

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXII, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2019



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
E IGUALDAD

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Catedrático de Derecho civil

Dirección

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN

Profesora Titular de Derecho civil (acreditada como Catedrática Universidad).

Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Barcelona

M.ª PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Santiago de Compostela

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil (acreditada como Profesora Titular de Universidad).

Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Pablo Olavide

PEDRO DEL OLMO GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Málaga

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA

Profesora Titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

ANTONI VAQUER ALOY

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Lleida

Consejo Asesor

XABIER BASOZABAL ARRUE

Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Málaga

ESTHER GÓMEZ CALLE

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Pompeu Fabra

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Murcia

JOSÉ M.ª MIQUEL GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

M.ª ÁNGELES PARRA LUCÁN

Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad

M.ª JOSÉ SANTOS MORÓN

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO SOLÍS VILLA

Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Valladolid

Colaboradores honorarios: Mariano Alonso Pérez, Jorge Caffarena Laporta, Gabriel García Cantero, Antonio Gordillo Cañas, Vicente Guilarte Zapatero, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz, Luis Puig Ferriol, Evelio Verdera y Tuells.

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).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXII, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2019

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2019

<http://cpage.mpr.gob.es>

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

NIPO (AEBOE): 043-19-100-7 (edición en papel)
043-19-099-4 (edición en línea, pdf)
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0 (edición en papel)
051-15-003-6 (edición en línea, pdf)
ISSN: 0210-301X (edición en papel)
2659-8965 (edición en línea, pdf)
Depósito Legal: M-125-1958

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

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Christian VON BAR: «Cuestiones fundamentales europeas del Derecho de posesión y del régimen jurídico negocial de las transmisiones en el Derecho de cosas»	711
Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos»	749
Manuel Jesús DÍAZ GÓMEZ: «Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana»	795
Cuestiones actuales	
Javier TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA: «El Derecho Civil de los datos»	825
Vida jurídica	
Antonio Ismael RUIZ ARRANZ: «Décimo aniversario del “Seminario permanente de Derecho privado” de la Universidad de Málaga. 16 y 17 de mayo de 2019»	879
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La partición convencional», por M. ^a Elena Sánchez Jordán	897
GARRIDO MARTÍN, Joaquín: «Recepción de la Escuela Histórica. La “teoría de la convicción” en la ciencia jurídica española del XIX», por Javier Paricio	906
MAYOR DEL HOYO, M. ^a Victoria: «La adopción en el Derecho común español», por Susana Quicios Molina	912
RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma M. ^a : «Los pactos de pre-ruptura conyugal», por Cristina de Amunátegui Rodríguez	918
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ, Davinia CADENAS OSUNA	923
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
Verónica NEVADO CATALÁN: «Imposición de paternidad al marido: ¿La relación matrimonial como fundamento para excluir la responsabilidad por daños? (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018)»	961
SENTENCIAS	
A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Verónica NEVADO CATALÁN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO ...	987

Cuestiones fundamentales europeas
del Derecho de posesión y del régimen
jurídico negocial de las transmisiones
en el Derecho de cosas*

CHRISTIAN VON BAR**
Professor Dr. Dr. h.c. mult.

En conexión con el ensayo «Cuestiones fundamentales para la comprensión del Derecho Europeo de Cosas», publicado en ADC, tomo LXX, 2017, fasc. II, el siguiente ensayo trata del Derecho de posesión y de la detentación, del régimen jurídico de las transmisiones en el Derecho de cosas y del derecho de adquisición de un titular aparente

RESUMEN

Este artículo analiza por un lado cuestiones fundamentales de la posesión y detentación, y por otro lado, la adquisición del título en muebles e inmuebles. El artículo propone una distinción entre el derecho de los derechos (reales) subjetivos y el derecho de la posesión o detentación. La finalidad de la posesión es garantizar que el derecho de los derechos funcione, pero sin formar parte de él. Por tanto, el artículo describe principios comunes y diferentes aproximaciones reguladoras de la transmisión de los derechos reales, tanto con relación a muebles como inmuebles. El capítulo final aborda la cuestión de la adquisición de derechos reales en casos en que el transmitente carece de título.

PALABRAS CLAVE

Posesión. Detentación. Prescripción adquisitiva. Transmisión del título. Eficacia frente a terceros. Adquisición de buena fe. Registro de la propiedad. Fe pública registral.

* Traducido por Celia Martínez Escribano (Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Valladolid) y revisado por José Carlos de Medeiros Nóbrega (Investigador postdoctoral. Universidad de Aarhus). El artículo original, titulado «Europäische Grundfragen des Rechts des Besitzes und der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Sachenrechten», fue publicado en *Archiv für die civilistische Praxis* 219 (2019) pp. 341-375.

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

Fundamental Questions of Possession and the Transfer of Property Rights in the EU Member States

ABSTRACT

This article analyzes fundamental questions, from a European perspective, in the law of possession and the law of title transfer. It distinguishes between property rights per se and the right of possession (or detention). It argues that the right of possession guarantees the functionality of the «law of rights», but it does not form part of it. The article then describes commonalities and differences between the laws governing the transfer of title, dealing with both rights in chattels and rights in land. The final section is concerned with good faith acquisition of title in cases where the transferor was not authorised to effect the transfer.

KEY WORDS

Possession. Possession Animo Domini and Detention. Prescriptive Acquisition. Transfer of Title. Erga Omnes Effect. Good Faith Acquisition. Land Register. Public Confidence in the Register.

SUMARIO: I. *Derecho de posesión.* 1. El derecho de los derechos y el derecho de la posesión. 2. Un concepto normativo, no un hecho. 3. Posesión y detentación. 4. Posesión como característica de la formación de los hechos. 5. Las reglas sobre los objetos del derecho de posesión en el Derecho de cosas. 6. Formas de posesión. 7. Posesión ficticia, fingida y potencial. 8. Protección del *statu quo*. 9. Usucapión.—II. *El Derecho de adquisición mediante una transacción negociada de derechos reales.* 1. Transmisiones jurídicas con relevancia en el Derecho de cosas. 2. Constitución y transmisión de derechos reales. 3. Contratos en el sentido del Derecho de cosas. 4. ¿Dos contratos o uno? 5. Uno, no necesariamente *solo consensu*. 6. Seguridad jurídica y protección del *statu quo*. 7. Eficacia frente a terceros. 8. Los términos del principio consensual y del principio de tradición. 9. Derechos sobre fincas. 10. Registro de la Propiedad. 11. Grados de eficacia frente a terceros de las inscripciones registrales.—III. *Disposiciones mediante otra persona como titular del derecho.* 1. Contratos sobre derechos de terceros. 2. Adquisición de un titular aparente. 3. Derechos sobre cosas reales. 4. La medida de la buena fe. 5. Eficacia. 6. Derechos sobre fincas. 7. Apariencia de titularidad propiciada por las inscripciones del Registro. 8. Fe pública. 9. El momento de consumación. 10. Efectos. *Bibliografía.*

I. DERECHO DE POSESIÓN

1. EL DERECHO DE LOS DERECHOS Y EL DERECHO DE LA POSESIÓN

El Derecho de cosas se integra por el Derecho de los derechos y el Derecho de la posesión. Este último permite el funcionamiento del Derecho de los derechos, pero no forma parte del mismo. El derecho de la propiedad y de los derechos reales sobre cosa ajena responden a la pregunta de quién, en qué forma, con qué cosa puede relacionarse y quién puede impedir interferencias de otras personas en esta situación jurídica. El mundo paralelo de la posesión razona de una manera completamente distinta. En él no existen derechos subjetivos de cosas. La posesión no sirve para el gravamen de un derecho ajeno, ni tampoco para ser gravado con un derecho de un tercero. Tampoco existe ningún gravamen de la posesión mediante la posesión; se disiparía en el aire. El derecho de posesión no comporta ninguna declaración de cómo alguien puede relacionarse con una cosa. Por el solo hecho de que se concedan a un poseedor remedios frente la sustracción en contra de su voluntad de una cosa que se encuentra bajo su poder, no por ello puede beneficiarse, usar, destruir, conservar o disponer de ella. Si puede hacer todo esto, esto lo decide el derecho de derechos. Sin duda, este fracasaría sin un derecho de posesión flanqueando su inflexibilidad y su abstracción. Tampoco la circunstancia de que el derecho de posesión se ocupe también de cuestiones de la adquisición (contractual) de derechos reales subjetivos¹ disipa las diferencias. En el derecho de derechos se trata en principio de la protección de los intereses privados; en el Derecho de posesión, de la conservación de la autoridad del ordenamiento jurídico. El derecho de posesión consiste en mecanismos de protección frente al ejercicio de un poder no autorizado y en reglas que dan una válvula normativa que cambia la presión a las relaciones de la vida en el mundo rígido del derecho². Los derechos subjetivos se ajustan y

¹ Sobre los objetos del derecho de posesión del derecho de cosas en los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea, VON BAR, «Die Gegenstände des sachenrechtlichen Besitzrechts in den Rechtsordnungen der Europäischen Union», en *Festschrift Ahrens* (Colonia 2016) pp. 585-598.

² Que ambos objetivos en casos individuales chocan y entonces deben ser sopesados uno frente a otro, se muestra de forma imponente en *R (on the application of Best) v Chief Land Registrar* [2015] EWCA Civ 17; [2015] HLR 17. Un artesano tenía una casa vacía en ruinas, durante años la renovó pieza a pieza y finalmente la terminó. Mientras corría el tiempo de la usucapción había cambiado la situación jurídica, la ocupación de las casas estaba regulada por sec. 144 Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012. Lady Arden comparó la finalidad de esta ley con la finalidad del derecho de *adverse pos-*

reajustan a la vida real, en el derecho de usucapión incluso de forma permanente. Si sirviera para la construcción de un derecho de cosas subjetivo y se encargara de su protección, el derecho de cosas sería superfluo. Esto es válido tanto para la posesión de cosas reales como la posesión de fincas, la posesión de derechos sobre cosas reales y sobre fincas, y en la medida que la doctrina de la posesión de derechos la incluye, la posesión de cosas puramente normativas³. No existe ningún derecho de posesión subjetivo, solo hay derecho de posesión objetivo.

Los derechos tienen junto a una dimensión temporal, una dimensión espacial y de contenido, la posesión como máximo una espacial, pero no temporal ni de contenido y en caso de la posesión de derechos ni siquiera la dimensión espacial. Asimismo, cuando la posesión en un caso concreto tiene realmente una dimensión espacial (porque se trata de la posesión de una cosa real o finca), no parece necesaria la dimensión espacial del derecho. Los derechos de cosas subjetivos tienen siempre las cosas como punto de partida. «Cosa» en el sentido del derecho de derechos es lo que pueda ser objeto de un derecho de cosas⁴. El derecho de posesión está al margen de esta correlación. Por eso se aleja del concepto de cosa del derecho de derechos. Los objetos del tráfico jurídico son susceptibles de detenciones y a veces incluso en sentido estricto de posesión, aunque en ausencia de cualidad (naturaleza jurídica) de cosa no puede ser ni punto de referencia de la propiedad ni de otro derecho de cosas. Ejemplos comunes son las viviendas que no son viviendas en propiedad, como también partes de una finca que se poseen como propias mediante límites respecto del mundo exterior (por ejemplo un cercado o un muro) que se dibujan de forma defectuosa. La posesión es una situación provisional sin contenido⁵ ni, como ocurre con un derecho de cosas, una situación definitiva específica. En el Common Law no es distinto⁶.

session, estableció con claridad que esta pretendía equiparar la situación de la propiedad en interés público con la *reality of possession* y decidió a favor del poseedor. De este modo, comienza casi toda usucapión con *trespass*.

³ Sobre la posesión de derechos desde una perspectiva europea más cercana VON BAR, «Rechtsbesitz», en *Festschrift Baums*, Tübingen, 2017, vol. 1, pp. 127-140.

⁴ VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht I*, Múnich, 2015, núm. 2.

⁵ Una buena confirmación de esto se encuentra en el § 312 párr. 2 ABGB austriaco, formulación que se apoya en el § 987 BGB checo, donde poseedor es «quien ejerce un derecho para sí». Es suficiente para comprender esta regla el ejercicio para sí de cualquier derecho. También se contiene en el artículo 1140 CC italiano («la posesión es el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente con el ejercicio de la propiedad o de otro derecho real») y en otras muchas regulaciones de otros Estados miembros.

⁶ Con más detalle, VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht II*, Múnich, 2019, núms. 7-8.

2. UN CONCEPTO NORMATIVO, NO UN HECHO

La posesión es un concepto normativo⁷, no solo no es un derecho subjetivo, sino que tampoco es un hecho. La posesión no es verificable. Que alguien haya puesto una determinada bicicleta en un determinado sótano es un hecho que puede probarse; pero que él sea el poseedor de la bicicleta y/o del sótano, lo determina solamente el ordenamiento jurídico. Los mismos hechos, situaciones, declaraciones de voluntad y situaciones jurídicas permiten interpretaciones posesorias distintas de un país a otro. También el «poder fáctico» es una característica normativa (lingüísticamente poco afortunada)⁸. Los indicadores de la posesión se obtienen de una visión general de las circunstancias de los casos singulares. De cuáles procede y cómo tiene que pesar cuando apuntan en diferentes direcciones lo decide la finalidad con la que se hace el análisis. La posesión puede integrarse por diversos componentes según el contexto⁹. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico exige menos requisitos para que se pueda poseer válidamente cuando la declaración judicial o de la autonomía privada de la situación jurídica fije el *statu quo*, como cuando se trata de convertir posiciones difusas de posesión en posiciones jurídicas definitivas. En la lista de la posesión inciden características a las que posiblemente nunca se puede poner fin por completo. A las más comunes pertenecen las que se basan en hechos materiales que reflejan control físico y autoridad. El dominio sobre las cosas reales debe confirmarse sin duda con otras actuaciones, al igual que el dominio sobre fincas, y el dominio sobre las fincas rústicas en cambio con otros hechos, al igual que el dominio sobre fincas urbanas o el dominio sobre terrenos baldíos. El amplio recurso a los «fines comerciales», la «consideración social objetiva» y formulaciones similares sirven para ello, dejando espacio para un amplio arsenal de controles.

⁷ WALKER, R., *LJ in Simpson v Fergus* (1999) 79 P & CR 398, 402 («Possession is a legal concept»). Véase también *Green y Randall*, *The Tort of Conversion*, Oxford, 2009, p. 86 («Possession means a different thing to lawyers than it does to everyone else») así como *Pritting*, *Sachenrecht* (35.ª ed. Munich, 2014), p. 20 núm. 49 («no es un mero hecho, sino... una relación jurídica»). Westermann/Gursky/Eickmann (-Gursky), *Sachenrecht* (8.ª ed. Heidelberg 2011), § 7, núm. 1, establecen, «La posesión es... el reconocimiento jurídico de la relación real con la cosa independientemente de la relación jurídica con ella».

⁸ Sobre el derecho comparado en relación al concepto de dominación posesoria, cfr. VON BAR, «Besitzrechtliche Sachherrschaft. Eine rechtsvergleichende Skizze», en *Festschrift Bonell*, Roma, 2016, vol. 2, pp. 1927-1944.

⁹ «The meaning of 'possession' depends upon the context in which it is used» [*Lord Parker CJ in Towers & Co Ltd v Gray* (1961) 2 QB 351, 361].

3. POSESIÓN Y DETENTACIÓN

La palabra «posesión» quiere utilizarse cuidadosamente dentro del contexto europeo. Pues no pocos códigos civiles distinguen claramente entre posesión y detentación. El mero «detentador» (y por tanto no «poseedor») en esta perspectiva es quien (por ejemplo, como arrendatario) tiene bajo su control una cosa materialmente, pero reconoce que esta pertenece a otra persona o está asignada a ella mediante un derecho. El poseedor es solo el poseedor civil, el que posee la cosa como propia («Eigenbesitzer»). Sin embargo, la posesión natural y la posesión civil no se distinguen excepto para finalidades específicas y forman subconjuntos de una materia jurídica amplia.

4. POSESIÓN COMO CARACTERÍSTICA DE LA FORMACIÓN DE LOS HECHOS

La posesión también cumple un papel como característica de la formación de los hechos («¿cualquier concepto del derecho puede acompañarse de la palabra «posesión» como expresión, cualquiera que sea el significado que se le deba atribuir con ese trasfondo?»), como producto de la fantasía jurídica. Nace en la forma de un montaje dogmático apropiado para un uso variado. La «posesión» se puede multiplicar perfectamente en más, también el significado general de la posesión natural, incluso aún mejor que el significado estricto de la posesión civil. Ningún ordenamiento utiliza la palabra en todo caso solo en su verdadero derecho de posesión; todos la utilizan en caso necesario con pequeños ajustes, y también en un gran número un uso en materias jurídicas distintas del derecho posesorio. Hasta tal punto es así, que la mayoría de principios que se usan para la finalidad de tomar la figura jurídica de la posesión en el ámbito del Derecho de cosas no constituyen una parte del derecho de posesión objetivo. Piénsese, por ejemplo, en las normas para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble, en las reglas de la transmisión del riesgo en la compraventa y en las normas de responsabilidad civil que atribuyen al poseedor en concepto de dueño (y no al propietario) la responsabilidad por riesgos del edificio¹⁰.

¹⁰ La descripción en derecho comparado puede consultarse en VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* I, Munich, 1996, núms. 234-235.

5. LAS REGLAS SOBRE LOS OBJETOS DEL DERECHO DE POSESIÓN EN EL DERECHO DE COSAS

Esto lleva a la pregunta raramente planteada de dónde termina el derecho de posesión y dónde empieza el derecho de los derechos. Un vistazo a los Códigos civiles muestra rápidamente que no solo tratan el derecho de posesión en lugares sistemáticos muy distintos, sino que en las secciones correspondientes abordan cuestiones muy diferentes. El Código civil alemán, por ejemplo sitúa su derecho de posesión en un lugar prominente al principio del Libro sobre el Derecho de cosas, el Código civil portugués también (arts. 1251-1301), sin embargo, solo el derecho de posesión portugués se refiere también a la usucapión (arts. 1287-1301 CC portugués), y el alemán no¹¹. El Código civil francés aborda el derecho de posesión solo al final del Libro sobre las diferentes formas de adquirir la propiedad (arts. 2255-2279 CC francés); en Bélgica y en Luxemburgo el derecho de posesión se encuentra hasta hoy en una parte del derecho de *prescripción*¹². La reforma francesa de 2006 ha presentado de una forma sistemáticamente conjunta la posesión y la prescripción adquisitiva (usucapión), tomándolas exactamente, sin modificar nada de la tradición. En la regulación de la usucapión se encuentra con el conocido artículo 2276 CC francés (art. 2279 CC belga y luxemburgués) también la regulación de la usucapión espontánea, con función equivalente a la adquisición de bienes muebles de buena fe. Es decisivo que se trate de la usucapión, hallazgo, ocupación y adquisición de los frutos, para adaptar el derecho de los derechos sobre realidades cambiantes. El discurso ya no puede ser de una asignación de los recursos lo más óptima posible, cuando los derechos de goce ya no se utilizan por su titular. Por eso las cosas a las que se refieren o se referían deben insertarse de nuevo en el tejido de los derechos. Para permitir esto, está también la misión y el contenido del derecho de posesión. Este identifica la persona a la que se asigna la cosa bajo un nuevo derecho de cosas renaciente. Desde el derecho de los derechos no se puede explicar la usucapión (etc.). Se puede dar respuesta a «si» cada derecho se extingue pero no qué derecho debe ser asignado «a quién» en el futuro. Solo desde la perspectiva del derecho de posesión este es necesariamente el

¹¹ Para una descripción completa del derecho comparado, cfr. VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht* II, Munich, 2019, núms. 17-20.

¹² Las previsiones de los arts. 2228-2235 CC belga y luxemburgués se encuentran en el capítulo 2 (De la possession) del Título 20 (De la prescription, arts. 2219-2280) del Libro tercero del Código Civil. *Prescription* significa prescripción extintiva y adquisitiva o usucapión. El CC francés por el contrario desde 2006 aborda la *prescription extinctive* y la *prescription adquisitive* en títulos distintos.

poseedor. Él deberá ser el titular del derecho, porque él ha tenido la cosa durante un largo período de tiempo bajo su dominio y la ha retenido durante ese tiempo para sí, como si se tratara de un auténtico titular del derecho. Por eso él, el poseedor, se definirá para los fines del derecho de usucapión incluso con carácter retroactivo por las categorías del Derecho de los derechos. El poseedor de un derecho de usucapión de la propiedad es solo quien actúa como un propietario, el poseedor del derecho de usucapión de un derecho de servidumbre es solo quien se comporta como titular del derecho de servidumbre. Consecuentemente, es importante también que normalmente el derecho de posesión que de forma primaria consigue la usucapión se sitúe en la ley primero desde la propiedad, por ejemplo, para asignar el derecho de los derechos reales sobre cosa ajena, y que tal derecho de posesión diferencie de forma estricta entre posesión y detentación. Solo la posesión (y no la detentación) es un *way to property*¹³.

6. FORMAS DE POSESIÓN

Es difícil clasificar las diferentes formas de posesión. Ello se debe a la diversidad de características que indican la existencia de posesión, porque además de que pueden influir mutuamente de forma compleja, pueden ser realizadas respecto del mismo objeto por diferentes personas, de modo que sea posible una pluralidad de posesiones. Cada entendimiento del derecho de posesión tiene su dificultad, cuya complejidad se capta de forma razonablemente correcta. La posesión puede estar basada según el ordenamiento en cosas reales, así como normativas y también puramente normativas, en cosas «totales» así como en partes de estas. Se puede poseer, como ya se ha indicado, «inmediatamente» por el acceso a las cosas propias o «mediatamente» respetando las instrucciones de la autoridad y el derecho de reversión. La posesión relevante para el derecho de usucapión es el ejercicio del poder en la medida de un derecho real; para la posesión relevante a efectos posesorios basta cualquier forma de dominio sobre la cosa. La posesión puede ser de cposeedores unidos por una situación jurídica de idénticas características; los poseedores «inmediatos» y «mediatos» (por ejemplo «dependientes» o «independientes») estarán determinados por una situación jurídica de características distintas. En el derecho de usucapión, adquisición de frutos y ocupación la posesión requiere el ejercicio del dominio para sí mismo (el llamado *animus pos-*

¹³ *Stair, Institutions of the Law of Scotland* (2.^a ed., Edinburgh 1693) II.i.9 (p. 165).

sessionis); en el derecho de tutela posesoria se reduce al *corpus possessionis* (el poder de hecho). La «posesión como dueño» («Eigenbesitz») no consiste necesariamente en la voluntad de dominar una cosa corporal, como si fuera su propietario; la posesión como dueño puede significar también ejercitar un derecho que grave una propiedad (propia o ajena) con la voluntad de usarlo (y únicamente este derecho) como propio. Solo la posesión civil requiere la correspondencia del dominio sobre la cosa con un derecho real. El derecho de usucapión y otros derechos que permiten la adquisición legal de derechos reales subjetivos no afectan al principio de *numerus clausus*. El alcance de la protección del *statu quo* solo depende por tanto del tipo y de la intensidad del dominio de hecho que se ejerza sobre la cosa. En otras palabras, solo en el derecho de usucapión, pero no en el derecho de detentación, las actuaciones cuestionables sobre la cosa a la que se refieren encuentran un reflejo en el derecho de los derechos¹⁴.

7. POSESIÓN FICTICIA, FINGIDA Y POTENCIAL

La posesión no es un bien susceptible de tráfico jurídico. No se permite cederla¹⁵, aun cuando esto en ocasiones se ve de modo distinto¹⁶, o «transmitirla» o «adquirirla» de otro modo, ya sea derivativo u originario, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, ya sea «gravada» o «libre de cargas». La posesión desaparece y surge de nuevo¹⁷.

Las fases intermedias entre la pérdida y el nacimiento de un verdadero dominio sobre la cosa aparecen en particular cuando el poseedor anterior fallece y el heredero (por ejemplo el administrador de la herencia) aún no tiene ninguna oportunidad de tomar los

¹⁴ Esto se refleja en el artículo 3:125(1) CC holandés: «quien posee una cosa en concepto de dueño, en caso de que se produzca la pérdida de la posesión en concepto de dueño o una perturbación de esta posesión por un tercero puede dirigir las «mismas acciones» para recuperar el bien y para que cese la perturbación «que las que corresponden al titular del bien». No obstante, estas acciones deben ejercitarse dentro del plazo de un año desde la pérdida o la perturbación» (la cursiva es nuestra).

¹⁵ Esto tampoco cambia por la regulación del tipo del § 931 BGB alemán. El poseedor mediato será ahora de hecho el cesionario con la adquisición de la solicitud, pero esta posesión depende de que el poseedor inmediato la respete, la cosa debe devolverse a otro. En efecto es irrelevante que el poseedor inmediato «dirija al poseedor superior correcto» su voluntad de posesión mediata (*Wieling*, Sachenrecht, (5.ª ed., Berlin, 2007), p. 79; *Soergel [-Stadler]*, BGB XIV (13.ª ed. Stuttgart, 2002), § 870, núm. 2). Pero la posesión mediata del adquirente se extingue según la opinión correcta, cuando el poseedor inmediato la niega después de tener conocimiento de la cesión de la posición (*Stadler loc. cit.*).

¹⁶ Especialmente el artículo 460(2) CC español («El poseedor puede perder su posesión:... por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito»). Aunque el precepto ha sido muy criticado también por la doctrina española.

