Por tanto, al no existir una voluntad clara e inequívoca de alterar el orden legal, el Tribunal Supremo acoge el razonamiento de la Audiencia a este respecto: la mayor idoneidad de V para el desempeño del cargo por vivir más cerca de L, dado, además, que la enfermedad que padece puede evolucionar.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha declarado, en sentencia de 15 de julio de 2015, que el procedimiento de modificación de la capacidad previsto en nuestro ordenamiento, así como la constitución de tutela o curatela, no son discriminatorios ni contrarios a los principios de la Convención de Nueva York de 2006. Por otro lado, también ha remarcado la participación del curador en asuntos de ámbito personal del incapacitado. Así, en la sentencia 31 de diciembre de 1991, exigió la intervención de curador para otorgar autorizaciones de adopción y similares a cualquiera de sus hijos habidos o los que pudiera tener en el futuro la mujer cuya capacidad de obrar se limitaba. En otras muchas se atribuyen al curador funciones de control, supervisión y apoyo en lo personal (4 de abril de 2017, 3 de junio de 2016, 17 de diciembre, 20 de octubre y 14 de octubre de 2015, 30 de junio de 2014 ó 24 de junio de 2013). Sobre la exigencia de motivar adecuadamente un nombramiento que se aparte del orden legal, *vid.* las sentencias de 1 de julio de 2014 y de 19 de noviembre de 2015. Y sobre la motivación necesaria para apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública, *vid.* las sentencias de 17 de julio de 2012 y de 3 de junio de 2016. (*S. L. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Necesidad de un interés legítimo para exigir la elevación a público de un contrato celebrado en documento privado.—La facultad de exigir la elevación a público de los contratos celebrados en documento privado no está sujeta a plazo, pero tampoco está amparado su ejercicio de forma ilimitada y con cualquier propósito. Así, no puede estimarse la pretensión de elevar a público un contrato para lograr el cumplimiento de unas obligaciones una vez que han prescrito las acciones para hacerlas efectivas porque, de este modo, se otorgaría eficacia a unas obligaciones que ya no resultaban exigibles (STS de 10 de octubre de 2011).

De igual manera, los efectos reforzados que el ordenamiento reconoce a la forma pública hacen exigible la existencia de un interés legítimo también cuando se ha dado cumplimiento íntegro al contrato. Por razones de seguri-

dad jurídica, no queda amparado el ejercicio de la acción cuando resulte contrario a la realidad fáctica y jurídica o afecte a los derechos adquiridos y consolidados por terceros con posterioridad al cumplimiento del contrato. (STS de 7 de julio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Dña. Isabel interpone demanda contra D. Juan Pedro, Dña. Carina y contra los herederos de D. Román, solicitando la elevación a documento público de dos contratos suscritos por su padre en los años 1964 y 1969: el primero, un contrato de permuta celebrado con D. Román y, el segundo, la adjudicación de un local situado en el semisótano del inmueble a D. Juan Pedro y su esposa Dña. Carina, que puso fin a la indivisión derivada de la compraventa realizada por aquellos de la cuarta parte indivisa del inmueble. Ejercita también acción reivindicatoria y declarativa de dominio del local, acción negatoria de servidumbre de luces y vistas y reclama indemnización por los daños y perjuicios derivados del uso de los locales.

El Juzgado de Primera Instancia aprecia la prescripción y desestima las acciones reivindicatoria, declarativa, negatoria de servidumbre de luces y vistas y la pretensión resarcitoria. También se desestima la acción de elevar a público los documentos por ser contrarios a la realidad jurídica existente que resulta inatacable. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma el pronunciamiento de primera instancia, señalando que, además, el espacio reclamado corresponde al hijo de la demandante, quien lo adquirió por compraventa de un tercero. Recurrída la sentencia en casación por la actora, el Tribunal Supremo inadmite el recurso fundado en la acción negatoria de servidumbre y admite el relativo a la imprescriptibilidad de la pretensión de elevación a público del contrato que, no obstante, es desestimado por no concurrir interés legítimo. (V. N. C.)

8. Carácter abusivo de la condición general de la contratación por falta de transparencia.—Con carácter general, la falta de transparencia de la cláusula no supone necesariamente que esta sea desequilibrada ni que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor (arts. 8.2 LCGC y 82.1 TRLGDCU). En consecuencia, la falta de transparencia puede excepcionalmente ser inocua para el adherente, cuando no tiene efectos negativos para él, pese a no haberse hecho una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales podían provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato (STS núm. 138/2015, de 24 de marzo).

Abusividad de la cláusula suelo tras la constatación de su falta de transparencia.—En el caso de las «cláusulas suelo», a la vista de su contenido y del contrato al que están incorporadas, la falta de transparencia genera un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe. Este desequilibrio consistiría en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que al consumidor supondrá obtener el préstamo con «cláusula suelo» en el caso de bajada del índice de referencia; circunstancia que le priva de la

posibilidad de comparar correctamente las diferentes ofertas existentes en el mercado (STS núm. 138/2015, de 24 de marzo).

Si el desequilibrio viene referido, en términos subjetivos, a la relación precio y prestación, esto es, a la forma en que el consumidor se pudo representar el contrato en atención a las circunstancias concurrentes (STS núm. 222/2015, de 29 de abril), la cláusula suelo no transparente genera desequilibrio importante, toda vez que no permite comparar las diferentes ofertas.

Mientras tanto, la incompatibilidad con las exigencias de la buena fe se concretaría en si la entidad financiera que introduce la cláusula suelo podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (párrafo 60, STJUE de 26 de enero de 2017; Asunto C-421/14, *Banco Primus*).

La Sala 1.^a declara que esta valoración resulta aplicable a cualquier cláusula suelo que no supere el control de transparencia (cfr. STS núm. 171/2017, de 9 de marzo). (STS de 25 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—A y B suscribieron, el 16 de marzo de 2007, con Caixanova (actual Abanca) un contrato de préstamo hipotecario con un interés fijo durante el primer año del 4,85% y de interés variable para los años siguientes (Euribor + 0,55%). El contrato contenía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés, según la cual el nominal no podía ser inferior al 3,75%, ni superior al 15%.

Por su parte, B y C suscribieron con la misma entidad, el 25 de agosto de 2006, un contrato de préstamo hipotecario con un interés fijo durante el primer año del 3,95% y de interés variable para los años siguientes (Euribor + 0,60%). El contrato contenía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés, según la cual el nominal no podía ser inferior al 3,95%, ni superior al 15%.

A, B, C, y D presentaron conjuntamente una demanda en la que pedían la nulidad de la cláusula suelo de ambos contratos, así como la condena a la entidad a devolver las cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula y la bajada del tipo de interés de referencia. Asimismo, instaron la condena al pago de los intereses legales que cada una de las cantidades hubiera devengado.

El juzgado dictó sentencia el 12 de noviembre de 2012 (antes de la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo) por la que apreció el carácter abusivo de la cláusula, en atención a la falta de reciprocidad, pues la limitación al alza era desproporcionada, no existiendo equivalencia económica entre las obligaciones asumidas por cada una de las partes. Apreciada la nulidad, la sentencia estimó que las cláusulas se tendrían por no puestas y estimó por ello las pretensiones restitutorias contenidas en las demandas.

La entidad financiera recurrió en apelación centrando su escrito en negar el carácter de condición general de la contratación de la cláusula suelo, que ya no se discute, y en que la cláusula no era abusiva.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso por considerar que las cláusulas controvertidas no superaban el control de transpa-

rencia contenido en las SSTs núm. 406/2012, de 18 de junio, y 242/2013, de 9 de mayo.

Frente a la sentencia de apelación, la entidad financiera interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. En el primer motivo del recurso de casación, la recurrente argumentó que las cláusulas no eran abusivas; y en el segundo motivo, alegó infracción del artículo 1303 CC en cuanto a los efectos derivados de la declaración de nulidad.

NOTA.—La sentencia objeto de extracto consagra una doctrina que, a mi juicio, debe celebrarse parcialmente. Se trata de la declaración, en línea con la doctrina del TJUE, de que la falta de transparencia no comporta, por sí sola, la nulidad, por abusiva, de la cláusula enjuiciada (igualmente en la línea apuntada por la STS núm. 222/2015, de 29 de abril). La clave del control de las condiciones generales de la contratación debe descansar, en última instancia, sobre la desproporción y el desequilibrio provocado eventualmente por la cláusula de que se trate. La concentración exclusiva en la transparencia de la cláusula puede conducir al resultado pernicioso de que la jurisprudencia se enfoque en enjuiciar la claridad de la cláusula, soslayando la discusión acerca de lo equilibrado de su contenido. Y es que las deficiencias del mercado, a cuya corrección se orienta el control de las condiciones generales de la contratación, no consisten en que el adherente conozca a la perfección el contrato en su conjunto, sino más bien en eximirle de realizar comprobación alguna de su contenido, en atención a los costes de transacción (ALFARO ÁGUILA-REAL, «El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas» en SALELLES CLIMENT/GUERRERO LEBRÓN/FUENTES DEVESA, *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 219-240). En efecto, desde el punto de vista de la justificación económica del control de las condiciones generales, parece que un control de transparencia entendido de manera aislada solo vendría a colocar al consumidor entre la desapetecible *posibilidad de elegir* entre condiciones generales más o menos perjudiciales para él (pero todas desproporcionadas), lo que en última instancia conduciría a reputar válidas condiciones generales de la contratación pese a que fuesen desproporcionadas desde un punto de vista material (*vid.* WÜRMMEST, «§ 307 BGB» en SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.ª ed., 2017, párr. 56).

Que esto sea así no autoriza, tal como lo veo, a colmar las exigencias del juicio de abusividad subsiguiente al control de transparencia sobre la base del denominado «equilibrio subjetivo» entre precio y contraprestación, tal y como se lo habría podido representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. La abusividad no debe derivarse de la eventual privación al consumidor de la posibilidad de comparar efectivamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, como indica la sentencia. Es decir, no creo que sea acertado desprender la nulidad de la cláusula de la falsa representación de la realidad del consumidor que le impediría comparar ofertas diferentes en el mercado que —por hipótesis y en el caso de las cláusulas suelo— podrían tener todas ellas cláusulas que generasen desequilibrios desproporcionados en contra de las exigen-

cias de la buena fe. Antes bien, se deben perfilar elementos objetivos que permitan reputar de modo objetivo la abusividad de la cláusula (suelo) no transparente (*vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Las (seis) SS. T. S. posteriores a la S. T. J. U. E. 21 de diciembre de 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva. (Comentario a las SS. T. S. de 24 de febrero de 2017, 9 de marzo de 2017, 20 de abril de 2017 y 25 de mayo de 2017)», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 42, 2017, pp. 1786-1787).

Por el contrario, la sentencia extractada representa —junto con las SSTS 247/2017, 248/2017 y 249/2017, todas de 20 de abril— acaso un viraje desde una noción más objetiva y abstracta de cumplimiento de los deberes de información hacia otra más subjetiva y, por tanto, más próxima a figuras como la del error en el consentimiento, que ha acometido la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en relación con el control de transparencia. Como afirma CÁMARA LAPUENTE, «*hay una larga historia sobre las vacilaciones del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza jurídica y fundamento del control de transparencia desde 2013 hasta hoy. De forma muy sintética puede decirse que el T. S. ha pasado de entender que la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato desemboca en su “abusividad directa”, a encontrar un fundamento genérico o presunto del desequilibrio que causa la falta de transparencia (ex SS. T. S. 138/2015, de 24 de marzo, 139/2015 de 25 de marzo, 29 de abril de 2015 y 705/2015, de 23 diciembre 2015: “la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado”) a, por último, y siguiendo el nuevo, grande y controvertido paso dado por la S. T. J. U. E. 26 enero 2017 (Banco Primus), decantarse por una “abusividad ponderada” al modo de la jurisprudencia alemana que ha influido en la citada S. T. J. U. E» (CÁMARA LAPUENTE, «Las (seis) SS. T. S. posteriores...», cit., p. 1777). (A. I. R. A.)*

9. Cláusula suelo. Retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la estipulación. Aplicación de la doctrina derivada de la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Eficacia retroactiva de la nulidad de la condición por abusiva.—La Sala ha resuelto esta cuestión en la STS de 24 de febrero de 2017 (reiterada luego en las SSTS 247/2017, 248/2017 y 249/2017, todas de 20 de abril), en la que, en concordancia con la STJUE de 21 de diciembre de 2016, modificó la jurisprudencia mantenida hasta entonces. En esta decisión del órgano europeo se indica que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, seguida por la jurisprudencia española a partir de la STS de 9 de mayo de 2013, se opone a lo establecido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado, antes de la fecha de la sentencia española, un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de este tipo, el derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013. La aplicación de esa jurisprudencia nacional en los tér-

minos planteados solo permitía garantizar a los consumidores una protección limitada, de manera que se revelaba incompleta e insuficiente y no constituía un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. (STS de 18 de mayo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Los demandantes suscribieron en 2006 un préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda, con el BBVA, por importe de 288.000 euros, con un plazo de amortización de 40 años y un tipo de interés variable de euribor más 0,75%, estableciéndose entre las condiciones una cláusula suelo que impedía una variación del tipo de interés por debajo de 2,25%. En 2014 formularon demanda solicitando la declaración de nulidad de la cláusula indicada y la devolución de todo lo pagado a consecuencia de su aplicación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda pero la Audiencia Provincial de Álava acogió parcialmente el recurso de apelación de la entidad bancaria y, siguiendo la doctrina jurisprudencial vigente en ese momento, mantuvo la nulidad de la cláusula impugnada pero dejó sin efecto la declaración de retroactividad y la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los actores. (L. A. G. D.)

10. Obligaciones. Imposibilidad sobrevenida: aplicación analógica.—La jurisprudencia ha admitido la liberación del deudor de cosa determinada no sólo por la pérdida de ésta (art. 1182 CC), sino también por la imposibilidad legal o fáctica de entregarla (art. 1184 CC). Se trata de manifestaciones de un mismo fenómeno: la imposibilidad subsiguiente o sobrevenida de la prestación.

Obligaciones. Imposibilidad sobrevenida: efectos.—La imposibilidad sobrevenida a que se refiere el artículo 1184 CC lleva inexorablemente al incumplimiento y, en consecuencia, cuando la relación obligatoria sea sinagmática, a la resolución del contrato o, más propiamente, a la extinción de las obligaciones nacidas del mismo con los efectos que hayan podido prever las partes o, en su caso, los propios de la resolución (devolución de la cosa con sus frutos y del precio percibido, con sus intereses).

Obligaciones. Relación artículos 1182 y 1184 CC con el caso fortuito.—Los artículos 1182 a 1184 CC guardan una estrecha relación con el caso fortuito contemplado en el artículo 1105 CC. De ahí que el artículo 1184 CC exija una alteración de las circunstancias completamente extraordinaria y racionalmente. Si tal alteración de las circunstancias que determinara la imposibilidad de la prestación hubiera sido previsible, no podría aplicarse la institución del art. 1184 CC.

Obligaciones. Modificación estructural de sociedad: no es un suceso imprevisible.—A los efectos de dar cumplimiento al contrato convenido entre las partes, una modificación estructural de una sociedad mercantil, tal como una transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social, de la que resulte incluso una reorientación de su actividad social, no puede considerarse en sí misma como un suceso imprevisible que constituya el supuesto de hecho del artículo 1184 CC o permita la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Menos aún, cuando la modificación estructural afecta a una sociedad en cuyo futuro económico existían incertidumbres derivadas de la crisis de las hipotecas *subprime*, como ya sabía el inversor al contratar la Nota estructurada, que por eso hizo una apuesta bajista.

Obligaciones. Sucesos imprevisibles: cláusula *rebus sic stantibus*.—La jurisprudencia ha declarado que de los sucesos imprevisibles que sirven para sustentar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* deben excluirse los riesgos que deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, esto es, el riesgo normal inherente o derivado del contrato. Y, para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato que es la cláusula *rebus sic stantibus* se exige, entre otras condiciones, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual.

Obligaciones. Contrato de alto contenido especulativo: repercusión a las partes.—En un contrato de alto contenido especulativo, los compradores, cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora. No pueden pretender aceptar los beneficios de la especulación y repercutir a la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, porque es contrario a la buena fe (art. 1258 CC) y viola el artículo 1105 CC.

Obligaciones. Contrato de alto contenido especulativo: equilibrio contractual.—Tampoco puede considerarse una desproporción exorbitante, habida cuenta de la naturaleza especulativa y aleatoria del contrato y la expectativa de elevadas ganancias del inversor, que se compensaban con la posibilidad de sufrir un severo quebranto económico. En un contrato de inversión aleatorio y fuertemente especulativo, las ventajas y los riesgos inherentes al contrato han de tomarse en consideración para valorar si existe esa desproporción exorbitante. Difícilmente puede considerarse concurrente dicha desproporción cuando la posibilidad de ganancias muy elevadas tiene su contrapartida en el riesgo de que la posición del inversor resulte gravemente perjudicada por una evolución desfavorable de las empresas cuyas acciones constituían el subyacente de la nota estructurada, que constituye por tanto el riesgo normal del contrato. (STS de 20 de julio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de don O. interpuso demanda contra las entidades financieras L. C. D. P. de B. y M. S. Co. I, solicitando se declare que, en la relación contractual de prestación de «servicio de inversión» existente entre M. S., U. K., a través de su sucursal española y el demandante, para la adquisición, por este último, del producto financiero denominado «Nota Autocancelable sobre tres valores subyacentes», han quedado incumplidas de manera esencial las obligaciones de información, evaluación de la idoneidad del inversor y prestación de medios y soluciones necesarias para garantizar el mejor resultado de la inversión que vienen impuestas al prestador de «servicios de inversión» en la normativa vigente sobre mercado de valores. Igualmente, solicita que se condene a las entidades codemandadas de manera solidaria a restituir la inversión efectuada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona desestimó la demanda por considerar que no

había existido incumplimiento, pues el demandante había sido informado adecuadamente de la naturaleza y riesgos, tampoco apreció la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, y finalmente no consideró que concurrían los requisitos de la doctrina *rebus sic stantibus* que justificara modificar la relación contractual, refiriéndola solo a una cesta de dos valores, ni que por tal razón procediera la resolución del contrato. Todo ello, con expresa imposición de costas. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia al declarar resuelto el contrato de compra de la *Nota Estructurada Autocancelable 3 Bancos Europeos abril 2013* y condenar a las demandadas solidariamente a restituir la inversión efectuada con imposición de costas a las demandadas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

11. Compraventa de inmuebles: Exceso de cabida.—La empresa GESTUR (Gestión Urbanística de las Palmas SA) en escrituras públicas de 4 de noviembre de 2005 y 23 de junio de 2006 adquirió varias fincas a varios vendedores, quienes demandaron a aquella en relación con el exceso de cabida de una de las fincas registrales vendidas. La demandada se opuso y reconvinó solicitando se declarasen rescindidos o resueltos los contratos de compraventa con restitución de las prestaciones. Por su parte los actores reconvenidos contestaron oponiéndose a la reconvenición.

Igualmente se inició por Gestur un juicio ordinario núm. 910/2011 contra los mismos demandantes y con el mismo objeto, cuyo suplico coincidía con el de la demanda reconvenicional inicial. Del mismo modo los ahora demandados contestaron y formularon reconvenición con las mismas pretensiones anteriormente deducidas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Las Palmas dictó sentencia de 22 de abril de 2013, estimando la demanda interpuesta por los vendedores, declarando el incumplimiento contractual de Gestur en lo que se refiere al precio correspondiente al exceso de cabida de la finca NUMOOO, una vez inscrito este exceso en el Registro de la Propiedad, condenando a la entidad demandada, cuyas pretensiones desestimó, a abonar a la parte demandante la cantidad de 4.568.748,50 euros, más los intereses desde la fecha de su devengo conforme a lo pactado por las partes, hasta la fecha de su efectivo pago, con imposición de costas a Gestur. Esta empresa interpuso apelación y la Audiencia Provincial de Las Palmas (sec. 4.^a) dictó sentencia el 3 de diciembre de 2014 por la que estimó el recurso, acogiendo las pretensiones de la recurrente y desestimando las de los actores iniciales, sin imposición de costas en ambas instancias. La vendedora ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Parte la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de que lo solicitado por la compradora Gestur es que se declare el incumplimiento contractual de la parte vendedora, dado que compró unas fincas y la ubicación de una parte del suelo vendido no es la recogida en las escrituras de compraventa, lo que le impide destinar lo adquirido al fin que perseguía al contratar. Considera así la Audiencia que los contratos de compraventa litigiosos han de ser resueltos por incumplimiento imputable a los vendedores, pues el objeto vendido a Gestur es inhábil para la finalidad perseguida por la compradora, en tanto que la ubicación de una parte del suelo vendido no es la recogida en las escrituras de compraventa, lo

que le impide destinar lo adquirido al fin que perseguía el contrato; añade que ello hace innecesario examinar si procedía la resolución por una diferencia de superficie en la entrega de los inmuebles.

Infracción procesal: Incongruencia.—La exigencia de congruencia está en relación con el propio principio de defensa impidiendo que el tribunal pueda resolver sobre aquello que no fue pedido o por fundamentos jurídicos, —no normas jurídicas, cuya elección corresponde al tribunal—, no utilizados, siendo así que en el caso presente la sentencia de la Audiencia Provincial no puede tacharse de incongruente ya que resuelve dentro de los límites de lo efectivamente pedido y acudiendo a fundamentos expresados por la parte, de modo que la contraria ha podido defenderse en relación con ello y efectivamente lo ha hecho.

Motivación.—Como recoge la doctrina procesalista, si el recurso de apelación se interpone sin aceptación de ninguno de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, el tribunal de apelación puede examinar lo actuado y adoptar su decisión libremente sin necesidad de explicación pormenorizada de las razones por las que se aparta de lo resuelto en primera instancia, con plena libertad para valorar la prueba practicada y obtener las consecuencias jurídicas oportunas según las pretensiones formulada por las partes. Todo ello no significa nada distinto a la exigencia de motivación que, como a toda sentencia, afecta también a la dictada en apelación, de modo que lo que el tribunal no puede hacer es resolver de modo distinto respecto de la sentencia de primera instancia sin dar las razones de su decisión, lo que en absoluto le obliga a explicar concretamente por qué lo hace de forma distinta y en concreto en qué y por qué difiera de los razonamientos de la primera instancia.

Errores patentes.—La referencia a «errores patentes», en plural, pone de manifiesto la verdadera intención de la parte recurrente, de contradecir globalmente la valoración probatoria llevada a cabo en la instancia, en lugar de referirse concretamente a un medio de prueba que haya sido valorado con notorio error. Además alude al contenido de los contratos celebrados, lo que lleva más bien a una cuestión de interpretación de los mismos que cuestiona en el seno del recurso de casación, que es su lugar propio.

La sentencia recurrida impugnada viene a sentar lo siguiente: a) Según los apelados —demandantes— la alusión a las parcelas NUMOO1, NUMOO2 y NUMOO3 contenida en la estipulación sexta del contrato de 4 de noviembre de 2005 y en la estipulación sexta del contrato de 23 de junio de 2003 no se hizo a efectos de delimitar e identificar el objeto de la venta. Si ello fuese así, la Sala no entiende por qué se dice en esos negocios que «a efectos de identificación catastral las cuatro fincas registrales integran las parcelas NUMOO1, NUMOO2 y NUMOO3 del plano», y porqué uno de los vendedores defendió en otro proceso del Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria la coincidencia entre las fincas NUMOO4, NUMOO5, NUMOO6 y NUMOO7 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Las Palmas y esas parcelas. b) Los demandantes y, a través de sus representantes, las entidades «Euomeat Producers and Traders SA», y «J. L. O Vending Canarias S. L.» manifestaron en el «contrato de reserva» que «todas las fincas» (las que por agrupación formaron después la número NUMOOO, y 1/5 de la finca número NUMOO4, 3/5 de la finca NUMOO5, 1/5 de la NUMOO6, y 1/5 de la NUMOO7, todas ellas del Registro de la Propiedad núm. 2 de Las Palmas) son «colindantes y contiguas entre sí». Ello era para la entidad GESTUR fundamental para alcanzar el acuerdo (el hecho de la colindancia y límites constituye para ella el elemento esencial y determinante para alcanzar el

acuerdo). Como reconocieron los apelados en su demanda inicial que la actora tenía «expectativas de transformación urbanística de los terrenos rústicos» que fueron objeto de las compraventas».

Se trata en realidad de apreciaciones que inciden en la interpretación de los contratos celebrados y no en la valoración de la prueba.

Recurso de casación: Motivos: Vulneración del artículo 1281 CC.—La parte recurrente sostiene que la sentencia realiza una interpretación de los contratos que vulnera abiertamente el mandato contenido en el artículo 1281 CC., chocan abiertamente con el sentido literal de lo pactado con los contratos pactados en las escrituras de 4 de noviembre de 2005 y 23 de junio de 2006. Pero en realidad a la conclusión de la sentencia se llega con estricto cumplimiento de dicho precepto ya que el mismo sólo reduce la labor interpretativa al sentido literal de las cláusulas cuando ellas contienen y permiten deducir la completa intención de los contratantes que en realidad se constituye como primer elemento de interpretación, pues la literalidad sólo prevalece cuando es fiel reflejo de dicha intención. Por otra parte esta Sala tiene declarado con reiteración —como se reconoce en el propio motivo— que la labor de interpretación de los contratos corresponde a los tribunales de instancia.

No hay aplicación indebida del artículo 1262 CC.—El recurrente entiende que el artículo 1262 CC. ha sido aplicado incorrectamente, al haber tomado en consideración el tribunal un hecho posterior que no constituye propiamente un «acto de los contratantes» y haberse basado además en un acto de los mismos que, siendo anterior, no podía reputarse hábil para juzgar sobre su intención.

Comienza la parte haciendo supuesto de la cuestión ya que la improcedencia de acudir a otros elementos interpretativos distintos del literal únicamente encuentra explicación en el caso de que se acepte plenamente la interpretación que dicha parte sostiene, sin posibilidad de entender —como ha hecho el tribunal— que es necesario acudir a otros medios para averiguar la verdadera intención de los sujetos del contrato.

Esta Sala ha declarado (sentencia núm. 285/2012 de 8 de mayo y la núm. 696/2012 de 26 de noviembre) que «el silencio de la norma sobre el valor interpretativo de los actos anteriores a la celebración del contrato no ha significado obstáculo para que se admita el mismo, ya que la norma no los excluye y, de hecho, la expresión «principalmente» referida al comportamiento coetáneo y posterior, supone la admisión implícita de la posibilidad de tenerlos en cuenta... pese a que, como ha puesto de relieve la doctrina, se trata de una «voluntad contractual aún itinerante».

Se funda el motivo en la afirmación de que un hecho posterior —la sentencia dictada el 19 de marzo de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12— no puede propiamente conceptuarse, a los efectos de este artículo 1282 como un «acto de los contratantes». Pero no es así, ya que lo que la Audiencia Provincial toma en consideración es que en el procedimiento judicial que dio lugar a esa sentencia uno de los vendedores aludió a la coincidencia entre las fincas registrales NUMOO4 a NUMOO7 y las parcelas NUMOO1, NUMOO2 y NUMOO3.

De otro lado resulta plenamente adecuado en orden a averiguar la intención de los contratantes, en cuanto a la determinación del objeto del contrato, aludir al pacto previo de reserva y resulta determinante que en los propios contratos se diga que «a efectos de identificación catastral las cuatro fincas registrales integran las parcelas NUMOO1, NUMOO2 y NUMOO3 del plano».

En consecuencia no cabe afirmar que se haya vulnerado el artículo 1282 CC.

Infracción del artículo 1124 CC.—Sostienen los recurrentes que aun cuando hubiera existido incumplimiento, en ningún caso podría tener el carácter de esencial que le atribuye la sentencia impugnada ni, consecuentemente, podría tener trascendencia resolutoria, de conformidad con la doctrina jurisprudencial sentada a estos efectos.

Esta Sala se ha referido —para caracterizar el incumplimiento carente de esencialidad— a los supuestos de obligaciones accesorias o complementarias (sentencias núm. 215/2012, de 12 de abril, y núm. 568/2012, de 1 de octubre) y singularmente se ha tratado en relación con el cumplimiento del plazo establecido para satisfacer la prestación debida (sentencia núm. 348/2016 de 25 de mayo, entre otras).

En el supuesto de que el incumplimiento se refiera al propio objeto del contrato, que no reúne las condiciones o características pactadas, la regla general es que haya de calificarse como esencial dicho incumplimiento ya que rompe la equivalencia de las prestaciones según lo pactado y no puede ser obligado un contratante a recibir un objeto que no tiene las condiciones pactadas. Así sucede en el defecto de cabida de los inmuebles según el artículo 1469 CC.

En el supuesto presente se trata de la frustración para la parte compradora del fin del contrato en cuanto no podía dedicar lo adquirido al destino previsto, que era conocido de ambas partes. Dice al efecto la sentencia recurrida que: «Las participaciones en las fincas NUMOO4 a NUMOO7 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Las Palmas que fueron vendidas a Gestión Urbanística de Las Palmas SA, son inhábiles para la finalidad perseguida por la apelante, que desconoce ahora incluso dónde en realidad se hallan. La recurrente esperaba para la satisfacción de sus intereses, que las fincas se correspondiesen con las parcelas NUMOO1, NUMOO2 Y NUMOO3 del Catastro. La frustración de su expectativa supone un incumplimiento de los contratos de compraventa que autoriza su resolución, conforme al art. 1124 CC.». Tales circunstancias determinan que nos encontramos ante un incumplimiento de carácter esencial y, por ello, resolutorio.

Aliud pro alio.—Está establecida la inhabilidad de los terrenos vendidos según la consideración que había llevado a la compradora a contratar, siendo los vendedores conscientes de que tales condiciones de los terrenos resultaban esenciales para la parte compradora. Se trata de un incumplimiento esencial que, a veces, la doctrina y la jurisprudencia califican de «aliud pro alio» dado que es tal la diferencia e inadecuación de lo entregado a lo efectivamente pactado que viene a equivaler a la entrega de una cosa distinta y determinan un incumplimiento tal que permite a la parte perjudicada optar por la resolución del contrato, como ha sucedido en el caso presente (STS. 1.^a 706/2012, de 20 de noviembre, entre otras). **(STS de 24 de mayo de 2017;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

12. Compraventa de inmuebles: Incumplimiento de condiciones esenciales.—Riofisa Este SLU el 28 de febrero de 2008 vende a Aira Pando S. L. un inmueble terciario, módulo B, en planta primera del portal 3 del edificio 4, y cuatro plazas de aparcamiento sitios en el término municipal de Camarena de Esteruelas. Con base en dicho contrato Riofisa presenta demanda contra la compradora, alegando incumplimiento contractual solicitando sentencia a recibir los inmuebles, escriturándolos a su favor, y a pagar el resto del precio, más IVA y el pago de los intereses pactados. Aira Pando se opuso, alegando que la vendedora no hizo entrega de los inmuebles en la fecha con-

venida. Afirma que fue requerida para el otorgamiento de escritura en septiembre de 2009, que era la fecha prevista en el contrato (tercer trimestre del año), pero en dicha fecha no se había obtenido licencia de primera ocupación por faltar la red de abastecimiento de agua y saneamiento, obligación sustancial que incumbía a la vendedora. Tal abastecimiento de agua no se concedió por el canal de Isabel II hasta el mes de julio de 2010, por falta de diligencia de Riofisa. Reconvino solicitando la resolución del contrato, condenando a la demandante a la devolución de las cantidades pagadas; subsidiariamente solicitó indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda de la vendedora y desestimó la reconvencción. La compradora interpuso apelación que resolvió la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia del 19 de noviembre de 2014, estimando el recurso y como consecuencia desestimó la demanda rectora y estimó la reconvencción.

La Audiencia Provincial como frontispicio de su decisión expone minuciosamente la larga secuencia de hechos (desde la letra –a hasta la –i), transcribe la estipulación novena del contrato en la que se expresa que «la edificación se entregará durante el tercer trimestre de 2009, salvo caso fortuito o fuerza mayor, incluyéndose expresamente, entre estas, las huelgas y las inclemencias climatológicas. Dicha entrega se producirá, una vez finalizada la obra acreditándose mediante certificación final de obra emitida por la Dirección Facultativa».

El tribunal de apelación aprecia, tras valorar la prueba practicada, que, a pesar de lo pactado y de que la certificación se emitió en el plazo previsto para la recepción de la edificación (el 31 de agosto de 2009), la obra no estaba terminada en la fecha en que se emitió la certificación antedicha y, por ende, la demandada no tenía obligación de recepcionarla.

La Audiencia Provincial valora la prueba en los siguientes términos: « Es cuestión pacíficamente admitida por las empresas litigantes que Riofisa asumió la realización de dos tramos del emisario de aguas residuales y que lo hizo en el año 2002, pero no cabe ignorar que, una vez firmado el Convenio entre Gestión Integral del Servicio de Distribución entre el Ayuntamiento de Esteruelas y el Canal de Isabel II, el 20 de julio de 2005, la conformidad técnica de la construcción de aquellos dos tramos del emisario había de ser prestada por Canal Isabel II que, en informe emitido el 26 de febrero de 2010, denegó aquella conformidad en tanto no fuesen modificados todos los puntos que se reseñaban en dicho informe. Sólo en el informe emitido el 12 de abril de 2010, Canal de Isabel II comunicó al Ayuntamiento de Camarana de Esteruelas que, habiendo recibido documentación complementaria, proporcionada por Riofisa aportada con fecha 29 de marzo de 2010, consideraba satisfechos los requisitos expuestos en los informes anteriores, e informaba favorablemente las observaciones proyectadas para la obtención de conformidad técnica de aquellos dos tramos del emisario.» Partiendo de tal valoración concluye que al finalizar el tercer trimestre de 2009, cuando vencía el plazo para la entrega de la edificación, esta carecía de red de saneamiento, y otro tanto sucedía con las obras de abastecimiento de agua, según consta documentalmente. Todo ello comporta el incumplimiento por la vendedora de su obligación contractual de entrega.

El tribunal de apelación, con cita de sentencias de la sala, y en contra de lo sustentado por la sentencia de primera instancia, entiende que el plazo era esencial, sin que estemos en un mero retraso o «mero retraso de poca monta», pues fue de casi un año, por lo que alcanza la conclusión de que se frustró el

fin del contrato. Finalmente niega que el incumplimiento del plazo de entrega sea imputable a terceros y no a la mercantil vendedora, particularmente al Canal de Isabel II que se comprometió con el Ayuntamiento de Camarana a la ejecución del emisario y no dio su conformidad hasta el informe del 12 de abril de 2010.

Prueba: Recurso extraordinario por infracción procesal: Desestimación.—Constituye doctrina de la Sala que la restrictiva doctrina desarrollada durante la vigencia de la LEC 1881 sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica de la prueba, mantiene su vigencia, si bien ahora dentro del ámbito del recurso extraordinario y, en esta línea, se ha venido admitiendo con carácter excepcional, la impugnación de la prueba (SSTS de 8 y 29 de abril, y 9 de mayo de 2005; 12 de mayo, 16 y 23 de junio, 28 de julio y 29 de septiembre de 2006; 16 de marzo y 28 de noviembre de 2007, entre las más recientes), indicando que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción, en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad. La sentencia de 24 de febrero de 2017 declara que el error debe ser patente y de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, apreciándose ahora como relevante que debe tratarse de un error fáctico, material o de hecho.

El recurso interpuesto debería desestimarse por inadmisión por carecer de estructura casacional, pues la que tiene es más propia de un escrito de alegaciones; pretende extrapolar las conclusiones de otros procedimientos sin que la prueba practicada en todos ellos sea la misma ni en su proposición ni en su contenido; acumula en el mismo motivo errores relativos a diferentes medios de prueba; pretende una revisión del juicio jurídico sobre cual es el carácter esencial o no del término pactado para la entrega del inmueble vendido. Al no ser este recurso una tercera instancia no se permite al recurrente desarticular la valoración conjunta de la prueba mediante la técnica de ofrecer a la sala sus propias conclusiones o deducciones, a partir de los medios de prueba que les resulten más favorables a sus argumentos, o infiriendo de los mismos medios deducciones diferentes a los del tribunal, pero sin merecer la calificación de error patente en la inferencia de este.