¹⁷ Como correctamente indica *MünchKomm (-Joost)*, BGB VII (7.ª ed. Munich 2017), § 854 núm. 30 y *Dross*, Les choses (Paris, 2012), p. 511, núm. 277.

objetos de la herencia, puede que ni siquiera haya tenido conocimiento de la muerte del causante. En estos casos, las cosas singulares se tienen que mantener según las reglas generales para los bienes abandonados. El resultado, sin embargo, no es satisfactorio. El derecho de cosas favorecería a las personas que en la aceptación no tienen ningún motivo de que nadie le reclame en ese momento el dominio sobre la cosa. En consecuencia, el ordenamiento jurídico está obligado a reaccionar con un reajuste de las características que fundamentan la posesión. En caso de muerte de una persona, a veces se toma la ficción de que la posesión del causante continúa. En la mayoría de los casos se finge, sin embargo, exactamente al contrario, que el sucesor legal ya es el poseedor. Sin duda, ambos modelos responden solo a razones sucesorias; el derecho de cosas solo es importante en cuanto que en ambos casos determina cuándo ya no hay *corpus* y *animus*. La relajación del dominio sobre la cosa tiene, por el contrario, su base en la realización de un rígido proceso adquisitivo *inter vivos*, por tanto, todo corre al margen de que se asigne la posesión al adquirente del derecho en el momento temporal en que se perfecciona el contrato. Esto es cierto cuando y porque se permite compensar un déficit de dominio. Por eso se necesita un dominio potencial en forma de la posibilidad de acceso en cada momento. En los casos de «posesión pública» que se tratan aquí, esta es suficiente, sin embargo, cuando se basa en un acuerdo entre las partes y se flanquea de una renuncia de posesión del anterior poseedor. La alternativa –copesión– no respondería a los intereses de las partes. El acuerdo debe poner al adquirente en una posición jurídica en la que él pueda oponerse a cualquier otro, incluso al vendedor. Sin embargo, no se trata en sí mismo del acuerdo, que «transmite» la posesión. Este no es más que «una» característica del objeto de una fundamentación de la posesión excepcional, y no es la única.

8. PROTECCIÓN DEL *STATU QUO*

Nadie puede privar o perturbar la atribución jurídica de la posesión de una cosa a otra persona sin una justificación jurídica especial. Lo contrario sería, como establece el § 858 BGB, una «actuación prohibida». No se realiza ninguna diferencia por el hecho de que en la atribución subyazca un derecho civil o simplemente la posesión precaria, y tampoco juega ningún papel el que se trate de una posesión real, ficticia o fingida. «Cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, nadie está autorizado para perturbarla de forma arbitraria» (§ 309 párr. 1 ABGB austriaco). En el marco concedido a él por el poseedor («Besitzherr») puede proteger la cosa frente a la sustracción y la per-

turbación normalmente incluso para sí mismo un auxiliar de la posesión («Besitzhelfer») al que se ha atribuido el control de la cosa. El detentador difícilmente disfruta de la protección de la totalidad de las normas del derecho de cosas. Así, solo puede usucapir el poseedor en concepto de dueño. Pero aquí, donde solo se trata de respetar las situaciones actuales, únicamente hay una necesidad de ajustar el derecho de posesión, en cuanto no está claro, con la amplitud de aquel derecho con que sea poseída una cosa: la protección de la permanencia solo se disfruta siempre respecto de cada estado actual, no se puede defender otra tutela de la cosa que la que se tiene. Por lo demás, al no poseedor simplemente no le interesa saber a quien pertenece la cosa. En principio, ni siquiera se hace una diferencia sobre si la protección privada se practica por pura arbitrariedad o con la finalidad de perseguir un derecho. Por tanto, el Estado de Derecho suprime también la ejecución del derecho hasta el mínimo indispensable. Solo debe garantizar como contrapartida una aplicación rápida de los remedios judiciales relativos a la supresión de la perturbación de la posesión. En consecuencia, el derecho material y el derecho procesal se entrelazan con la finalidad de agilizarse el uno al otro de forma coordinada y entre sí. El procedimiento que se incoa por una perturbación de la posesión cuya reclamación lleva mucho tiempo, como en la pérdida de un derecho, podría no hacer efectiva la protección del *statu quo* del derecho material. Por tanto, solo debe detenerse si es necesario para causar el esclarecimiento de mutuo acuerdo de las relaciones jurídicas; posteriormente, el derecho del derecho toma de nuevo el mando. A menudo, el poseedor debe servirse en su lugar de un procedimiento sumario especial del derecho de posesión, porque la acción habitual (y en algunos casos también el procedimiento sumario general) no está abierta para él. El proceso para la tutela de la posesión se distingue mediante una limitación del objeto del proceso y de los plazos sumarios que están establecidos para los tribunales. Que el poseedor esté sujeto también él mismo a períodos de exclusión se justifica por su proyección temporal. Las características que se apoyan en el dominio de la cosa se pueden acreditar de forma más liviana y rápida que la titularidad del derecho. El nuevo derecho húngaro aproxima la protección jurídica del derecho de posesión a un procedimiento administrativo (§ 5:8 CC húngaro: tutela de la posesión mediante el jefe de la administración municipal) y Francia ha reemplazado con la Ley Nr. 2015-177 de 16. 2. 2015¹⁸ las anteriores *actions possessoires* mediante un procedimiento para el que ahora es exclusivamente competente el *juge des référés*. En todos los casos se gira en torno a la rapidez y la simplificación.

¹⁸ Loi n.º 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

9. USUCAPIÓN

El derecho de posesión permite y produce además la creación, la pérdida y la adquisición de derechos de cosas subjetivos. El ejemplo por excelencia es el derecho de usucapión y sus equivalentes, como el derecho de la prescripción adquisitiva y de la posesión adversa, o *adverse possession*. El significado práctico del derecho de usucapión *lato sensu* varía de una jurisdicción a otra. Donde, como en Alemania, se puede usucapir en esencia solo el derecho de propiedad sobre cosas muebles (§ 937 BGB alemán), las cuestiones jurídicas relativas al derecho de usucapión juegan un papel reducido. Se deja un derecho ampliamente desarrollado a la adquisición de buena fe del no titular, además opera con un plazo de usucapión relativamente largo de diez años. Otros ordenamientos europeos abren el derecho de usucapión a un círculo de derechos susceptibles de usucapión mucho más amplio; la doctrina del derecho de posesión rara vez permite la usucapión de derechos de naturaleza no real¹⁹. Pero ante todo, el derecho de usucapión actúa sobre todo también en el ámbito del derecho inmobiliario, donde no solo es posible una usucapión extratabulas, sino también contratabulas, es decir, no solo una usucapión en tanto el derecho real inmobiliario no esté inscrito, sino también una usucapión «contra» la publicidad del registro. Una imagen realista de la situación actual en los Estados miembros solo permite deducir que también se atiende a modalidades de usucapión de derechos distintos. El derecho de usucapión basado en fincas puede desplegarse siempre solo en el ámbito que le permita el registro. Cuando con más fuerza acentúa el derecho registral nacional la protección del objeto, con más fuerza margina el derecho de usucapión. Quien tiene un derecho de usucapión desarrollado, no necesita libros registrales, quien se somete a los libros del registro, no necesita la usucapión.

A continuación se puede distinguir la usucapión «intra», «extra» y «contra» tabulas. Los sistemas más hostiles hacia la usucapión son los que solo permiten la usucapión de derechos que el registro (aunque incorrectamente) ya publica «a favor de la pretendida usucapión» (es decir, «usucapión intratabulas»). El segundo sistema es el de la usucapión extratabulas. Aquí se trata de la usucapión de (con base siempre en algún motivo) derechos que no están inscritos «a favor de nadie». En la tercera (y desde la perspectiva del titular del derecho, más peligrosa) variante se trata de la usucapión contra tabulas. Los derechos susceptibles de usucapión

¹⁹ Con más detalle, VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht II*, Munich, 2019, núms. 49-54.

en este caso están inscritos «a favor de otra persona» y, por tanto no se protege contra la pérdida del derecho. Finalmente encuéntrase (en Alemania) una especie de usucapión auxiliar. En este caso no se trata de la usucapión de un auténtico derecho real, sino de la usucapión de un derecho a la inscripción de un derecho real.

La conservación del derecho del tercero depende del momento en que se le reconoce. Si alguien ha cumplido desde el principio del período de la usucapión contra quien se reconoce la usucapión (por ejemplo, el antiguo propietario), entonces se impone sujeto a algunas correcciones mediante el derecho de adquisición de buena fe libre de cargas²⁰. Si se carga contra el respectivo «derecho susceptible de usucapión» (propiedad, arrendamiento, etc) por el anterior titular primero hasta un momento temporal en el que ya corre el período de la usucapión, entonces se extingue con base en el derecho del tercero. Una de las siguientes circunstancias, que la usucapión analiza correctamente, tiene validez *ex tunc*. El que usucape se coloca desde la consumación del proceso de usucapión como si hubiera estado legitimado materialmente desde el principio del período de la usucapión.

II. EL DERECHO DE ADQUISICIÓN MEDIANTE UNA TRANSACCIÓN NEGOCIAL DE DERECHOS REALES

1. TRANSMISIONES JURÍDICAS CON RELEVANCIA EN EL DERECHO DE COSAS

En el centro del derecho de las transmisiones jurídicas sobre derecho de cosas²¹ se encuentra el derecho de adquisición contractual, que hace de contrapunto al derecho de adquisición legal²². En

²⁰ Ambos aspectos (el momento temporal del gravamen y de la adquisición de buena fe libre de cargas) no siempre se separan adecuadamente. En Eslovenia, por ejemplo, es suficiente con el argumento de que la usucapión es originaria y por tanto adquiere libre de cargas; el papel de la buena fe no está claro [Faber y Lurger (-Rudolf/Rijavec/Keresteš), National Reports on the Transfer of Movables in Europe I, Slovenia (Munich, 2008), p. 607]. En Eslovaquia, la usucapión se produce sin excepción como libre de cargas [Feke-te, Občiansky zákonník I (Bratislava 2011), p. 740]. De acuerdo con los §§ 1106-1108 CC checo, el gravamen rara vez se extingue, aunque no esté inscrito, ni desaparece *ex lege*, cuya subsistencia no se acuerda contractualmente, y el gravamen no es aparente según las circunstancias. Esto se corresponde en lo esencial con la situación jurídica en Austria (OGH 22. 3. 1994, MietSlg 46.473).

²¹ No puede discutirse aquí por razones de espacio el derecho de recurso a la protección de derechos reales subjetivos de disposición y por tanto, tampoco el derecho de subrogación que es la llave para la comprensión de los elementos jurídicos reales basados en el trust. Sobre esto, véase VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht* II, Munich, 2019, § 6.

²² Formas intermedias son la adquisición de base judicial o por una decisión oficial (por ejemplo, art. 1056 CC griego; § 1114 CC checo; §§ 5:41(2), 5:38, 6:2(3) CC húnga-

efecto, tanto el derecho de adquisición de derechos reales legal como el que deriva del negocio jurídico operan con los mismos elementos, a saber, el dominio y la voluntad. Pero la proporción de uno y otro será ciertamente nueva. El derecho de adquisición legal se centra en la posesión, no en la voluntad; el derecho de adquisición negocial se basa en el acuerdo de las partes, no en el dominio de la cosa por quien la usa. Tanto la adquisición jurídica negocial como la legal comportan, sin embargo, el derecho (en ningún caso común a todos los ordenamientos jurídicos europeos) de adquisición de buena fe del titular aparente. Se comprende mejor como una materia jurídica independiente²³.

Terminológicamente se requiere precaución para conformarse con un concepto común descriptivo. Los contratos relativos a la constitución, transmisión, extinción y modificación del contenido de derechos reales los denominamos por tanto «negocios jurídicos con relevancia jurídico real». Las «disposiciones» (Verfügungen) del derecho alemán son vulnerables porque no se trata de derivar fenómenos específicos jurídico reales de su concepto. Pero, ante todo, la palabra remite también al mensaje de que la realización de una modificación jurídica se abstrae del compromiso subyacente. Constitución, transmisión, extinción y modificación de un derecho real son también, ante todo, disposiciones, porque para su eficacia no necesitan ningún otro elemento. Esto no permite generalizar. Por ejemplo, también son «disposiciones» (Verfügungen), aunque se trata de un sistema causal, en Austria, las declaraciones. Según el autor y el contexto se refieren con ello al *modus*, el acuerdo jurídico negocial o la suma de *titulus* y *modus*²⁴.

2. CONSTITUCIÓN Y TRANSMISIÓN DE DERECHOS REALES

La decisión relativa a si y cómo diferenciar entre causa y cumplimiento no permite desarrollar la diferencia entre la constitución negocial del derecho (en primer lugar) y la transmisión negocial del derecho (posterior) respecto de un derecho ya constituido. Por tanto,

ro). Igualmente el «inventor» del sistema Torrens permite como una clase de adquisición de la propiedad la decisión oficial. Se aproxima a ello la sec. 58 de la Land Registration Act 2002 inglesa, donde la inscripción de un derecho en el registro tiene eficacia por sí sola para el titular del cambio.

²³ Similar *Håstad*, Sakrätt. Avseende lös egendom (6.ª ed. Estocolmo, 2004), p. 43: el derecho de adquisición de la propiedad (*laga fång*) se estructura en *originära fång* (adquisición legal), *derivativa fång* (adquisición negocial) y *extinktiva fång* (adquisición de buena fe).

²⁴ Con detalle, *Iro*, Sachenrecht (5.ª ed. Viena 2013), núm. 6/39-6/42 y Rummel (-Spielbüchler), Kommentar zum ABGB (3.ª ed. Viena, 2007) § 859, núm. 14.

no se reconoce que los intereses en la existencia y la adquisición deben ponderarse de forma distinta según se trate del derecho de adquisición o del derecho real. Cuando un ordenamiento jurídico protege al propietario ante la pérdida del derecho con base jurídica, entonces debe permitir otorgar la misma protección también a un usufructuario o acreedor hipotecario. Y cuando este insiste en proteger al propietario mediante la necesidad de una «causa» ante una pérdida de la transmisión apresurada, entonces puede rechazar mal esta protección mediante la primera constitución de un derecho real limitado. Pero naturalmente también ocurre al contrario. Quien vive bajo un sistema bajo el cual él pierde su respectivo derecho real, incluido el derecho de propiedad, por un acuerdo «sin causa», no tiene ocasión de que el gravamen de su derecho de propiedad o de otro derecho real falte solo porque la supuesta «causa» no la apoya.

La pregunta sobre cuándo y cómo está permitido al titular de un determinado derecho real subjetivo gravar su derecho con otro derecho en su propio beneficio no tiene en cuenta la proporción entre causa y cumplimiento de todos modos. No se refiere a negocios jurídicos con relevancia jurídica real. Los derechos propios no son derechos reales. Por tanto, carecen en el momento de su constitución de eficacia frente a terceros. Que no haya ningún derecho propio limitado no significa que los derechos permitan moldearse «por precaución» para el caso de que más tarde se necesiten como derecho ajeno y por tanto como auténtico derecho real. No se trata de permitir un cambio sin sentido de un derecho real a otro, sino de que al titular de un derecho originario permita que se fije el nacimiento de hecho de un derecho ajeno futuro. La constitución de un derecho ajeno, por el contrario, no es posible según el entendimiento continental de forma unilateral; solo el derecho inglés lo permite. El medio para ello es el *trust* y el derecho adquirido es un *right in equity*. Si en el continente la conversión de una posesión propia (*Eigenbesitz*) en una posesión ajena (*Fremdbesitz*) está reservada para el Derecho de posesión, esto se verifica también en Inglaterra en el Derecho de los derechos.

3. CONTRATOS EN EL SENTIDO DEL DERECHO DE COSAS

«A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect» [DCFR II.-1:101(1)]. Los contratos de los derechos reales pertenecen al segundo grupo. La adquisición de un derecho real subjetivo se interpreta en algunos ordenamientos como uno de los efectos legales al que las partes se dirigen cuando establecen entre ellos

una relación jurídica obligatoria (perfeccionan su contrato de compraventa). Pero el efecto tampoco trae por su parte una vinculación legal. Por eso, los contratos por los que se transmiten derechos reales muestran respecto de los contratos del derecho de obligaciones que articulan la promesa de transmitir una especialidad decisiva: no obligan a la realización de cambios al titular; son eficaces frente a él o por lo menos son una parte del proceso que le produce efectos. En los contratos de derechos reales no hay sinalagma, no son *contracts*. Es decisivo en todo caso la condición permanente del acuerdo en el momento pertinente, no, como en el negocio obligacional, la aceptación de una oferta que todavía sea vinculante.

4. ¿DOS CONTRATOS O UNO?

Para la constitución y transmisión de un derecho real se necesita en algunos sistemas un segundo contrato, en la mayoría basta con uno. «Dos» contratos son necesarios sobre todo allí donde se produce solo un cambio en el titular del derecho cuando las partes concluyen tanto un contrato para la transmisión de un derecho real como un contrato por el que se comprometen a una obligación. El modelo contrario permite «un» solo contrato. Aquellos ordenamientos jurídicos europeos bajo los cuales se transmite un derecho real (salvo pacto en contrario) ya con la perfección del contrato de compraventa, convergen en este punto con aquellos ordenamientos en los que el negocio obligatorio carece de relevancia en el ámbito del derecho de cosas. Como bajo el sistema francés (art. 1196, antes art. 1138 CC francés), basta también bajo el derecho alemán un solo contrato (§§ 929 párr. 1, 873 BGB alemán). Bajo el artículo 1033 CC griego, por el contrario es para «la transmisión de la propiedad de un inmueble... el acuerdo del propietario y del adquirente necesario sobre que la propiedad del inmueble debe recaer sobre este por un “título adquisitivo válido”» (la cursiva es nuestra). También se necesita (como por ejemplo bajo el § 5:38 CC húngaro) tanto un contrato causal como uno real.

5. UNO, NO NECESARIAMENTE *SOLO CONSENSU*

Los ordenamientos jurídicos en los que, para la transmisión de un derecho real, especialmente para la transmisión de la propiedad, basta un (único) contrato, se simplifica el tráfico jurídico y se acentúan los intereses del adquirente y sus acreedores. Estos sistemas están separados por un muro. Se distinguen en la pregunta de si

además del acuerdo se necesita también un acto de publicidad especial (la *traditio* o la inscripción registral). El modelo francés de transmisión de la propiedad *solo y uno consensu* fue adoptado en numerosos ordenamientos. Otros, como el español²⁵ exigen un título válido y la entrega («entrega» o «tradición») de la cosa; pero la propia entrega por sí sola es indicativa del contrato. También Alemania tiene la regla básica en el caso de fincas del principio de «uno» pero no de *solo consensu*. Se necesita un segundo contrato según el tenor legal, cuando la cosa que se transmite debe quedar en «posesión» (detentación) del vendedor (§ 930 BGB alemán) o se encuentra bajo la detentación de un tercero (§ 931 BGB alemán). Pero esto es inexacto porque también basta un «acuerdo ineficaz». Del § 930 BGB alemán se deriva que el vendedor en realidad solo posee la cosa para el adquirente con base en el consentimiento, de modo que este obtiene esta posesión (indirecta). La cesión de la acción (§ 931 BGB alemán) no es otra cosa que un contrato, pero que en cambio no necesita «causa».

6. SEGURIDAD JURÍDICA Y PROTECCIÓN DEL *STATU QUO*

Es más sencillo responder a la primera pregunta (¿un contrato o dos?) que a la segunda (¿qué contrato?). En el derecho de transmisión de derechos reales subjetivos la seguridad jurídica es un bien preciado. La pregunta de a quien pertenece una cosa debe obtener una respuesta rápida y precisa. Por tanto, nunca se trata únicamente de los participantes inmediatos. Muestra de ello es que el régimen de la transmisión se mantiene lo más sencillo posible y se contiene normalmente en un (único) contrato. Cuando la regla general exige a las partes dos contratos, se complican las cosas de forma innecesaria. Por eso se abstrae el acuerdo del acto de disposición, imponiéndose el juego de palabras. Pero el así denominado principio de abstracción se entiende como un fenómeno exactamente «al revés», es decir, el disponente desvincula su eficacia del contrato obligacional. En este punto se ha situado «la» gran diferencia especialmente entre Francia y Alemania.

¿Y qué contrato? La respuesta reside en el libre criterio del legislador; no se encuentran razones convincentes a favor de un

²⁵ Bajo el artículo 609 (2) CC español «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», según el artículo 1113 (1) CC español «Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado que los interesados ignoren», y el artículo 1095 CC español establece «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá el derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada».

modelo o de otro. El concepto de «disposición abstracta» («abstrakte Verfügung») es analíticamente hablando un concepto sofisticado, pero contradice el «sentimiento social», como a menudo se le contrarresta ²⁶. El problema de los regímenes de transmisión causal reside en efecto en que la compra y la propiedad se corresponden tan poco como la permuta y el usufructo, la donación y la hipoteca, etc. Por tanto, se permite infinitamente vender, permutar o donar muchos objetos del tráfico jurídico, que podrían ser imposibles como objeto de la propiedad o de otro derecho real. Ni siquiera la expresión de «compraventa de una cosa» es correcta. No se compra ni vende ninguna cosa. Se compra y se vende un derecho sobre una cosa. Un principio causal *uno consensu* tampoco se corresponde con compraventa y transmisión de la propiedad. En verdad, el cambio de propiedad es la consecuencia «legal» de los acuerdos que se interpretan sobre la transmisión del derecho. Se trata además de una norma dispositiva; no se opone a los acuerdos divergentes. Ni el significado jurídico contractual de la palabra «compra» es el factor decisivo, sino una clase de transmisión legal. Cuando las partes se refieren a la «compra», entonces piensan mayoritariamente en la compra del derecho de propiedad de una cosa, y pretenden su traspaso inmediato cuando no expresen otra cosa. Lo que a primera vista tiene efecto circular —el contrato de compraventa transmite la propiedad, pero el que se tenga un contrato de compraventa depende de que él transmita la propiedad— se diluye sin contradicción cuando se deja en todos los niveles por la voluntad de las partes.

Las consecuencias prácticas de la respuesta a la pregunta de qué contrato subsanar son sorprendentemente escasas. Las diferencias entre los sistemas nacionales dependen en principio de un modo de transmisión adicional al acuerdo que sea necesario, no de la inserción del contrato en un pensamiento causal o real. Que el vendedor pueda gravar una nueva cosa originada mediante la especialización de una cosa genérica, se determina con la pregunta de la *traditio*; no tiene nada que ver con el carácter del acuerdo anteriormente alcanzado. Esto rige también para las condiciones y limitaciones temporales. En efecto, puede ser que la concentración sobre «el» (o un) negocio real agrave el panorama sobre determinadas constelaciones de problemas, pero para su solución política jurídi-

²⁶ En la literatura griega, por ejemplo, se exponen para la defensa del sistema causal no solo argumentos destacables, sobre que «ninguna mente lógica incrementa la capacidad de otra sin motivo» [Georgiades y Stathopoulos (-Georgiades), *Astikós Kodix*, V *Emprágmato Dikaio* (Atenas, 1985), arts. 1033-1093, p. 413, núm. 32], sino también que el sistema causal se encuentra «más en la línea con el sentido de la sociedad» (Georgiades loc. cit. núm. 36).

ca no juega ningún papel el marco dogmático. De ello tampoco depende especialmente la posibilidad de acuerdo de reserva de la propiedad ni la regla que a veces se encuentra de que el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad de fincas debe hacerse sin condiciones. El entendimiento de la reserva de la propiedad como un acuerdo bajo condición suspensiva «real» no se diferencia en nada de un régimen de transmisión causal en el que las partes permiten apartarse de la regla general de transmisión de la propiedad inmediata. Que la transmisión de un derecho real inmobiliario pueda estar condicionada (por ejemplo, mediante la total entrega de la contraprestación prometida) no depende en todo caso de la discusión sobre la disposición y la obligación. Solo se trata de la estabilidad de cada registro de derechos²⁷. También la pregunta de si los derechos subjetivos de cosas puede convertirse en *extra commercium* por la autonomía de la voluntad y las preguntas de si el régimen de transmisión de la propiedad por negocio jurídico es de naturaleza imperativa o dispositiva, no depende de cada modelo. En efecto, el riesgo de nulidad permanece. Pero cada motivo singular de nulidad debe probarse por separado y con todos los detalles, esto hace casi imposible una evaluación del impacto en Europa. El derecho de nulidad contractual de los Estados miembros difiere mucho uno de otro como para poder encontrar una afirmación general sobre su eficacia jurídico real. Esto se aprecia claramente en el caso de contratos que vulneran una prohibición legal²⁸, además de las reglas tan distintas entre ellos en contratos celebrados con menores de edad. No se puede decir que solo un contrato causal puede celebrarse con un «motivo injusto» (art. 1345 CC italiano). Cuando un prestamista puede asegurar un préstamo usurario con una garantía real («Grundschild»), entonces también en Alemania la constitución de la deuda con garantía real («Grundschild») es nula²⁹. El derecho alemán incluso conoce la «disposición onerosa» (§ 816 (1) párr. 2 BGB alemán), una categoría que no puede dotarse de contenido sin el recurso a una «causa». Finalmente, no es

²⁷ Esto también se observa en Austria. En derecho material no hay ninguna preocupación frente a las restricciones sobre fincas; también es posible su inscripción en el registro (OGH 26. 1. 2001, 5Ob326/00b, RIS Justiz). Por el contrario, no pueden inscribirse derechos sujetos a condición o a plazo antes de que se cumpla la condición o el término (Rummel [-Spielbüchler], ABGB II (3.^a ed. Viena, 2000), § 431 núm. 9 con más detalle). No se inscribe una transmisión con reserva de dominio; más bien, debe demostrarse antes el cumplimiento de la condición (pago del precio) en la forma idónea (OGH 25. 11. 2008, SZ 2008/175). El motivo se encuentra en el derecho registral. Ninguna base jurídica permite la inscripción de un derecho todavía inseguro en su formación; lo primero que se puede inscribir es el derecho ya nacido (OGH loc. cit.).