Aun así, y si se revisa la valoración llevada a cabo por el tribunal de apelación procede la desestimación del motivo. No existe controversia sobre la emisión del certificado final de obra el 31 de agosto de 2009, ni tampoco que en dicha fecha la edificación carecía de red de saneamiento y de abastecimiento de agua y la red de saneamiento. La parte recurrente de lo que discrepa es de la valoración jurídica que hace la sentencia recurrida de tales hechos, pero ello queda extramuros del recurso extraordinario por infracción procesal y es propio del ámbito del recurso de casación. La Audiencia Provincial sostiene que, aunque «técnicamente» pudiera considerarse terminada la obra dentro del plazo previsto para su entrega, la misma carecía de utilidad para la mercantil compradora en cuanto no estaba provista de los servicios básicos como eran el abastecimiento de agua y la red de saneamiento. De lo anterior colige el incumplimiento por la vendedora de la obligación de entregar el bien en la fecha pactada. Si ese retraso es o no imputable a la recurrente lo analiza la sentencia recurrida desde el aspecto fáctico y el jurídico. En el primero se afirma que el Canal de Isabel II no dio su conformidad, en relación con la ejecución del emisario, hasta el informe de 12 de abril de 2010, pero se precisa como en dicho informe se recogía que ello obedeció a que

hasta el 29 de marzo anterior la actora no había facilitado la documentación que le había sido solicitada. Conclusión razonable y no ilógica. En el segundo aspecto argumenta que no cabe desviar su responsabilidad a la actuación de terceros sin límite temporal, pues ello equivale a dejar su cumplimiento al arbitrio de una de las partes contratantes. No poniéndose en duda el dato fáctico sobre el retraso en la licencia de primera ocupación, la valoración sobre si ese retraso es esencial y, en su caso, si frustró el interés contractual del comprador, es de naturaleza jurídica, propia del recurso de casación.

Por todo ello no procede la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

Admisibilidad el recurso de casación.—Es cierto que el concepto de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales comporta la existencia de criterios dispares entre secciones de Audiencias mantenidos cada uno no con la suficiente extensión e igual nivel de transcendencia, de modo que pueda calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales. En consecuencia, tiene que acreditarse que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de distintas Audiencias y que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicho problema. A juicio de la parte recurrida tal contradicción no existe en este caso pues las sentencias de las Audiencias traídas por el recurrente no presentan esta contraprestación de criterios jurídicos contradictorios entre los mismos y la ahora recurrida, sino que lo que presentan es una diferencia en cuanto a los hechos que consideran probados. La parte recurrente niega que el retraso sea respecto de un término esencial y, en su caso, que haya frustrado las expectativas negociales para la compradora, citando jurisprudencia de varias secciones de la Audiencia Provincial de Madrid. La sentencia recurrida, en términos de valoración jurídica, discrepa de tales sentencias por las siguientes razones: (i) No entiende que la edificación se encontrase en condiciones de ser entregada en el plazo pactado en la estipulación novena del contrato, pues carecía en ese momento —tercer trimestre del año 2009— de red de saneamiento y de abastecimiento de agua, por lo que carecía de utilidad para la mercantil compradora; (ii) el plazo es esencial y no se está en presencia de un mero retraso, sino ante un retraso de un año que frustra el interés contractual; (iii) el retraso en la licencia de primera ocupación tiene su origen en que la actora demoró presentar la documentación que se le había solicitado. Pero lo más relevante de la sentencia recurrida, por su contenido de valoración jurídica, es que la promotora no puede justificar su incumplimiento ante los compradores, desviando su responsabilidad a la actuación de terceros. A partir de estas contradicciones el interés casacional se evidencia por la diferente o contradictoria respuesta judicial que se ha dado, en esencia, al mismo problema jurídico.

Ahora bien, como el interés casacional ha de venir referido al juicio jurídico sobre la correcta aplicación e interpretación de una norma jurídica sustantiva —no procesal—, desde el pleno respeto a los hechos probados y a la razón decisoria, lo que ha de analizarse, partiendo de los hechos esenciales, es si existe o no justificación jurídica para la diversa respuesta judicial.

Interrelacionando el contenido del motivo del recurso con la motivación de la sentencia recurrida al estimar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, tres son las cuestiones que se suscitan: (i) Si hubo entrega de la edificación en el plazo pactado; (ii) si el plazo pactado era esencial; y (iii) si, de existir retraso, este provocó la frustración del interés contractual de la compradora. Cabe observar que no existe controversia sobre el plazo de

entrega de la edificación, que según la estipulación novena del contrato, sería el tercer trimestre de 2009. Tampoco se debate que, en cumplimiento de la misma estipulación, la entrega se produciría una vez finalizada la obra acreditándose mediante certificación final de la obra, certificación que emitió la dirección facultativa el 31 de agosto de 2009. No existe discrepancia sobre el hecho nuclear del litigio, a saber, que a la fecha en que se emitió el certificado final de obra esta carecía de red de abastecimiento y red de saneamiento. La valoración jurídica a revisar es si en tales circunstancias se ha de entender finalizada la obra y en condiciones de entrega, pues la sentencia recurrida lo niega, en atención a que, al no estar provista de dos servicios básicos, carecía de utilidad para la mercantil compradora.

La conclusión que alcanza la Audiencia se contradice con la doctrina de la Sala.

Riesgo de la entrega de la cosa vendida en venta de viviendas.—Es cierto que últimamente los supuestos enjuiciados han tenido por objeto viviendas, lo que exige mayor rigor y garantías por tratarse de un bien de primera necesidad cuando su adquisición tiene como finalidad servir de morada al comprador. Pero ello no empece a que las declaraciones sobre la cuestión relativa a la entrega, no sean extrapolables, en esencia a otros inmuebles. Como afirma la STS de 13 de noviembre de 2013, la obligación del vendedor de entregar la vivienda objeto del contrato de compraventa supone, a tenor de los artículos 1461 y concordantes CC, la entrega de aquella en condiciones de poder ser habitada sin impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos. Según la STS de 12 de diciembre de 2016, el vendedor responde no sólo de la entrega de la vivienda, sino también de efectuarla con utilidad para su destino propio, o lo que es lo mismo, con la condición de habitabilidad. Dicha obligación se encuentra estrechamente relacionada con la licencia de primera ocupación, y ya la sentencia del Pleno de 10 de septiembre de 2012, declaraba que «puesto que quien construye para vender no puede desconocer este deber, a él incumbe cumplir el deber administrativo —ajeno en principio a la parte compradora— de gestionar la licencia de primera ocupación y de cumplir así la obligación nacida del contrato de compraventa de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto». Como afirma la STS de 28 de octubre de 2013, aunque en el contrato sólo figure el deber de entregar el certificado final de obra y no la obtención de la licencia de primera ocupación, el promotor vendrá obligado a entregar esta. La licencia de primera ocupación forma parte de la obligación de entrega, aunque en el contrato se hubiera expresado solamente que la obra terminaría en fecha determinada. No se trata solo de terminar sino de entregar, y para tal entrega útil es preciso haber obtenido la licencia de primera ocupación. Se insiste por el recurrente que la estipulación 14.^a del contrato prevé que la tramitación y obtención por la vendedora de la licencia de primera ocupación, podrá llevarse a cabo después de efectuada la entrega. Es cierto, pero también que la citada estipulación se titula «licencia de apertura», de lo que se infiere que se trata de aspectos accesorios administrativos y no de algo tan determinante de la actual realidad social como que una edificación —sea vivienda o local de negocio— carezca de red de saneamiento o de abastecimiento de agua. En tales condiciones la edificación no puede entenderse como entregada pues carecía de utilidad para la mercantil compradora.

Debe recordarse que Riofisa en el contrato de arras penitenciales suscrito el 5 de julio de 2005, antecedente de la compraventa que enjuiciamos, se

comprometía a realizar las operaciones jurídicas y urbanísticas precisas para el desarrollo de la promoción. Por lo que, como profesional del ramo, debía ser ella quien hiciese sus previsiones. A ello se une que antes de suscribirse el contrato de compraventa de 28 de febrero de 2008, en concreto el 3 de mayo de 2007, el Ayuntamiento de Camarena, al solicitarle la actora la licencia de obra mayor, informó que no se concederían las licencias de primera ocupación hasta la total terminación y efectivo funcionamiento de las obras de urbanización del sector, puesta en servicio de la conexión entre la red de saneamiento a la EDAR de Alcalá de Henares y total finalización y puesta en servicio de la red de suministro de agua con la conexión a la red general. Estas circunstancias debía tenerlas presentes la actora cuando firmo el contrato de compraventa y se comprometió a la entrega de la edificación en el tercer trimestre del 2009. De ahí que la sentencia recurrida acierte cuando afirma que la vendedora no puede justificar su incumplimiento, desviando la responsabilidad a la actuación de terceros. La STS de 19 de diciembre de 2014 afirma que «cuando se trata de indagar si el retraso ha obedecido a la existencia de causas no imputables a la promotora vendedora, se ha de tener en cuenta que tales causas deben ser imprevisibles e inevitables por ella a la fecha del contrato». «Quien fija el plazo de entrega de las viviendas es el promotor, que es un profesional de la construcción y debe conocer las dificultades propias de esta actividad y, por tanto, tiene que prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega mucho más dilatado en el tiempo, aunque ello le haga perder algún posible cliente. El riesgo de acabar las obras dentro del plazo establecido en el contrato es asumido íntegramente por el vendedor promotor como parte de su riesgo empresarial y, en consecuencia, no puede trasladarse al comprador».

Plazo esencial de entrega.—También acierta la sentencia recurrida cuando califica el plazo de entrega como esencial, pues se colige del propio contrato ya que la estipulación novena prevé su dilación y condiciones para que ésta sea eficaz, y precisamente niega que se den. No puede rechazarse el carácter esencial con la condición de sociedad inversora y su finalidad revender. Aunque tuviera tal condición, en sus previsiones empresariales el plazo no perdería su carácter de esencial, pues lo tendría presente a efectos de financiación y de venta, con lo que el retraso de un año no le resultaría indiferente. Que la trascendencia y consecuencias sean más rigurosas en supuestos de viviendas destinadas a morada del comprador no empece a que la previsión de un plazo de entrega sea intranscendente si el que adquiere lo hace con fines de negocio, pues ese plazo le puede resultar esencial a la hora de valorar la oportunidad de la inversión.

Retraso en la entrega que frustra el interés contractual de la compradora.—Después de recordar la doctrina contenida en la reciente doctrina de la Sala, se menciona que el mero retraso en el pago o en la entrega de la cosa no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos al incumplimiento. Así la STS de 12 de abril de 2011 declara que la situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que, entre otros, señalan los artículos 1101, 1096 y 1182 CC, pero no necesariamente a la resolución. Su carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, se ha traducido en que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además de que quien promueve la resolución cuando se funda en las obligaciones que le correspondían, que

se aprecie en quien insta la resolución un «interés jurídicamente atendible», expresión mediante la cual se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario a la buena fe, o incluso doloso, que puede tener la pretensión de resolución cuando se funda en un incumplimiento más aparente que real por no afectar al interés del acreedor en términos sustanciales o encubrir la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo negocio. Reglas parecidas se encuentran en vigor en España a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 ratificada por España en 1991, Así en el artículo 49.1 al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya «un incumplimiento esencial del contrato», pero en el apartado 2, se precisa que si el plazo de entrega no se ha pactado o, en su defecto, que sea de tal entidad, grave y esencial, para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, capaz de producir insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicial por el mismo, lo que hace necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento del contrato.

Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado, la valoración jurídica que alcanza la sentencia recurrida por haberse retrasado un año la entrega de la edificación, en condiciones de ser útil para la mercantil compradora, no puede calificarse ni ilógica, ni contraria a la doctrina de la Sala. Sería un contrasentido que el contrato de compraventa introduzca en la estipulación tercera una condición resolutoria rigurosa y expeditiva, a favor de la vendedora, por falta de pago de «cualquiera de los plazos» por parte de la compradora, y, sin embargo, se pretenda negar la resolución del contrato a instancia de ésta por retrasarse ella un año en la obligación de entregar la edificación en condiciones de ser útil para su destino. (**STS de 7 de julio de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—En esta minuciosa sentencia, destacable por el notable esfuerzo de precisar sin asomo de duda el aspecto fáctico del caso, también merece llamar la atención sobre la importancia de los hechos anteriores a la celebración del contrato como elemento interpretativo de la voluntad de las partes, pese a su expresa omisión en el artículo 1282 CC.

La STS de 10 de noviembre de 2016 había declarado la nulidad de la compraventa de vivienda carente de suministro eléctrico (extractada y anotada por Ortega Melián, en *ADC*, 2018, p. 235 s.), situación similar a la aquí contemplada). (*G. G. C.*)

13. Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas: Responsabilidad de la entidad financiera con base en póliza de afianzamiento colectivo, aunque no existan avales individualizados. Cuantía de los intereses exigibles a la entidad financiera y momento de su devengo: vinculación a lo acordado en procedimiento judicial previo entablado frente a la entidad promotora.—Los compradores de viviendas, conforme al artículo 1 Ley 57/1968, en caso de que la construcción no se inicie o finalice en el plazo convenido, poseen el derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de las cantidades anticipadas al promotor, aunque sólo se haya suscrito una póliza o

aval colectivo y no individualizado por cada comprador. La emisión de éste permite adicionalmente acudir a la vía de apremio conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968 (STS de Pleno, de 23 de septiembre de 2015). No resulta imputable al comprador la negligencia del promotor que no exige los certificados individuales de afianzamiento o seguro, por la finalidad tuitiva de la regulación de la garantía y el carácter irrenunciable de los derechos que concede, en particular, el de requerir aquéllos. La obligación de la entidad financiera surge aunque los compradores hayan ingresado las cantidades anticipadas en una cuenta bancaria ordinaria del promotor y no en la cuenta especial prevista en el artículo 1 de la Ley 57/1968 (SSTS de 17 de marzo de 2016, 13 de enero y 21 de diciembre de 2015). Incluso alcanza a las cantidades no ingresadas en cuenta bancaria alguna de la promotora, pero que figuren como percibidas por éste en el contrato de compraventa, dado que la entidad avalista puede conocerlas requiriendo de aquélla copia del contrato (STS de 29 de junio de 2016). Por lo anterior, esta garantía se extiende al importe de los efectos cambiarios que figuran en el contrato de compraventa y resultaron cobrados por el vendedor. La obligación de la entidad avalista, de acuerdo con la Ley 57/1968, cubre la totalidad de las cantidades entregadas por los compradores con lo que no resultará condicionada por los límites cuantitativos de la póliza (SSTS de 3 de julio de 2013, 20 de enero de 2014 y 30 de abril de 2015). La aceptación de la condena a la promotora al pago del interés legal en procedimiento previo, impide exigir a la entidad financiera el interés superior del 6% previsto en el contrato de compraventa. Aunque este último es remuneratorio de las cantidades anticipadas por lo que se devenga desde su entrega, en el presente caso deben generarse con la notificación de la voluntad resolutoria de la compraventa, como se acordó en el procedimiento seguido frente a la promotora, porque no cabe exigir una cantidad superior a la avalista que la que ésta pueda recuperar. **(STS de 4 de julio de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los compradores de una vivienda interponen demanda frente a la entidad bancaria solicitando su condena al pago de la cantidad de 73.530 euros, por las entregas realizadas a cuenta del precio a una promotora que había incumplido el plazo de entrega. Asimismo se pide el abono de los intereses legales desde la fecha de las entregas o, subsidiariamente, desde la interposición de la demanda previa de resolución de la compraventa. La entidad financiera se opuso por estimar inexistente el afianzamiento así como la cuenta especial abierta por la promotora con fundamento en el artículo 1827 CC que impide la presunción de la fianza y su extensión a más de lo contenido en ella. Igualmente alegó que no resultó acreditada la entrega de todas las cantidades solicitadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al banco al pago de 36.810 euros más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por el banco. Revocó la sentencia argumentando que, conforme al artículo 1827 CC, no existe fianza aunque se haya suscrito una póliza colectiva, porque el consentimiento del avalista no se presume y aquella póliza únicamente supone el compromiso de perfeccionar contratos de afianzamiento individuales que precisan además del consentimien-

to de los compradores en tanto acreedores. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por los compradores.

NOTA.—La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, ha sido derogada por la DD 3.^a de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, añadida por Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Esta norma ha modificado la DA 1.^a LOE que actualmente regula la materia. Particularmente su Apartado Uno, 2 rebaja el interés exigible al legal, y la letra a) del Apartado Dos, 1, al menos en referencia a la garantía consistente en el seguro, establece claramente la obligación de suscribir una póliza individual por cada adquirente. (F. S. N.)

14. Arrendamientos urbanos. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Extinción del contrato. Desistimiento unilateral del arrendatario. No produce efecto si no estaba pactado o si, llevado a cabo, no es aceptado por el arrendador.—De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el contrato litigioso se encuadra dentro de aquéllos en los que no se previó la posibilidad de desistir unilateralmente y, declarada esa voluntad resolutoria por el inquilino, el arrendador no lo acepta y pide el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactado en el mismo. Sin que pueda entenderse tácitamente aceptado el desistimiento por el solo silencio del arrendador o por no recoger las llaves. Por tanto, en tal supuesto el arrendador no solicita una indemnización pues lo que ejercita no es una acción indemnizatoria sino una acción de cumplimiento contractual con condena al pago de las rentas pendientes, que debe prosperar en consonancia con la jurisprudencia sentada en tales casos (SSTS de 18 de marzo de 2016 y de 26 de junio de 2002). (STS de 16 de mayo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—En de febrero de 2007 C. y la mercantil TAISA suscribieron un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda sobre un local propiedad del primero y en el que la arrendataria venía desarrollando su actividad empresarial. En dicho contrato no se pactó la posibilidad de desistimiento unilateral ni de vencimiento anticipado, ni tampoco se incluyó cláusula penal que permitiese la moderación. En noviembre de 2011 la arrendataria TAISA, después de que fracasaran sus intentos de renegociar las condiciones del contrato, lo dio por extinguido mediante notificación fehaciente al arrendador, alegando la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento como consecuencia de la crisis económica. Mediante requerimiento notarial hizo entrega de las llaves del local y solicitó la devolución de 9.771 euros entregados al comienzo de la relación contractual en concepto de fianza. El arrendador se opuso siempre a dicho desistimiento unilateral. TAISA demandó a C. reclamando la entrega de la fianza abonada y C. contesta oponiéndose a dicha pretensión y reconviene la subsistencia del contrato con solicitud de que se le abonen las rentas del mismo hasta su completa terminación (34.770 euros). El Juzgado de Primera Instancia deses-

timó la demanda principal y estimó íntegramente la demanda reconvenicional, al considerar que el contrato aún estaba en vigor y que no procedía resolución unilateral del mismo ni se daban las condiciones para la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus». La Audiencia Provincial desestimó tanto la demanda principal como la reconvenicional. Entendió que, pese a no quedar acreditado un extraordinario desequilibrio en las prestaciones a consecuencia de las crisis económica, el contrato de arrendamiento se encontraba *de facto* resuelto por la entrega de las llaves que hizo la arrendataria; y, por tanto, a partir de dicho momento no cabía hablar de pago de rentas sino a lo sumo de indemnización de daños y perjuicios. Y, dado que el arrendador no había reclamado dicha indemnización, no había lugar tampoco a estimar su reconvenición. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del arrendador. (I. D-L.)

15. Responsabilidad civil del Procurador: Prórroga de la anotación de embargo.—El problema que el recurso plantea tiene que ver con la desestimación de la demanda formulada con fecha 2 de enero de 2013, por la mercantil Yesonor SL, contra D. Óscar, procurador, en ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios por negligencia profesional respecto de la caducidad de la anotación preventiva de embargo. En concreto, en el alcance y contenido de los deberes del procurador en cuanto a si está obligado a poner en conocimiento del letrado director del procedimiento la proximidad de vencimiento del plazo de caducidad de dicha anotación para evitar que se produzca.

La sentencia del Juzgado argumenta que la decisión de prorrogar o no la anotación preventiva de embargo no constituye un acto de mera tramitación al entrañar una decisión ligada a la marcha procesal e incluso al devenir extraprocesal de los acontecimientos, con lo que sería ajena a las obligaciones asumidas por el procurador, en un supuesto en el que las relaciones y comunicaciones se producían directamente entre el cliente y el letrado y no entre el cliente y el procurador. Añade que la ejecución tramitada por el Juzgado núm. 2 de Palencia fue suspendida mediante auto de 1 de septiembre de 2008 al haberse declarado el concurso del ejecutado, resultando evidente que la marcha de dicho concurso era ajena al proceso judicial para el que el demandado había sido contratado, siendo imprescindible para la eficacia y utilidad del embargo trabado en la mencionada ejecución singular y, por ende, para tomar una decisión sobre la conveniencia o necesidad de la prórroga.

La sentencia de la Audiencia, ratifica la del juzgado. Reconoce que no existe unanimidad en las decisiones de las Audiencias Provinciales acerca del alcance de las obligaciones del procurador, pero que la posición mayoritaria es la que mantiene su falta de responsabilidad por estos hechos, ya que no es obligación del procurador instar por sí la prórroga de la anotación de embargo trabado. Esta función excede claramente de sus deberes, conforme al artículo 26 LEC, dado que, de un lado, supone una decisión de carácter técnico jurídico que corresponde al letrado que debe conocer los plazos y los periodos temporales en que se despliegan, y en función de ello adoptar las decisiones técnicas correspondientes, y, de otro, entraña un coste económico que obliga a que la decisión sea adoptada por el abogado y su cliente. Lo que no

obsta que, de hecho, que no de derecho, el procurador pueda asumir voluntariamente tales menesteres.

Obligaciones del Procurador.—El recurso de casación se fundamenta en la infracción de los artículos 1089 y 1104 CC, en relación con los artículos 1710, 1718 y 1719 CC, y con los artículos 26.2.1.º, 2.º, 3.º y 6.º, y 27 de LEC, relativos al contenido y alcance de las obligaciones del procurador en todo proceso judicial abierto. Se invoca la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala establecida en las sentencias de 18 de febrero de 2005, 7 de abril de 2003 y 11 de mayo de 2006.

Ausencia de interés casacional.—El interés casacional no se justifica con la cita de varias sentencias de responsabilidad de los procuradores en el ejercicio de su cargo que responden a supuestos de hecho diversos al que es objeto de recurso. Así la sentencia 78/2005, de 18 de febrero, versa sobre la responsabilidad civil del abogado y procurador en un supuesto de omisión de advertencia alguna a su cliente sobre el inicio y curso del plazo, a partir de la firmeza de la sentencia, para pagar el precio aplazado de un piso y evitar así la resolución de la venta y la pérdida del inmueble. La sentencia 372/2003, de 7 de abril, versa sobre un contrato de prestación de servicios de abogado y procurador, en la que se declara que no hay incumplimiento de las obligaciones de la abogada respecto a la no presentación de un escrito de personación al considerar que es obligación del procurador. La sentencia 460/2006, de 11 de mayo, versa sobre la responsabilidad civil de abogado y procurador con base en que habiendo sido designados y habiendo actuado en primera instancia en defensa y representación del demandado, una vez recaída sentencia condenatoria, interpusieron recurso de apelación, pero no se personaron en la Audiencia Provincial, lo que motivó que se declarase desierto el recurso y, por tanto, firme la sentencia dictada con perjuicios morales para el interesado.

Deberes del Procurador.—Esta Sala, en supuestos de hecho semejantes, ya se ha pronunciado y ha considerado que el obligado a instar la prórroga de la anotación preventiva de embargo es el abogado, y ha indicado que dicha prórroga no puede considerarse como mero acto de impulso procesal al tratarse de una actuación encaminada a asegurar la eficacia de medida cautelar para garantizar el buen fin del procedimiento. Así en la sentencia 702/2005, de 26 septiembre (bienes embargados insuficientes, careciendo de información sobre otros bienes susceptibles de embargo). La Sentencia 984/1995, de 17 de noviembre (aumenta la cuantía de la indemnización que debía abonar el letrado por no instar la prórroga de la anotación preventiva). La Sentencia 628/2011, de 27 de noviembre (inactividad del letrado que determinó que el procedimiento iniciado no pudiera cumplir su fin).

La sentencia recurrida no sólo no se opone a la jurisprudencia de esta Sala sino que la conoce y asume. Obligación de los procuradores es representar a la parte en todo tipo de procesos, salvo que se disponga otra cosa o se autorice por Ley. Se trata de una obligación vinculada al seguimiento del juicio, transmisión de documentación, antecedentes o instrucciones que le remita el abogado, tener al corriente a su poderdante y abogado del curso del asunto que se le hubiera confiado y hacer cuanto conduzca a la defensa de los intereses del cliente, bajo la responsabilidad que las leyes impongan al mandatario, conforme dispone el artículo 26 LEC. Ahora bien, la afirmación de que entra dentro de las competencias del procurador el cumplimiento de obligaciones como la que aquí se suscita de solicitud de prórroga para evitar la caducidad preventiva del embargo, no se ajusta a esta normativa, por lo que la

inactividad del procurador contra el que se dirige la demanda no genera incumplimiento contractual como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional.

Es que, al margen del auxilio que el procurador pueda prestar en este aspecto al abogado, no es un acto de impulso procesal, como ha dicho esta sala, ni es un efecto de las funciones que tiene encomendadas de representación o de seguimiento del asunto. Se trata de una iniciativa propia del abogado en la defensa y dirección del proceso en cuanto supone una actuación de contenido jurídico-económico, y que es ajena a la capacidad de decisión del procurador, que no es otra que la de notificar, como argumenta la sentencia recurrida, «la existencia de un plazo procesal y el momento en que éste comienza conforme a la notificación recibida o el acto por él realizado, pero no le corresponden un deber legal de velar porque ese plazo sea respetado adecuadamente por el Abogado y, por ello, no tiene una función específica de avisar de la proximidad de su vencimiento. Es el Abogado quien ha de conocer los plazos perentorios como el que nos ocupa, y en función de ellos debe adoptar las decisiones técnicas correspondientes en consonancia con las instrucciones del cliente, sin que sea el Procurador quien vele por el correcto cumplimiento de lo que es deber del Abogado. Entenderlo de otro modo supone atribuir una función al Procurador que le convertiría en auténtico controlador de los tiempos procesales que, evidentemente, trasciende a la misión que le atribuye la ley». (STS de 29 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

16. Contratos complejos. Acción de nulidad: *dies a quo*.—La jurisprudencia considera que, en las relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos 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.

Permuta financiera. Acción de nulidad: pago primera cuota.—El pago de la primera cuota fija del préstamo no pudo revelar el error porque la finalidad de la contratación del producto de intercambio de tipos/cuotas perseguía precisamente la finalidad de pagar una cuota fija del préstamo. En particular, en casos similares al presente de contratos de permutas de tipo de interés concertados como cobertura del interés variable de un préstamo, la jurisprudencia ha identificado ese momento con la percepción por el cliente de la primera liquidación negativa.

Permuta financiera. Deber de información: especial consideración.—La jurisprudencia ha sostiene que en la comercialización de productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o *swap*, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan especiales deberes de información. Dicho de otro modo, en la contratación de estos contratos

financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID.

Permuta financiera. Deber de información: alcance.—La jurisprudencia ha reiterado que, ya antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, la legislación recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limita a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el *swap* que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que, además, debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo art. 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

Permuta financiera. Deber de información: contenido.—Ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de estos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

Permuta financiera. Deber de información: previsiones normativas.—La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, otorga 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 que 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.

Permuta financiera. Deber de información: incumplimiento.—El incumplimiento del estándar de información sobre las características de la inversión ofrecida a los clientes, y, en concreto, sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error sea excusable y 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.

Permuta financiera. Deber de información: actividad suplementaria de la entidad financiera.—En este tipo de contratos complejos y arriesgados, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos.

Permuta financiera. Deber de información: iniciativa de la entidad financiera.—Es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal, y no son sus clientes, que no son profesionales del mercado financiero y de inversión, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

Permuta financiera. Deber de información: excusabilidad del error del cliente.—La existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de la información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

Permuta financiera. Deber de información: presunción del error por incumplimiento.—El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que esa ausencia de información permite presumir el error. Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, no quedan satisfechos por

una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

Permuta financiera. Deber de información: su omisión no admite convalidación ulterior.— La jurisprudencia sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento recoge como regla general que, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Permuta financiera. Deber de información: actos propios.— Si existe error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que se hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento, mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por no formular la demanda hasta que se agotó el plazo de duración contractual pactado, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria. (STS de 9 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucan.]

HECHOS.— La representación procesal de don C. y doña A. interpuso demanda contra la entidad financiera B., SA, solicitando se declare la nulidad del contrato denominado intercambio de tipos/cuotas suscrito entre las partes litigantes de fecha 26 de octubre de 2006 y se declare la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones realizadas por el contrato intercambio tipos/cuotas, junto con sus correspondientes intereses, por considerar la existencia de incumplimiento por parte de la entidad financiera de la normativa imperativa protectora de los usuarios de servicios bancarios

y el error en la prestación del consentimiento, pues la percepción de los actores era que con el contrato *Intercambio de tipos/cuotas* lograban el mismo efecto que con un seguro, protegiéndose frente a las subidas de interés que pudieran producirse en el crédito hipotecario concertado. El Juzgado de Primera Instancia núm. 99 de Madrid estimó la demanda declarando la nulidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas suscrito entre las partes, condenando a la entidad demandada a la restitución a los demandantes de la cantidad fijada que devengará intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Todo ello sin que proceda hacer expresa imposición de costas. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte entidad demandada, la Sección Decimotava de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia al considerar la caducidad de la acción planteada por haber transcurrido más de cuatro años, con imposición de costas de primera instancia a la parte demandante y sin hacer imposición de costas de la alzada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

17. Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Ámbito objetivo de aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.—Pese a que la ya derogada Ley 42/1998 no regula expresamente los contratos de producto vacacional, quedan integrados en su ámbito objetivo de aplicación los contratos mediante los que se acuerde la constitución o transmisión de derechos reales o personales superiores a tres años y relativos a la utilización de uno o más inmuebles por periodos determinados o determinables al año. Como se deduce de su exposición de motivos, esta regulación es aplicable no solo a los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles *stricto sensu*, sino también a los «similares».

Condición de consumidor del adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles con ánimo de lucro.—Respecto de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en los que se prevé la posibilidad de reventa, el Tribunal Supremo mantiene la doctrina expuesta en la sentencia del Pleno de 16 de enero de 2017 y reiterada, entre otras, en las sentencias de 15 y 22 de febrero de 2017, y señala que el ánimo de lucro no excluye la condición de consumidor del adquirente persona física siempre que la actuación se efectúe en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. El límite se encuentra en la regularidad con que se efectúen estas actividades con finalidad lucrativa, pues la habitualidad —que también se configura en el artículo 1 CCO como una de las características del empresario— permitiría considerar que se realiza una actividad empresarial o profesional.

Efectos de la declaración de nulidad. Interpretación del alcance del deber de reintegrar las cantidades satisfechas en atención al espíritu de la norma: Reducción proporcional al tiempo disfrutado.—El artículo 1.7 de la Ley 42/1998, que establece para el caso de nulidad de pleno derecho la devolución de la totalidad de las cantidades satisfechas, debe interpretarse atendiendo a su espíritu y finalidad. Puesto que el propósito de la norma es dejar indemne al contratante de buena fe sorprendido por el contenido de un contrato —generalmente de adhesión— que no cumple con las prescripciones legales, no debe reintegrarse el importe total satisfecho, sino la cuantía que

proporcionalmente corresponda al periodo de tiempo no disfrutado. (STS de 10 de julio de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—D. Gabiño y Dña. Guadalupe suscribieron en 2008 un contrato con Silverpoint Vacations S. L. en el que se acordó que aquéllos tenían derecho a utilizar diferentes apartamentos del complejo Hollywood Mirage Club por periodos vacacionales de cuatro semanas, previo pago del precio. Cabe destacar que D. Gabiño y Dña. Guadalupe abonaron cantidades por anticipado bajo la denominación de «depósito», que en el contrato no se estableció límite temporal alguno, ni se informó a los contratantes del derecho de resolución y desistimiento. Respecto de alguna de las semanas adquiridas se firmaron contratos de reventa, independientes del anterior.

En 2013 D. Gabiño y Dña. Guadalupe interponen demanda contra Silverpoint Vacations S. L., solicitando que se declare la nulidad del contrato o, subsidiariamente, la resolución del mismo y que se condene a la demandada a la devolución de los pagos realizados en cumplimiento del contrato y los gastos de mantenimiento (22.698,08 euros), así como los intereses legales. Se solicita también la devolución por duplicado de las cantidades pagadas anticipadamente por los actores; una de las mitades se incluye en el precio, de modo que se reclama el equivalente a la otra mitad (1.151,28 euros).

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, declara la nulidad del contrato y condena a la demandada devolver las cantidades reclamadas con una reducción de los 2.000 euros recibidos por los demandantes como consecuencia del arrendamiento de alguna de sus semanas. En total, el importe a devolver asciende a 21.849,36 euros.

El recurso de apelación interpuesto por Silverpoint Vacations S. L. es estimado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que revoca la sentencia de instancia y absuelve a la demandada. Entiende la Audiencia que no procede declarar la nulidad radical del contrato por tratarse de un producto vacacional (membresía) no regulado por la Ley 42/1998 y, por tanto, no sujeto a las disposiciones imperativas que esta norma prevé para el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Por otro lado, a juicio de la Audiencia, los actores no tenían la condición de consumidores por no ser los destinatarios finales de los productos y haber llevado a cabo la inversión con el fin de revender o realquilar para obtener una ganancia.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación, revoca la sentencia de la Audiencia y confirma la declaración de nulidad efectuada en primera instancia porque considera que se trató de eludir sistemáticamente la Ley 42/1998. Para calcular la cuantía que se debe devolver a los actores, el Tribunal Supremo acude al límite máximo legal de 50 años y, dado que los demandantes pudieron disfrutar durante tres años de las prestaciones pactadas, condena a la demandada al abono del precio que proporcionalmente correspondería a los 47 años no disfrutados (19.456,19

euros). Se aplica un régimen de devolución distinto al importe correspondiente al anticipo duplicado que, por ampararse en una norma sancionadora, debe abonarse íntegramente (1.151,28 euros); en consecuencia, se condena a la demanda al pago de 20.607,47 euros y los intereses legales. (V. N. C.)

18. Accidente de circulación: Previo ejercicio de la acción penal: Prescripción de la acción civil.—Es constante doctrina de esta Sala que en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el procesal penal previo, el plazo de prescripción de las acciones cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de los establecido en el artículo 1969 CC, precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 LECRIM y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al artículo 114 LECRIM. Este precepto no discrimina hechos o situaciones como las que refiere la sentencia. Lo que dice es que: «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». La acción civil sobre el hecho que motiva la apertura de un proceso penal no puede ejercitarse hasta que sea resuelta la cuestión penal y el fallo de la cuestión civil no se hace posible hasta la decisión del proceso penal, bien sea mediante sentencia o bien por auto de sobreseimiento firme. De tal forma que mientras esté subsistente cualesquiera que sean las personas implicadas, quién haya comparecido como parte en él, o que en tal proceso se hubiera aquietado alguna de las partes con el archivo de las actuaciones si estas continuaron en tramitación, el perjudicado no puede formular la demanda civil, ni contra ellas ni contra otras distintas, respondiendo a la necesidad de evitar que por los órganos de distinta jurisdicción a la penal se puedan efectuar pronunciamientos que contraríen lo que allí se resuelva; contradicción que podría producirse aun en el supuesto de que fueran distintas las personas demandadas en el orden civil, pero siempre que el proceso penal y el civil correspondiente versaran sobre el mismo hecho y se asentaran sobre iguales presupuestos, como aquí sucede, estando ante un mismo accidente con varios vehículos implicados y consecuencia distintas. Bien entendido que la incoación o reapertura de una causa penal, muy posterior al hecho dañoso, no puede servir para que se reavive la prescripción que ya se hubiera consumado y que no puede ser eliminado de ese modo (SSTS de 14 de febrero de 1978, 2 de febrero de 1984, 10 de mayo de 1994, y, más recientemente, 25 de abril y 6 de octubre 2013).