²⁸ La demostración en el derecho comparado se encuentra en las anotaciones del DCFR II.-7:302 (Contracts infringing mandatory rules).

²⁹ BGH 8. 7. 1982, NJW 1982 p. 2767, 2768.

verificable la conexión entre el derecho de los vicios del consentimiento, especialmente el derecho de impugnación por error, y el correspondiente derecho de transmisión. No hay ninguna evidencia para que se contengan en el sistema causal, en el establecimiento del proceso de transmisión, un canon de causas de impugnación inferior y plazos de impugnación más reducidos que en el abstracto. Especialmente no hay ninguna relación entre el derecho de transmisión y la pregunta de si solamente el error con una causa externa o también por culpa propia debe dar derecho a la impugnación y tampoco hay ninguna relación entre el derecho de transmisión y los requisitos procesales de invocación de motivos de impugnación y otros motivos de nulidad. El derecho de impugnación y de transmisión se encuentran desconectados el uno del otro en Europa.

7. EFICACIA FRENTE A TERCEROS

Un negocio jurídico alcanza relevancia jurídica real mediante la producción de efectos frente a terceros. También las personas que no son parte en él tienen que respetar sus efectos. Pero no todo negocio jurídico relevante para el derecho de cosas despliega la misma eficacia frente a otros. En general, solo se puede decir que la eficacia frente a terceros de un negocio jurídico no solo se deriva del acuerdo; también se necesita para ello un motivo extra. Este puede encontrarse en la concesión de la posesión y, en caso de bienes inscribibles, en la declaración registral correspondiente, por ejemplo, la presentación pública del documento contractual (transcripción), pero también en caso del derecho a reclamar en la notificación al deudor y en caso de determinados negocios sobre cosas reales, puede encontrarse en la concretización de la mercancía³⁰ o del precio³¹ de la compraventa³².

³⁰ Por ejemplo, se beneficia un consumidor bajo el § 49 de la Ley de Consumidores sueca (Konsumentköplag vom 6.9.1990) (1990:932) de la protección jurídica real desde la «individualización» (*individualisering*) del objeto de la compraventa.

³¹ Bajo el § 2160 (2) CC checo adquiere el comprador «mediante una venta en un autoservicio... el derecho de propiedad sobre una cosa con el pago del precio»

³² Esto aparece también en la crítica francesa del principio *solo consensu*. En el caso de cosas muebles de especial valor (coches, barcos, mobiliario del hogar de lujo) se acuerda en todo caso un *crédit-bail* o una reserva de dominio. Pero las cosas que cubren las necesidades cotidianas (pan, carne, etc) podría ser a menudo sin declaración mediante *solo consensu*. En caso de una compra en un supermercado la compraventa se concluye cuando el cliente deposita un producto con un precio a la vista en su cesta de la compra. Esto produce efectos aunque no haya transmisión de la propiedad. Por tanto en otros casos podría el cliente dejar la carga con «su» cosa impune, sin pagar. Este no es el caso en que la transmisión de la propiedad se pospone hasta el pago en la caja (Wester-Ouisse, RTD civ. 2013 pp. 299, 303, núms. 10-11).

Aunque no con poca frecuencia basta teóricamente que el transmitente o el constituyente del derecho se haya obligado a su transmisión o a su cesión. Por tanto, esta obligación es el motivo extra de mero acuerdo sobre el cambio de titular. Esto sirve de protección al anterior titular del derecho ante una pérdida del derecho prematura, no otra cosa como en el ordenamiento jurídico hermano (por ejemplo) del requisito de la entrega de la posesión. Los sistemas de base romana recuerdan a este respecto absolutamente el *equity*. También un régimen de transmisión consensual-causal *treats as done what ought to be done*. Ni siquiera la «causa» le basta siempre, para adquirir un derecho, especialmente el derecho de propiedad, con eficacia absoluta frente a terceros. Bajo los «terceros» se incluyen todos lo que no pertenecen a las partes del contrato, exigen más bien esta atención especial quienes también reclaman para sí el derecho vendido (donado, permutado) porque también lo han comprado, recibido en donación o permuta. En el sentido del derecho de cosas «dinámico» de acuñación sueca se tiene incluso «solo» en esta situación un «conflicto de derechos reales» ante sí³³. La doctrina del contrato de compraventa con doble eficacia debe desarrollar también reglas sobre la prioridad, y para ello se sirve típicamente de «extramotivos» que también se utilizan en el resto del ordenamiento jurídico; la posesión y el registro son los más importantes.

La doctrina escandinava, especialmente la doctrina sueca del derecho de cosas dinámico, distingue entre «protección de la venta» y «protección del acreedor». En el derecho de protección de la venta se trata de la cuestión de adquisición de buena fe de quien no es titular. El derecho de protección del acreedor se basa por el contrario en la idea de sustituir la cuestión sobre la transmisión «de» la propiedad que en todo caso se hace para un derecho real mobiliario que está disperso en numerosas fuentes jurídicas por la prueba de qué facultades concretas (uso, destrucción, aprovechamiento, enajenación y gravamen) se transmiten bajo qué presupuestos mediante compraventa, permuta o donación. Por tanto se origina una especie de derecho de transmisión «disociado»³⁴, que se desprende de la idea de que se transmite «un» derecho que pueda incluir todas estas facultades.

³³ VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht* I, Múnich, 2015, núms. 74-75.

³⁴ Tanto en la ley como en la literatura se encuentra una regla uniforme y coherente como representación del derecho de transmisión de la propiedad mediante negocio jurídico sobre bienes muebles. Se dividen las situaciones específicas en diferentes aspectos singulares [Millqvist, *Sakrättens grunder* (6.ª ed. Estocolmo, 2011), p. 23]. Por eso no se pregunta tampoco por el momento temporal de transmisión de la propiedad sino por los presupuestos y el momento temporal de adquisición de cada una de las consecuencias jurídicas en cuestión [Håstad, *Sakrätt* (6.ª ed. Estocolmo, 2001), p. 171].

8. LOS TÉRMINOS DEL PRINCIPIO CONSENSUAL Y DEL PRINCIPIO DE TRADICIÓN

Las reglas de los ordenamientos europeos sobre la eficacia frente a terceros de los negocios jurídicos distinguen, dependiendo del punto de referencia de los derechos (cosas reales, fincas, cosas puramente normativas), de su contenido (propiedad, derechos reales limitados), de los requisitos sobre su reconocibilidad (bienes inscribibles, bienes no inscribibles), del tipo de negocio jurídico subyacente (compraventa, donación) del poder de disposición del disponente (adquisición de un titular o de un titular aparente) de la persona del adquirente (consumidor, empresario), del estado de la adquisición (primera adquisición o sucesivas) y el lugar de perfección del contrato (compra en supermercado, compraventa a distancia). En el caso de derechos sobre cosas reales, se trata sin duda en la mayoría de los casos de variaciones respecto de las mismas cuestiones básicas. La principal pregunta es a qué contexto debe llegarse para que la cosa sea transferida al adquirente. La respuesta afirmativa es que debe conseguirse con la consumación del negocio el dominio de la cosa con el alcance del derecho correspondiente y con la actitud propia de su titular, en el caso de la adquisición de la propiedad, el dominio de la cosa como un propietario, y en caso de la primera o sucesivas adquisiciones de un gravamen, el dominio de la cosa con la extensión de ese derecho y con reconocimiento de la obligación futura de devolver la cosa. La ciencia jurídica continental europea siempre ha insistido en intentar condensar la respuesta en dos principios. Así, nace el conocido como «principio consensual» y su concurrente, el «principio de tradición». En un país con el principio de tradición se dice que rige la idea de que solo se adquiere un derecho real subjetivo cuando se entrega la cosa (o «trae»). En un país con el principio consensual basta por el contrario con el mero acuerdo; por decirlo así, este es por sí solo la «tradición», similar a una «tradición civil»³⁵. El problema es que no existen estos países; en todos tienen eficacia ambos principios, uno junto al otro. En otras palabras, también quien confiesa seguir el principio de tradición, renuncia no por mucho tiempo a los denominados «subrogados en la transmisión». Aquí no se trata más que de un simple acuerdo de entrega, aunque no una entrega real. En Alemania, para que en absoluto se pueda hablar de un subrogado en la transmisión, se exige un doble consentimiento (el acuerdo sobre la adquisición y el modo de adquisición) y esto tiene una

³⁵ DROSS, *Les choses* (Paris, 2012), p. 50, núm. 29-1.

base puramente teórica. En la mayoría de los casos no es posible en la práctica distinguir «en realidad» entre la disposición y el acuerdo de entrega indirecta de la posesión. Pero especialmente la confrontación del principio consensual y el principio de tradición no permite hacer una descripción fiable de los sistemas de derechos reales nacionales. Resulta muy parco calificar Italia³⁶ o Inglaterra³⁷ como países del principio consensual, y Alemania como país del principio de tradición. La formación de mitos de este tipo pesa mucho hasta hoy en el Derecho Europeo de Cosas. La realidad manifestada en las excepciones y contraexcepciones es tranquilizadamente complicada, por eso no se permite, porque no solo se trata del derecho de propiedad, sino también del derecho del primer y los siguientes adquirentes del gravamen. Todos los ordenamientos europeos conocen actos jurídicos bajo los cuales la adquisición jurídica negocial de un derecho subjetivo no depende de la entrega física de la cosa, y otros, bajo los cuales sucede el caso exactamente contrario. En los detalles no solo se distingue entre derechos subjetivos de diferentes clases (propiedad, usufructo, prenda) sino también entre procesos de adquisición que afectan al mismo derecho. Sin embargo, se permite atribuir a un denominador común esta variedad fenotípica: un derecho real en absoluto surge solo con la entrega, también puede ser adquirido sin entrega, pues solo se asocia con una protección de duración comparativamente más débil. Todos los ordenamientos europeos mantienen su mejor protección posible para los adquirentes a los que se ha hecho entrega material de la cosa. Sin entrega se adquiere (según una formulación de *Monateri*) solo una clase de propiedad «fugaz»³⁸, una propiedad en todo caso que puede llegar a perderse de nuevo en cualquier momento sin su propia intervención.

9. DERECHOS SOBRE FINCAS

Las fincas tienen un claro sustrato físico. Pero su existencia y corporeidad no se derivan de ello, sino del ordenamiento jurídico del que son creación. Este decide sobre la existencia de un objeto susceptible de un derecho real. En la mayoría de los casos, la inscripción en el correspondiente registro de la propiedad forma parte de las condiciones necesarias para ello. Una «vivienda», por

³⁶ Sobre esto, VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht II*, Múnich, 2019, núm. 252.

³⁷ Loc. cit., núm. 211.

³⁸ MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà* (Milan, 2008), p. 225 (*proprietà caduca*).

ejemplo, puede ser vendida (según las normas del régimen de la compraventa aplicables). Pero este contrato de compraventa no genera automáticamente la propiedad de la vivienda, ni tampoco la traslada. Para el nacimiento y la transmisión del derecho de propiedad sobre la vivienda se requiere una «vivienda en propiedad». Corresponde a la definición de vivienda en propiedad que se haya creado su correspondiente folio registral, no hay nada antes que el derecho del derecho reconozca como cosa. De la normatividad de las fincas se deriva además que no pueden ser transmitidas físicamente. Las fincas (como todas las cosas normativas) no resulta fácil que puedan ser entregadas. El derecho inmobiliario (relativo a fincas), sin embargo, llama la atención a los Estados para remodelarlo en el ámbito del derecho público. Mientras que ellos se mantienen al margen del derecho de adquisición jurídica negocial de cosas reales en buena medida, reivindican para sí un papel propio en las cuestiones paralelas del derecho inmobiliario.

10. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea trabajan con dos sistemas fundamentalmente distintos. Bajo unos de ellos las partes «tienen que» solicitar la inscripción, bajo los otros «pueden» hacerlo. En el ámbito de aplicación de uno de estos sistemas la adquisición de un derecho sobre una finca es imposible sin la correspondiente declaración en el Registro de la propiedad, en el ámbito de aplicación del otro sistema sí es posible. Este también tolera que tenga lugar la adquisición sin inscripción. Donde una inscripción registral no es constitutiva, sino usual, se eleva solo la optimización de la protección del bien (similar a como ocurre con la *traditio* en las cosas muebles)³⁹. Con ello se relaciona, al menos parcialmente, el dualismo de registros de derechos («sistema de inscripción», Registro de Propiedad y catastro inmobiliario, que también dan publicidad de los derechos) y registros de contratos («sistema de transcripción»). Los registros de derechos publican el resultado del proceso de adquisición; el registro de contratos, el fundamento de la adquisición. En Francia, la publicidad registral solo es un indicio para un derecho, nada más. Algunos incluso creen que no podría ser de otro modo; finalmente, la transmisión de

³⁹ En Francia se habla en consecuencia del *rôle confortatif* de la *publicité foncière*, lo que corrobora el papel del Registro de la Propiedad. La inscripción solo permite la invocación de un derecho frente a terceros y la solución del conflicto del rango entre los sucesores del mismo predecesor en el derecho [*Piedelièvre y Piedelièvre*, *La publicité foncière* (Paris, 2014), p. 26, núm. 45].

la propiedad se produce solo mediante la voluntad concurrente de las partes⁴⁰. La *publicité foncière* (la publicación del negocio jurídico relativo a un inmueble) solo obliga siempre a quienes tienen conocimiento del derecho concurrente sobre el inmueble, puede hacerse valer contra él un contrato contradictorio con su título. El *land registry* inglés es totalmente distinto. No se basa en el *registration of title*, sino en el *title by registration*. El registro configura el título; no es el título el que da forma al objeto de la inscripción. El Estado se configura como actor principal. En ninguna parte aparece más claro que en la sec. 58 Land Registration Act 2002: «If on the entry of a person in the register as the proprietor of a legal estate, the legal estate would not otherwise be vested in him, it shall be deemed to be vested in him as a result of the registration». Los Registros de la propiedad declaran en cambio el titular de la propiedad inmobiliaria y otros derechos reales inmobiliarios. Esto los distingue de la *publicité foncière*; los Registros de la Propiedad son, como en el *land registry* inglés, un registro de derechos. Distintos del *land registry* son los registros que se proyectan y organizan desde la perspectiva de las fincas. En otras palabras, los registros de la propiedad son registros de cosas y de derechos en uno⁴¹. Crean fincas, las registran e informan sobre las circunstancias que caracterizan la propiedad y los derechos reales limitados. Las inscripciones en un registro de la propiedad no solo impiden que desplieguen eficacia frente a terceros las sucesivas adquisiciones concurrentes; las inscripciones en un registro de la propiedad son en sí mismas una parte del proceso de adquisición, aunque en diferentes grados de país a país y de derecho a derecho.

11. GRADOS DE EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LAS INSCRIPCIONES REGISTRALES

La inscripción en el Registro de la propiedad otorga a los negocios jurídicos sobre derechos inmobiliarios eficacia contra personas ajenas al contrato. Esto no significa que en todas partes «solo» los negocios jurídicos (o derechos) que se publican en el registro tienen eficacia frente a terceros, y tampoco que «todos» los negocios jurídicos de relevancia jurídica real se someten siempre a estas mismas reglas. En la Europa actual no hay consenso sobre en qué exactamente se basa la eficacia frente a terceros del registro, tampoco

⁴⁰ El fundamento actúa de forma claramente circular, pero está generalizado (ej. *Fournier y Lamiaux*, *Publicité foncière*³ (Paris, 2014), p. 64, y Rép. civ. Dalloz (-*Fournier*), *Publicité foncière* (Paris 2007), núms. 5 y 6).

⁴¹ GNIEWEK, *Prawo rzeczowe* (8.^a ed., Varsovia, 2010), pp. 290-291, núm. 906.

sobre quién se considera en realidad, cuando se habla de «terceros». En el fondo se trata de la diferencia entre inscripciones contrapuestas y constitutivas. Se llaman constitutivas las inscripciones con las que la cualidad jurídico real de un negocio jurídico se mantiene y se suprime. Cuando la eficacia translativa procede del propio contrato, una inscripción prácticamente no puede tener eficacia de base jurídica; solo tiene eficacia que se permita «contraponer» la inscripción de uno concurrente sobre este derecho. La patria de la doctrina de la *opposabilité* es naturalmente Francia. Solo se trata de «sancionar» a quien no inscribió su título (o no en el momento oportuno)⁴². Aunque se obtenga un derecho real inmobiliario sin inscripción, teóricamente incluso mediante un contrato informal pero sin inscripción, le faltan al derecho adquirido importantes características de un derecho real. El derecho adquirido se encuentra en la situación de *inoposabilité*. Artículo 30 (1) del Decreto de 4. 1. 1955, del que se deriva esta situación jurídica, establece expresamente que los negocios jurídicos de obligada publicación (y las decisiones judiciales) únicamente no pueden oponerse a terceros «*qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents*». Dependiendo de que sea imposible oponer una adquisición extrarregistral, no hay nada sin inscripción que se pueda «oponer» a nadie. La publicidad adquiere ahora significado «constitutivo». La intabulación en estos sistemas no es todo, pero sin intabulación no hay nada; la primera proporciona al negocio eficacia jurídica real. Por eso aquí no hay ninguna necesidad, ni siquiera posibilidad, de distinguir entre distintos grupos de «terceros».

III. DISPOSICIONES MEDIANTE OTRA PERSONA COMO TITULAR DEL DERECHO

1. CONTRATOS SOBRE DERECHOS DE TERCEROS

Cuando una persona dispone de un derecho sin ser su titular, se produce inevitablemente un conflicto entre quien confía en la legitimidad de la otra parte del contrato y aquel cuya posesión se ve perjudicada con el negocio. Este es habitualmente (aunque no

⁴² Esto absorbe *effet relatif* (art. 3 del Decreto de 4. 1. 1955) y se interpreta todo ello como «sanción», incluso como sanción con eficacia contra la publicidad omitida. Es eficaz que un adquirente no pueda publicar su título si no se publica antes el título de su transmitente. Por ejemplo, un heredero que no ha inscrito el certificado notarial sobre su adquisición del causante difícilmente encontrará un comprador o un banco que acepte la finca como garantía.

necesariamente) el titular del derecho sobre el que se dispone, en el supuesto más sencillo, el propietario. A él le beneficia el criterio de perpetuidad inherente a su derecho. Pero la parte contractual del no propietario quiere objetar que el último estuviera legitimado para disponer por motivos especiales o debiera ser visto por él (el adquirente) como el legitimado para disponer. En el segundo caso se mueve hacia el derecho del adquirente de quien aparenta estar legitimado. El que se le permita no depende de la respuesta a las preguntas conjuntas de que el contrato de compraventa, donación o permuta sobre derecho del tercero sean vistos como eficaz legalmente o nulo legalmente. El problema aparece de todos modos solo en ordenamientos que vinculan la adquisición de un derecho real a un motivo (una «causa»). Bajo un régimen de transmisión abstracto ni siquiera se plantea. La compra de una cosa ajena se mantiene aquí sin duda como eficaz, pero la situación jurídica real tampoco se modificaría cuando se comporta exactamente a la inversa. Notablemente la compra de cosa ajena tampoco es eficaz en la mayoría de los ordenamientos en los que rige el principio de causalidad, entre los cuales, no solo aquellos que consisten en un título y un modo, sino también aquellos que renuncian principalmente o en todo caso al modo en las circunstancias de la situación dada. Bajo el artículo 892 CC portugués y el artículo 1599 CC francés (belga y luxemburgués) la compra de cosa ajena es claramente nula legalmente y por ello no puede producir ningún efecto traslativo ni tampoco si el comprador es de buena fe⁴³. Si y en la medida en que el comprador de buena fe está protegido, el sistema se mueve entre formas especiales de adquisición legal, entre ellas el derecho de usucapión (espontánea) (art. 2276 CC francés o art. 2279 CC belga⁴⁴) y también el derecho de inscripción, solo en caso de doble venta de inmuebles (art. 1198 (2) CC francés o artículo 6 (1) Código del Registro Predial portugués)⁴⁵. Tampoco

⁴³ El derecho italiano lo refleja claramente. La *vendita di cosa altrui* es válida y eficaz. «Si en el momento del contrato la cosa vendida no era de propiedad del vendedor, este está obligado a procurar la adquisición al comprador». La venta es eficaz solo desde el derecho de obligaciones; se trata de una *vendita obbligatoria*. La propiedad por el contrario recae primero (*ipso iure*) cuando el vendedor compra la cosa (art. 1478 (2) CC italiano).

⁴⁴ Portugal establece para cosas muebles plazos de prescripción comparativamente cortos (art. 1299 CC portugués: tres años en caso de buena fe, en caso contrario seis años) pero ninguna usucapión espontánea o inmediata (*Menezes Cordeiro*, A posse: perspectivas dogmáticas actuais (3.ª ed., Coimbra, 2000), pp. 116-122: la regla *possession vaut titre*-no rige en Portugal).

⁴⁵ Pero no existe un régimen general de adquisición de buena fe de derechos inscritos. Si B está inscrito como propietario de una finca incorrectamente, por ejemplo porque su contrato con A era nulo como consecuencia de un engaño (art. 1130 CC francés), y aún así B vende la finca a C antes de la anulación de su contrato con A, en este caso C, incluso si se ha inscrito él mismo, no está protegido contra A. La *publicité foncière* no cambia nada. La propiedad en la persona de C (el *ayant cause*) solo nace si su transmitente (B) era

se puede establecer ninguna conexión interna entre la sanción de nulidad jurídica contractual y el derecho real del negocio jurídico sobre derechos de terceros. Esto tiene su base en la circunstancia de que los arts. 892 CC portugués y 1599 CC francés solo persiguen la protección del comprador pero no que conserve el derecho. En caso de nulidad se trata de una *nullité relative*, una mera *nulidade relativa*⁴⁶. Ello implica que el comprador la invoque. Pero él no se separa de la rama sobre la que se sienta.

2. ADQUISICIÓN DE UN TITULAR APARENTE

Se trata de la espinosa pregunta sobre si alguien (C) puede obtener un derecho real mediante la disposición de quien no está legitimado (B). El disponente realiza un acto no autorizado. Él presenta (de mala o de buena fe) un derecho del verdadero titular (A) y sin duda de que él (B) dispone sobre ese derecho a favor de un tercero (C). Debería adquirir (C) como consecuencia de su negocio jurídico con (B) el derecho de (A), pues (B) también tiene una posición jurídica real relevante en algún sentido. En todo caso, falta una palabra para él. (B) se describe típicamente solo de forma negativa como «no titular». Tratado de forma positiva, quizá se habla de acto de disposición: (B) claramente no puede disponer, pero lo hace. Para transmitir un derecho ajeno, gravarlo, modificar su contenido o extinguirlo, no basta solo con el acto de disposición. Falta la autorización para disponer. Se pasaría por alto esto si los derechos reales subjetivos no fueran derechos absolutos. Consecuentemente, debe traerse en todo caso un segundo componente cuando en realidad (C) debe adquirir de (B) el derecho de (A). Se requiere también para el acto de disposición de (B) una buena razón en el lado de (C) para anteponerse a (A) en el derecho real. Todo lo demás no se mantendría constitucionalmente. Naturalmente dependen uno del otro. El acto de disposición se ha permitido mantenerlo en el mejor de los casos a quien actúa sobre la base de una titularidad aparente, y tiene en el mejor de los casos un motivo razonable para reclamar su prevalencia frente al verdadero titular, a quien actúa con apariencia para su eficacia. Aunque es útil para la descodificación de la situación jurídica europea, estos dos componentes no siempre se examinan conjuntamente. Solo cuando se separa es posible por ejemplo preguntar como un ordenamiento

propietario. Quien nada tiene, nada puede transmitir; *nemo dat quod non habet* [Zenati-Castaing y Revet, *Les biens* (3.^a ed., Paris, 2008), p. 291, núm. 183].

⁴⁶ Con más detalle y precisión terminológica MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II* (4.^a ed., Coimbra, 2014), p. 944.

determina el círculo de personas a las que se dota del acto de disposición. Puede ser que lo tenga cualquiera, incluso adolescentes, ladrones y encubridores, pero también puede ser que exactamente al contrario, cualquiera sea rechazado categóricamente (Portugal) y se encuentran numerosas soluciones intermedias, como por ejemplo para el caso de cosas reales en la forma de que solo sean aceptados los comerciantes como titulares aparentes. También desde el lado de receptor [el lado de (C)], se encuentra un caleidoscopio de imágenes; algunos motivos de adquisición se ven como motivos suficientemente buenos. La mayoría reclaman por lo menos buena fe; pero a veces (en caso de fincas) también solo la inscripción de (B) en el Registro de la propiedad. Pero ante todo no está claro desde el principio lo que significa exactamente «buena fe», lo que la justifica y con lo que debe relacionarse. Muchas respuestas se dan dependiendo del diferente objeto específico, si tiene que ver con cosas reales, con fincas o con cosas normativas. En el derecho de adquisición mediante negocio jurídico del titular se trata de la constitución y la transmisión de derechos reales, además de su extinción y la modificación del objeto. El ámbito de aplicación concreto del derecho de adquisición del titular aparente es notablemente más restringido. Cuantas más reservas tenga un ordenamiento jurídico frente a una adquisición *a non domino*, menor será también el ámbito de aplicación no solo en lo que se refiere al objeto, sino también el tipo de negocio que puede originarla.

3. DERECHOS SOBRE COSAS REALES

El derecho de adquisición del titular aparente protege la función de eficiencia de los mercados. Si se tiene que preguntar y comprobar si una cosa real verdaderamente pertenece al oferente, se dudaría antes de asumir el riesgo de una compraventa. El potencial de política económica del mercado permanece inagotable. La pregunta solo es lo que este mercado constituye realmente para el derecho civil. A ello se responde de manera distinta. Algunos ordenamientos jurídicos europeos limitan el derecho de la adquisición *a non domino* a las transmisiones comerciales (por ejemplo, § 5:39(2) CC húngaro). Una regla especial afecta a la adquisición de mercaderías que el vendedor (B) ha adquirido de su propio vendedor (A) bajo reserva de dominio. (A) en este caso solo está protegido si ha permitido inscribir la reserva de dominio en el registro de aseguramiento de créditos; en otro caso, adquiere (C) mediante negocio oneroso de buena fe la propiedad (§ 6:126(4)(a)) o la prenda (lit. (b) loc. cit.) sobre la cosa de (A).

Bajo el artículo 2277 CC francés (art. 2280 belga) rige que si el poseedor actual de una cosa robada o perdida la ha comprado en una feria, un mercado, en caso de venta pública o de un comerciante que trata con las mismas cosas, el propietario original puede reclamar la cosa al comprador solo contra reembolso del precio que ha pagado el comprador. Otros ordenamientos no solo alcanzan a las transmisiones comerciales, sino que dan la regla básica para cada acto de disposición de una propiedad ajena, pero requiere al menos que el negocio de disposición sea oneroso. Quien simplemente dona, no actúa desde esta perspectiva en un «mercado». Para el artículo 2276 CC francés (art. 2279 CC belga y luxemburgués) no se produce por el contrario en caso de liberalidad. Solo es decisivo que la posesión del título sea válida y de buena fe.

Se discute mucho si las cosas reales que se han robado al propietario o se han perdido deberían ser el objeto de una adquisición del titular aparente. Esto se niega de forma predominante, aunque no en el artículo 1153 (1) CC italiano (en contra de la excepción especialmente de los vehículos de motor: artículo 1156 CC italiano) y en el artículo 169 § 1 CC polaco. Bajo el artículo 169 § 2 CC polaco se transmite la propiedad, pero tras el transcurso de tres años.

En sentido coloquial «buena fe» es quien atribuye a la otra parte del contrato sinceridad y buenas intenciones, porque él mismo es honrado. Pero en sentido jurídico, la buena fe es perjudicial como expresión de negligencia. Por eso no se tiene un buen motivo de adquisición, porque se confía en la otra parte; más bien solo se debe confiar en él cuando se tiene un motivo para ello aceptado por el ordenamiento jurídico. La mayoría exigen además un momento de cumplimiento, es decir, que (B) entregue la posesión a (C). Si el derecho de la adquisición regular del titular se produce mediante *traditio* o no, no conlleva ninguna diferencia. La ley debe evitar que un titular aparente pueda transmitir con frecuencia un derecho ajeno discrecionalmente. De lo contrario, simplemente ya no se sabría a quien pertenece. Finalmente, la inscripción de una garantía de crédito sobre una cosa real impide la transmisión con base en la posesión, pero tampoco permite ahora la adquisición de buena fe con base en la inscripción.

4. LA MEDIDA DE LA BUENA FE

Quien sabe positivamente que no tiene nada que ver con el propietario o, en caso de adquisición de un comerciante, que el propie-

tario ha contradicho la disposición, es de mala fe. En el entendimiento de los ordenamientos continentales europeos también es sin duda de mala fe quien conoce estas circunstancias negligentes. Las codificaciones se distinguen solo por la pregunta de en qué medida debe producirse la prueba de esta negligencia. Cuanta más atención se exige al adquirente, con más fuerza se acentúa la protección del propietario; cuanto menos, más protección de los mercados. Si perjudica una negligencia «leve» (Austria), media (Hungría) o grave (Alemania, Grecia, Italia) no es especialmente importante sin duda para la aplicación del Derecho en la práctica. Al final, sobre todo juegan los mismos *topoi* un papel de «circunstancias sospechosas» bajo las cuales se realizó la adquisición, un precio notablemente más bajo y la realidad de que se trata de cosas inusuales sobre las que cualquiera pediría información⁴⁷.

5. EFICACIA

El principal efecto de una adquisición del titular aparente consiste naturalmente en que el adquirente (C) obtiene el derecho en cuestión y este se extingue al mismo tiempo en la persona de su anterior titular (A). El último se dirigirá contra el disponente (B) en ejercicio de acciones personales. También la pregunta sobre qué sucede con los gravámenes sobre el derecho adquirirlo se responde de manera uniforme: se extinguen, a menos que el adquirente los conociera o debiera conocerlos. Sería contradictorio que la subsistencia del derecho real limitado estuviera mejor protegida que la permanencia del derecho de propiedad. En Alemania se dice con frecuencia que procede de una adquisición de buena fe «libre de cargas» de la propiedad. Esto es en la mayoría de los casos correcto en cuanto a los resultados; describe la situación jurídica pero desde una perspectiva desfavorable. La «propiedad libre de cargas» no es el punto de partida, sino la circunstancia que los gravámenes, a diferencia de la propiedad, no se adquieren, sino que solo se extinguen fácilmente. El titular aparente sí ha transmitido el derecho originario pero no sus gravámenes (por el contrario, si él ha transmitido solo los gravámenes, pero no el derecho originario, este permanece naturalmente intacto)⁴⁸.

⁴⁷ Véase por ejemplo para un cuadro de De Chirico Cass. 14. 9. 1999, núm. 9782, Giust. civ. Mass. 1999 p. 1968 y para un violín Gagnani, que fue adquirido por 40.000 marcos por debajo de su valor en un local en la estación de tren de Múnich, OLG München 12. 12. 2002, NJW 2003, p. 673.

⁴⁸ Cass. 18. 9. 2014, sez. III, núm. 19653, *Diritto & Giustizia* 2014 p. 7.

6. DERECHOS SOBRE FINCAS

También los derechos sobre fincas pueden ser transmitidos en muchos ordenamientos jurídicos por un titular aparente. Aunque no se atribuye indicio de legitimidad a la mera posesión de la finca. Si se quiere trabajar también en derecho inmobiliario con la idea de titularidad aparente, entonces no queda nada más que atender a las inscripciones en el Registro de la propiedad. El propietario de una finca (A) puede en consecuencia perder su propiedad mediante la disposición de un no titular (B) principalmente cuando el registro de la propiedad identifica a (B) como propietario. Para el caso de doble venta parece establecerse otra cosa en el artículo 1198 (2) CC francés porque la norma solo atiende a la inscripción del comprador (y no del vendedor) destacando así el cumplimiento, no la apariencia de titularidad. Sin embargo (C) solo se inscribe según las reglas sobre el *effet relatif* de la *publicité foncière* si celebra un contrato de compraventa con la persona anteriormente inscrita (en este caso con (B)). En caso de fincas no inscritas, la adquisición de un no titular está prohibida en todo caso; falta base para tal situación⁴⁹.

La idea de un titular aparente que transmite mediante la inscripción en un registro de la propiedad solo se sostiene cuando alguna inscripción pueda desviarse de la «situación jurídica real» (§ 894 BGB alemán; arts. 3 y 5 de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad polaca). Este no es el caso bajo el sistema Torrens. En él, «es» titular quien aparece como tal en el Registro de la propiedad; no hay, o más exactamente no se contempla ningún titular aparente. Esto es el punto de partida del derecho inglés. Según el texto de la sec. 58 Land Registration Act 2002 basta solo con la inscripción para el nacimiento de los derechos reales. Sin embargo, faltan demasiados detalles hasta la declaración del alto tribunal, especialmente respecto de la pregunta de bajo qué presupuestos puede volver a perder el titular del derecho inscrito su derecho retroactivamente en el proceso de rectificación. No está especialmente claro si también se niega la protección al adquirente (C) cuando falta por completo un negocio jurídico entre (A) y (B) o este fuera evidentemente nulo. Solo es seguro que una rectificación que afectara un derecho de una persona que ya está en posesión de la finca, no procede si va contra su voluntad [Schedule 3 y parr. 6(2) Schedule 4 Land Registration Act 2002].

⁴⁹ Ignatowicz y Stefaniuk (-Stefaniuk), *Prawo rzeczowe* (2.ª ed. Varsovia 2006), p. 93, núm. VII.

7. APARIENCIA DE TITULARIDAD PROPICIADA POR LAS INSCRIPCIONES DEL REGISTRO

Donde las inscripciones en el Registro de la propiedad podrían ser «falsas» en el sentido de que no reflejaran correctamente la verdadera situación jurídica, debe responderse la pregunta de si debe prevalecer la apariencia a favor de la buena fe (C) o la realidad a favor de (A). Los ordenamientos jurídicos que, como el portugués, no permiten la adquisición del titular aparente en caso de cosas reales, «tanto menos» lo permiten por así decirlo en caso de fincas. La única excepción es nuevamente la doble venta. Que el primer comprador (A) no haya inscrito su título, sin duda no impide su adquisición de la propiedad, pero esta propiedad no está protegida contra una ulterior disposición del vendedor (B), de modo que (C), el segundo comprador, adquiere *a non domino* de (B) en el momento de la inscripción. Se produce una combinación de la adquisición *a non domino* y el derecho de usucapión cuando la adquisición protegida por el registro de un titular aparente es posible en principio, pero primero se fija el transcurso de un determinado plazo. Bajo el artículo 1159 CC italiano o el artículo 10 del Código del Derecho de Cosas esloveno (Stvarnopravni zakonik vom 27.9.2002 (Uradni list RS no. 87/2002), SPZ), se reduce el plazo de prescripción a diez años desde la inscripción del adquirente de buena fe. El § 5:187 CC húngaro acentúa por el contrario la adquisición del titular aparente. (C) adquiere sin duda inmediatamente con la inscripción, pero permanece durante seis meses expuesto a la acción de extinción de (A) cuando (A) presenta su solicitud de inscripción; en otro caso el plazo se amplía a tres años.

8. FE PÚBLICA

Se habla de «fe pública» (*fides publica*) del Registro de la propiedad cuando es inherente a ella una ficción de exactitud, pero que presenta un doble sentido: ni permite saber al adquirente que la inscripción correspondiente reproduce la situación jurídica material de modo incorrecto, ni permite al registro alimentar la duda sobre su corrección. El anuncio de la oposición a la solicitud de aquel cuyo derecho, si existiera, se perjudicaría mediante la ficción de corrección (§§ 899, 894 BGB alemán), destruye la fe pública del registro también la anotación del registro polaco sobre una solicitud de inscripción, el anuncio de una demanda de impugnación del Derecho sueco [Kap. 18 § 8 Ley del Suelo sueca (Jor-

danbalken)], la anotación de una demanda de cancelación (§ 61(2) Ley del Registro de la Propiedad austriaca), la *plomba* del Derecho checo y la anotación de deslinde del § 5:172(3) CC húngaro, que tampoco indican solicitudes tramitadas. En casos (muy) excepcionales, además puede ocurrir que lo publicado en el registro de la propiedad se contradiga; puede que en cierta medida no sea correcta y, consecuentemente, tampoco participa de la fe pública del Registro de la propiedad.

Puramente hablando, la expresión apenas hoy es descifrable. Se trata de una abreviatura para unos hechos complejos. Un Registro de la propiedad no «tiene» en el sentido del lenguaje moderno naturalmente ninguna fe, se funda en ella. Al mismo tiempo no se le une una fe «pública», sino la noticia sobre la publicidad que puede derivarse de las inscripciones (con las conocidas limitaciones). Se trata de la «confianza de lo universal». Esto se protege en cambio (i) por tratarse de un registro de llevanza estatal (y por tanto «pública») y (ii) por practicarse las inscripciones solo con base en documentos «públicos». Finalmente, se trata de una protección de la buena fe «abstracta», no «concreta». Nadie prueba que el adquirente ha consultado en el momento correcto el Registro de la propiedad; el asiento de presentación que anuncia puede ayudarle por pura suerte al derecho perseguido. Por tanto, tiene una «fe pública», más exactamente: sobre ella el ordenamiento jurídico legitima la aceptación parcial de la universalidad, que algo sea correcto, sin que alguien nunca ha tenido una prueba en sus manos para ello. Por eso, en contraste con Austria, el Registro alemán margina el derecho de usucapión de forma bastante consistente. No se trata, en el caso del Registro, de lo que obviamente sucede en el mundo exterior y no daría la fe pública del registro, bastaría como prueba de la adquisición de la propiedad ajena.

9. EL MOMENTO DE CONSUMACIÓN

Dependiendo de cuando y qué derechos sobre fincas pueden ser adquiridos mediante la inscripción en el registro, se permite la inscripción también para la consumación de la adquisición de un titular aparente (por ejemplo, el art. 34 LH española). De ello no solo se deriva cuando el derecho en cuestión también puede adquirirse del titular sin inscripción; entonces es decisivo el momento de la consumación para este proceso. El principal ejemplo es la entrega del documento de hipoteca bajo el derecho alemán (§§ 1154, 1155 BGB alemán). Por otra parte, para la adquisición de un derecho de un titular aparente (junto al acuerdo) es necesario también frecuen-

temente la inscripción en el Registro; no se necesita una ulterior circunstancia que fortalezca el proceso de adquisición. Así sucede bajo todos los regímenes que en caso de doble venta atribuyen la prioridad al comprador que primero inscribe, como es el caso de Alemania (§§ 872, 892 BGB alemán), Polonia (§ 5 Ley Hipotecaria y de Registro de la Propiedad polaca), Suecia (Kap. 18 §§ 1 y 2 Ley de Suelo) y Chequia [§ 1100(2) BGB checo]. El derecho de adquisición de un titular aparente y el derecho de usucapión se separan claramente. En Austria, el punto de partida es sin duda similar (§ 440 ABGB austriaco), pero permanecen aquí todavía elementos destacables de ambos aspectos. Si el auténtico titular no tiene conocimiento de la primera (incorrecta) inscripción, puede reclamar frente a terceros durante tres años (§ 64 Ley del Registro de la Propiedad austriaca).

Sobre todo, donde el derecho de adquisición del titular aparente permanece vinculado con el derecho de usucapión, deben unirse a la inscripción otros elementos, como la toma de posesión y el transcurso del tiempo. Se establece claramente en el artículo 1159 CC italiano, que recorta el plazo general de usucapión de veinte años a diez cuando alguien adquiere de buena fe de un no titular e inscribe su título. La misma regla se formula a la inversa: para la adquisición de un titular aparente se requiere junto a la inscripción del título la posesión durante diez años desde la inscripción.

La buena fe del adquirente está conectada con el poder jurídico inherente a los derechos reales subjetivos que atribuye el correspondiente Registro de la propiedad a los disponentes. Se adquiere de un titular aparente lo que se adquiriría bajo las mismas circunstancias de un verdadero titular, no menos, pero tampoco más. Sobre un error jurídico, como la aceptación, un arrendatario podría establecer una servidumbre o un derecho de electricidad, el derecho de adquisición del titular aparente no contribuye a ello (Kap. 21 § 4 Ley del Suelo sueca). Si el gravamen anunciado logra permanecer, entonces también permanecen estos como derechos aparentes. Nadie puede apelar a esto, a no haber sabido nada de un derecho inscrito (art. 3:23 CC holandés; § 5:171(1) CC húngaro; § 55(2) Ley del Derecho de Propiedad estonia). Donde en todo caso para la buena fe sobre la titularidad del derecho del transmitente debe fijarse un momento del proceso en forma de la toma de posesión, esto debe considerarse también como de buena fe. Por eso, bajo el artículo 1147 (1) CC italiano solo es de buena fe quien posee sin saber o sin negligencia grave para conocer que él mediante su posesión lesiona el derecho de otro⁵⁰.

⁵⁰ Cass. 20. I. 2017, Nr. 1593, Juris Data DVD.

De modo distinto se valora la pregunta sobre qué constituye exactamente la mala fe. Bajo el Derecho austriaco, perjudica incluso la negligencia leve⁵¹. En Chequia se considera que la buena fe solo beneficia a quien ni sabía ni podía saber con una diligencia media que la situación registral ha devenido incorrecta con base en una adquisición extrarregistral, que falta base jurídica adecuada o que ha desaparecido posteriormente. Aunque, como sucede mayoritariamente en Austria, se requiere que la finca se hubiera examinado antes de la adquisición y que de este examen no se hubiera podido conocer el defecto jurídico en cuestión⁵². Según el § 5:172(2) CC húngaro, una persona no puede ser considerada como de buena fe, «si sabía o debía saber en el momento de la adquisición de su derecho o mediante la ejecución del acto la incorrección del contenido del registro inmobiliario o la insuficiencia del derecho la persona inscrita en el registro como titular». También según el artículo 3:11 y 3:118 CC holandés se refiere al conocimiento efectivo o lo que se debe conocer. Bajo el Kap. 18 § 1 Ley del Suelo sueca, el adquirente puede ni saber ni deber saber que el transmitente no es el verdadero propietario. En Italia, sin embargo, se considera de mala fe solo aquel cuyo desconocimiento de la verdadera situación jurídica se produce por negligencia grave (art. 1147 (2) CC italiano). En el caso español (arts. 433 y 1950 CC español y art. 34 LH española) y en Derecho alemán (§ 892(1) párr. 1 BGB alemán) solo perjudica el conocimiento positivo de la incorrección del Registro. No hay un deber de investigación, tampoco, cuando el adquirente considera posible la incorrección del registro⁵³.

10. EFECTOS

Como consecuencia de la adquisición con base en el Registro de un titular aparente, el verdadero titular pierde su derecho como si él mismo lo hubiera transmitido al adquirente. El derecho adquirido se coloca en el lugar del desplazado. A diferencia de algunas formas de usucapión, el derecho de adquisición negocial del titular aparente no ayuda a superar las deficiencias del negocio jurídico de transmisión⁵⁴. Cuando el acuerdo es nulo, falla también la adquisición de buena fe. A la inversa, en un sistema de disposición abstracta, la

⁵¹ OGH 17. 10. 1995, SZ 68/194; OGH 25. 1. 2000, NZ 2002, p. 77.

⁵² Spáčil (-Vrzalová), *Občanský zákoník III* (Praga, 2013), p. 40.

⁵³ OLG Schleswig 27. 11. 2003, NotBZ 2004 p. 320, 322. Véase además RG 30. 3. 1915, RGZ 86 p. 353, 356 y RG 7. 7. 2927, RGZ 90, pp. 395, 398.

⁵⁴ *Rieländer*, JZ 2016, pp. 1150, 1152-1153; *Dietrich*, ÖJZ 1969, pp. 4, 5-6.

adquisición de buena fe subsana las deficiencias del negocio causal en la misma sustancia como si fuera una adquisición de un titular. Los contratos de compraventa ineficaces por la forma [§ 311b(1) párr 2 BGB alemán] también se hacen eficaces, como las donaciones ineficaces por la forma (§ 518(2) BGB alemán). Pero esto no tiene en cada relación el mismo significado con la fuerza de la condición. Quien adquiere de buena fe mediante donación, sin duda no está obligado a restituir al donante, sino al verdadero propietario por el enriquecimiento injusto (§ 816(1) párr. 2 BGB alemán).

Un derecho real limitado adquirido de buena fe del segundo adquirente participa del rango y alcance que tenía en la persona del titular. Tanto si se trata de derecho gravado como del derecho al que grava el titular aparente, entonces la existencia del derecho gravado solo será presunta, como se requiere para la adquisición del gravamen; en sí mismo no surge nada nuevo. Entonces en el derecho de la adquisición de buena fe se trata de la protección del adquirente, no de los intereses de terceros. Todos los derechos quedan gravados con los derechos que el Registro acredita que los limitaban en el momento de la adquisición. La posibilidad de inscribir, pero no el gravamen inscrito va en contra de ello⁵⁵. Los gravámenes no están mejor protegidos que el derecho originario, al que gravan; si el derecho originario se pierde, también desaparece junto a él la cascada de derechos que lo gravan.

BIBLIOGRAFÍA

- BAR, C. VON, «Die Gegenstände des sachenrechtlichen Besitzrechts in den Rechtsordnungen der Europäischen Union», en *Festschrift Ahrens* (Colonia, 2016), pp. 585-598.
- «Rechtsbesitz», en *Festschrift Baums* (Tübingen, 2017), vol. 1, pp. 127-140.
- *Gemeineuropäisches Sachenrecht I* (Múnich, 2015).
- *Gemeineuropäisches Sachenrecht II* (Múnich, 2019).
- «Besitzrechtliche Sachherrschaft. Eine rechtsvergleichende Skizze», en *Festschrift Bonell* (Roma, 2016), vol. 2, pp. 1927-1944.
- *Gemeineuropäisches Deliktsrecht I* (Múnich, 1996).
- *Gemeineuropäisches Sachenrecht II* (Múnich, 2019).
- DIETRICH, E., *Gedanken zur Grundbuchreform, ÖJZ (Österreichische Juristenzeitung)*, 1969, pp. 4-7.
- DROSS, W., *Droit civil. Les choses* (Paris, 2012).
- FABER, W., y LURGER, B. (eds.), «Claudia Rudolf, Vesna Rijavec y Tomaž Keresteš», *National Reports on the Transfer of Movable in Europe I, Slovenia* (Múnich, 2008).

⁵⁵ Distinto es que solo cuando se trata de una adquisición organizada jurídicamente para la usucapión, porque en ese caso siempre depende de las circunstancias al inicio del plazo de usucapión.

- FEKETE, I., *Občiansky zákonník I* (Bratislava, 2011).
- FOURNIER, A., y LAMIAUX, S., *Publicité foncière: Organisation et principales caractéristiques* (3.^a ed., Paris 2014).
- GEORGIADIS, A., y STATHOPOULOS, M. (eds.), *Astikós Kodix, V Emprágmato Dikaio* (Atenas 1985), comentario de Apostolos Georgiades.
- GNIEWEK, E., *Prawo rzeczowe* (8.^a ed., Varsovia, 2010).
- GREEN, S., y RANDALL, J., *The Tort of Conversion* (Oxford, 2009).
- HÅSTAD, T., *Sakrätt. Avseende lös egendom* (6.^a ed. Estocolmo, 2004).
- IGNATOWICZ, J., y STEFANIUK, K. (eds.), *Prawo rzeczowe* (2.^a ed. Varsovia 2006), comentario de Krzysztof Stefaniuk.
- IRO, G., *Sachenrecht* (5.^a ed. Viena, 2013).
- MENEZES CORDEIRO, A., *A posse: perspectivas dogmáticas actuais* (3.^a ed., Coimbra, 2000).
- *Tratado de Direito Civil II* (4.^a ed., Coimbra, 2014).
- MILLQVIST, G., *Sakrättens grunder* (6.^a ed., Estocolmo, 2011).
- MONATERI, P. G., *Contratto e trasferimento della proprietà* (Milan, 2008).
- PIEDELIEVRE, J., y PIEDELIEVRE, S., *La publicité foncière* (Paris, 2014).
- PRÜTTING, H., *Sachenrecht* (35.^a ed., Múnich, 2014).
- RÉP. CIV. DALLOZ (-Fournier, A.), *Publicité foncière* (Paris, 2007).
- RIELÄNDER, F., «Die erbbauzinsfreie Ersitzung des Erbbaurechts», *JZ (Juristenzeitung)* 2016, pp. 1150-1158.
- RUMMEL, P. (ed.), *Kommentar zum ABGB* (3.^a ed. Viena 2007), comentario de Karl Spielbüchler.
- *Kommentar zum ABGB II* (3.^a ed., Viena, 2000), comentario de Karl Spielbüchler.
- SÄCKER, F. J., RIXECKER, R., OETKER, H., y LIMPERG, B. (eds.), «Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch», *BGB VII* (7.^a ed., Múnich, 2017), comentario de Detlev Joost.
- SOERGEL, H. T. (ed.), *BGB XIV* (13.^a ed., Stuttgart, 2002), comentario de Astrid Stadler.
- SPÁČIL, J. (ed.), *Občanský zákoník III* (Praga, 2013), comentario de Lenka Vrzalová.
- STAIR, J., *Institutions of the Law of Scotland* (2.^a ed., Edinburgh, 1693).
- WESTER-OUISSÉ, V., «Le transfert de propriété *solo consensu*: principe ou exception?», *Revue trimestrielle de droit civil (RTD civ.)*, 2013, pp. 299-314.
- WESTERMANN, H. P., GURSKY, K. H., y EICKMANN, D. (eds.), *Sachenrecht* (8.^a ed. Heidelberg 2011), comentario de Karl-Heinz Gursky.
- WIELING, H. J., *Sachenrecht* (5.^a ed., Berlin, 2007).
- ZENATI-CASTAING, F., y REVET, T., *Les biens* (3.^a ed., Paris, 2008).