Como quiera que la demanda civil se interpuso el 6 de julio de 2011 y el proceso penal concluyó mediante sentencia de 14 de febrero de 2012, es evidente que la acción civil ha sido ejercitada dentro de plazo, por lo que debe estimarse el recurso de casación y, asumiendo la instancia, resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planeado el debate, en el sentido de aceptar, de un lado la resolución del Juzgado de Primera Instancia en cuanto a la responsabilidad, no cuestionada en apelación, de las aseguradoras de los vehículos FDF y AQ-NY (primera demanda) y de imputar, de

otro, al propietario y aseguradora de AQ-NY (segunda demanda) el daño ocasionado al vehículo propiedad de D. Franco, que con su comportamiento culposo contribuyó causalmente al daño, como reconoce, lo que determina la aplicación de un porcentaje de reducción del 50% en coherencia lógica con su responsabilidad en el daño causado al Sr. Raimundo, es decir, 7.438,38 euros, con más los intereses del artículo 20 LCS a cargo de la aseguradora demandada desde la fecha del siniestro. (STS de 27 de junio de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Sobre las 15.30 horas del 12 de abril de 2011 ocurrió un accidente de tráfico en el que se vieron implicados cuatro vehículos. El accidente ocurre cuando el vehículo XKNN circula por la carretera Cala Figuera de Calvia, que tiene un carril para sentido de circulación, y es colisionado en su parte delantera por el Volkswagen, modelo Golf FDF, el cual previamente había colisionado por alcance en su parte trasera con el vehículo QFW, cuya conductora se había detenido detrás del vehículo Mazda AQNY. Este accidente ha dado lugar a dos demandas que fueron acumuladas: a) la del titular de XKNN, frente a las aseguradoras de los coches AQNY y FDF, por las lesiones y daños sufridos, y b) la del titular de FDF contra el propietario y aseguradora del vehículo AQNY por los daños sufridos. Previa a las dos demandas fue la denuncia que D. Raimundo, titular de XKNN interpuso el 6 de septiembre de 2011 contra D. Franco, titular de FDF y otros, que se tramitó en el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Palma, bajo el procedimiento de juicio de faltas que terminó por renuncia judicial de 8 de febrero de 2012, con reserva de acciones civiles, consecuencia de lo cual el 14 de febrero de 2012 se dictó sentencia por la que se absolvía a los denunciados. El Juzgado de 1.ª Instancia estimó la demanda principal interpuesta por el propietario de XKNN y condenó solidariamente a las aseguradoras de los vehículos AQNY y FDF, desestimando la demanda acumulada por considerar que la acción había prescrito. La Audiencia Provincial desestimó la apelación de D. Franco, quien formula casación al amparo del art. 477.2.3. LEC, por razón de interés casacional, por vulneración de jurisprudencia, por no haber tenido en cuenta el efecto interruptivo de la prescripción que supone el procedimiento penal previo y ello con independencia de la posición que el hoy recurrente y demandante ocupara en el procedimiento penal.

NOTA.—Sigue vigente en nuestro ordenamiento el decimonónico principio según el cual *Le criminel tient le civil en état*, interpretado en este caso, de modo absoluto y sin posible excepción, y que tampoco parece cuestionado por nuestra doctrina mayoritaria. (G. G. C.)

19. Accidente de circulación: Responsabilidad por riesgo: Colisión de vehículos.—D. Rogelio reclama una indemnización por las lesiones sufridas con motivo del accidente de circulación ocurrido sobre las 20.30 horas del 29 de diciembre de 2009, en la carretera BV-501, al colisionar frontalmente en una curva con el demandado, D. Luis Andrés, que circulaba en

sentido contrario. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda porque, valorada la prueba, considera que, «no puede determinarse el punto de colisión», falta de prueba que va en perjuicio de los demandados, conforme al artículo 1 LRCSVM, en razón al riesgo creado por la circulación de vehículos. La indemnización se cifra en 20.007,47 euros, más los intereses legales correspondientes, incluidos los del 20% a cargo de la aseguradora. La Audiencia Provincial revocó la del Juzgado y desestimó la demanda con el siguiente argumento: «Ha de estarse a la doctrina de las versiones contradictorias a falta de pruebas objetivas que permitan la íntima convicción de culpabilidad o negligencia de uno u otro conductor, ya que ambos conductores mantienen posturas contrapuestas» y «al no aportarse a los autos pruebas razonables y admisibles sobre la realidad del accidente, resultando creíbles ambas versiones en atención a las circunstancias del lugar y condiciones climatológicas, no sabe dotar de mayor verosimilitud a una u otra, por lo cual ha de ser desestimada la demanda».

La parte actora ha formulado recurso de casación por un motivo único, a saber infracción de los artículos 1902 y 1.1. LRCSVM, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre imputación de responsabilidad civil en materia de daños corporales derivados de la circulación de vehículos a motor. Para acreditar el interés casacional, cita la sentencia del Pleno 536/2012, de 10 de septiembre, a la que se remite la más reciente 3/2015, de 4 de febrero, dictada en un supuesto semejante al ahora enjuiciado en el que tampoco quedó acreditado ni el lugar del impacto, ni la contribución causal de los dos conductores implicados.

El recurso se estima tomando como precedente la sentencia del Pleno de esta Sala de 10 de septiembre de 2012, en la que se sostiene que una recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de circulación que establece la LRCSVM de 1995 y la vigente en la actualidad.

En el régimen de responsabilidad civil fundado en el riesgo creado por la circulación, el mero hecho de que no haya podido constatararse en autos que solo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal, para la producción del resultado –excluyendo así la del otro conductor– o que no haya sido posible probar la contribución causal del otro conductor, no es razón que permita soslayar la aplicación de los criterios legales de imputación a ambos conductores ni constituye tampoco razón para no aplicar la regla de inversión de la carga de la prueba en pro de las reglas tradicionales sobre el *onus probandi*, característica de los regímenes de responsabilidad objetiva y especialmente aplicables, cuando se trata de daños materiales, al conductor que alega que actuó con plena diligencia.

El principio de responsabilidad objetiva no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia, sino que comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y las consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño.

La solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de

cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas.

Con arreglo a esta doctrina no resulta acertado el pronunciamiento de la sentencia recurrida y sí el del Juzgado, que se mantiene, con expresa imposición de las costas causadas a los demandados: Las de primera instancia porque se ha estimado en lo sustancial la demanda; las de apelación, porque se desestima el recurso de apelación formulado por los demandados. Sobre las del recurso, no se hace especial declaración, al estimarse, en aplicación de los artículos 394 y 398 LEC. (STS de 18 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

20. Legitimación activa del presidente de una comunidad de propietarios para ejercitar la acción de responsabilidad contractual frente a la promotora-vendedora por los defectos constructivos, tanto en elementos comunes como privativos.—Se reitera la jurisprudencia, contenida en la STS de 23 de abril de 2013, que extiende las facultades del presidente de la comunidad a la defensa de intereses afectantes a elementos privativos del inmueble cuando los propietarios le autoricen. No es necesario especificar la concreta acción procesal que debe ejercitarse, siendo suficiente el mandato de la Junta por el que se le autoriza para reclamar la subsanación de los vicios en elementos comunes y privativos mediante el ejercicio de las acciones procedentes «según la ley». La limitación de las competencias conferidas al presidente perjudicaría los intereses de los comuneros y de la comunidad, que precisamente tiene interés en que se litigue bajo una misma representación.

Gravedad de los desperfectos en el inmueble. Acción de responsabilidad contractual.—La acción de responsabilidad por incumplimiento del contrato (arts. 1101 y 1124 CC) puede prosperar con independencia de la gravedad de los desperfectos (STS 22 de octubre de 2012). (STS de 16 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios interpone acción de responsabilidad por incumplimiento contractual frente a Inversiones Inmobiliarias de Extremadura S. A. (INIEXSA) debido a la existencia de vicios y defectos constructivos en algunas viviendas y en los elementos comunes del edificio. Previamente, la Junta de propietarios había autorizado la práctica de requerimientos extrajudiciales a INIEXSA, que resultaron infructuosos, y el ejercicio de las acciones judiciales oportunas por el presidente en nombre de la comunidad. En la demanda se interesa que se condene a la vendedora-promotora a ejecutar las obras necesarias para la subsanación de los desperfectos y, subsidiariamente, para el caso de que no se ejecutaren las obras, a abonar el coste de las obras de reparación, que se valora en 119.266,01 euros. La demandada llama al proceso al arquitecto superior, D. Fabio, y a los arquitectos técnicos, D. Javier y D. Patricio. Asimismo, opone falta de legitimación de la comunidad y del presidente para ejercitar una acción de responsa-

bilidad por incumplimiento contractual relativa a contratos de compraventa celebrados con los adquirentes de las viviendas.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda y se condena a la demandada a realizar las obras necesarias para subsanar los defectos, cuantificándose en 19.693,40 euros el coste de las reparaciones que se vería obligada a asumir la demandada en caso de no realizar las obras necesarias. En cuanto a los arquitectos intervinientes en el proceso constructivo contra los que la parte actora no dirigió la demanda y que fueron llamados al proceso por INIEXSA, el Juzgado declara que carecen de legitimación pasiva. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia porque acoge la falta de legitimación de la comunidad para ejercitar acciones derivadas de los contratos de compraventa. Al no constar la autorización individual de cada uno de los propietarios, la Audiencia acuerda la desestimación de la demanda sin entrar al fondo. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y confirma la de la instancia. (V. N. C.)

21. Constitucionalidad de la venta extrajudicial en el proceso ejecutivo (art. 129 LH).—Existen algunas sentencias del Tribunal Supremo que han mantenido la derogación del procedimiento extrajudicial del artículo 129 LH por la Constitución. Y se han basado en dos argumentos: 1) que el artículo 117.3 CE proclama que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales; 2) el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Sin embargo, la aprobación de la LEC 2000 pretendió superar las objeciones que se hacían al procedimiento extrajudicial, analizando ya la cuestión desde el prisma de una norma posconstitucional. El mantenimiento del procedimiento de venta extrajudicial y la regulación tendente a lograr el equilibrio de intereses en juego (los del acreedor, los del propietario y los de eventuales terceros) se infiere de la legislación recaída posteriormente sobre la materia: Real Decreto-ley 6/2012; Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 19/2015, de 13 de julio; y Ley 15/2015, de 2 de julio.

La tercera subasta en la venta extrajudicial y la ejecución judicial.—Antes de analizar este punto, conviene dejar claro que el Tribunal Supremo se refiere a la legislación vigente y aplicable en el momento de producirse los hechos. Comienza señalando que existen diferencias importantes respecto a la tercera subasta de un bien hipotecado en la venta extrajudicial y en la ejecución judicial. El artículo 129 LH remite a las formalidades del Reglamento Hipotecario y éste contempla la celebración de una tercera subasta sin sujeción a tipo y sin límite mínimo de adjudicación (art. 236g.6). En cambio, el artículo 671 LEC, en su redacción originaria, establecía, para la ejecución judicial, que el acreedor podía pedir la adjudicación de los bienes por el 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le debiera por todos los conceptos. El Real Decreto-ley 8/2011, sobre medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, modificó el artículo 671 LEC en el sentido de que, si en el acto de subasta no había ningún postor, podía el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación.

La cuestión que trata de resolver el Alto Tribunal es si la reforma llevada a cabo por esta última norma es de aplicación a las ventas extrajudiciales. A su juicio, cabe hacer una interpretación correctora para que proceda esa aplicación, pues la filosofía o razón de ser que inspira las reformas legislativas tendría el mismo encaje en las ventas extrajudiciales que en las ejecuciones

judiciales. Se trata de salvar las situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encuentran ahora con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago, a fin de evitar auténticos despojos del bien, permaneciendo deudores, además, de la cantidad no cubierta por la adjudicación. Lo que más preocupaba al legislador eran las familias que habían perdido su vivienda. El legislador quiere proteger a todo deudor hipotecario, pero distinguiendo entre inmuebles que no constituyen vivienda familiar (menor protección) e inmuebles que sí la constituyen (mayor protección). Esta misma finalidad debe aplicarse a las ventas extrajudiciales. Así se desprende del artículo 12 Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que sí reguló la venta extrajudicial de la vivienda habitual, con la introducción de determinadas especialidades, así como de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y de la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Además, según el artículo 3 CC, las normas se deben interpretar en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Lo que no cabe mantener, teniendo en cuenta que no existe norma de aplicación directa a la venta extrajudicial, que por vía de interpretación correctora se consagre un nivel de protección igual a bienes que no constituyen vivienda habitual que a los que sí la constituyen. (**STS de 23 de mayo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—UPB interpuso demanda contra Banco Español de Crédito, en la que solicitaba la nulidad del procedimiento de venta extrajudicial instado por la demandada sobre la finca de la actora, por cuanto dicho procedimiento, previsto en el artículo 129.2 LH, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo en varias sentencias —entre otras, la de 25 de mayo de 2009—. Para el caso de que la anulación y la retroacción de efectos de la nulidad no pudiera tener efectividad, postulaba que se condenase a la demandada a indemnizar el perjuicio económico causado, que ascendería a la diferencia entre el importe en que sea vendida la finca extrajudicialmente y la cantidad mínima en que, conforme a las normas de la LEC, debía haberse realizado la citada venta.

La demanda gira en torno a dos alegaciones. En primer lugar, solicita la aplicación de los artículos 670 y 671 LEC, en lugar de los artículos 234 y 236 RH, por contener estos preceptos reglamentarios una regulación contraria a los límites de ejecución y adjudicación establecidos en la LEC, según la redacción dada por el Real Decreto-ley 8/2011, que era la vigente al tiempo de iniciarse el acta notarial de ejecución. Al seguirse el procedimiento previsto en el artículo 236 RH por el notario actuante, convocando la tercera subasta sin sujeción a tipo alguno, y aplicando un límite inferior al 60% que legalmente era el vigente, se ha vulnerado el principio de legalidad y el de jerarquía normativa, y se ha causado un perjuicio económico claro al recurrente. En segundo lugar, se alega que el procedimiento de ejecución extrajudicial vulnera los principios constitucionales consagrados en los artículos 9, 117.1, 117.3 y 24.1 CE. En este caso, por la evidente ilegalidad de la regulación contenida en el Reglamento Hipotecario, en relación con los límites y garantías fijados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha quedado al

arbitrio de notario autorizante del acta de ejecución el determinar los límites de subasta y adjudicación aplicables en este caso, aplicando el límite más favorable al acreedor ejecutante, y produciéndose una verdadera sustracción de la jurisdicción que corresponde en exclusiva a jueces y tribunales.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la improcedencia parcial de la liquidación de la deuda formalizada por Banco Español de Crédito. El Juzgado negó la nulidad del procedimiento de venta extrajudicial, señalando que la referida sentencia se refiere al artículo 129 LH en su redacción anterior a la que posteriormente le dio la DF 9.⁴ LEC.

La demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Explica la Audiencia que la legislación posterior a la Constitución que modificó la Ley Hipotecaria (LEC y Ley 1/2013) ha mantenido la venta extrajudicial del bien hipotecado conforme al artículo 1858 CC, siempre que se hubiese pactado en la escritura de constitución de la hipoteca. En este caso, dicha venta fue pactada por las partes procesales, por lo que no existe infracción de precepto constitucional alguno. Por otro lado, la Audiencia sostiene que la DT única de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, se refiere a procesos y no a la venta extrajudicial, por lo que la adjudicación en más del 50% era válida, pues no era la vivienda habitual.

La demandante interpuso recurso de casación, que fue desestimado. El Tribunal Supremo afirma, en primer lugar, que lo que pretende la actora es la inconstitucionalidad del artículo 129 LH, y no la nulidad de la cláusula contractual que permitió a la entidad acreedora acudir al procedimiento de dicho precepto. Termina concluyendo que la recurrente es promotora de viviendas, trasteros y plazas de garaje, por lo que no puede tener el mismo grado de protección que los titulares de viviendas habituales. Y remarca que la adjudicación por el acreedor de los bienes hipotecados de la deudora, en tercera subasta, excedió con creces del 50% del valor de tasación.

NOTA.—La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2009 matiza que la doctrina sobre la inconstitucionalidad del artículo 129 LH recayó en supuestos referidos a actuaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. El mantenimiento del procedimiento de venta extrajudicial lo reconoce la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 25 de febrero de 2014. Tampoco las sentencias del Alto Tribunal de 14 de julio de 2016 y de 25 de abril de 2017 pusieron en duda la validez ni la constitucionalidad del actual art. 129 LH. (S. L. M.)

22. Registro de la Propiedad. Cancelación de las cargas posteriores a la anotación de embargo origen del auto judicial por se adquirió la titularidad del bien ejecutado. Doctrina jurisprudencial. La certificación de cargas y gravámenes (art. 656 LEC) como elemento esencial del procedimiento de apremio.—La jurisprudencia reconoce una especial significación al momento de emisión por parte del Registro de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes (art. 656 LEC). Dicha certificación

acreditativa de los derechos y cargas que afectan al inmueble sobre el que se ha iniciado la ejecución, persigue varios objetivos: a) Conocer el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se sigue la ejecución a los efectos de determinar la valoración del bien para la subasta (que se calcula deduciendo su importe del avalúo); b) Proporcionar a los posibles licitadores una información completa sobre las condiciones de adquisición y, en concreto, sobre la existencia de cargas anteriores que no desaparecerán con la adquisición; y c) Identificar e individualizar a los titulares de derechos y cargas inscritos o anotados con posterioridad al del acreedor ejecutante, los cuales quedarán extinguidos por la realización del bien, a los efectos de comunicarles la pendencia del proceso de ejecución para que puedan intervenir en él a los efectos legalmente previstos.

La expedición de dicha certificación, sin duda, ha dado lugar a la extensión de nota marginal en la hoja registral a efectos de publicidad; y la existencia de la ejecución es comunicada a los titulares de derechos que figuren en asientos posteriores al del derecho del ejecutante (art. 659.1 LEC).

La certificación de cargas y gravámenes prolonga sus efectos más allá cualquier alteración posterior.—El contenido de tal certificación tiene un valor esencial en el desarrollo del procedimiento de apremio y que la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble de que se trate, de forma que cualquier alteración posterior — como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante— no modifica dicha situación.

La aprobación del remate y la adjudicación de la finca produce la cancelación de todas las anotaciones de embargo posteriores.—En definitiva, la aprobación del remate y la adjudicación conlleva como efecto propio la cancelación de todas las anotaciones de embargo posteriores, que carecen de preferencia sobre la que servía de apoyo a la ejecución, pues la anotación de embargo que beneficiaba al ejecutante ha causado estado y producido su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes.