El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

En este trabajo su autor, con apoyo en la propia jurisprudencia, estudia el valor que los denominados materiales prelegislativos pueden tener para interpretar la ley. Por su autoría, se concluye que tienen un valor doctrinal autorizado (intermedio entre la doctrina privada y la genuina interpretación auténtica). Por su contenido, no solo pueden servir para la interpretación histórica, sino también para la interpretación sociológica o evolutiva de otras leyes coetáneas o anteriores, así como para su interpretación lógica (referida a la ratio legis, y no solo a la voluntas legislatoris). Y por su resultado, el autor de este trabajo concluye que los materiales prelegislativos solo pueden servir para una interpretación declarativa (sea lata o estricta) de la ley, sin permitir su modificación, aunque, por ello mismo, evitando cualquier tergiversación del verdadero sentido de la ley.

PALABRAS CLAVE

Interpretación de las leyes. Interpretación histórica. Interpretación sociológica o evolutiva. «Materiales prelegislativos». Exposición de Motivos. Preámbulo. Ley de Bases.

The (relative) interpretative value of prelegislative materials

ABSTRACT

In this work, the author, with support in the jurisprudence itself, studies the value that the so-called pre-legislative materials can have to interpret the law.

By its authorship, it is concluded that they have an authorized doctrinal value (intermediate between private doctrine and genuine authentic interpretation). By their content, they can not only serve for the historical interpretation, but also for the sociological or evolutionary interpretation of other contemporary laws, as well as for their logical interpretation (referred to the ratio legis, and not only to the voluntas legislatoris). And by its result, the author of this paper concludes that pre-legislative materials can only serve for a declarative interpretation (be it strict or strict) of the law, without allowing its modification, although, for this reason, avoiding any distortion of the true meaning of the law.

KEYWORDS

Interpretation of laws. Historical interpretation. Non-evolutionary sociological interpretation. «Pre-legislative materials». Statement of Motives. Preamble. Bases Law.

SUMARIO: I. *El dilema entre la voluntas legislatoris y la voluntas legis, y el valor de los trabajos preparatorios de la ley: los llamados «materiales prelegislativos».*—II. *Necesaria precisión conceptual acerca de los materiales prelegislativos.* 1. Los materiales prelegislativos como antecedente —histórico y legislativo— inmediato o cercano a la ley. 2. La inclusión de las Leyes de Bases entre los materiales prelegislativos. 3. Y la exclusión de las Exposiciones de motivos y Preámbulos, que anteceden a la ley publicada, entre los materiales prelegislativos.—III. *El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos.* 1. Por su autoría: su consideración como interpretación solo doctrinal, aunque de autoridad. 2. El valor interpretativo de los materiales prelegislativos: por su contenido (histórico y —en parte— lógico), y por su resultado —únicamente— declarativo. 2.1. La pretendida distinción entre los debates habidos en las comisiones, supuestamente más científicos y técnicos, y los parlamentarios, aparentemente más generalistas y políticos. 2.2. La *occasio legis* manifestada en los antecedentes inmediatos de la ley y su valor interpretativo —genuinamente— histórico, y su —relativa— aptitud para la interpretación evolutiva. 2.3. Las opiniones «científicas y técnicas» contenidas en los materiales prelegislativos y su (relativo) valor interpretativo lógico como expresión de la *ratio legis*, con posible resultado —solo— declarativo, impositivo de su posible tergiversación.—IV. *Conclusión final: entre el culto a los materiales prelegislativos y su absoluto desprecio.*—V. *Bibliografía.*

I. EL DILEMA ENTRE LA VOLUNTAS LEGISLATORIS Y LA VOLUNTAS LEGIS, Y EL VALOR DE LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA LEY: LOS LLAMADOS «MATERIALES PRELEGISLATIVOS»

Sabido es que las normas no surgen —o no deben surgir— espontánea e instintivamente, sino como producto —más o menos arduo— del pensamiento, de la mente de un ente abstracto, el legislador,

integrado, en realidad, por un grupo de personas (técnicos, políticos, de comisiones, del gobierno o del Parlamento...), que redactan, debaten, corrigen y, finalmente, aprueban la norma, que luego es publicada oficialmente.

Sabido es también que esa norma, aun habiendo sido –más o menos– pensada por tales personas, al ser obra del ser humano, como tal puede ser –en expresión de Savigny– una obra unas veces imperfecta y otras incompleta (como puede suceder con cualquier otra obra humana). En efecto, algunas veces la norma puede resultar imperfecta, bien porque es oscura o no clara en su redacción (lo que, desgraciadamente, ocurre no pocas veces incluso por descuido, o negligencia, del propio legislador a la hora de redactarla), o bien porque, aun estando bien redactada, provoca, en general o en su aplicación a un caso particular, dudas, conjeturas, equívocos, que incluso pueden traducirse en que lo que aquella norma afirma se contradice con lo que dice otra sobre el mismo caso (lo que se conoce en Derecho y Filosofía como antinomias). Ante tal problema solo cabe una solución: la interpretación; la de interpretar, aclarar, descubrir lo que aquella norma «imperfecta» quiere realmente decir.

Sabido por todos lo dicho, cabe, entonces, preguntarse –y también es consabida la cuestión– si para tal interpretación puede ser de alguna utilidad lo que sobre la ley a interpretar dijeron aquellas personas (expertas, políticas...), que la redactaron, discutieron y aprobaron.

En la respuesta que pueda darse, y de hecho se ha dado con gran polémica, a tal cuestión late la conocida contraposición entre aquella tesis –denominada clásica, y también conocida como subjetivista– que confiere un valor interpretativo auténtico a la palabra y al pensamiento del legislador (sobre todo, cuando es unipersonal: tirano o rey), cuando las de la ley eran la suya propia (siendo, por entonces, fin de la interpretación alcanzar la *voluntas legislatoris*), y aquella otra tesis –más moderna, y conocida como la postura objetivista– que, por buscar la *ratio legis* (la razón, y voluntad misma, de la propia ley –la *voluntas legis*–, desprendida y al margen de la de su autor material), relega a un segundo plano, o en su radicalismo desprecia por completo, cualquier trabajo preparatorio y previo a la norma.

Es el consabido dilema hace un tiempo detalladamente expuesto en un conocido trabajo por Salvador Coderch, sintetizado ya en su mismo título («Los materiales prelegislativos: entre el culto¹ y la polémica», publicado en *ADC*, 1983, p. 1657 ss.), y que mucho

¹ Rememorando el llamado «culto de los materiales» a que se refería DE CASTRO Y BRAVO (1984, pp. 449, nota 2, y 472), basándose en la pandectística alemana.

antes De Castro, tras explicar ambas tesis detenidamente², las sintetizaba con la siguiente explicación referida al valor de los precedentes legislativos³:

«... sobre la cuestión práctica del valor que para el intérprete han de tener los trabajos preparatorios a la redacción de las leyes... se han sustentado opiniones contradictorias. Los primeros comentaristas de las leyes se inclinan a utilizar ampliamente, como camino más fácil, los materiales de elaboración; la doctrina de la *voluntas legislatoris* defiende el “culto de los materiales”, en signo de respeto al legislador. En cambio, los partidarios de la *voluntas legis* rebajarán su significado hasta decir que hay que atender al texto solo de la ley, debiéndose hacer abstracción completa de los trabajos preparatorios»⁴.

Con el tiempo, en aquel dilema habido entre la tesis subjetivista y la objetivista, la balanza parece haberse inclinado finalmente en favor de la segunda de aquellas tesis (al menos, en el caso español: cfr., el artículo 3.1 CC *in fine*, cuando subordina toda interpretación, y cualquiera que sea el criterio hermenéutico empleado, «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad» de las normas)⁵.

² En *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, pp. 448 ss.

³ DE CASTRO Y BRAVO (1984, p. 472). Con cuya referencia, aunque hecha en nota, no en vano comienza su trabajo citado SALVADOR CODERCH (*ADC*, 1983, pp. 1657 y 1658, nota 1).

⁴ Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS (reed. 2005, p. 246), lo resumía del siguiente modo: «La doctrina clásica, que centraba la interpretación en la indagación de la voluntad del legislador, atribuía a estos materiales un valor decisivo, otorgándole casi la autoridad de una interpretación auténtica. Por el contrario, para los autores modernos partidarios de la impersonalización de la ley, considerada, no como expresión de la voluntad del legislador sino como producto de las condiciones sociales, el recurso a los trabajos preparatorios no tiene razón de ser». En la misma línea explicativa expositiva, VALVERDE Y VALVERDE (1935, p. 110), y tantos otros.

⁵ No sucede así en otros ordenamientos (como en el art. 6 del CC austríaco: *Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet...*); que se muestran acordes a la fecha en que fueron redactados (casi todos ellos decimonónicos en tal redacción, frente al más moderno español, redactado en su Título Preliminar en 1974); aunque también los hay, más recientes, que parecen acoger una posición híbrida o intermedia (como el art. 9 del CC portugués, cuando dice en sus dos primeros apartados: *1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. 2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso*). Y todo ello, por lo que concierne al sistema jurídico continental o europeo, pues en el sistema anglosajón o del *common law*, la cuestión de si atender o no a los trabajos prelegislativos para interpretar la ley ni siquiera es planteable, por entenderse totalmente rechazada (según explicara ya hace tiempo, con clara admiración hacia tal sistema y con absoluto rechazo a cualquier valor interpretativo de los trabajos preparatorios, CAPITANT (1974, pp. 204 a 216). Idéntico rechazo muestra, en esa misma obra colectiva publicada en homenaje a Geny, RADBRUCH (1974, p. 217 ss.). Y así puede comprobarse, en el trabajo más reciente de CARTWRIGHT (2019).

Así, en efecto, parece haberlo advertido nuestro TS en algunos pronunciamientos recientes, como en la STS (Sala de lo Civil) de 30 septiembre 2010 (RJ 2010/7300), recordando a las SSTS (de la misma Sala) de 21 enero y 22 junio 2009 (RJ 2009/398 y RJ 2009/5105, respectivamente), cuando dice: «Es evidente que, en tal tarea de interpretación, tiene gran utilidad conocer qué es lo que el legislador quiso al elaborar la nueva Ley. De ahí el interés de los trabajos desarrollados por las comisiones, los proyectos aprobados, las discusiones parlamentarias... –art. 3, apartado primero, del Código Civil– ... Sin embargo, la norma legal constituye una realidad no meramente filológica ni histórica, sino jurídica, cuya *vis directiva* viene determinada por una propia *ratio*, que le permite cumplir su función pese al transcurso del tiempo desde su promulgación y, siempre, dentro de un sistema. Por ello, la labor del intérprete no puede limitarse a identificar la voluntad del legislador, cuya actividad quedó consumada con la objetiva creación del precepto, que constituye el reflejo de aquella –*lex, ubi voluit, dixit; ubi noluit tacuit*–, sino que ha de averiguar la que se conoce como *voluntas legis*, esto es, la voluntad objetiva e inmanente en el texto promulgado. De tal modo que, sabido que el legislador fue consciente de un problema de política legislativa y que quiso darle una determinada solución por medio de la Ley nueva, se impone determinar si realmente logró lo que quería y si el resultado de su quehacer llegó a constituir el remedio al que aspiraba. Por ello, la sentencia de 21 de enero de 2009 precisó, al ocuparse de esta misma materia, que “los proyectos legislativos resultan irrelevantes en la perspectiva interpretativa de la *lege data* y que los antecedentes históricos y prelegislativos del precepto no resultan en absoluto esclarecedores”».

En la misma línea se ha manifestado la posterior STS (Sala de lo Civil) de 26 febrero 2018 (RJ 2018/635) –polémica en su tratamiento de las retribuciones de los administradores de las sociedades de capital–, al decir: «Tampoco está de más recordar que, como afirmara la doctrina clásica de la hermenéutica jurídica, «el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino solo a lo que de hecho ha dispuesto; más exactamente: a lo que, como contenido de su disposición, ha hallado expresión en las palabras de la ley según el sentido lógico, el gramatical, y el que se infiere de su conexión sistemática». Tanto más cuando la invocación se hace a veces no a lo que el legislador ha podido querer (aunque cuando se invoca la *mens legislatoris* se obvian las finalidades manifestadas expresamente en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre) sino a las intenciones de quienes han intervenido en el proceso prelegislativo. Los trabajos previos al proceso legislativo propia-

mente dicho tienen trascendencia en la comprensión de la norma, que solo pueden ser tomados en consideración en su interpretación en tanto hayan tenido una adecuada plasmación en el texto de los nuevos preceptos legales, interpretados de forma sistemática respecto del resto del ordenamiento jurídico, en especial... y en atención a la finalidad expresada en la ley».

Sin duda, lejos quedan ya aquellos tiempos en los que el legislador –redactor material, o simbólico en el mayor de los casos, de la ley– era unipersonal y, por tanto, claramente identificable (un Rey, un Emperador...); eran tiempos en que su voluntad era –real o simbólicamente– la contenida en la ley, de modo que, a fin de evitar cualquier tergiversación de su voluntad suprema, nadie podía interpretar su ley, que lo sería de la voluntad del legislador, o bien ésta solo podía ser interpretada por él mismo (a través de otras leyes suyas, al modo de las viejas Constituciones y rescriptos justinianeos), o por quien por él fuese autorizado, cuya doctrina formaba auténtica jurisprudencia, fuente del Derecho (piénsese en los tiempos de Roma, y también en órganos consultivos delegados por el poder parlamentario, como, por ejemplo, fue el *Référé législatif* en los tiempos iniciales del *Code*, como antecedente de los Tribunales de casación, cuya jurisprudencia dejaría ya de ser interpretación auténtica de la ley). Pero hoy, en que el legislador es pluripersonal (integrado por Parlamentos, Gobiernos, ...), y en que, por tanto, las leyes son redactadas y debatidas por muchos (técnicos, comisiones, parlamentarios, políticos...), ¿dónde y cómo hallar esa supuesta voluntad clara, unívoca, de nuestro actual legislador?⁶ Por eso, la finalidad de toda interpretación (más allá de la posible histórica), es hallar la verdadera voluntad de la propia ley (la llamada por algunos *voluntas* o *mens legis* –por oposición a la *voluntas* o *mens legislatoris* antes referida–, o lo que según la mayoría es la *ratio legis*). Porque una vez la ley es debatida, votada y, finalmente, publicada (en el Boletín Oficial pertinente), dicha ley se emancipará de su autor material, y de su *iter* formativo, se desprenderá, en fin, de su útero materno (cual criatura que se libera del vientre materno, decía Saleilles⁷), para ser una norma (una especie de ente vivo independiente), que vendrá a regir y a desenvolverse en la realidad por sí misma. Así lo dice actualmente el artículo 3.1 CC, que dirige y condiciona toda labor interpretativa, y cualquier elemento o criterio hermenéutico

⁶ Se preguntan, reiteradamente, ENNECERUS (1947, p. 207 ss.); LARENZ (1980, p. 325), y mucho antes, refiriéndose a tantas voces vertidas, dentro y fuera del Parlamento, sobre la gestación del CC francés, LAURENT (1878, p. 348): «dans cette manière de proceder, quelles étaient les intentions du législateur?... Est-ce à dire que tout ce qui a été dit au Conseil d'Etat soit le commentaire authentique du code?... Les orateurs exprimaient donc, non la pensée du conseil, mais leur pensée individuelle».

⁷ En su prólogo a la obra de GENY (1925).

que se emplee sobre las normas (sea el gramatical, el sistemático, también el histórico, y hasta el propio criterio lógico), «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»⁸.

Con todo, no parece que, por simple relegación de aquella tesis subjetivista como pretendido objetivo último de toda hermenéutica jurídica, quede resuelto, en particular, el posible valor interpretativo de los trabajos preparatorios de la ley. ¿Acaso es inútil el empleo de aquellos trabajos preparatorios para indagar en cuál ha sido el espíritu y finalidad de la ley?; ¿acaso no es el propio artículo 3.1 CC el que, con tal fin, prevé el recurso a «los antecedentes históricos y legislativos» de la norma a interpretar? No en vano, para concluir que el artículo 3.1 CC adopta una posición eminentemente objetivista coadyuva su propia génesis sucedida en la reforma del Título Preliminar del CC hecha en 1974, según la detenida explicación que a tal respecto ofreció hace tiempo Pérez Álvarez⁹, cuando advierte en particular que «la Ponencia –redactora del precepto– asume la propuesta contenida en la enmienda número 28 –del Sr. Angulo Montes presentada al Proyecto de Ley– y, mediante la referencia –final– al espíritu y finalidad de la ley, acepta la teoría objetiva de la interpretación, eludiendo cualquier alusión a la voluntad del legislador como objeto a perseguir mediante el empleo de los elementos de interpretación»¹⁰. No deja, pues, de ser paradójico que, desde la propia voluntad del legislador, aunque en apoyo de la clara redacción del precepto, se abogue por la supremacía de la voluntad de la ley en toda su interpretación.

El *quid quaestionis*, pues, no es tanto el de entrar en aquel debate planteado en sus términos generales y abstractos (entre posiciones subjetivistas y objetivistas), sino más bien, admitida prevalente y teleológicamente la tesis objetivista por la propia ley (*ex art. 3.1 CC in fine*), el de ver, en concreto, qué alcance interpretativo pueden llegar a tener tales antecedentes en la búsqueda del espíritu y fin de la ley a interpretar.

Por eso mismo, frente a viejas disputas centradas, sobre todo, en si conferir a los trabajos preparatorios de la ley un valor interpretativo auténtico, y, por tanto, vinculante, o bien otorgarles un valor meramente científico, y, así, solo orientativo y libremente apreciable por el intérprete, también parece importante abordar la relevancia interpretativa de tales materiales prelegislativos, no solo atendiendo a su autoría (según la conocida tripartición entre auténtica,

⁸ DE CASTRO Y BRAVO (en ADC, 1977, pp. 1143 y 1144), decía que en dicha norma solo se expresa una subordinación «fundamentalmente al espíritu y finalidad» de la norma a interpretar; lo que, por lo demás, constituye el límite a respetar por todo criterio interpretativo (incluido el teleológico o finalista), y la finalidad a perseguir en cualquier interpretación.

⁹ 1994, pp. 57 ss.

¹⁰ De tal modo que, como concluye el propio PÉREZ ÁLVAREZ, lo que importa es la *mens legis*, no la *mens legislatoris*.

usual y doctrinal), sino también como elemento interpretativo en sí mismo (si solo lo es histórico, y como manifestación solo de la *voluntas legislatoris*, o si puede también contribuir al lógico o teleológico, como expresión de la *ratio legis*); y, sobre todo, para intentar averiguar a qué resultados interpretativos puede concluir su empleo (si declarativo, modificativo o incluso corrector de la ley), cuestión esta última de indudable trascendencia práctica, pero prácticamente huérfana de especial atención por los autores al tratar el valor de los precedentes históricos y legislativos, incluso por parte de quienes sí le confieren cierta relevancia, tal vez por entender que aquel resultado interpretativo dependerá de cada caso en particular.

Pero, para empezar: ¿qué ha de entenderse por lo que la doctrina denomina materiales prelegislativos, trabajos preparatorios...?

II. NECESARIA PRECISIÓN CONCEPTUAL ACERCA DE LOS MATERIALES PRELEGISLATIVOS

1. LOS MATERIALES PRELEGISLATIVOS COMO ANTECEDENTE –HISTÓRICO Y LEGISLATIVO– INMEDIATO O CERCANO A LA LEY

Antes de la referencia que actualmente hace el artículo 3.1 CC a los antecedentes históricos, por un lado, y a los legislativos, por otro, la doctrina siempre ha venido distinguiendo entre aquellos antecedentes más remotos y lejanos a la norma a interpretar (los que el artículo 3.1 CC parece llamar históricos), y aquellos otros que le resultan más inmediatos o cercanos (que serían los legislativos que menciona hoy el art. 3.1 CC). Como decía De Castro¹¹: «Al tratar los autores de los antecedentes históricos, se plantean cuestiones que, aunque conexas, conviene separar: cuál es el valor de la historia de las disposiciones jurídicas, el de la tradición histórica y el de los trabajos preparatorios o material legislativo». De ahí que también distinguiera¹², entre los trabajos preparatorios, el Derecho tradicional y los antecedentes inmediatos, que muchas veces, decía De Castro, la propia jurisprudencia identifica, hablando indistintamente de elemento histórico y tradición jurídica.

Entre tales trabajos preparatorios o materiales prelegislativos, como antecedente inmediato a la norma, la común opinión¹³ suele

¹¹ En *Derecho Civil de España* (cit.), Madrid, 1984, p. 471.

¹² DE CASTRO Y BRAVO (1984, p. 472).

¹³ Con FADDA y BENSÁ (1926, p. 13 ss.); así también, entre los nuestros, CASTÁN TOBEÑAS (reed. 2005, p. 247); VALVERDE Y VALVERDE (1935, p. 110); DE CASTRO Y BRAVO

incluir los proyectos y anteproyectos, las actas o memorias justificativas de las comisiones técnicas, también las leyes de bases y las exposiciones de motivos, los discursos y dictámenes parlamentarios...

No obstante la relatividad y, por tanto, flexibilidad de tal listado¹⁴, tal vez convenga hacer una aclaración por lo que a las leyes y de bases concierne, y discrepar de la inclusión de las Exposiciones de Motivos entre los materiales prelegislativos con un valor meramente histórico; a saber:

2. LA INCLUSIÓN DE LAS LEYES DE BASES ENTRE LOS MATERIALES PRELEGISLATIVOS

En efecto, más allá del hecho –formal– de que las leyes de Bases sean normas articuladas, su vigencia e imperatividad solo funcionan como parámetro y límite en la tramitación de la ley delegada, pero una vez ésta es aprobada y publicada (como Decreto-legislativo), respetando aquellos límites que le impone la Ley de Bases¹⁵, esta última perderá ya todo su vigor normativo para convertirse en otro antecedente –legislativo, ciertamente, en su caso lógico¹⁶ (cfr., art. 3.1 CC)– de la ley delegada («como medio de interpretación histórico finalista»¹⁷). Habrá perdido, por tanto, cualquier pretendido valor interpretativo auténtico, cuando ya ni siquiera lo tiene normativo; la Ley de Bases tan solo tendrá un valor interpretativo, autorizado ciertamente, pero imponente por sí solo para modificar, mucho menos para corregir, el sentido de la ley.

(1984, p. 472); PÉREZ ALGAR (1995, pp. 46 y 48, nota 27); SALVADOR CODERCH (ADC, 1983, p. 1657 ss.), quien, sin embargo, advierte (en pp. 1658 y 1678) de la relatividad, y en cierto modo de la arbitrariedad, del concepto habido sobre los materiales prelegislativos, al depender de las reglas –contenidas en las Constituciones modernamente– que en cada momento rijan para la elaboración de normas. Y hecha tal advertencia, hará (en pp. 1679 y 1680), diversas clasificaciones de materiales prelegislativos (según su autor, su contenido y finalidad...), a fin de demostrar dicha heterogeneidad.

¹⁴ Advertida por SALVADOR CODERCH (ADC, 1983, cuya opinión ha quedado expuesta en la nota anterior).

¹⁵ O incluso, tal vez, aun cuando no los cumpla. Conocida en la doctrina administrativa es el tránsito desde la solución tradicional de nuestra jurisprudencia, que entendía nula la norma delegada que no observara las pautas de la ley delegante, hasta la más moderna de reconocerles validez, aunque otorgándoles un rango jerárquico inferior: el reglamentario.

¹⁶ Como, *a.e.*, puede ser el caso de la Ley de Bases de 11 mayo 1888, en la que, como explica GORDILLO CAÑAS (*Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid, 1990, p. 54, nota 60), se contienen tantos «principios», aunque advirtiendo Gordillo que «en este caso la situación es típicamente de *jure condendo*».

¹⁷ Decía BONET RAMÓN (*Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 19, 1988, p. 344), refiriéndose en particular a la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, mas siendo trasladable tal afirmación a cualquier otra Ley de Bases.

Refiriéndose, en particular, a la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, como precedente del CC de 1889, así lo advirtió hace tiempo Bonet Ramón¹⁸:

«No tiene –aquella Ley de Bases de 1888– valor de norma para los súbditos y se agotó el mandato en ella contenido al publicarse válidamente el Código Civil. No tiene sentido, por tanto, hablar de contradicción entre los preceptos del Código y los de la Ley, ni pretender desobedecer o alterar el claro sentido de un artículo del Código Civil apoyándose en disposiciones de la Ley de Bases. (...) Sin embargo no significa todo ello que la Ley de Bases carezca de valor actual. Lo tiene como importante elemento interpretativo ..., pues hay que suponer que en ellas se contiene *in nuce*, el espíritu que informa el articulado del Código. Sus preceptos no crean Derecho, no pueden fundar una pretensión ni son alegables como infringidos en ninguna instancia; tienen en cambio valor jurídico, y pueden alegarse útilmente incluso en casación, como indicio o prueba de la infracción de un artículo del Código por mala interpretación.»

Y así, antes, lo ha destacado constante jurisprudencia del TS negándole a la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 su posible utilidad como fundamento de Derecho en cualquier demanda o recurso, así como en cualquier sentencia judicial (así, desde la STS de 24 junio 1897¹⁹): «Considerando –decía, en el 7.º– que la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 para la redacción del Código Civil... no se promulgó para que la aplicaran los Tribunales, sino para que el Gobierno se amoldara á ella al hacer uso de la autorización que le confirió el Poder Legislativo, por donde sus preceptos no pueden servir de fundamento á ningún recurso judicial ordinario ó extraordinario» («sin perjuicio de que puedan ser tenidas en cuenta como expresión de la voluntad del legislador al interpretar los preceptos del Código», añadiría la STS de 1947, citada en nota).

3. Y LA EXCLUSIÓN DE LAS EXPOSICIONES DE MOTIVOS Y PREÁMBULOS, QUE ANTECEDEN A LA LEY PUBLICADA, ENTRE LOS MATERIALES PRELEGISLATIVOS

Siempre que se trata de abordar el papel que en la interpretación de una norma puede tener su Exposición de Motivos o su Preámbu-

¹⁸ En *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 19, 1988, pp. 343 y 344.

¹⁹ Pasando por las SSTS de 10 de noviembre de 1902, 21 de noviembre de 1934, 27 de diciembre de 1935, 10 de febrero de 1947 y de 22 de enero de 1948, que la secundan, y reproducen literalmente, en tal negación de su posible valor legal.

lo²⁰, resulta imprescindible recordar el caso de la brillante Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 redactada por Gómez de la Serna, quien poco después de redactarla, reaccionaría²¹ ante el elogio que a la misma hizo el ministro de Gracia y Justicia de aquel entonces, Fernández Negrete, que la calificó como «el mejor preámbulo y más autorizado comentario de la ley». Refiriéndose a tal frase, Gómez De la Serna, tras hacer un breve, pero completo recorrido histórico por la conocida como doctrina auténtica o autorizada y advertir de sus riesgos, para concluir que ya tal cosa no existía, ni debía volver a existir más, terminaba diciendo, sobre aquella frase elogiosa del ministro, que aquella Exposición de Motivos:

«... ha dejado abierto el palenque de la ciencia; no ha cerrado la puerta á apreciaciones mas exactas que se puedan hacer sobre el verdadero sentido de algunas disposiciones legales. Y con razon porque los motivos de la ley no son la ley, aunque sirven grandemente para esplicarla –sic– y facilitar su inteligencia: su autoridad es meramente doctrinal, si bien muy fuerte bajo este concepto, porque dimana de los mismos que han formado el proyecto de ley, y que son tan competentes para esponer –sic– las razones que los han movido, el espíritu que los ha animado en todas y cada una de las disposiciones que han presentados articuladas. Pero no se puede confundir el valor doctrinal de estas opiniones con el legal que tendria un comentario auténtico: serán sin duda de gran peso en el foro, pero no podrán forzar la convicción de los magistrados.»

Solo en parte se equivocaba Gómez de la Serna, al negarle autenticidad a «su» Exposición de Motivos, pero también acertaba al negarle valor vinculante. Es esta, precisamente, la posición que nuestra jurisprudencia, incluida la del Tribunal Constitucional²², mantiene desde hace tiempo sobre las Exposiciones de Motivos²³:

²⁰ Se habla aquí indistintamente de Exposiciones de Motivos y de Preámbulos, aunque siendo conscientes de que estrictamente –o, más bien, formalmente– las Exposiciones de Motivos preceden a la norma proyectada (cfr., arts. 88 de nuestra Constitución, y 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo), y el Preámbulo a la norma ya finalmente aprobada y publicada. Pero tampoco cabe olvidar que, en la práctica parlamentaria, las normas finales van unas veces precedidas de lo que llaman, en efecto, Preámbulo, pero que otras veces lo denominan Exposición de Motivos.

²¹ En sus *Comentarios a la LH, tomo I*, Madrid, 1862, pp. 166, 181 y 182 (de esta última se hará una parcial transcripción a continuación en texto).

²² Analizando Exposiciones y preámbulos de leyes de temática tan delicada, social y políticamente, como son los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Cataluña (por su empleo de la palabra «nación»), resueltos, respectivamente, en las SSTC 36/1981, de 12 de noviembre y 31/2010, de 28 de junio (también la STC 173/1998, de 23 de julio, sobre la Ley vasca de Asociaciones); o como el de la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, sobre cuya Exposición de Motivos se manifestarían las SSTC 212/1996, de 19 diciembre y 116/1999, de 17 de junio.

²³ En todo lo que a continuación se diga sobre el valor de las Exposiciones de Motivos y Preámbulos, reproduzco en parte y me remito en lo demás, a lo dicho en mi obra: *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con Prólogo C. Rogel Vide, Méjico-Madrid, 2015.

la de darle un valor interpretativo auténtico, por provenir del propio legislador, aunque no vinculante, en el razonamiento de la jurisprudencia porque tales textos expositivos y preambulares carecen de valor normativo, no son estrictas normas (pues solo lo son las que se contienen en su articulado y en sus disposiciones –adicionales, finales...–), porque, como revela el propio lenguaje en tales textos empleado –aunque sea técnico-jurídico–, no hay en ellos consecuencias jurídicas concretas, que dispongan, ni mucho menos impongan, efectos precisos a determinados hechos (cuando éstos, en general, vienen también referidos en los textos expositivos de un modo siempre general y abstracto). Todo lo cual justifica que dicha parte expositiva de la norma carezca, no solo de obligatoriedad o imperatividad (como es muy común decir), sino de toda posible aplicación directa (sea dispositiva o imperativa). Tales textos expositivos tan solo tendrán un valor interpretativo (auténtico, ciertamente, pero no vinculante), de la estricta norma que se contiene en el texto articulado. Y de esa consecuencia se derivarán otras, como la prevalencia de lo dispuesto en el articulado de la norma, si con ello se contradice lo dispuesto en su texto expositivo, o la imposibilidad de fundar exclusivamente en los textos expositivos la interposición de un recurso de casación o de inconstitucionalidad.

Conviene, no obstante, advertir que las Exposiciones de Motivos han sido consideradas tradicionalmente por muchos, incluso por algunos de los grandes maestros, como un trabajo preparatorio de la ley que, por eso mismo, sirven para su interpretación histórica, para indagar en la búsqueda de la *voluntas legislatoris* –cuando no, incluso, más bien en la voluntad de su particular autor–, incardinándose así entre los «antecedentes... legislativos» –no en los «históricos»– a que se refiere el artículo 3.1 CC²⁴.

Pero, de ser así, ¿cómo conceder autenticidad a un precedente legislativo? No se explicaría que las Exposiciones de Motivos fuesen la interpretación auténtica –supuestamente– de una voluntad legislativa, cuando hoy –no ya en los tiempos de nuestras primeras

²⁴ Vid., por todos, CASTÁN TOBEÑAS (reed. 2005, pp. 245 y 246), a quien siguen PUIG BRUTAU (1976, p. 765); ya antes VALVERDE Y VALVERDE (1935, p. 110); o el mismo DE CASTRO Y BRAVO (1984, pp. 448, 449 y, sobre todo, p. 472); y por algunos hoy, incluyendo las Exposiciones de Motivos entre los «antecedentes... legislativos», a que se refiere el artículo 3.1 CC, como DE LA VEGA BENAYAS (*Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, con prólogo de E. García de Enterría, Madrid, 1976, pp. 129 y 130); SANTAOLALLA LÓPEZ (*Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 60 y 61); DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (*ADC*, 1992, pp. 520 a 522); o, sobre todo, SALVADOR CODERCH (*ADC*, 1983, pp. 1657, 1658, 1679 y 1680); y, siguiéndole últimamente, DE LA HIGUERA GONZÁLEZ (2003, pp. 303 a 309). En la propia jurisprudencia, más allá de los casos en que el TS identifica la Exposición con la opinión personal de su redactor, con aquel valor histórico las consideró la STS de 25 de febrero de 1943, al calificar las Exposiciones de Motivos como «precedentes y material legislativos». Lo que justificaría que las Exposiciones carezcan de valor normativo, y solo tengan un valor interpretativo-histórico.

Exposiciones decimonónicas (que no solían ser debatidas, como aquella de Gómez de la Serna, entre otras)– en su gestación han podido intervenir tantas personas, cada cual con su voluntad: desde su redactor (unipersonal o en comisión plural), que bien puede ser un técnico que no representa la voluntad popular, hasta los parlamentarios en la fase de enmiendas,... ¿De cuál voluntad de entre tantas que hay intervinientes en la gestación de la ley va a ser precedente auténtico la Exposición de Motivos?²⁵ Una vez más, aquella concepción de las Exposiciones arrastra como lastre otros tiempos en que era otro el legislador (unipersonal), y otra la finalidad de la labor interpretadora (como indagadora de la *voluntas legislatoris*), lo que, entonces sí, justificaba esa –pretendida– ecuación entre Exposición de Motivos, material-pre-legislativo e interpretación histórica. Pero tal explicación resulta hoy rechazable²⁶: a diferencia de los estrictos antecedentes históricos y legislativos, sean estos más remotos o más próximos a la ley, las Exposiciones de Motivos, en cambio, aunque preceden a la ley (a su articulado, a la norma jurídica *stricto sensu*), no son mero precedente de la ley. Son formalmente tan «material legislativo» –que no prelegislativo– como la propia ley que motivan. En ellas no se refleja la gestación de la ley (con sus debates, enmiendas...), sino la ley misma, ya debatida y gestada, ya aprobada y publicada oficialmente, tanto en su articulado como en su Exposición de Motivos. Éstas no representan el pasado de la Ley, sino su presente. Separados, así, formalmente, los trabajos preparatorios de las Exposiciones de Motivos, en tal distinción también la hay sustancial, sin que pueda estimarse que las Exposiciones arrastran con ella la voluntad del legislador, ni mucho

²⁵ Así también lo entenderá LARENZ (1980, pp. 325 a 327), mostrándose por ello contrario al empleo interpretativo de cualquier texto expositivo. La lectura de tal reflexión, a la que me remito, es sin duda muy estimulante (y hasta puede llegar a recordar, por su gran coincidencia, a la que, con mayor modestia, hacía Gómez de la Serna restando importancia a la Exposición de Motivos de la LH-1861 que él mismo había redactado).

²⁶ Como ya lo intuyera ALBALADEJO GARCÍA (1983, p. 164, nota 2), cuando tras incluir entre los elementos de interpretación histórica las Leyes de Bases, se limita a añadir (en aquella nota 2): «También son elemento de interpretación las Exposiciones de Motivos que a veces preceden a las leyes. Pero no se puede decir que sean elemento histórico, porque no son anteriores a la ley, sino simultáneas a la misma». Ya con más argumentación, por todos, ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES (1972, insistentemente, en pp. 25 a 28, 44, 94 y 96); también, TAJADURA TEJADA (1997, pp. 29 ss.), aunque antes (en p. 12), acepta la semejanza de las Exposiciones con los trabajos preparatorios a fin de averiguar la voluntad del autor de la ley; o EZQUIAGA GANUZAS (*Revista vasca de Administración Pública*, núm. 20, 1988, pp. 33, 41, 42 y 47), aunque matizando éste que también sirven a la histórica, junto a la teleológica, a diferencia de los trabajos preparatorios que, en su opinión, sirven tan solo a la llamada interpretación psicológica. En parte, también en esa posición, algo híbrida, de ver en las Exposiciones una interpretación histórica y lógica, podría incluirse a HERNÁNDEZ GIL (1982, pp. 305 y 306). En mi opinión, que defendí en mi monografía antes citada y recordaré aquí en texto, antes que mezclar ambos argumentos, tal vez sea más adecuado ver en las Exposiciones de Motivos un tránsito de la interpretación histórica a la lógica.

menos la de su autor material. No se trata, por tanto, aquí de resucitar viejas teorías subjetivistas sobre la interpretación tomando por fundamento las Exposiciones de Motivos. Una vez éstas son aprobadas, se emancipan e independizan de su autor material, y de su *iter* formativo, como la ley misma a la que motivan. Se ha producido, entonces, un tránsito, una transformación casi «mágica»: si *ab initio*, en su propuesta y tramitación parlamentaria, la Exposición de Motivos contenía la *voluntas legislatoris* (de la Comisión redactora con el fin de convencer al Gobierno o al Parlamento), tras su debate y aprobación, ya recoge, junto con ella, la *ratio legis* (la de la propia ley ante sus destinatarios finales: los ciudadanos y los Poderes Públicos), que la ley explica en su preámbulo, donde vendría a comprenderse, a lo más, una especie de *mens legis*, según entiende nuestra propia jurisprudencia, incluida la del Tribunal Constitucional²⁷. De este modo, aquella parte expositiva de la ley vendrá a contener, no los «antecedentes... legislativos», a que se refiere el artículo 3.1 CC, sino el «espíritu y finalidad», el alma del cuerpo legal, a que se refiere aquel artículo 3.1 CC en su inciso final. Se erigen, así, las Exposiciones de Motivos como punto de encuentro, y conciliación, en la clásica disputa entre las teorías subjetivistas y las objetivistas de la interpretación.

Solo en el caso de que el legislador decidiera intencionadamente no aprobar ni publicar la ley con su parte expositiva²⁸ (como, por ejemplo, sucedió con las reformas del CC en 1981), no se produciría –creo– tal emancipación, y quedaría dicha parte en el limbo de los antecedentes, al no entrar en vigor junto a la ley (cfr., art. 2.1 CC).

En definitiva, por tanto, no cabe confundir las Exposiciones de Motivos con los precedentes de la ley²⁹, pues en tal confusión, pre-

²⁷ En efecto, son multitud de SSTS las que así lo entienden: que las Exposiciones contienen una interpretación auténtica de la *ratio legis*, o de la *mens legis* –dirán las SSTS de 16 de diciembre 1982 y 19 de junio de 1992 (o de la *mens legislatoris*, dirán las SSTS de 12 de junio de 1974 y 23 de mayo de 1975)– en cuanto explicación de aquella razón (así, entre otras muchas, las SSTS de 25 de septiembre de 1964, 12 de junio de 1974, 23 de mayo de 1975, 16 de diciembre de 1982, 6 febrero de 1986, 13 de octubre de 1998, 19 de junio de 1992, 27 de febrero de 2001). Y a todas ellas cabe sumar, dentro de la propia jurisprudencia constitucional, la STC 31/2010, de 28 junio (RTC 2010/31), cuando afirma: «... El valor jurídico de los preámbulos de las leyes se agota, por tanto, en su cualificada condición como criterio hermenéutico. Toda vez que, por tratarse de la expresión de las razones en las que el propio legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa y expone los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene, constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa –dice–, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada».

²⁸ Obsérvese que digo «no aprobar ni publicar» la Exposición de Motivos. Porque de aprobarse, sin ser finalmente publicada, podría tal vez plantearse la duda, que, no obstante, en mi opinión debería resolverse también negándole en tal caso a la Exposición cualquier valor interpretativo que vaya más allá del histórico. Como digo en texto, en el siguiente párrafo: hubiera sido, en cualquier caso, la voluntad del legislador, la de la propia ley.

²⁹ Añádase la observación que, en general, hacía GÓMEZ DE LA SERNA (1862, pp. 176 a 179), quien daba mayor valor interpretativo a las Exposiciones de Motivos, por

cisamente, radica el haber querido dar valor interpretativo auténtico a los debates parlamentarios como pretendida expresión de la *voluntas legis*, cuando era identificable con la *voluntas legislatoris*, hoy ya superada como lo demuestra el artículo 3.1 CC *in fine*. O, ¿acaso deba de ser al revés? Veámoslo.

III. EL (RELATIVO) VALOR INTERPRETATIVO DE LOS MATERIALES PRELEGISLATIVOS

1. POR SU AUTORÍA: SU CONSIDERACIÓN COMO INTERPRETACIÓN SOLO DOCTRINAL, AUNQUE DE AUTORIDAD

Aunque parezca cuestión escolástica (la clasificatoria habida entre interpretación auténtica, usual y doctrinal), tiene su importancia práctica: solo si los precedentes de la norma tienen un valor interpretativo auténtico, podría de ellos predicarse entonces su fuerza vinculante, obligatoria para el intérprete; de lo contrario, tratándose solo de una interpretación doctrinal o científica, tan solo tendría un valor interpretativo orientativo, pero no determinante para el intérprete. Esa alternativa, precisamente, fue la subyacente entre la tesis subjetivista (que proclama la «esclavitud a los precedentes», según De Castro³⁰) y la objetivista antes recordada (en el epígrafe introductorio).

Probablemente, el germen de la discusión llevada a los materiales prelegislativos se produjo, al menos entre nosotros, respecto a los Comentarios que García Goyena hizo al Proyecto de CC de 1851, tan influyente finalmente, como de todos es sabido, en el CC de 1889. Hubo, por ejemplo, una STS, la de 11 noviembre 1943 (RJ 1943/1170), que calificó aquellos comentarios de García Goyena como «una interpretación moralmente auténtica de su espíritu y disposiciones» (refiriéndose, naturalmente, a las del propio Proyecto); pero se cuidaba de advertir que lo era «moralmente», no jurídica y estrictamente hablando, y lo hacía, en aquel

su carácter técnico y científico, frente al contenido más político y principal expresado en los debates parlamentarios. En idéntico sentido, LARENZ (1980, p. 328); y mucho antes, GENY (1925, pp. 285 y 286), porque tales textos expositivos, decía éste, son «actos emanados, oficialmente al menos, de una sola voluntad humana», frente a los debates parlamentarios «cuya voluntad colectiva... difícilmente se obtiene del caos de opiniones individuales». Siguiéndole, CAPITANT (1974, pp. 212 y 213), quien niega reiteradamente la ecuación entre voluntad colectiva como suma de voluntades individuales, cuando la mayor de las veces estas últimas son ambiguas, contradictorias...; lo que, junto a otras razones, le lleva a rechazar, en general, cualquier valor interpretativo a los trabajos preparatorios.

³⁰ DE CASTRO Y BRAVO (1984, p. 450).

caso particular, para aclarar una norma de aquel proyecto (sobre promesa de venta) que, inspirada en un precepto del CC francés, parecía hacer pensar que la promesa de venta equivalía a la venta, pero que el propio Goyena se encargaba de desmentir en sus comentarios, lo cual fue, efectivamente, atendido en el definitivo CC español apartándose, entonces, de aquella equívoca redacción contenida en el Proyecto de CC de 1851.

Más contundente, en tal valoración auténtica, ha sido sin duda Lacruz Berdejo, en su conocido trabajo: «Las *Concordancias* de García Goyena y su valor para la interpretación del CC», en *RCDI*, 1974, pp. 289 a 302, donde, en contra de otras valoraciones sobre tales comentarios (como, sobre todo, la de Castán Tobeñas, al principio de este trabajo referido, que los menciona simplemente como «un libro, interesante hoy día»), llega, en cambio, a concluir Lacruz³¹, calificando aquellos comentarios de Goyena como una «interpretación auténtica de la voluntad colectiva» (refiriéndose a la de todos los redactores de aquel Proyecto CC-1851, no solo a García Goyena, como fueron Bravo Murillo, Sánchez Puy y Antón de Luzuriaga, participe éste también en comentar algunos preceptos de aquellos posteriores comentarios de Goyena). Pero obsérvese: por un lado, que en aquel trabajo el maestro Lacruz desarrolla toda una suerte de argumentos en favor de su tesis³², pero tendentes todos ellos, más allá del valor que en particular tuviera la obra de García Goyena, a defender, aunque de forma matizada, la tradicional tesis subjetivista, dirigida a averiguar la razón de la ley desde la voluntad del legislador. Y, por otro lado, hay un dato más particular que aquí sí interesa, pues hace Lacruz aquella afirmación (calificando aquellos comentarios de Goyena como una «interpretación auténtica de la voluntad colectiva»), con fundamento en la propia Exposición de Motivos de la Sección de Derecho Civil de la Comisión de Codificación enviada al gobierno el 5 de mayo de 1851, donde se hacía referencia a tales comentarios de Goyena como «una obra que contiene la historia, el examen comparado y los motivos de cada uno de los artículos, interpretando y resolviendo en el espíritu de los mismos algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en la práctica», y concluyendo que «esa interpretación y resoluciones pueden considerarse moralmente –¡decía!– auténticas, por haberse hecho previa discusión con aprobación de las secciones».

No era la primera vez que se sintonizaban interpretación auténtica y Exposición de Motivos. Recuérdese el caso, visto arriba, de

³¹ En aquel trabajo citado en texto (*RCDI*, 1974, pp. 300 y 302).

³² En las pp. 296 ss. del citado trabajo.

la brillante Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 redactada por Gómez de la Serna, quien poco después de redactarla, reaccionaría³³ ante el elogio que a la misma hizo el ministro de Gracia y Justicia de aquel entonces, Fernández Negrete, que la calificó como «el mejor preámbulo y mas autorizado comentario de la ley»; ante lo cual diría Gómez de la Serna que «su autoridad es meramente doctrinal, si bien muy fuerte bajo este concepto, porque dimana de los mismos que han formado el proyecto de ley, y que son tan competentes para esponer –sic– las razones que los han movido, el espíritu que los ha animado en todas y cada una de las disposiciones que han presentados articuladas. Pero no se puede confundir el valor doctrinal de estas opiniones con el legal que tendría un comentario auténtico: serán sin duda de gran peso en el foro, pero no podrán forzar la convicción de los magistrados».

Solo en parte se equivocaba Gómez de la Serna, al negarle autenticidad a «su» Exposición de Motivos, pero también acertaba al negarle valor vinculante. Es esta, precisamente, la posición que nuestra jurisprudencia, incluida la del TC³⁴, mantiene desde hace tiempo sobre las Exposiciones de Motivos³⁵: la de darle un valor interpretativo auténtico, por provenir del propio legislador, aunque no vinculante, en el razonamiento de la jurisprudencia porque tales textos expositivos y preambulares carecen de valor normativo. Sin entrar aquí y ahora en valorar tal jurisprudencia³⁶, lo que, sin duda, no cabe es referirla a aquella Exposición de Motivos de la Sección de Derecho Civil de la Comisión de Codificación enviada al gobierno el 5 de mayo de 1851, ni tampoco a los Comentarios del Proyecto de CC-1851 hechos por García Goyena, al tratarse ambos de unos textos que no llegaron a tener vigencia, aunque sí influencia en la mayoría del articulado del CC-1889 (según permitía la propia Base 1.ª de la de 11 de mayo de 1888), mas no en todo él³⁷. En

³³ En sus *Comentarios a la LH*, tomo I, Madrid, 1862, pp. 166, 181 y 182.

³⁴ Analizando Exposiciones y preámbulos de leyes de temática tan delicada, social y políticamente, como son los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Cataluña (por su empleo de la palabra «nación»), resueltos, respectivamente, en las SSTC 36/1981, de 12 de noviembre y 31/2010, de 28 de junio (también la STC 173/1998, de 23 de julio, sobre la Ley vasca de Asociaciones); o como el de la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, sobre cuya Exposición de Motivos se manifestarían las SSTC 212/1996, de 19 diciembre y 116/1999, de 17 de junio.

³⁵ En todo lo que a continuación se diga sobre el valor de las Exposiciones de Motivos y Preámbulos, reproduzco en parte y me remito en lo demás, a lo dicho en mi obra: *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con Prólogo C. Rogel Vide, Méjico-Madrid, 2015.

³⁶ Para ello, me remito de nuevo a mi obra citada en la nota anterior.

³⁷ En su «Nota Preliminar» a la reedición de las *Concordancias* de Goyena hecha en 1974, llegará a decir LACRUZ BERDEJO que el 65 % de los preceptos de aquel Proyecto de CC de 1851 fueron antecedente directo del definitivo CC. A tal respecto, «ni he verificado ni pongo en duda el recuento –dirá luego TOMÁS Y VALIENTE (1989, p. 90)–; pero lo más peculiar del Proyecto de 1851 estaba, sin duda, en el porcentaje desechado». En la

lugar de concederles cualquier autenticidad interpretativa, valdría más bien aceptar aquella «autenticidad moral» a que se referían la STS de 11 noviembre 1943 y antes ya la propia Exposición de Motivos del propio Proyecto de 1851, antes mencionadas; aunque más correctamente habría que conferirle un valor doctrinal de autoridad, intermedio entre la interpretación verdaderamente legal que la ley haga en su Exposición de Motivos (o, más todavía, en su propio articulado), y la genuinamente científica, que cualquier autor de la doctrina pueda hacer al comentarla.

Y el mismo valor intermedio ha de conferirse a los materiales prelegislativos en general³⁸. Ir más allá, para intentar conferir a esos precedentes, o a otros cualesquiera, un valor auténtico, en el fondo sería retornar a las tesis subjetivistas sobre interpretación jurídica, tendentes como fin interpretativo a la búsqueda de la voluntad del legislador, antes que a la de la propia ley. Aunque tampoco por ello haya que desechar cualquier valor interpretativo a tales trabajos preparatorios, según defiende la más radical versión de la teoría objetivista. Entre ambas posiciones extremas cabe lo que hoy llama Salvador Coderch la «doctrina del medio auxiliar» (apadrinada por Heck): a los materiales prelegislativos hay que conferir, por su autoría, un valor doctrinal, científico, aunque cualificado, de autoridad, diverso de la genuina interpretación doctrinal privada y de la auténtica legal.

Por eso, según esta posición intermedia, en general, los precedentes normativos deben ser empleados con prudencia o cautela, sin mermar la libertad del intérprete, y como medio auxiliar y subsidiario de los demás elementos o criterios de interpretación³⁹.

misma línea relativizadora, expuesta con mayor detalle, BONET RAMÓN (*Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 19, 1988, pp. 319 ss.); y PÉREZ ALGAR (1995, p. 339 ss), quien terminará concluyendo que «el proyecto de 1851 es algo parecido a un documento de trabajo que ... cede ante planteamientos que puedan parecer soluciones mejor fundamentadas», y (en p. 348), que «la base primera de la Ley de 11 de mayo de 1888 no concede un plusvalor interpretativo al elemento histórico en nuestro Código civil». Por su parte, aunque sin mencionar expresamente la opinión de LACRUZ BERDEJO, llegará a decir SALVADOR CODERCH (*ADC*, 1983, p. 1658, nota 2), que aquel comentario del Proyecto de CC-1851 «es considerado, a veces con notoria exageración, como el protointérprete auténtico del Código».