La notificación telemática del artículo 322 LH. Requisitos para su validez.—Teniendo en cuenta la doctrina de esta Sala, expresada fundamentalmente en la sentencia de 20 de septiembre de 2011, se ha de imponer la interpretación literal de lo establecido en el artículo 322 LH en el sentido de que para la validez de la notificación telemática a efectos de dar inicio al plazo de caducidad es necesario que el interesado haya aceptado expresamente este modo de notificación sin que pueda equivaler a dicha aceptación expresa el hecho de que, en los datos dejados por el presentante ante el Registro de la Propiedad, simplemente apareciera un número de fax. (**STS de 7 de julio de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La parte actora demandó la revocación del acuerdo de la Sra. Registradora de la Propiedad por la que denegó la solicitud de cancelación de las cargas posteriores a la garantizada por la ejecución en la que se había efectuado adjudicación a su favor de un inmueble. Los demandados alegaron que la demanda estaba presentada fuera del plazo previsto en la Ley Hipotecaria. Alegan que el acuerdo denegatorio de cancelación fue notificado, mediante fax, a la demandante en diciembre de 2012 y la demanda fue presentada en febrero de 2013. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso al considerar

que la acción había caducado. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia se pronuncia, otra vez, sobre el problema de la subsistencia o no, de las cargas posteriores a la anotación de embargo origen del auto judicial que aprueba el remate de un bien inmueble, cuando el auto de adjudicación se inscribe una vez caducada la anotación preventiva que dio lugar al procedimiento de ejecución. Sobre la cuestión hay dos posiciones. Para la DGRN una vez cancelada la anotación de embargo preventivo (por caducidad) no es posible cancelar las cargas posteriores. De esta forma, según la DGRN, caducada la anotación en la que se basa el procedimiento, se puede inscribir la adjudicación del bien, pero con mantenimiento y sin cancelación de las cargas posteriores a la ejecutada. Para que la cancelación de las cargas posteriores hubiera sido posible debía haberse presentado, en el Registro, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, antes de que hubiera caducado la anotación preventiva de embargo que lo motivó (entre otras, Resolución DGRN de 20 de julio de 2017). Sin embargo, la posición de la jurisprudencia es contraria a la solución de la DGRN. Así, SSTs de 12 de febrero de 2007, 23 de febrero de 2015 y 7 de julio de 2017, la adjudicación de la finca por vía ejecutiva debe llevar como efecto propio la cancelación de todas las anotaciones de embargo posteriores. Pues el adjudicatario debe recibir la finca según situación registral que se reflejaba en la certificación de cargas y gravámenes, siendo indiferente para el ejecutante la caducidad o no de la anotación que dio origen a la ejecución. (C. O. M.)

DERECHO DE FAMILIA

23. Momento de disolución de la sociedad de gananciales a efectos de su liquidación en supuesto donde hubo separación judicial con ulterior anulación del convenio regulador.—La disolución de la sociedad de gananciales es un efecto de la sentencia firme de separación (arts. 95 y 1392.3.º CC). Que el convenio regulador aprobado por la sentencia firme de separación sea declarado nulo por otra sentencia posterior en el marco de un proceso declarativo no afecta a la eficacia disolutiva que, por imperativo legal, la sentencia firme de separación tiene sobre la sociedad de gananciales. Por tanto, si la sociedad de gananciales no ha sido previamente disuelta mediante capitulaciones matrimoniales (arts. 1392.4.º y 1325 CC), la sentencia firme de separación es la que disuelve la sociedad.

Que la liquidación de la sociedad de gananciales admita realizarse en un momento posterior al de disolución de la sociedad de gananciales, bien de forma paccionada, bien mediante procedimiento judicial (art. 806 LEC) no resta fuerza a la sentencia firme de separación para disolver la sociedad.

Inclusión, en el activo de la sociedad de gananciales, de las cantidades abonadas con fondos de la sociedad en concepto de cuotas de un contrato de *leasing* privativo celebrado por el esposo.—La distinción que —a efectos contables y fiscales— se realiza en el pago de las cuotas del contrato

de *leasing* entre (i) la recuperación del coste de adquisición del bien por la entidad arrendadora (cuota de amortización) y (ii) la parte correspondiente a la carga financiera (cuota de intereses) no se puede tener en cuenta a la hora de determinar las cantidades que han de ser inventariadas para la liquidación de la sociedad de gananciales; ello bajo el argumento de que la parte correspondiente a la cuota de intereses remuneraría al arrendador por la cesión del uso del bien, uso que a su vez generaría rendimientos gananciales y que, por tanto, debería excluirse del activo de la sociedad en sede de liquidación.

Las cuotas que paga el arrendatario en el marco de un contrato de *leasing* constituyen la prestación que este satisface, a fin de utilizar el bien cedido gracias a la financiación externa y, en su caso, adquirir su propiedad. La naturaleza financiera de este contrato explica que en el cálculo de las cuotas se tenga en cuenta, de un lado, el precio por el que la entidad arrendadora compra el bien y, de otro lado, la carga financiera exigida por dicha entidad. Pero el carácter de carga financiera de esta última parte de la cuota (cuota de intereses) no puede identificarse con el pago del uso del bien porque no constituye una contraprestación de la cesión del uso. (**STS de 13 de septiembre de 2017**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—A y B, que habían contraído matrimonio el 2 de diciembre de 1993, presentaron demanda de separación de mutuo acuerdo en 1997. El 9 de febrero de 1998 el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de separación y aprobó la propuesta de convenio regulador firmado por las partes el 15 de septiembre de 1997 y el 19 de enero de 1998. En 2006, B, a la sazón el esposo, presentó demanda de divorcio frente a A, recayendo sentencia el 30 de enero de 2007. En esta sentencia, se confirmaron las medidas establecidas en la sentencia de separación de 1998, con algunas limitaciones en lo relativo a los alimentos de las hijas y la pensión compensatoria.

En la contestación a la demanda de divorcio, A refirió que había promovido juicio declarativo de nulidad del convenio regulador que se aprobó en sentencia de separación. Sin embargo, no aportó documento acreditativo alguno.

El mismo año 2006, A (la esposa) presentó demanda de inexistencia o nulidad del convenio regulador que acompañó a la sentencia de separación de 1998. El Juzgado de Primera Instancia inadmitió la demanda, sobre la base de que el mismo habría sido aprobado por sentencia firme que gozaba de autoridad de cosa juzgada. Frente a la inadmisión, A presentó recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial que, mediante auto de 8 de noviembre de 2006, declaró que no se trataba de la revisión de una sentencia firme, sino de la impugnación del convenio regulador, como negocio jurídico y como manifestación del modo de autorregulación de los intereses de las partes.

El 16 de enero de 2012, A presentó escrito en el Juzgado de Primera Instancia por el que instó la formación de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales formada con B. El Juzgado dictó sentencia el 24 de abril de 2014 en el que declaró que la sentencia firme de separación determinó la conclusión de la sociedad de gananciales en la fecha en que se decretó la separación judi-

cial de los cónyuges, esto es, el 9 de febrero de 1998. A partir de aquí, tras un análisis de la propuesta de inventario y las alegaciones, contabilizo el activo y el pasivo de la sociedad.

Contra la sentencia, A interpuso recurso de apelación, oponiéndose B al mismo. Y, además de oponerse, B impugnó la sentencia de primera instancia en lo referido a las cantidades satisfechas como cuotas de arrendamiento financiero de diversos locales, que consideraba no figuraban en el activo del inventario.

La Audiencia Provincial estimó el recurso presentado por A y revocó la sentencia de instancia en lo referido a la extinción de la sociedad de gananciales, determinando que debe estarse a la fecha del divorcio producido por sentencia de 30 de enero de 2007.

B interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal frente a la sentencia de apelación. (A. I. R. A.)

24. Atribución del uso de la vivienda familiar por tiempo indefinido no existiendo hijos menores alcanzada la mayoría de edad por los hijos existentes.—La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge, no existiendo hijos menores o habiendo alcanzado la mayoría de edad los hijos existentes, puede corresponder al cónyuge más necesitado de protección, de conformidad con el artículo 96 III CC, siempre que, en atención a las circunstancias, su interés fuese el más necesitado de protección. Ahora bien, tales circunstancias no confieren un derecho ilimitado ni justifican la atribución del uso de la vivienda por tiempo indefinido, a falta de acuerdo entre las partes.

La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso de la vivienda familiar (art. 96 I CC) deja en situación de igualdad al marido y la mujer ante este derecho en el marco de una situación que nueva, equiparada a la situación en que no hay hijos (art. 93 CC), y que tiene en cuenta el interés superior de protección que a partir de entonces justifiquen las circunstancias y por un tiempo determinado (STS núm. 707/2013, de 11 de noviembre). La adjudicación al cónyuge más necesitado de protección por tiempo indefinido supondría más bien una expropiación de la vivienda y no tanto una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes (STS núm. 315/2015, 29 de mayo).

Y ni siquiera un hipotético derecho de alimentos a favor del hijo ya mayor de edad (art. 142 CC) constituiría un criterio de atribución del uso de la vivienda familiar, aunque el hijo decidiese continuar viviendo con el cónyuge al que le fue asignada la guarda y custodia. (STS de 20 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—D. Pedro y Dña. Rafaela se divorciaron en virtud de sentencia de fecha 11 de septiembre de 2007. Esta sentencia aprobó también las medidas fijadas en convenio regulador de 29 de diciembre de 2006.

El 6 de febrero de 2014, D. Pedro interpuso demanda de modificación de las medidas del convenio regulador. En particular, solicitaba la reducción de la pensión compensatoria, la no atribución especial del uso de la vivienda a Dña. Rafaela, y la supresión de la pensión alimenticia respecto del hijo común, ya mayor de edad,

tener un trabajo a tiempo parcial y no estar complementando su formación.

La sentencia del juzgado estimó parcialmente la demanda, acordando la supresión de la pensión alimenticia a favor del hijo, pero sin reconocer el derecho a las otras modificaciones solicitadas.

D. Pedro interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia en su integridad. La Audiencia reitera la argumentación del Juzgado en cuanto que las circunstancias inherentes a la atribución de la vivienda y a la pensión alimenticia no habían variado sustancialmente.

Frente a la sentencia de la Audiencia, D. Pedro interpuso recurso de casación, en su modalidad de interés casacional, denunciando la infracción del artículo 96 III CC en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar que debe hacerse en caso de existir hijos mayores. (A. I. R. A.)

25. Divorcio: Atribución de la vivienda familiar: Custodia compartida.—Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes: (i) D.^a Milagrosa formuló demanda de divorcio contra D. Secundino, solicitando la disolución del matrimonio contraído por ambos. Fruto de este nacieron dos hijas en los años 2006 y 2010; (ii) La sentencia de primera instancia acordó la disolución del matrimonio y, como medida ahora relevante, la guarda y custodia compartida de las hijas y la atribución de la vivienda familiar a D.^a Milagrosa y a sus hijas menores; (iii) D. Secundino interpuso recurso de apelación del que conoció la sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual dictó sentencia el 4 de diciembre de 2015 y, con cita de las sentencias de esta Sala de 5 de septiembre de 2011 y 30 de marzo de 2012, acordó que el uso de la vivienda familiar se otorgaba a las hijas y a la madre hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, siempre que las hijas hayan alcanzado la mayoría de edad en ese momento. De modo que, aunque se liquidase la sociedad legal de gananciales, mientras las hijas sean menores de edad, estas y su madre permanecerán en el uso y disfrute de la vivienda familiar. Pone el acento en si la protección del uso de la vivienda respecto de los hijos, se extiende a estos al ser mayores de edad. Lo niega en atención a que, en su condición de alimentistas mayores de edad, no tienen derecho a obtener parte de los alimentos que precisen mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que no hayan elegido convivir.

D. Secundino interpuso recurso de casación por interés casacional, al amparo del artículo 348 CC y artículo 33 CE, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial de la sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2014, en el sentido de que procedería determinar una temporalidad en el uso de la vivienda atribuida a la esposa como interés más necesitado de protección en un supuesto en que se ha acordado la guarda y custodia compartida, resultando necesario que se fije o se declare infringida dicha jurisprudencia, conforme a la cual el artículo 96 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, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe apli-

carse analógicamente es la del párrafo 2.º, en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, el interés más necesitado de protección, que no es otro que aquél que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres; en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero; en ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo 3.º para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo 1.º de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez salvo lo establecido en el artículo 96 (sentencias de 3 de abril y 16 de junio de 2014, entre otras). Critica la aplicación del párrafo 1.º del artículo 96 CC previsto para cuando se atribuye la custodia de los hijos de forma exclusiva a un cónyuge y que este no es el caso aquí contemplado por cuanto lo acordado es la guarda y custodia compartida. Teniendo en consideración esta circunstancia y la cotitularidad de la vivienda al 50% de ambas partes, solicita que se limite el uso de la misma a un plazo de dos años desde la sentencia que se dicte.

Doctrina jurisprudencial.—La parte recurrente plantea una cuestión eminentemente jurídica, por incorrecta aplicación en la sentencia recurrida de la doctrina de esta Sala en materia de atribución y uso de la vivienda familiar cuando la guarda y custodia de los hijos es compartida. Por ello no puede acogerse el óbice de admisibilidad del recurso, pues no se plantea una revisión de los hechos declarados probados. La sentencia recurrida obvia aplicar la doctrina de la Sala sobre atribución y uso de la vivienda familiar en supuestos de guarda y custodia compartida, doctrina que ya se había fijado a la fecha en que se dictó la sentencia. Aplica, por el contrario, el párrafo 1.º del artículo 96, previsto para cuando se atribuye a un solo cónyuge la guarda y custodia de los hijos menores, que no es el caso.

La sentencia de 23 de enero de 2017 recoge la doctrina de la Sala, con remisión a la sentencia 215/2016, de 6 de abril, que, a su vez, recoge la contenida en sentencias anteriores. En todas ellas se hace ver que no existe en el Código Civil una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar para adaptarla a este régimen de custodia, en contra de lo que sí han llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente País Vasco).

Se afirma que «la Sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo 2.º del artículo 96 CC, que regula el supuesto de que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro remitiendo al juez a resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 CC se identifica con la que fue

vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el artículo 92.2 CC., aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 545/2014, de 15 de septiembre), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales (SSTS de 17 de noviembre de 2015 y 11 de febrero de 2016, entre otras).

Si se atiende a la citada doctrina, desconocida por la sentencia recurrida, la decisión correcta será limitar el uso de la vivienda familiar por la madre y sus hijas. Atendiendo a las circunstancias de empleo de la madre y edad de los menores, el límite, como interesa el Ministerio Fiscal, ha de ser de tres años a computar desde el dictado de la presente sentencia. **(STS de 12 de mayo de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Apenas introducida la guarda compartida MARTÍNEZ DE AGUIRRE llamó la atención sobre el rasgo de timidez formal que demostró inicialmente el legislador al establecerlo (*Curso*, IV, 5.º ed., 2016, p. 200). La jurisprudencia posterior muestra no menor imprevisión a la hora de integrar la nueva figura en el régimen dominante del delicado tema de los efectos de la separación y divorcio vigente en relación con el Código Civil. La sentencia extractada denuncia una laguna legal que la Sala se ha visto obligada a rellenar razonablemente. No será la última como también ha detectado el mismo autor. De igual Ponente que la sentencia ahora extractada es la STS de 6 de abril de 2016, que había sido extractada y anotada por mí en *ADC*, 2017, pp. 1361 ss. (*G. G. C.*)

26. Pensión compensatoria (art. 97 CC): Su limitación temporal se encuentra supeditada al cumplimiento de su función de restablecimiento del equilibrio económico extinguido tras el divorcio. Determinación del posible desequilibrio económico, duración temporal o indefinida de la pensión y de su cuantía en función de las circunstancias concurrentes y, particularmente, de las previstas en el artículo 97 CC. Eficacia temporal retroactiva de la pensión compensatoria fijada en segunda instancia.— Resulta lógica la fijación de una pensión compensatoria de forma indefinida cuando las circunstancias del caso en modo alguno permitan suponer la incorporación del beneficiario al mercado laboral en condiciones idóneas de competitividad. La atribución del uso de la vivienda familiar al beneficiario no justifica la limitación temporal de la pensión, al realizarse a favor de un hijo hasta que éste alcance su independencia económica o abandone el hogar, y encontrarse además supeditada a una posible liquidación de la sociedad de gananciales. La fijación de una pensión compensatoria temporal sólo es posible si puede cumplir con su finalidad de restablecer el equilibrio económico

que es lo que persigue aquélla, y no la de conservar el nivel de vida de que se disfrutaba durante el matrimonio. Las circunstancias del caso, particularmente las previstas en el artículo 97 CC permiten valorar la aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, lo que constituye un juicio prospectivo que debe realizar el órgano judicial con prudencia y criterios de certidumbre o potencialidad real (STS de 4 de abril de 2017, que cita a su vez otras). La cuantía de la pensión modificada en segunda instancia produce efectos desde la notificación de la sentencia dictada en primera instancia, puesto que ésta es la que declara el divorcio, y en tal momento se produce el desequilibrio económico. (**STS de 20 de junio de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La esposa, que no había desempeñado otro trabajo fuera del ámbito doméstico que el realizado durante años en la clínica dental del marido como auxiliar recepcionista sin percibir ingresos y sin ninguna titulación, interpone demanda de divorcio y solicita una pensión compensatoria de 1.000 euros. El marido se opuso y el Juzgado de Primera Instancia estableció la pensión en la cantidad de 500 euros mensuales durante dos años. La Audiencia Provincial, por su parte, fijó una pensión de 800 euros mensuales desde la fecha de la sentencia de primera instancia y con carácter indefinido, sin perjuicio de su modificación o extinción si se cumplieran las condiciones de los artículos 100 y 101 CC. La Audiencia Provincial fundamenta el carácter indefinido de la pensión compensatoria en que la exesposa, salvo en el ámbito doméstico, no trabajó fuera de la clínica de su marido, y en su falta de titulación, lo que no permite suponer su capacidad para incorporarse al mercado laboral. La cuantificación de la pensión tuvo en cuenta el salario del ex marido procedente de su nómina de la Seguridad Social, y su alto nivel de vida que demostraba la percepción de unos ingresos en su actividad privada superiores a los obrantes en declaraciones fiscales. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del marido. (*F. S. N.*)

27. Divorcio. Pensión compensatoria. Criterios para su fijación como indefinida o temporal. Es necesario que quede determinado si el beneficiario razonablemente podrá superar la situación de desequilibrio económico en que le colocó la ruptura matrimonial.—Atendiendo a la finalidad de la compensación por desequilibrio, la fijación de una pensión con carácter indefinido presupone que el juzgador ha valorado que, en atención a las circunstancias, el beneficiario de la pensión difícilmente podrá superar con el tiempo la situación de desequilibrio. Por el contrario, la fijación de una pensión temporal se justifica cuando, acreditado el desequilibrio, las circunstancias permiten alcanzar un juicio prospectivo razonable sobre la posibilidad real de superar en un período de tiempo determinado la situación inicial de desequilibrio que pueda producirse tras una ruptura matrimonial.

Transformación en temporal de la pensión compensatoria acordada con carácter indefinido. Necesidad de que el cambio de circunstancias acredite la superación del desequilibrio económico por parte del beneficiario.—Cabe pensar que se puede temporizar una pensión que se reconoció

inicialmente sin fijar un plazo si, con posterioridad, en atención a alteraciones de las circunstancias (art. 100 CC), resulta previsible que en un lapso de tiempo el cónyuge beneficiario de la pensión puede superar la situación de desequilibrio. La cuestión es, por tanto, cuándo se produce una alteración de las circunstancias que, sin dar lugar al cese del desequilibrio, sea relevante para permitir la sujeción a un plazo de la pensión. Para ello es necesario ponderar si el cónyuge a quien la crisis matrimonial produjo un desequilibrio económico está ahora, en razón a nuevas circunstancias sobrevenidas que no se pudieron tener en cuenta cuando se fijó la pensión con carácter indefinido, en condiciones de superar el desequilibrio económico en un plazo previsible. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida o vitalicia. Es cierto que esta transformación de la pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 27 de junio de 2011 y 23 de octubre de 2012, entre otras). Debiendo descartarse la posibilidad de extinguir una pensión concedida con carácter vitalicio atendiendo únicamente al mero transcurso del tiempo y no al dato objetivo de la subsistencia o no del desequilibrio que la motivó. (STS de 20 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—B. interpuso contra su exesposa A. demanda de modificación de medidas definitivas, acordadas en el procedimiento de divorcio, solicitando que se dejara sin efecto la pensión compensatoria establecida a favor de ésta o, subsidiariamente, que se rebajara su importe y pasara a ser temporal. Dicha pensión había sido acordada con carácter vitalicio y para su modificación el actor alegaba el cambio sustancial de circunstancias que se había operado durante los seis años transcurridos desde que se acordó, en especial, que sus ingresos se habían reducido y sobre todo que sus hijos se habían hecho mayores y, por tanto, necesitaban menos atención de parte de su madre, por lo que aumentaban las posibilidades de ésta de incorporarse al mercado laboral y obtener un trabajo con el que subvenir a sus necesidades. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y, manteniendo su carácter vitalicio, redujo su importe a la mitad. La Audiencia Provincial de Oviedo acogió los recursos de apelación presentados por ambas partes, y en tal sentido no modificó la cuantía de la pensión compensatoria que venía establecida en la sentencia de divorcio, pero estableció como término máximo de devengo el plazo de cuatro años a partir de la fecha de la sentencia de apelación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación presentado por la beneficiaria de la pensión. (I. D.—L.)

DERECHO MERCANTIL

28. Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal (LCD): alteración de situación de igualdad.—Serán reprochables, desde el punto de vista de la competencia desleal, las infracciones normativas que afecten la situación de igualdad inicial de los competidores y que faciliten al infractor una ventaja competitiva de la que carecería si se hubiese atendido al estricto cumplimiento de las diferentes normas reguladoras de su actividad. La deslealtad reside en los apartados 1 y 2 del artículo 15 LCD, en la obtención de una ventaja competitiva significativa mediante la infracción de normas. No se protege propiamente la libre competencia, porque es posible que las normas concurrenciales que se infrinjan regulen un mercado intervenido. Se protege la igualdad de los concurrentes, que deben actuar en igualdad de condiciones y no desde posiciones concurrenciales aventajadas, obtenidas por la infracción de las normas reguladoras del mercado (en el caso de la conducta prevista en el art. 15.2 LCD), respecto de aquellos concurrentes que sí respetan las exigencias de tales normas.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 LCD: identidad de fundamento.—La ausencia de una referencia específica en el apartado segundo del artículo 15 LCD a la ventaja competitiva significativa, que sí se contiene en el apartado primero, no debe entenderse como indicativa de que cada uno de los apartados tiene un fundamento distinto. El fundamento de ambos apartados es común, la represión de la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de normas. La diferente redacción de uno y otro, en cuanto a la exigencia de la prevalencia de la ventaja competitiva significativa, responde a que la mera infracción de una norma que no tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial no supone necesariamente una obtención de ventajas competitivas significativas, y de ahí que se introduzca en el texto del precepto esa exigencia. Por el contrario, cuando la norma infringida tiene por objeto la regulación de la competencia, dicho incumplimiento suele provocar en la inmensa mayoría de los casos una alteración automática de la *par condicio concurrentium* entre las empresas competidoras en un mismo mercado y es esto lo que determinará, por lo general, que el infractor incurra en una conducta desleal.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 LCD: naturaleza.—La previsión de deslealtad de los dos primeros apartados del artículo 15 LCD no constituye una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación, al tiempo que un reproche de ilicitud diferente al que se asocia a la norma vulnerada, pues la finalidad del artículo 15.2 LCD no es reprimir la infracción de la norma reguladora de la competencia, sino reprimir la prevalencia de una ventaja competitiva significativa adquirida a resultas de la infracción de tal norma.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 LCD: prevalencia de la ventaja.—En el caso de infracción de normas que no tienen por objeto la regulación de la competencia, prevista en el artículo 15.1 LCD, es preciso que se justifique adecuadamente que se ha producido una prevalencia de la ventaja competitiva significativa obtenida mediante la infracción de las normas, porque en principio tal circunstancia no es consecuencia natural de una simple infracción de ese tipo de normas, mientras que en el caso de la infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurren-

cial, se presume que tal infracción trae consigo la obtención de una ventaja competitiva significativa de la que puede prevalerse el infractor. En este segundo caso, para excluir la deslealtad de la conducta será necesario justificar adecuadamente la existencia de circunstancias excepcionales que motiven que, pese a la infracción de normas reguladoras del mercado, tal infracción no conlleva que el competidor obtenga y se prevalega de una ventaja competitiva significativa.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 LCD: diferentes aspectos.—En la apreciación de la concurrencia de la conducta desleal de los apartados primero y segundo del artículo 15 LCD hay dos aspectos: el primero, si ha existido infracción de normas, en el caso del apartado segundo, dichas normas deben tener por objeto la regulación de la actividad concurrencial. *El segundo aspecto* es si, comprobada la existencia de la infracción de la norma, tal infracción ha traído consigo una ventaja competitiva significativa de la que se haya prevalido alguna de las empresas concurrentes en el mercado.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 LCD: calificación.—La calificación como desleal de la infracción de una norma reguladora del mercado exige una valoración jurídica específica e independiente, añadida a la de la ilegalidad de la actuación, que se basa sobre premisas propias, al tiempo que supone un desvalor adicional al propio de la simple infracción de la norma. Por tanto, la simple infracción de tales normas no puede traer consigo la apreciación de deslealtad por aplicación del artículo 15.2 LCD, en tanto que, por las circunstancias concurrentes en el mercado, tal infracción no determinó que las demandadas se prevaleieran de una ventaja competitiva significativa.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15.2 LCD: finalidad del supuesto.—El apartado segundo del artículo 15 LCD no tiene por objeto reprimir el incumplimiento de obligaciones normativas reguladoras de la competencia por parte de los competidores concurrentes en el mercado, sino reprimir los efectos perjudiciales que para el mercado conllevan las infracciones de tales normas por parte de los competidores que participan en el mismo, pues la jurisprudencia ha señalado que la calificación como desleal de la infracción de una norma no es una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación, al tiempo que una sanción distinta a la prevista en la norma vulnerada. Por tanto, la conducta desleal del artículo 15.2 LCD, teniendo por objeto directo la protección del interés general en el mantenimiento de un mercado que funcione de acuerdo con la competencia por eficiencia y no por ilicitud, protege también el interés de los competidores en que se repriman aquellas conductas que a ellos mismos les están prohibidas y que les pueden provocar pérdidas económicas al encontrarse en una situación de inferioridad para competir en el mercado.

Competencia desleal. Prácticas engañosas: interés protegido e improcedencia indemnización a competidores.—En el caso de los artículos 21 y 23 LCD, o sea, prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad y prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa, respectivamente, el interés protegido es fundamentalmente el de los consumidores a recibir una información no engañosa y a que la publicidad de los productos y servicios respete las exigencias legales. Por tanto, la comisión de

esas conductas desleales no es un título jurídico que permita imputar la obligación de indemnizar daños y perjuicios a los competidores.

Competencia desleal. Normativa comunitaria: necesidad de examen pormenorizado y excepciones.—La jurisprudencia del TJUE considera que la Directiva 2005/29 establece, en su anexo I, una lista exhaustiva de 31 prácticas comerciales que, con arreglo al artículo 5, apartado 5, de dicha Directiva, se consideran desleales en cualquier circunstancia. En consecuencia, se trata de las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9 de la Directiva 2005/29.

Juegos de azar. Consideración general: excepciones.—La jurisprudencia considera que de la regulación existente antes de que fuera aplicable la normativa de la Ley del juego de 2011, y en concreto del Real Decreto-Ley 16/1977 y el Real Decreto 444/1977, se deriva que en nuestro ordenamiento existía una prohibición de carácter general, de la que únicamente escapaban los juegos que cumplieran el doble requisito: *por un lado*, constituir usos sociales de carácter tradicional o familiar y, *por otro*, no ser objeto de explotación lucrativa. Fuera de estas excepciones, era necesario que el juego en cuestión estuviera incluido en el catálogo previsto en el artículo 2 del Real Decreto 444/1977, sus medios técnicos estuvieran homologados y que además estuviera autorizado conforme a lo previsto en el artículo 1 de dicho Real Decreto y el artículo 1 del Real Decreto-ley 16/1977. En suma, el ámbito de tal prohibición era general y no se encontraba circunscrito a los juegos a practicar en establecimientos.

Juegos de azar. Regulación: requisitos.—La regulación de los juegos de azar exigía la inclusión de la modalidad de juego en un catálogo, la homologación de los medios técnicos y la posterior autorización administrativa para que la práctica de tal juego sea lícita, sistema que se establece con carácter general para la totalidad de los juegos o actividades en los que se aventuren cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables, en forma de envites o traviesas sobre los resultados, y que permitan su transferencia entre los participantes y con independencia de que predomine en ellos el grado de habilidad, destreza o maestría de los participantes, o sean exclusiva o primordialmente de suerte, envite o azar, y tanto si se desarrollan mediante la utilización de máquinas automáticas, como si se llevan a cabo a través de la realización de actividades humanas.

Juegos de azar. Régimen general: prohibición.—En un sistema de prohibición general, salvo inclusión en catálogo y autorización administrativa expresa, la obsolescencia de la regulación y la falta de inclusión en el catálogo (y, por tanto, de posibilidad de autorización) de determinadas modalidades novedosas de juego, podrá fundar críticas a la política legislativa y a la actuación de la Administración encargada de elaborar el catálogo, pero no supone que exista una especie de abrogación de la normativa, ni su inaplicabilidad a aquellas parcelas en las que la normativa haya quedado anticuada.

Juegos de azar. Regulación: juego *on line*.—La falta de referencia al juego *on line* y, en concreto, la falta de inclusión de modalidades de juego *on line* en el catálogo de juegos permitidos, y la falta de autorización alguna para la práctica de tales juegos *on line*, no puede interpretarse como justificativa de que el juego *on line* no estaba prohibido en dicha normativa. Por el contrario, supone que la práctica de juego *on line*, cuando reunía las características previstas en dichas normas (que se aventurasen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables, en forma de envites o traviesas sobre

los resultados, y permitiese su transferencia entre los participantes), no estaba autorizada y, por tanto, era ilícita. (STS de 17 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de las mercantiles D. O. de J. R., S. A.; C. A., S. A.; M., S. A. y C. E., S. L., interpuso demanda de competencia desleal contra R. E. E. L. y R. E. E. L. S. Plc; por actos de competencia desleal, toda vez que consideraba que las demandadas venían ofreciendo servicios de juego de azar y apuestas (en concreto, póker) a los consumidores situados en territorio español a través de una página de internet, y habían realizado publicidad de dicha actividad en distintos medios de comunicación de nuestro país, presentándose ante los consumidores como una empresa plenamente autorizada para llevar a cabo tales actividades, cuando entendía que los juegos de azar y apuestas constituían una actividad prohibida en España, de manera que únicamente podían ofrecerse aquellos juegos y apuestas que previamente hubieran sido aprobados por la administración competente y cuando las oferentes contaran con la autorización correspondiente, lo que no sucedía, a su entender, en este caso, por lo que las demandantes solicitaban la cesación y prohibición de las actividades objeto de la *litis* y de su publicidad en territorio español. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona desestimó la demanda sin hacer expresa imposición de costas al considerar que las demandadas no habían incurrido en las conductas desleales que se les imputaban ya que el juego *on line* no se reguló en España hasta la Ley 13/2011, de 27 de mayo, *de regulación del juego* y no se considera que hubiera engaño al consumidor al publicitar que la actividad estaba autorizada, aunque no lo fuera por autoridad española. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida sin hacer expresa imposición de costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que en este caso no resulta aplicable la normativa comunitaria, puesto que, como señala la sentencia, la actividad de *póker on line* objeto de esta *litis* se ofertaba en el sitio web www.xxxxxx.com desde la Isla de Man y era organizado por la entidad demandada R., que era una sociedad constituida conforme a las leyes de la isla de Man y con domicilio social en la misma, lo que excluye la aplicación de la normativa comunitaria en materia de libre circulación de servicios, dado que cuando el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se adhirió a las entonces Comunidades Europeas, el apartado 4 del artículo 227 del Tratado CE establecía: «Las disposiciones del presente Tratado se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro». Mediante el apartado 3 del artículo 26 del Acta relativa a las condiciones de adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y a las adaptaciones de los Tratados (el Acta de adhesión), se añadió al citado artículo 227 un nuevo apartado 5 en

el que se establece lo siguiente: «No obstante lo dispuesto en los apartados precedentes: ... c) las disposiciones del presente Tratado sólo serán aplicables a las islas del Canal y a la isla de Man en la medida necesaria para asegurar la aplicación del régimen previsto para tales islas por el Tratado relativo a la adhesión de nuevos Estados miembros a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado el 22 de enero de 1972». El régimen especial establecido para la isla de Man (junto con las llamadas islas del Canal o islas anglonormandas) al que se hace referencia en el apartado 5 del artículo 227 del Tratado CE es el establecido por el Protocolo núm. 3 del Acta de adhesión, relativo a las islas del Canal y a la isla de Man (el Protocolo). El Protocolo figura como Anexo del Acta de adhesión y forma parte integrante del Tratado CE (art. 158 del Acta de adhesión). La solución que prevaleció en el curso de las negociaciones para el ingreso del Reino Unido en las Comunidades fue la de permitir amplias excepciones a la plena aplicación del Tratado en estos territorios. En consecuencia, las disposiciones del Tratado no expresamente mencionadas en el Protocolo no son aplicables a la isla de Man e islas del Canal. En el Protocolo se establece que las islas del Canal y la isla de Man forman parte de la Unión Aduanera comunitaria, pero no del ámbito de aplicación de la Política Agrícola Común. Y, en cuanto a la libre circulación de personas y servicios, en el artículo 2 del Protocolo se estableció: «El Acta de adhesión no afectará a los derechos de que gozan los nacionales [de esas islas] en el Reino Unido. No obstante, dichos nacionales no se beneficiarán de las disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de personas y servicios». La consecuencia de lo dicho es que las normas comunitarias sobre libre circulación de servicios no pueden beneficiar a las empresas con nacionalidad manesa, como era el caso de la demandada, por lo que la jurisprudencia del TJUE recaída sobre la libertad de circulación de servicios, y en concreto, de actividades de juegos de azar, no es de aplicación al caso. (N. D. L.)

29. Medidas contra la morosidad. Limitación temporal del plazo de pago: naturaleza y alcance.—La jurisprudencia considera que, con relación al alcance de la limitación de la determinación del plazo para el pago, previsto en la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales* (LLCM) debe precisarse que la posibilidad, por el legislador nacional, de configurar dicha limitación con carácter imperativo para las partes contratantes encuentra un claro encaje con lo dispuesto en la Directiva 2011/7/UE, pues, su artículo 12.3, expresamente prevé que los Estados miembros puedan mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva.

Medidas contra la morosidad. Limitación temporal del plazo de pago: opción por el carácter imperativo.—La opción por el carácter imperativo de la limitación del plazo (como norma de *ius cogens*) fue la que ya ejercitó nuestro legislador con la modificación introducida por la LLCM. Opción que reflejó no sólo el propio tenor del artículo 4.1 de dicha Ley,

sino también el Preámbulo de la misma en atención a las finalidades y objetivos que informaban las modificaciones operadas respecto del texto inicial de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. Carácter imperativo de la limitación del plazo que, a su vez, ha sido respetado por la posterior reforma introducida por la Ley 11/2013, de 26 de julio, *de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo* (LMAE), en donde el artículo 4.3 dispone con claridad que los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales.

Medidas contra la morosidad. Limitación temporal del plazo de pago: interpretación sistemática.—La interpretación sistemática de la normativa aplicable debe ajustarse a esta razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago. Razón que no sólo encuentra fundamento en la ordenación o estructuración de la norma, en donde el artículo 4 LLMCM regula específicamente la determinación del plazo, sino también y, sobre todo, en que la limitación prevista constituye una de las finalidades u objetivos queridos por el legislador a tenor del propio Preámbulo de la norma.

Medidas contra la morosidad. Limitación temporal del plazo de pago: criterios interpretativos.—El carácter imperativo para las partes de la limitación temporal establecida por la norma para el plazo del pago comporta que todos aquellos pactos que exceden de dicho límite temporal, 60 días naturales, resulten nulos de pleno derecho por contravención de lo dispuesto en la norma imperativa (art. 6.3 CC). Esta limitación legal del plazo, como regla general, presenta como única excepción, prevista en el propio artículo 4.2 LLMCM, aquellos supuestos de contratación que bien por mandato legal, o bien por pacto expreso, comporten procedimientos de aceptación o comprobación que verifiquen la conformidad con los bienes o servicios prestados, pues en tales supuestos el límite legal del plazo se puedan extender hasta los 90 días naturales contados desde la fecha de la entrega de los bienes o la realización de la prestación de los servicios. Por último, de acuerdo con lo señalado, el control de abusividad previsto en el artículo 9 LLMCM ópera, necesariamente, dentro del plazo marcado por la limitación temporal establecido por la norma, pues más allá del mismo la sanción contemplada no es otra que la nulidad del pacto por ser contrario a la norma imperativa. Conclusión acorde tanto con la función tuitiva de la norma, como con la conveniencia de una interpretación que fije con claridad los criterios de aplicación normativa.