³⁸ Frente a AUBRY Y RAU (1897, p. 197), que conferían un valor doctrinal privado a los trabajos preparatorios en general, nos parece más adecuada la valoración de GENY (1925, p. 286), cuando los califica como «ilustraciones autorizadas del texto». Algo más cercano a la tesis clásica, se mostraba DEGNI (1909, pp. 257 y 259), para quien cuando tales trabajos parlamentarios se muestren totalmente conformes con la disposición legal, (p. 257), «devono considerarsi tali, ed avere, perciò, la stessa autorità obbligatoria della legge», añadiendo luego (p. 259), que «possono considerarsi come una *quasi* interpretazione autentica... E dico *quasi* e non *vera* interpretazione autentica, perchè questa dev'essere contenuta in una legge, mentre i lavori preparatorii ai quali accenno si riferiscono a semplici progetti».

³⁹ Así, en Alemania, sobre todo, ENNECERUS (1947, pp. 206 y 207), quien habla de una «estimación moderada, que ni exagera, ni rechaza el valor de los llamados materiales

En mi opinión, aun siendo aceptable la consideración intermedia de los trabajos preparatorios (ubicados entre las interpretaciones estrictamente auténtica y doctrinal), la posterior consecuencia de tal idea extraída por aquella doctrina del medio auxiliar, sin embargo, me parece: por un lado, hartamente genérica e indeterminada, y, por otro, apriorística (expuesta sin fundamento, aunque –como veremos– pueda en efecto tenerlo). Pues, en realidad, con tales prudencia y auxilio han de emplearse todos los elementos hermenéuticos, especialmente, aquellos que pueden conducir a un resultado interpretativo corrector. Confróntese, por ejemplo, el criterio sociológico, tan conectado, pero tan antitético a la interpretación histórica⁴⁰, cuando el propio Preámbulo de la reforma del Título Preliminar del CC hecha en 1974, al justificar la novedosa introducción de tal método en el actual artículo 3.1 CC, advertía: «La ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de las normas introduce un factor con cuyo empleo, ciertamente muy delicado⁴¹ –¡dice!–, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquellos»⁴². Y la propia jurisprudencia

legislativos» como «una fuente valiosa de interpretación si se emplean con la debida cautela», siempre sin procurar una certidumbre plena y siempre en detrimento de la mayor prevalencia de cualquier otro criterio interpretativo en caso de contradicción en sus resultados; LARENZ (1980, p. 328), quien habla de «medio auxiliar»; entre los nuestros, entre otros muchos (como DE LA VEGA BENAYAS, 1976, p. 130...), CASTÁN TOBEÑAS (reed. 2005, pp. 246 y 247), quien, con ENNECCERUS, desecha la interpretación histórica cuando se contradice con el resultado obtenido desde otro criterio interpretativo, y que, con FERRARA (1921, p. 218), quien hablaba de los trabajos preparatorios como «sussidio», considera, parafraseándole, que «los trabajos preparatorios pueden valer como *indicio* de una cierta voluntad legislativa, pero han de ser utilizados con cautela y circunspección», «con moderación y prudencia», insiste luego. De «grande cautela», de «massima cautela», hablaría, por su parte, DEgni (1909, pp. 256 y 259), siguiéndole, entre nosotros, VALVERDE Y VALVERDE (1935, p. 111). Por su parte, FIORE (1927, pp. 586 y 587), supedita el criterio histórico en favor de una preeminencia del elemento sistemático, y, entre nosotros, PÉREZ ÁLVAREZ (1994, pp. 159 y 160), en favor de los sentidos gramatical y lógico de la norma.

⁴⁰ El propio CASTÁN TOBEÑAS (reed. 2005, p. 247), decía que «los elementos de interpretación histórica, aunque estimables, han de ser utilizados con moderación y prudencia, ya que el juego de ellos podría obstaculizar el de los de orden sociológico o evolutivo, dada la sustancial antítesis que se da entre ambos sistemas de interpretación, estático el uno y dinámico el otro».

⁴¹ Que se ha de emplear con «tino y prudencia», decía la primera STS dedicada a la interpretación sociológica o evolutiva, la STS de 21 de noviembre de 1934, que tuvo, precisamente, a Castán Tobeñas como ponente, y que ha sido repetida hasta la saciedad por otras muchas SSTS después.

⁴² Según advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ («El criterio de la realidad social en la interpretación de las normas jurídicas [Comentario a la STS de 31 de abril de 1984]», en ADC, 1985, p. 216), para quien, a la vista de dicho Preámbulo, el criterio sociológico del artículo 3.1 CC sirve para cubrir «la aparición de nuevos supuestos de hecho no contemplados por la norma, y a los que se extiende su eficacia por vía de interpretación». Aunque considera que también sirve para «la alteración en la consideración de los hechos ya contemplados por la norma, pero que ésta resuelve con criterios diferentes y aún contrarios a los socialmente vigentes».

dencia se ha encargado de mostrar que es posible concluir con un efecto corrector de la norma desde una interpretación evolutiva⁴³.

¿Acaso, tal vez, se predique idéntica delicadeza y prudencia en el empleo interpretativo de los materiales prelegislativos porque pueda concluirse en un resultado también corrector de la norma por ellos interpretada? ¿O se trata –según creo– de un medio interpretativo auxiliar por otras razones? Veámoslo.

2. EL VALOR INTERPRETATIVO DE LOS MATERIALES PRELEGISLATIVOS: POR SU CONTENIDO (HISTÓRICO Y –EN PARTE– LÓGICO), Y POR SU RESULTADO –ÚNICAMENTE– DECLARATIVO

2.1 **La pretendida distinción entre los debates habidos en las comisiones, supuestamente más científicos y técnicos, y los parlamentarios, aparentemente más generalistas y políticos**

Dentro de los materiales prelegislativos suele observarse, y distinguirse, muchas veces con un tono crítico no falto de razón, que los debates parlamentarios, frente a los más autorizados vertidos en las comisiones redactoras de los proyectos normativos, no suelen contener discusiones detalladas y técnicas, sino, por el contrario, generalistas y de contenido más político que estrictamente jurídico, lo que, por tal razón, les confiere un valor interpretativo menor que el de aquellos otros debates más científicos y jurídicos vertidos en las comisiones redactoras⁴⁴.

⁴³ Ciertamente, el mero hecho de relacionar la interpretación sociológica con la corrección, mucho más con la posible derogación, de la norma así interpretada puede provocar hasta escalofríos. Por principio, la jurisprudencia, desde la pionera STS de 21 de noviembre de 1934 lo ha venido insistentemente negando, cuando decía que dicho método «envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del Juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral», y que los nuevos cambios sociales «no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí solo suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego». Lo han advertido también, más recientemente, las SSTs de 13 julio 1993, de 10 abril 1995, y muchas otras después. Es el riesgo de que, por aquel método, el intérprete de la norma se convierta en legislador, en contra de los principios más elementales de generación y supeditación al Derecho (arts. 9, en sus aps. 1 y 3, y 117.1 CE). Pero no es solo el riesgo propio de la interpretación sociológica, sino, en realidad, el de cualquier interpretación, aunque en aquel caso sea elevado a su máximo grado. No es esta ocasión, por supuesto, la de estudiar *in extenso* este método interpretativo. Pero, a la vista del límite a que éste, como cualquier otro método interpretativo, queda sometido (en su necesaria armonía con el espíritu de la propia ley que se interpreta, *ex art. 3.1 CC in fine*), así ha venido a demostrarlo la propia jurisprudencia, que expuse en mi obra sobre el valor de las Exposiciones de Motivos, a que, de nuevo, me remito.

⁴⁴ Lo cual GÓMEZ DE LA SERNA (1862, pp. 177 a 179), consideraba como algo connatural a todos los debates parlamentarios, frente al más científico y técnico contenido en las Exposiciones de Motivos (protagonistas políticos aquéllos y protagonistas téc-

No me parece, sin embargo, que hoy, al menos como idea rígida y apriorística, pueda ya mantenerse tan estricta separación entre debates puramente técnicos, preparativos del proyecto normativo y gestados por comisiones encomendadas *ad hoc* (e integradas por juristas, letrados, ...), y los políticos, más centrados en generalidades y en los principios más básicos de la norma a debatir, que se desarrollan en sede parlamentaria. De todos es sabido que las enmiendas que se someten a debate parlamentario son, en muchas ocasiones, puramente técnicas, a la par que, inevitablemente, el debate «principal» se inicia desde un comienzo en las comisiones redactoras de los proyectos y anteproyectos⁴⁵, que, de ser aprobadas, suelen reflejarse en un Preámbulo o en una Exposición de motivos, también debatidas y enmendadas en muchas ocasiones en

nicos los de éstos, dirá SALVADOR CODERCH (ADC, 1983, p. 1679). Por eso, decía De La Serna: «Estos cuerpos –en que se debaten las leyes– pueden ser de dos clases: científicos unos, en que por su índole sobrepasa el carácter técnico y que son llamados á preparar lo que los cuerpos políticos que son parte del poder legislativo examinan después, y adoptan, si lo creen conveniente para el país para que legislan... No son ellos en verdad legisladores, pero son sin duda los más competentes para esplicar –sic– sus pensamientos, y para atestiguar perpetuamente qué principios prevalecieron en la formación de los proyectos que redactaron con una atención, con una asiduidad y con un detenimiento que no les pueden dedicar los cuerpos políticos por celosos que sean, distraídos por otra multitud de atenciones legislativas y por las continuas cuestiones de política militante. En las comisiones científicas, como en la de la Codificación, casi tanto como el debate de los principios, importa el modo de desenvolverlos, y la forma de expresarlos: no hay una palabra que no sea estudiada y elegida como la más conveniente para expresar la idea que envuelve: no hay una coma solamente que esté puesta con impremeditación». En cambio, añade luego (p. 179): «Los cuerpos políticos que legislan no pueden descender á tantos pormenores: bastante exigir de ellos es que examinando los principios fundamentales de las leyes que en su redacción no pueden menos de ser rigurosamente técnicas, eleven la discusión á la altura á que lo hacen generalmente mas competentes para juzgar de la conveniencia ó inconveniencia de las reformas consideradas en su conjunto, y en sus disposiciones principales... Pocas veces descienden los cuerpos políticos á discutir detenidamente todas las disposiciones de leyes tan complejas como los códigos ú otras de grande estension y de riguroso tecnicismo... á la discusión de los artículos sustituyen la de los títulos ó capítulos, si bien la votación recae individualmente sobre aquellos. De aquí que pocas veces se descienda á pormenores puramente científicos, ni aun á los de aplicación: la discusión principalmente versa sobre los principios fundamentales». Muy semejantes, prácticamente idénticas, son las observaciones más modernas de LARENZ (1980, pp. 325 a 327), para quien resulta difícil hallar la voluntad del legislador en los debates parlamentarios, pues en ellos, aunque provenientes de quien es el legislador, se discuten los fines de la ley y, por tanto, la necesidad de su aprobación (dando por hecho que los preceptos se amoldan a tales fines); así como tampoco en los trabajos previos (de Comisiones...), pues, aunque en ellos sí hay un debate técnico y particular sobre tales preceptos, no forman parte del Cuerpo legislativo. En otro sentido, en tal división entre precedentes técnicos y políticos, SALVADOR CODERCH (ADC, 1983, p. 1679), observará que la mayor importancia de unos sobre otros dependerá según se defienda, previamente, una posición interpretativa subjetivista u objetivista: «En ese contexto, quien tienda a considerar los materiales como un dictamen de expertos, privilegiará los primeros, mientras que quien se acerque más a posiciones subjetivistas –dicesfavorecerá una consideración más preferente de los materiales del segundo tipo, de los provenientes de los representantes políticos».

⁴⁵ Como advierte el propio GÓMEZ DE LA SERNA (1862, p. 177), «estos debates de los cuerpos científicos –son– discusiones concienzudas y modestas al mismo tiempo que difíciles y de gravísimas consecuencias en el orden moral, civil y aun en el político».

sede parlamentaria, integrándose, finalmente, de este modo en la propia ley publicada, y dejando de ser, por ello, un mero precedente legislativo para formar parte de la ley (según lo arriba dicho), con un valor, por tanto, en principio más autorizado (por auténtico) que el de aquellos debates, opiniones y motivos contenidos tanto en las comisiones redactoras de los proyectos normativos como en el Parlamento (que, aunque autorizados, y no meramente doctrinales, no alcanzan la calificación de auténticos que solo tienen aquellos preámbulos y exposiciones de motivos).

Sin rígidos apriorismos, por tanto, el mayor o menor valor interpretativo de aquellas discusiones y opiniones (ya provengan de comisiones expertas como de la sede parlamentaria), dependerá, no tanto de su origen o autoría, sino, *ex* artículo 3.1 CC, más bien de su concordancia con la finalidad y espíritu finalmente contenidos en la norma definitivamente aprobada tras su debate⁴⁶.

2.2 La *occasio legis* manifestada en los antecedentes inmediatos de la ley y su valor interpretativo –genuinamente– histórico, y su –relativa– aptitud para la interpretación evolutiva

Aun admitida –solo– moderada y orientativamente aquella –pretendida– distinción (entre los precedentes técnicos, provenientes de las comisiones, y los políticos, propios de la sede parlamentaria), también, me parece, que aquellos debates parlamentarios, aun siendo generales y políticos, pueden tener una indudable utilidad interpretativa, por expresar la *occasio legis*, la realidad social (política, económica...) en que se gestó y a que respondió –o pretendió responder– la norma.

Decía Cicerón, en *El Orador*, que quien ignora su pasado no dejará de ser un niño. Lo mismo puede decirse del intérprete, y aplicador, del Derecho, que muchas veces no alcanzará a entender el sentido de la norma a interpretar si carece de una perspectiva histó-

⁴⁶ Es la solución que, en general, propone PÉREZ ALGAR (1995, pp. 126 ss.), cuando hay contradicción entre los propios antecedentes legislativos (sean técnicos o políticos, procedentes de la comisión o del parlamento), sin priorizar *ex ante* ninguno de ellos, al ser posible que la claridad y la concordancia con la ley final se manifieste en los debates parlamentarios y no, previamente, en los debates de la comisión redactora del proyecto (o a la inversa). Por eso, concluirá diciendo (p. 129): «No se trata de ordenar tales elementos de forma abstracta, sino de ordenar el valor del resultado obtenido en cada caso por el conjunto de ello... la cuestión clave es, precisamente, esa revelación del espíritu y la finalidad de la norma. El elemento interpretativo existe por eso y para esto; y en la medida en la que cumpla mejor o peor esta tarea valdrá más o menos que otro. Lo cual depende de las circunstancias del problema concretamente planteado». Más sintéticamente, SALVADOR CODERCH (*ADC*, 1983, pp. 1679 y 1680), para quien «su valor depende de la relación del documento –del precedente legislativo– considerado con el texto final de la ley del que, en ese sentido, está en función».

rica. En efecto, en muchas ocasiones, para entender una norma, sobre todo si ésta es ya vetusta, es necesario situarse en el contexto histórico en que dicha norma se gestó y promulgó, en la realidad social (cultural, económica, política...), en que aquélla –y para la cual aquélla– fue dictada. Como dice el artículo 3.1 CC, «Las normas se interpretarán según... los antecedentes históricos»⁴⁷.

Y, ¿qué duda cabe de que, para conocer tal contexto histórico, y así comprender la norma, los debates en las comisiones, los parlamentarios y demás precedentes pueden ser de gran utilidad?⁴⁸ Así como el intérprete no debe ser sociólogo para conocer la realidad social desde la que interpretar evolutivamente las normas, tampoco debe de ser historiador para conocer el contexto en que se gestó una norma pasada. No es su misión hacer, investigar Historia, sino conocer aquella realidad histórica de una norma pasada a que el propio legislador de aquel momento, en su propia percepción de aquella realidad, atendió para luego legislar sobre ella⁴⁹. Y precisamente para observar esa realidad percibida por el propio legislador sirven al intérprete aquellos antecedentes a que se refiere el artículo 3.1 CC (borradores, proyectos, discusiones, enmiendas...), hasta la propia realidad descrita en los Preámbulos y Exposiciones de Motivos. Solo de este modo, conocida por el intérprete la reali-

⁴⁷ Ya mucho antes de tal norma, nos decía el maestro DE CASTRO Y BRAVO (1984, p. 471): «No parece que pueda haber duda sobre la gran importancia de conocer las circunstancias en que nació una ley, el matiz político o social que tuviera en su origen y... más concretamente, nadie discutirá el interés de averiguar qué problemas se pretendían resolver y qué propósitos se querían lograr al dictarse una determinada disposición». Dirá, más tarde, DE LA VEGA BENAYAS (1976, p. 129), que «interpretar históricamente una norma es leerla en su historia, indagar sus antecedentes, las circunstancias que le dieron vida». Así también, PÉREZ ÁLVAREZ (1994, p. 157), para quien «el empleo del canon histórico permite desvelar los orígenes de un precepto o el motivo determinante de una norma –*ocasio legis*–. Y antes que todos ellos, casi parafraseando a SAVIGNY, explicaba CLEMENTE DE DIEGO (en sus *Cursos*, de los años veinte): «El histórico consiste en traer a colación, para entender la ley, los antecedentes de su formación, la historia y las tradiciones del pueblo, porque en ellos encontramos la clave de explicación de sus preceptos». Decía, en efecto, SAVIGNY (en su *Sistema de Derecho romano actual, Tomo I*, trad., Madrid, 1878, p. 150), que «el histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada;... determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico, debe esclarecer –*sic*–».

⁴⁸ Así lo reconocía, en general, DEGNI (1909, p. 254), gran defensor de la interpretación evolutiva de las normas: «I lavori preparatori, anche nel metodo storico-evolutivo, possono avere una notevole importanza, in quanto servono a determinare le condizioni che circondarono la formulazione di una legge, per dedurne il motivo occasionale». Y, entre nosotros, así también VALVERDE Y VALVERDE (1935, p. 110): «no cabe duda que los trabajos dichos –los preparatorios– pueden servir para determinar las condiciones históricas del pueblo y las causas que impulsaron a obrar al legislador y los efectos que se propone éste conseguir con la publicación de la ley».

⁴⁹ Ya decía GENY (1925, p. 281): «cuando para aclarar el texto legal se da intervención a la Historia, lo que hay que buscar no es la pura verdad histórica, sino únicamente el *estado de espíritu histórico* del legislador, en la medida en que ha determinado su voluntad soberana». En la misma línea, mucho después dirá LARENZ (1980, p. 328), que en la interpretación histórica ha de atenderse a «la situación normativa encontrada por el legislador de entonces, es decir, a aquellos datos reales de los que él quiso dar cuenta».

dad social desde el conocimiento –la interpretación– que de ella proporciona el propio legislador, podrá aquel intérprete limitarse a lo que es su genuina función: la de interpretar la norma desde aquella realidad que ya le viene dada, interpretada *ex lege*, sin la necesidad de entrar en investigaciones más propias del historiador –aunque sea jurídico–, que del auténtico jurista, que es aplicador –antes que investigador– del Derecho. Con la ventaja, aunque también con la dificultad, en su atención particular a los debates en Comisiones y Parlamentos, de que con ellos la reconstrucción de aquella realidad se hará, además, desde la pluralidad de opiniones, muchas veces diferentes e incluso opuestas, vertidas en aquellos debates.

Por supuesto, no alcanzará dicho material el mismo valor interpretativo que el de la realidad social expuesta en un Preámbulo normativo (que es interpretación auténtica de aquella realidad, aunque no vinculante), pero la comparación de prismas ofrecidos en aquellos debates, habidos en las comisiones y en sede parlamentaria, sí permitirá en el intérprete una visión crítica, no necesariamente acorde con la realidad expuesta –no siempre coincidente con la verdadera– en el preámbulo de la propia norma.

Tómese, a tal respecto, como claro ejemplo la multitud de ocasiones en que el propio Tribunal Constitucional encuentra justificada «la extraordinaria y urgente necesidad» que el artículo 86 CE exige a todo Decreto-Ley, en elementos tales como «los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma» (según dicen, por ejemplo, las SSTC 29/1982, de 31 de mayo –RTC 1982/29–, 182/1997, de 28 de octubre –RTC 1997/182–; 11/2002, de 17 de enero –RTC 2002/11–; 137/2003, de 3 de julio –RTC 2003/137–; 332/2005, 15 de diciembre –RTC 2005/332–, 68/2007, de 28 de marzo –RTC 2007/68–, 215/2015, de 22 de octubre –RTC 2015/215–, 26/2016, de 18 de febrero –RTC 2016/26– y 84/2016, de 28 de abril –RTC 2016/84–, entre otras muchas otras, según han recordado dos recientes SSTS de 6 de marzo 2018 –RJ 2018/949 y RJ 2018/1065, siguiendo a otras varias anteriores, todas ellas de la Sala de lo Contencioso-administrativo)⁵⁰.

⁵⁰ Así, por ejemplo, en tales SSTS se razonará del siguiente modo: «En el debate de convalidación (*«Diario de Sesiones de las Cortes Generales»* de 14 de febrero de 2013), el Sr. Ministro de Industria, Energía y Turismo abundó en dichas razones, aludiendo al aumento de los costes del sistema eléctrico, añadiendo, a los ya mencionados en la exposición de motivos, el motivo relacionado con la contención del déficit público que impidió consignar en el presupuesto del año 2012, los costes de los sistemas extrapeninsulares. Todo ello ha hecho aumentar el déficit anual del sistema que, a finales del año 2012 se encontraba en una cifra estimada de 3.500 millones de euros adicionales a los 1.500 que se habían previsto inicialmente para ese ejercicio presupuestario. Indica el Ministro que, de no adoptarse medidas, iban a surgir desajustes adicionales, por lo que, excluida la subida del precio de la electricidad que pagan los consumidores, resulta necesario adoptar medidas para evitarlos. A tales medidas, el cambio del IPC aplicable y las modificaciones en el régimen de retribu-

O muy distinto del caso particular que aquí nos trae, recuérdese aquel famoso caso, el de la expropiación de RUMASA, donde las SSTs (de la Sala de lo Contencioso Administrativo) de 18 de marzo, 23 de mayo y 19 de septiembre 1997 (RJ 1997/1930, RJ 1997/4353 y RJ 1997/6918, respectivamente) constataban «la concurrencia de una situación de grave crisis en el Grupo con riesgo potencial de desestabilizar el sistema financiero, teniéndose en cuenta, a tal fin, un informe del «Banco de España» y los propios debates parlamentarios que precedieron a la convalidación del Real Decreto-ley (STC 111/1983, F. 6)».

Aun con todo lo dicho, también aquí conviene «aquilatar»⁵¹ ese valor interpretativo de los debates técnicos, políticos, y demás precedentes, como expresión de la *occasio legis*, que en no pocas ocasiones solo lo es puramente histórico (limitado al «precedente histórico», pero sin extenderse a la «realidad social», a que se refiere el art. 3.1 CC)⁵². Pues transcurrido el tiempo desde la pro-

ción se refiere el Ministro en el debate en los términos siguientes: «Este real decreto trae dos medidas. La primera hace referencia al sistema de actualización del nivel de primas cada año. El sistema de actualización hoy vigente consiste en que el nivel de primas va a aumentando cada año de acuerdo con el índice de precios al consumo. Lo que hace el Gobierno es cambiar este sistema y que en vez de ser índice de precios al consumo sea inflación subyacente, por tanto, descontando de ese IPC los alimentos elaborados y los productos energéticos y además hacerlo a impuestos constantes, es decir retirar del impacto de la subida el efecto de la subida de los impuestos». (...) En suma, de lo expuesto puede colegirse que la situación a la que debían hacer frente las medidas aquí impugnadas era la desviación de los costes del sistema eléctrico provocado por diversos factores (sobrecoste de las primas del régimen especial, consignación de costes de los sistemas eléctricos extrapeninsulares e incremento del déficit por el descenso en la demanda de electricidad) que aparecen explicitados en la exposición de motivos o en el debate parlamentario de convalidación. Factores cuya conjunción había llevado a incurrir en un déficit mayor al previsto inicialmente por el Gobierno. Así, podemos considerar que, sin entrar en el juicio político que este Tribunal tiene vedado, se ha cumplido por el Gobierno la exigencia de explicitar y razonar la existencia de una «situación de extraordinaria y urgente necesidad», sin que pueda admitirse la genérica alegación de la Letrada de la Junta de Andalucía respecto a que la existencia del déficit tarifario del sector eléctrico no podía, al no ser un hecho nuevo, fundamentar el dictado de los preceptos cuestionados del Real Decreto-ley 2/2013».

⁵¹ Como decía en general DE CASTRO Y BRAVO (1984, p. 472).