Medidas contra la morosidad. Limitación temporal del plazo de pago: ausencia de antinomia.—La antinomia existente entre los artículos 4 y 9 LLMCM ha dejado de tener consistencia tras la modificación de este último artículo por la LMAE que ha suprimido la perturbadora referencia al *carácter subsidiario* de los plazos fijados por LLMCM, con lo que la razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago resulta fortalecida en el plano de la interpretación sistemática de la normativa aplicable, conforme también a la última reforma llevada a cabo por el legislador. (**STS de 19 de mayo de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de don M. interpuso demanda contra I. T.; S. A. y A. en base a los hechos de que el actor era titular de un negocio dedicado al movimiento de tierras y excavaciones, y subcontratista de la obra objeto del litigio, solicitando la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas contractua-

les que determinaban plazos superiores a los previstos por la LLCM. Dado que el contrato entre la contratista adjudicataria de la obra I. T., S. A., y el subcontratista, estableció que los pagos se hacían mediante pagarés con un vencimiento a 180 días contados desde la conformidad del contratista y la recepción de toda la documentación solicitada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de León desestimó la demanda al considerar que el carácter abusivo de la cláusula contractual de determinación del plazo no se producía por la mera circunstancia de que se pactasen plazos más amplios que los previstos en la LLCM, sino que debían tenerse en cuenta la naturaleza del contrato y las circunstancias concurrentes, todo ello sin hacer expresa imposición de costas. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida sin hacer expresa imposición de costas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

30. Contrato de distribución de productos sanitarios: Resolución unilateral por concedente: Indemnizaciones reclamadas por concesionario.

—El presente caso, relativo a un contrato de distribución en exclusiva y de duración indefinida, sin cláusula de preaviso, plantea, como cuestiones de fondo, tras la resolución unilateral por el concedente, la procedencia de indemnización al distribuidor por clientela y por falta de preaviso previo (arts. 28 y 25 de la Ley 12/1992, de 26 de mayo, del contrato de Agencia). Asimismo plantea la procedencia de indemnización derivada por el mantenimiento de un cierto stock de productos para el cumplimiento del contrato. De los hechos acreditados y las valoraciones realizadas en la instancia, interesa destacar lo siguiente: (i) Las partes, mediante acuerdo verbal, iniciaron una relación contractual de distribución de productos sanitarios; (ii) Al menos desde cinco años antes a la fecha en que el concedente resolvió unilateralmente dicha relación (31 de julio de 2011), la entidad demandante estuvo designada como representante y distribuidora en exclusiva de los materiales de cirugía maxilofacial de la concedente en España; (iii) Dicha relación contractual de distribución fue acordada por un periodo de tiempo indefinido, sin plazo de preaviso de extinción del contrato; y (iv) la distribuidora no incumplió, de forma grave, las obligaciones esenciales asumidas en la relación contractual. Por lo que la extinción de la misma obedeció a la resolución unilateral operada por la parte concedente.

La entidad distribuidora, Maffinter Med S. L. formuló demanda contra la entidad Gebrüder Martín, empresa concedente, solicitando una indemnización que superaba 4 millones de euros, por diversos conceptos (clientela, falta de preaviso, valoración de stock, inversiones no amortizadas, y por los «bonus» impagados de acuerdo con los objetivos del año 2010). A su vez, reconoció una deuda por 96.631 euros.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, condenando al abono de una indemnización de 215.387 euros, por clientela, y de 71.796 por falta de comunicación, cantidades de las que debe deducirse la deuda reconocida. Ambas partes apelaron; en cuanto a la actora estimó que no había asumido una obligación de mantener en depósito una determinada cantidad de los productos de distribución, pues, en definitiva, la distribuidora

compraba en firme a la concedente los productos que le eran solicitados por los clientes, a quienes los revendía, asumiendo los riesgos de esta comercialización. Por lo que concluyó que no estaba probada dicha obligación de recompra del stock. La demandada había solicitado que se tuviera en cuenta la indebida fidelización de hospitales públicos por la actora, lo que negó radicalmente «a la vista de los elementos probatorios aportados al proceso no ha justificado en forma cumplida y suficiente que la entidad actora hubiere incumplido, de forma grave, algunas de las obligaciones esenciales asumidas en virtud del propio contenido obligacional del contrato».

Contrato de distribución, en exclusiva, de duración indefinida. Procedencia de la aplicación analógica del artículo 28 LCA a la comercialización de productos sanitarios. Indemnización por un preaviso de resolución contractual insuficiente, artículo 25 LCA. Improcedencia de la *exceptio non adimpleti contractus*.—De acuerdo con las características de la presente relación contractual de distribución que vincula a las partes, no puede descartarse, con carácter general, la aplicación analógica del artículo 28 LCA. No consta que la comercialización de los citados productos sanitarios fuese realizada sólo con hospitales públicos, ni que la contratación fuese llevada a cabo exclusivamente por la vía del concurso público, sin posibilidad de contratación directa por los jefes de servicio. Tampoco puede descartarse, con carácter general, que la actividad comercial del distribuidor no pueda generar o favorecer al concedente una clientela que, a su vez, puede resultar fidelizada. Precisamente, en el presente caso ambas instancias consideraron acreditada la fidelización de la clientela por la actividad desplegada por la distribuidora de los productos sanitarios.

La decisión de la Audiencia resulta correcta porque, en el presente caso, la sentencia recurrida considera que resulta indemnizable el lucro cesante sufrido por el distribuidor por el incumplimiento del concedente de un preaviso razonable, que hubiera permitido reorientar su actividad comercial. En este sentido, con base en las exigencias derivadas del principio de la buena fe contractual (arts. 1258 CC y 57 CCO), y en su aplicación a las circunstancias del caso (contrato de distribución de larga duración, por tiempo indefinido y en exclusiva, con un importante nivel de ventas), concluye que el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el artículo 25 LCA, que aunque no resulta directamente de aplicación, sirve de referente para determinar la adecuación y el carácter razonable de la antelación del preaviso exigible en un caso como el presente.

Excepción *non adimpleti contractus*.—La jurisprudencia de esta Sala evidencia la carencia del fundamento del presente motivo, pues precisa expresamente que la aplicación de dicha excepción requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica del contrato, no bastando cualquier incumplimiento de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias. En el presente caso, ambas instancias consideran acreditado que la distribuidora no ha incumplido «de forma grave, alguna de las obligaciones esenciales asumidas en virtud del propio contenido obligacional del contrato». Por lo que el recurso plantea, en realidad, que se lleve a cabo una nueva valoración de la prueba, que resulta claramente improcedente por la vía del recurso de casación.

Cálculo de la indemnización por clientela: Buena fe.—Estima en parte el recurso de casación de la concesionaria. Con carácter general, al margen de lo pactado, la obligación del concedente de comprar el stock del distribuidor no puede ser considerado un elemento natural del contrato, y su determi-

nación debe hacerse en el seno de la integración contrato con arreglo al principio de la buena fe y atendiendo a las circunstancias del caso. Las SSTs del 20 de julio de 2015 y 19 de abril de 2016, han declarado que el principio de buena fe, como fuente de integración normativa del contrato, no sólo sanciona todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y de la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que colma obligacionalmente las lagunas que presente la reglamentación, de forma que las obligaciones derivadas del principio de buena fe integran el contrato, y, por tanto su cumplimiento puede ser reclamado por vía de acción. En el presente caso debe concluirse que la distribuidora viene legitimada para exigir a la concedente el pago del stock de productos conexo a la ejecución que venían efectuándose del contrato de distribución. Además debe destacarse la larga duración de la relación negocial que vinculaba a las partes. Relación de distribución en exclusiva, claramente acreditada al menos con cinco años de antelación con respecto a la resolución contractual ejercitada, debiendo resaltarse que la concedente no comunicó su decisión de resolver el contrato con un preaviso suficiente a la distribuidora, de forma que ésta pudiera gestionar con cierta antelación la venta de su stock. Todo ello conduce a que la distribuidora debe ser indemnizada por el daño ocasionado (daño emergente) que le ha supuesto tener a disposición de la concedente un stock que finalmente no va a ser objeto de venta en los centros hospitalarios. Si bien dicha indemnización debe ser calculada con relación al precio de adquisición de los productos en stock, y no al precio de venta como pretende la recurrente. (**STS de 19 de mayo de 2017**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Llama la atención, no tanto la atipicidad que, sobre todo en relaciones extrafronterizas, crece incesantemente en el ámbito obligacional privado, cuanto las características singulares del contrato concertado entre las partes. El concedente, pese a estar estructurado sin ningún tipo de limitación cuantitativa en las futuras prestaciones, se acoge férreamente a la oralidad que mantiene —sorprendentemente—, al menos durante un quinquenio. Es de aprobar el esfuerzo jurisprudencial por dotarlo de un régimen razonable vía analogía. (*G. G. C.*)

31. Sociedades mercantiles. Personalidad jurídica: adquisición.— Aunque con carácter general suele afirmarse que las sociedades de capital adquieren su personalidad jurídica con la inscripción de la escritura de constitución y la pierden con la inscripción de la escritura de extinción, esto no es del todo exacto. En el caso de las sociedades de capital, anónimas y limitadas, tanto bajo la actual Ley de Sociedades de Capital, como bajo las anteriores leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada, la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución es y era necesaria para adquirir la personalidad jurídica propia del tipo social elegido. Pero la falta de inscripción de la escritura de constitución no priva de personalidad jurídica a la sociedad, sin perjuicio de cual sea el régimen legal aplicable en función de si se trata de una sociedad en formación o irregular. En uno y en otro caso, tienen personalidad jurídica, y consiguientemente gozan de capacidad para ser parte. Sin perjuicio, además, de los supuestos

previstos en el artículo 6.2 LEC en los que se reconoce capacidad para ser demandadas a las entidades que, no habiendo cumplido con los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.

Sociedades mercantiles. Personalidad jurídica: pérdida.—La inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su personalidad jurídica, en cuanto que no puede operar en el mercado como tal, pero conserva esta personalidad respecto de reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos, que deberían haber formado parte de las operaciones de liquidación. A estos efectos, relacionados con la liquidación de la sociedad, ésta sigue teniendo personalidad, y por ello capacidad para ser parte demandada. Esto es, después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputaciones en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular.

Sociedades mercantiles. Cancelación registral: eficacia.—Después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular, de forma que la cancelación de sus asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas de la misma. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de liquidación es que se considere terminada la liquidación. Por ello, no impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación.

Sociedades mercantiles. Cancelación registral: pérdida de personalidad jurídica.—La cancelación no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación. La definitiva desaparición de la sociedad solo se producirá cuando la cancelación responda a la situación real; o sea, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir. En otro caso, los socios y los acreedores podrán lógicamente, conforme a las normas generales, pedir la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación, para interesar al tiempo la satisfacción de su crédito, demandado en todo caso a aquellos que hubieren propiciado una indebida cancelación de la inscripción de la sociedad. Lo que no resulta conforme a lo ya razonado es que se demande, sin más, a una sociedad que carece de personalidad jurídica sin pretender al mismo tiempo que la recobre.

Sociedades mercantiles. Cancelación registral: reclamación de operaciones pendientes.—Ya sea bajo la Ley de Sociedades Anónimas, ya sea bajo la Ley de Sociedades de Capital que completa el régimen de extinción de las sociedades anónimas, aunque formalmente la cancelación de los asientos registrales relativos a la sociedad conlleva su extinción, no podemos negarle cierta personalidad jurídica respecto de reclamaciones derivadas de pasivos sobrevenidos. Estas reclamaciones presuponen que todavía está pendiente alguna operación de liquidación. Es cierto que la actual Ley de Sociedades de Capital, en su art. 399, prevé la responsabilidad solidaria de los

antiguos socios respecto de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, en caso de pasivos sobrevenidos. En muchos casos, para hacer efectiva esta responsabilidad, no será necesario dirigirse contra la sociedad. Pero algunas reclamaciones, sin perjuicio de que acaben dirigiéndose frente a los socios para hacer efectiva responsabilidad solidaria hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, pueden requerir de un reconocimiento judicial del crédito, para lo cual resulte conveniente dirigir la demanda frente a la sociedad. En estos supuestos, en que la reclamación se basa en que el crédito reclamado debería haber formado parte de la liquidación, y que por lo tanto la practicada no es definitiva, no sólo no debemos negar la posibilidad de que pueda dirigirse la reclamación frente a la sociedad, sino que, además, no debemos exigir la previa anulación de la cancelación y la reapertura formal de la liquidación.

Sociedades mercantiles. Cancelación registral: representación de los liquidadores.—Cancelada registralmente la sociedad, no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad, bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito, sobre todo cuando, en atención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa declaración. Dicho de otro modo, a estos meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que se advierte están pendientes. Además, el art. 400 LSC atribuye esta representación a los (antiguos) liquidadores para la formalización de actos jurídicos en nombre de la sociedad, tras su cancelación. (STS de 24 de mayo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de doña G. interpuso demanda contra la mercantil J. V., S. A. solicitando fuera condenada a realizar las obras y reparaciones necesarias en una vivienda que le había comprado, en su defecto le indemnizara con el valor de las obras de reparación. La liquidadora de la demandada se opuso alegando que carecía de personalidad jurídica, en la medida en que estaba disuelta, liquidada y cancelada su hoja registral, entre otros motivos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia rechazó las excepciones formuladas y estimó parcialmente la demanda condenando a la entidad demandada a realizar las obras de reparación y, de no hacerlo, al pago del coste de reparación en la cantidad que determinaba, junto con el pago del coste del alquiler de una vivienda para la demandante, mientras se realizan las obras. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso de apelación al apreciar que la sociedad demandada carecía de capacidad para ser parte, porque estaba disuelta, liquidada e inscrita en el Registro Mercantil la correspondiente escritura de disolución y liquidación, por lo que al carecer de personalidad jurídica, al tiempo de presentarse la demanda, carecía de capacidad para ser parte. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXXI, 2018

FASCÍCULO I enero-marzo

	<u>Pág.</u>
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	
A cargo de 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

FASCÍCULO II

abril-junio

In Memoriam

- Manuel OLIVENCIA RUIZ, por Alberto Bercovitz 261

Estudios monográficos

- Sara ZUBERO QUINTANILLA: «Límites a la autonomía de la voluntad en las asociaciones privadas» 267
- Pedro Ignacio BOTELLO HERMOSA: «Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español» 339
- Sabrina LANNI: «El consumidor en la venta de bienes de consumo en Italia. Notas de derecho comparado» 395

Estudio legislativo

- Judith SOLÉ RESINA: «Las voluntades digitales: marco normativo actual» 417

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

- Por Marta OTERO CRESPO 441

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

- BECH SERRAT, Josep Maria: «Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora», por Carles Vendrell Cervantes 531
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «Titularidad de los montes», por Pedro de Pablo Contreras 536
- EGEA I FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep (dir.), FARNÓS AMORÓS, Esther (coord.): «Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya-La persona física i les institucions de protecció de la persona», por Pilar Benavente Moreda 546
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: «La finca registral y el Catastro», por Jacobo Fenech Ramos 555

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M. ^a del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUTIÁN	561
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO	587
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

FASCÍCULO III julio-septiembre

Estudios monográficos

José Ramón GARCÍA VICENTE: «Enriquecimiento por impensas y contratos de compraventa resueltos por incumplimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»	677
Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN: «La doble venta»	699
Davinia CADENAS OSUNA: «El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el <i>common law</i> »	787
Nieves FENOY PICÓN: «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo»	855

Vida jurídica

Isué Natalia VARGAS BRAND/Antonio Ismael RUIZ ARRANZ: «Jornadas Internacionales sobre Actualización del Derecho de Obligaciones y Contratos, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Universidad de Murcia»	1051
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
ANDERSON, Miriam/ARROYO AMAYUELAS, Esther (eds.): «The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe», por Isabel González Pacanowska	1085
GRAMUNT FOMBUENA, Mariló/FLORENSA i TOMÀS, Carles E. (dirs): «Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial», por Andrés Domínguez Luelmo	1089
MAZZILLI, Elisabetta: «La responsabilidad civil entre cónyuges y la tutela de sus derechos fundamentales. El <i>contra ius</i> constitucional y el daño moral», por Roncesvalles Barber Cárcamo	1103

	<u>Pág.</u>
PANIZA FULLANA, Antonia: «Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación», por José Antonio Doral	1106
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1111
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Verónica NEVADO CATALÁN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO	1147

FASCÍCULO IV **octubre-diciembre**

Estudios monográficos

Ana SOLER PRESAS: «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio».....	1227
Ángel JUÁREZ TORREJÓN: «La Acción Pauliana (revocación por fraude de acreedores): Intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial»	1277
Antonio Ismael RUIZ ARRANZ: «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad».....	1351

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Por Marta OTERO CRESPO	1487
------------------------------	------

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

CARRASCO PERERA, Ángel: «Derecho de contratos», por Antoni Vaquer Aloy	1565
KINDL, Johann/ARROYO VENDRELL, Tatiana/GSELL, Beate (ed.): «Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen», por Esther Gómez Calle	1571
MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios», por Carolina del Carmen Castillo Martínez.....	1578
SMITS, Jan M.: «Contract law – a comparative introduction», por Daniel Martín Vegas	1583

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUTIÁN	1587
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS, AÑO 2017

Por Ramón CASAS VALLÉS, Rosa MÉNDEZ TOMÁS, Agustín SERRANO DE HARO, Roberto SIERRA GABARDA	1621
--------------------------------------------------------------------------------------------------	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Verónica NEVADO CATALÁN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO	1665
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------







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

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

JORGE CAFFARENA LAPORTA
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Zaragoza

ANTONIO GORDILLO CAÑAS
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Sevilla

VICENTE GUILARTE ZAPATERO
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Valladolid

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Alcalá de Henares

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ
Notario

JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
Notario

MANUEL OLIVENCIA RUIZ
Catedrático de Derecho mercantil.
Universidad de Sevilla

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad

JOSÉ POVEDA DÍAZ
Registrador de la Propiedad

LUIS PUIG FERRIOL
Catedrático de Derecho civil.
Universidad Autónoma de Barcelona

IGNACIO SOLÍS VILLA
Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Valladolid

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 IV

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Ana SOLER PRESAS: «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio».....	1227
Ángel JUÁREZ TORREJÓN: «La Acción Pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial».....	1277
Antonio Ismael RUIZ ARRANZ: «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad».....	1351
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Por Marta OTERO CRESPO.....	1487
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
CARRASCO PERERA, Ángel: «Derecho de contratos», por Antoni Vaquer Aloy	1565
KINDL, Johann/ARROYO VENDRELL, Tatiana/GSELL, Beate (ed.): «Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen», por Esther Gómez Calle	1571
MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios», por Carolina del Carmen Castillo Martínez	1578
SMITS, Jan M.: «Contract law – a comparative introduction», por Daniel Martín Vegas.....	1583
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN.....	1587
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS, AÑO 2017	
Por Ramón CASAS VALLÉS, Rosa MÉNDEZ TOMÁS, Agustín SERRANO DE HARO, Roberto SIERRA GABARDA	1621
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Verónica NEVADO CATALÁN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO.....	1665