⁵² Como decía DE CASTRO Y BRAVO (1984, p. 472): «Las discusiones parlamentarias, los discursos de presentación de la ley, proyectos y anteproyectos, todos los trabajos previos a la promulgación importan; pero ha de tenerse en cuenta que son solo un dato, entre los que han de tenerse en cuenta en la interpretación, que *-in recto-* se dirige a fijar la finalidad actual de la norma, no en el momento de su origen». Y antes (en p. 462), decía: «La interpretación de la ley no es una investigación histórica, y es necesario reconocer que el sentido de una ley puede variar, pero esta variación no es presumible ni admisible arbitrariamente; el principio de seguridad jurídica mantendrá el sentido originario, aceptado en la vida jurídica, y solo se admitirá su sustitución por otro cuando sea impuesto por nuevas leyes o por principios superiores». En tal idea insiste hoy SALVADOR CODERCH (ADC, 1983, p. 1680): «Es tradicional recalcar su importancia —la de los materiales prelegislativos— cuando la ley es nueva... y no han cambiado las circunstancias históricas. Con el tiempo, en cambio, irían normalmente perdiendo trascendencia... al principio los materiales juegan primariamente un papel dogmático mientras que luego asumen uno que ya es solamente (o preponderantemente) histórico: fijan el marco histórico de la ley, aclaran los usos lingüísticos de la época de su promulgación o las razones que entonces se adujeron como justificativas de su tenor». Estas últimas ideas ya fueron hace tiempo advertidas, en Francia, por GENY (1925) y, siguiéndole, por CAPITANT (1974, pp. 206 ss.); y en Italia, por

mulgación de la norma, puede que en muchos aspectos aquella realidad a que la norma respondía ya haya quedado desfasada, obsoleta, anacrónica..., haciendo incluso que así también lo esté la *occasio legis* originaria aún mantenida, sin embargo, en el texto de la ley, siendo, entonces, posible que hoy aquella interpretación histórica sea superada, vencida y corregida por la realidad social posterior, esto es, mediante una interpretación sociológica o evolutiva fundada en una nueva realidad social: mientras que conforme a la interpretación histórica se pretende averiguar el sentido histórico de la norma, la realidad social existente en el momento en que dicha norma fue promulgada, en la sociológica, en cambio, se pretende determinar el sentido actual de su aplicación, adecuándola a la nueva realidad social⁵³. Aunque antitética la interpretación sociológica a la histórica, siempre la requerirá metodológicamente como su presupuesto, para luego contradecirla en su resultado. Para conocer cuál es el sentido actual de la norma, previa y necesariamente habrá el intérprete de indagar en cuál fue su razón primigenia, histórica⁵⁴. En tal sentido, sí puede entenderse que los materiales prelegislativos pueden ser un mecanismo de auxilio (en tal sentido sí, de ayuda para comprender en su contexto histórico una norma que, sin embargo, habrá luego de ser interpretada desde la nueva realidad. Aquellos materiales, en cambio, solo podrán emplearse de forma aislada y suficiente para interpretar en su historia una norma, cuando esa realidad histórica a que responde y en que se inspira la norma no haya sido reemplazada por otra realidad nueva posterior.

También la realidad contenida y discutida en los debates y demás precedentes de la norma puede servir, aunque también como auxilio y en menor medida –por su carácter oficial, pero no auténtico– que la *occasio legis* expuesta en los preámbulos de las leyes, a fin de interpretar sociológicamente otras normas, coetáneas y, sobre todo, anteriores en el tiempo.

Al estudiar el canon histórico, Pérez Álvarez⁵⁵, muestra cierta sorpresa al observar que «a veces se emplean los materiales prele-

FERRARA (1921, p. 210): «Specialmente mano mano che una legge si allontana dalla sua origine, l'importanza dell'intenzione del legislatore s'indebolisce e dilegua: mutate concezioni giuridiche riempiono il tardo interprete, ed essa riceve un significato ed una portata diversa da quella originariamente voluta»; (p. 211) «L'interpretazione non é dichiarazione del senso storico, che il legislatore materialmente collegó al principio, ma del senso che é immanente e vivente in esso».

⁵³ De «sustancial antítesis» entre ambos métodos hablaba CASTÁN TOBEÑAS (reed. 2005, p. 247). Con detalle y profusión lo explica, en España, PABÓN DE ACUÑA (1999, p. 54 ss.).

⁵⁴ En expresión de BETTI (1975, pp. 114 y 115), habrá que proceder a una reconstrucción histórica de la norma, debiendo observar la evolución y los cambios habidos en la razón de las normas y las instituciones.

⁵⁵ PÉREZ ÁLVAREZ (1994, p. 156, nota 226).

gislativos de una norma futura. Se trata de materiales en los que se atiende a reformar la norma que, por estar aún vigente, es aplicable al supuesto de que se trata». Y entre otros casos, se refiere al de la STS (Sala de lo Civil) de 21 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8861), que rechazaba la preferencia de la masculinidad en la sucesión de los títulos nobiliarios, en base a la nueva realidad social que, por entonces, se derivaba de la Propuesta de Reforma del CC (que sería efectiva en 1990), en aplicación del principio constitucional de no discriminación por razón de sexo. Cabría igualmente añadir la STS (Sala de lo Civil) de 20 de abril de 1999 (RJ 1999/2589) ante la inminente reforma del artículo 129 LH⁵⁶. Y también cabría en este listado incluir un caso más reciente: el de la numerosa jurisprudencia que, desde las SSTS (Sala de lo Civil) de 10 febrero y de 28 de abril, ambas de 2005 (RJ 2005/1133 y RJ 2005/4209, respectivamente), vino a admitir la temporalidad de la pensión compensatoria ante la inminencia –inconfesada por el TS– de la reforma que expresará tal posible temporalidad en la Ley 15/2005, sobre separación y divorcio. Otro ejemplo, muy destacable, fue el de la STS de 13 de marzo 1983, que accedió a las pruebas de investigación de la paternidad, con fundamento en los arts. 39.2 *in fine* y 53.3 CE, aunque, cuando se interpuso la demanda, la Constitución, ya aprobada, aún no había sido publicada en el *BOE*. O el caso en que la jurisprudencia ha venido aplicando, e interpretando, el artículo 16 LPH (sobre cuándo es necesaria la unanimidad en las comunidades

⁵⁶ En cuyo Fundamento 4.º decía: «Resulta, además, como recalca la sentencia de esta Sala, cuya doctrina reiteramos, “que en el caso se conculca, por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 de la Constitución Española, en relación con el artículo 117.3, por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la ‘reserva de ley’ que esta disposición constitucional prevé para ‘las normas de competencia y procedimiento’. En efecto, las normas procesales civiles –y éstas materialmente lo son en cuanto al objeto que regulan reclaman, formalmente, que consten en leyes (o normas equivalentes), según se desprende de lo establecido en el precepto constitucional que se cita y en el artículo 149.1.6.º, también de la Constitución Española, de modo que las normas reglamentarias de carácter procesal no pueden aplicarse”. Por supuesto que la dicha “reserva de ley” no se cumple con la mera enunciación de un precepto legal, vacío de contenido normativo, que “deslegaliza” la materia remitiéndose a unas normas reglamentarias. Por tal poderosa razón ninguna modificación reglamentaria posterior, como la habida por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, con referencia a determinados artículos del Reglamento Hipotecario, puede servir de apoyo a una presunta voluntad oficial de mantener el referido procedimiento, máxime cuando consta que la voluntad prelegislativa sobre la materia es la de abolirlo formalmente, según se desprende de la prevista “disposición final décima” del “Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil” en tramitación parlamentaria, sobre “reforma de la Ley Hipotecaria” que preconiza la modificación del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, de manera que “la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente ante los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil con las especialidades que se establecen en su Capítulo V”. Por todas las razones precedentes debe acogerse el motivo, sin que dado su alcance, sea necesario el examen del otro articulado».

de vecinos para la adopción de ciertos acuerdos, como, por ejemplo, para la instalación de ascensores), que, progresivamente, la jurisprudencia ha venido relajando (al ir aminorando la mayoría necesaria a fin de agilizar el funcionamiento de las comunidades de vecinos), a la vista de una inminente reforma legislativa (según puede verse, entre otras, en las SSTS, todas ellas de la Sala de lo Civil, de 13 julio 1994 –RJ 1994/6435–, 5 julio 1995 –RJ 1995/5600–, 22 septiembre 1997 –RJ 1997/6820–, o en la de 22 noviembre 1999 –RJ 1999/8223–).

No son, sin embargo, los indicados verdaderos casos de interpretación histórica, aunque se empleen materiales prelegislativos, sino de interpretación sociológica. Como yo mismo he defendido en mi obra (citada: *Principio, realidad y norma...*), «nada impide que aquella –la interpretación evolutiva– se fundamente en normas posteriores a la vigente aún sin vigor, pero de próxima vigencia⁵⁷ (bien porque estén proyectadas o propuestas, o ya presentadas ante el Parlamento, pero aún sometidas a debate, o porque, aunque aprobadas y publicadas, estén en *vacatio legis*...). Porque serán «normas» que, en su *occasio legis*, reflejan una nueva realidad ya existente socialmente (aunque «jurídicamente» no vigente), conforme a la cual pueda interpretarse la norma anterior (vigente jurídicamente, pero anacrónica en la realidad social a la que daba respuesta normativa). En ningún caso, se trataría de una especie de retroacción tácita de la norma *in fieri* o en devenir, ni de la aplicación anticipada de una norma sin vigencia real, como en cambio muchos objetan⁵⁸; porque no se trata de aplicar directamente el articulado de dicha norma en trámite o en espera de ser aplicable, para así interpretar sistemáticamente la norma anterior, sino de adecuar ésta a la realidad social ya existente a que aquella otra norma, próxima a entrar en vigor, responde».

Es este un valor interpretativo, sin embargo, que solo persistirá mientras la norma debatida, y ya aprobada, sea reciente, pues su madurez y pervivencia cuanto más prolongada sea en el tiempo hará que aquel valor –sociológico– vaya perdiendo paulatinamente fuerza para tornarse, también progresivamente, en un valor del pasado, puramente histórico. Así lo explica, entre nosotros, Salvador Coderch⁵⁹:

«Es tradicional recalcar su importancia –la de los materiales prelegislativos– cuando la ley es nueva... y no han cambiado las

⁵⁷ En «germen», en el decir de DEGNI (1909, p. 217).

⁵⁸ Entre otros, PÉREZ ÁLVAREZ (1994, pp. 156 a 158); y PABÓN DE ACUÑA (1999, pp. 187 a 213), a cuya lectura más detenida me remito.

⁵⁹ En una nota anterior reproducido, pero que ahora, por su importancia, transcribimos a continuación en texto.

circunstancias históricas. Con el tiempo, en cambio, irían normalmente perdiendo trascendencia... al principio los materiales juegan primariamente un papel dogmático mientras que luego asumen uno que ya es solamente (o preponderantemente) histórico: fijan el marco histórico de la ley, aclaran los usos lingüísticos de la época de su promulgación o las razones que entonces se adujeron como justificativas de su tenor.»

2.3 Las opiniones «científicas y técnicas» contenidas en los materiales prelegislativos y su (relativo) valor interpretativo lógico como expresión de la *ratio legis*, con posible resultado –solo– declarativo, impeditivo de su posible tergiversación

En general es común advertir que de todas las opiniones vertidas en los diversos debates (habidos en comisiones, en sede parlamentaria...), no deben acogerse las opiniones que sean disonantes y polémicas, ni las que lo sean aisladas o individuales (aunque no sean refutadas)⁶⁰, ni tampoco aquellas opiniones que resulten por sí mismas vagas, improvisadas u oscuras, ni mucho menos las que sean equivocadas o incluso contradictorias entre sí⁶¹. O lo que es igual, pero dicho a la inversa: que solo cabe emplear como dato interpretativo aquellas opiniones que sean consensuadas (por mayoría, al menos⁶²), claras⁶³ y, sobre todo, acordes a la ley⁶⁴, pues solo enton-

⁶⁰ Lo advertía Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1871, pp. 101 y 102), basándose en la siguiente afirmación de un orador francés, cuando decía «que no se conceda demasiada importancia á una opinión aislada, por dogmática que sea, y á pesar del silencio en que se la ha dejado al producirla, es también una máxima que jamás se recomendará como merece á los que tienen el deber de administrar justicia», a lo que GUTIÉRREZ añadía: «Semejante manera de interpretación ha venido á ser muy frecuente en las discusiones del foro: la regla es tanto mas oportuna, cuanto que suele buscarse algunas veces la inteligencia y la estension de la ley en un tésis no contradicha, ó una pregunta no satisfecha, ó en la contestación del individuo de una Comision que habla en nombre particular, si es que no de una manera evasiva, para dejar á salvo la opinión de sus compañeros». En la misma línea, GÓMEZ DE LA SERNA (1862, p. 179), dirá de los Parlamentos, que «sus discusiones que ven la luz pública, deben ser estudiadas por los que han de aplicar las leyes que las promovieron, pero ha de cuidarse de no tomar la que solo es opinión individual del diputado ó del senador, y aun la del ministro de la Corona, como si fueran la del cuerpo colegislador en que se emiten: esto llevaría á consecuencias que en último resultado vendrían á falsear la letra y el espíritu de las leyes».

⁶¹ Siendo, al respecto, conocidos algunos de los errores cometidos en la gestión del CC francés, por mala influencia de las opiniones vertidas en sus debates (como el conocido caso de que la donación se definiese como acto, y no como contrato, porque así lo vino a «sugerir» el propio Napoleón en una de las sesiones parlamentarias a que acudió), según nos explican, con cierto detalle, LAURENT (1878, pp. 349 y 350); o CAPITANT (1974, p. 213); y en Italia, refiriéndose a similares errores cometidos en el CC italiano de 1865, FADDA y BENSA (1926, pp. 14 y 15).

⁶² Así AUBRY Y RAU (1897, p. 197); DEgni (1909, pp. 252 y 256).

⁶³ Decía LACRUZ BERDEJO (*RCDI*, 1974, p. 300), que los trabajos preparatorios de una ley tienen su valor interpretativo «si alcanzan claridad bastante». En la misma línea, PÉREZ ALGAR (1995, pp. 55 y 61 a 63).

⁶⁴ Así, GENY (1925, pp. 286 y 287); FERRARA (1921, p. 218)... Como decía CASTÁN TOBEÑAS (reed. 2005, p. 246), parafraseando a ENNECERUS (1947, p. 207), los trabajos

ces serán expresión de la de su *ratio legis* (aunque siempre libremente apreciables, y utilizables como medio auxiliar y subsidiario, por el intérprete, en la tesis objetivista más moderada, arriba recordada).

En cierto modo, así lo ha dicho recientemente la STS (Sala de lo Civil) de 26 febrero 2018 (RJ 2018/635) –polémica en su tratamiento de las retribuciones de los administradores de las sociedades de capital–: «Tampoco está de más recordar que, como afirmara la doctrina clásica de la hermenéutica jurídica, «el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino solo a lo que de hecho ha dispuesto; más exactamente: a lo que, como contenido de su disposición, ha hallado expresión en las palabras de la ley según el sentido lógico, el gramatical, y el que se infiere de su conexión sistemática». Tanto más cuando la invocación se hace a veces no a lo que el legislador ha podido querer (aunque cuando se invoca la «mens legislatoris»...) sino a las intenciones de quienes han intervenido en el proceso prelegislativo. Los trabajos previos al proceso legislativo propiamente dicho tienen trascendencia en la comprensión de la norma, que solo pueden ser tomados en consideración en su interpretación en tanto hayan tenido una adecuada plasmación en el texto de los nuevos preceptos legales, interpretados de forma sistemática respecto del resto del ordenamiento jurídico, en especial, ..., y en atención a la finalidad expresada en la ley.».

En mi opinión, sin negar, *prima facie* y *grosso modo*, tales ideas, tal vez quepan ser matizadas, y, a la postre, reconducidas todas ellas (aunando todo tipo de opiniones, sean o no armónicas con la ley), en su idéntico posible resultado interpretativo; a saber:

Para empezar, si bien que una idea sea aislada o consensuada puede constatarse con relativa facilidad y certeza (a la vista de la votación que apruebe, o rechace, la versión proyectada o la enmendada, ...), en cambio, la consideración de una idea expuesta en los debates como oscura o como clara, como errónea o acertada, o bien como acorde o contradictoria con la ley, no puede hacerse tan fácilmente *a priori*, ni tampoco *a posteriori* por una simple razón de mayorías, o de apoyos recibidos a tales ideas, sino de su resultado final: de su plasmación, o de su rechazo en su caso, en el texto legal definitivo, que solo puede alcanzarse por vía interpretativa, precisamente a la vista de cuál ha sido el espíritu o la finalidad finalmente contenida en la norma aprobada y publicada. Solo aquella idea que tenga tal reflejo normativo será prevalente en la interpretación de la norma, debiendo quedar, en principio, excluida la que no lo sea (ya provenga tal idea u opinión de la sede parlamentaria o

preparatorios «solo pueden ser tomados en cuenta cuando el pensamiento que de ellos se deriva ha hallado expresión, aunque sea incompleta o ambigua, en la ley». No obstante, ENNECERUS (1947, ult. cit.), añadía que tales materiales «no procuran nunca certidumbre plena» («raramente», decía GENY, 1925, p. 287).

de la comisión redactora, según aclaramos más arriba, en un epígrafe anterior, al relativizar la distinción entre los debates de uno y otro tipo como pretendida y exclusivamente políticos aquellos y técnicos los últimos)⁶⁵.

Mas incluso las opiniones que sean contradictorias con el fin de la ley pueden ser de cierta utilidad interpretativa, en contra de su común exclusión por parte de la doctrina (antes referido); a saber:

De entre las opiniones disonantes, aisladas, ... que se indican como rechazables todas ellas para cualquier interpretación, en realidad, solo carecen por sí mismas de cualquier valor interpretativo aquellas que de suyo sean oscuras o erróneas, pues desde la oscuridad y el error no cabe iluminar ni aclarar norma alguna (ni nada). Pero cuando son claramente discordantes con el espíritu de la ley, aunque, naturalmente, no pueden servir para modificar o corregir el sentido de la ley, pues ello sería tergiversar o pervertir la ley misma, sí podrían, en cambio, servir como argumento *a contrario* y *ad abundantiam* (ahora sí como auxilio) para ratificar o reforzar, y en tal sentido para declarar, el más recto y verdadero sentido de la norma.

Y –curiosamente– al mismo resultado –interpretativo meramente declarativo–, aunque por otro camino, abocan las opiniones mayoritarias, claras y armónicas con la ley, que sirven, precisamente por su mayoría, claridad y armonía, como argumento principal y directo de la razón de la ley, mas, precisamente por ello, siempre con un resultado declarativo, siempre conforme a la propia letra –y espíritu, naturalmente– de la ley (ya sea con resultado literal, lato o estricto), mas sin poder jamás servir para corregir el sentido de la ley, ni tan siquiera para modificarlo (sea extensiva o restrictivamente). Con fundamento en aquellas opiniones, tan coincidentes con la ley, prácticamente imposible será creer que el legislador haya dicho más o menos de lo que quiso decir, pues si de verdad «quiso» –o hubiera querido– decir más o menos de lo que dijo en la norma, así hubiera quedado de algún modo expresado en

⁶⁵ Es la solución que, en general, propone PÉREZ ALGAR (1995, pp. 126 ss.), cuando hay contradicción entre los propios antecedentes legislativos (sean técnicos o políticos, procedentes de la comisión o del parlamento), sin priorizar *ex ante* ninguno de ellos, al ser posible que la claridad y la concordancia con la ley final se manifieste en los debates parlamentarios y no, previamente, en los debates de la comisión redactora del proyecto (o la inversa). Por eso, concluirá diciendo (p. 129): «No se trata de ordenar tales elementos de forma abstracta, sino de ordenar el valor del resultado obtenido en cada caso por el conjunto de ello... la cuestión clave es, precisamente, esa revelación del espíritu y la finalidad de la norma. El elemento interpretativo existe por eso y para esto; y en la medida en la que cumpla mejor o peor esta tarea valdrá más o menos que otro. Lo cual depende de las circunstancias del problema concretamente planteado». Más sintéticamente, SALVADOR CODERCH (ADC, 1983, pp. 1679 y 1680), para quien «su valor depende de la relación del documento –del precedente legislativo– considerado con el texto final de la ley del que, en ese sentido, está en función».

aquellas opiniones consensuadas, claras y armónicas y así también luego reflejado en el cuerpo, en la letra misma de la ley, que tendría que haber dicho finalmente lo que tras su debate se consensuó que quería decir.

Ambos tipos de opiniones (las disonantes y las acordes), por tanto, sin salirse de la *ratio legis* (sin poder corregirla, ni siquiera modificarla⁶⁶), tan solo podrán refrendar, o, a lo más, ampliar o estrechar el tenor o sentido literal de la norma, posibilitando, según cada caso, una interpretativa declarativa lata o estricta. Pero no más.

Tal vez por ello, quienes han estudiado monográficamente el elemento interpretativo histórico en general (no limitado a los trabajos preparatorios), observando empíricamente su manejo en nuestra jurisprudencia, hayan constatado que la común de las veces tal elemento (en la mayoría de las ocasiones referido a los precedentes remotos, a la tradición jurídica histórica, o a los más inmediatos, sobre todo extranjeros, siendo, en cambio, muy «inusual» el empleo de los materiales prelegislativos⁶⁷), haya sido tan solo empleado por nuestro TS para «reforzar el sentido atribuible a la norma»⁶⁸, como argumento a mayor abundamiento, cuando no

⁶⁶ Aun sin hacer las distinciones y razonamientos que hemos hecho en texto, ya hace tiempo que CAPITANT (1974, pp. 208 a 210), tras poner algunos ejemplos, concluía que los debates parlamentarios jamás pueden modificar la ley: (p. 208) «L'interprète est lié par le texte; il n'a pas le droit d'en modifier le sens ni la portée sous le prétexte que les déclarations qui ont été faites soit dans l'exposé des motifs, soit dans les rapports ou dans les délibérations ne concordent pas avec lui». De este modo concluía (p. 209), con «la règle qui interdit à l'interprète de se reporter aux délibérations parlementaires pour modifier le texte de la loi». Así también, entre nosotros, PÉREZ ÁLVAREZ (1994, pp. 159 y 160), poniendo, sin embargo, como límite infranqueable del canon histórico el sentido gramatical de la norma (cuando debiera ser el sentido lógico, aunque tal vez con ello quisiera referirse a un resultado tan solo declarativo): «advuértase en todo caso –dice– que la consideración del canon histórico se mueve siempre dentro del ámbito del sentido gramatical de la norma que trata de interpretar. Por medio del empleo del elemento histórico se resuelven dudas que suscita la literalidad de un precepto, otorgándole un determinado sentido a los problemas que pueda suscitar la ambigüedad o indeterminación de la norma. Mas en ningún caso el canon histórico habilita a superar o corregir el significado de la norma que resulta de la consideración de su literalidad», añadiendo en nota (la 227), en particular sobre los trabajos preparatorios: «Ello no deja de ser así en los supuestos en que el canon histórico cobra relevancia especial. Me refiero a los casos en que el examen de los materiales prelegislativos puede coadyuvar a desvelar el espíritu y/o finalidad de la norma aplicable; espíritu y/o finalidad que, a su vez, pueden ser empleadas como fundamento para superar el significado del precepto que se deduce de su mera consideración literal. Digo que tampoco en este caso el canon histórico habilita a superar el significado gramatical de la norma porque el fundamento de la superación de la literalidad lo constituye el espíritu y/o finalidad de las normas jurídicas».

⁶⁷ Según constata en su rastreo jurisprudencial, PÉREZ ÁLVAREZ (1994, p. 156).

⁶⁸ En expresión, con la que concluye su estudio sobre el empleo jurisprudencial del canon histórico, PÉREZ ÁLVAREZ (1994, p. 152), y que también se refiere al inusual empleo de los materiales prelegislativos en nuestra jurisprudencia (p. 156): siendo, dice, «inusual el empleo por el Tribunal Supremo de los materiales prelegislativos», advierte (en nota 226) que tal «recurso a los materiales citados se emplea como criterio interpretativo accesorio

muchas veces como simple adorno, por mera erudición o elegancia (tratándose, sobre todo, de precedentes remotos en el tiempo)⁶⁹.

Así, por ejemplo, en tan escaso uso de los materiales prelegislativos por nuestra jurisprudencia, según Pérez Álvarez⁷⁰ ha destacado la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en muchas ocasiones refiriéndose a la debida interpretación del artículo 294 LOPJ (como en las SSTS de 27 de enero, 22 de marzo y 14 de diciembre, todas de 1989 –RJ 1989/500, RJ 1989/5525 y RJ 1989/9204, respectivamente–, o las de 23 y 24 de enero, 20 de marzo, 30 de abril y 4 de diciembre, todas de 1990 –RJ 1990/353, RJ 1990/355, RJ 1990/2241 y RJ 1990/3126, respectivamente–). Y siempre para reforzar, junto con otros criterios hermenéuticos, una declaración estricta, impidiendo, en aquel caso, cualquier interpretación extensiva de aquel artículo 294 LOPJ (que dice en su ap. 1: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.»). Ante la posibilidad de que con apoyo en tal norma se concediera una indemnización por error judicial en todo caso (aun habiendo, por ejemplo, sentencia condenatoria, pero por un plazo menor al transcurrido de prisión preventiva), se decía, por ejemplo, de entre las citadas, en la STS de 27 de enero 1989 (RJ 1989/500): «El debate parlamentario sobre el precepto que se examina tuvo escaso relieve pero aun así cabe indicar: (...) a) La primitiva dicción de la norma según la redacción del proyecto –«sean declarados inocentes»– fue sustituida ya en el Senado por la actual: «sean absueltos», permaneciendo en ambas la referencia a la inexistencia del hecho imputado. (...) b) Las enmiendas presentadas, de matiz claramente ampliatorio –alguna proponía precisamente la supresión de la mención «por inexistencia del hecho imputado» con lo que el precepto ampliaría su campo a todo supuesto de sentencia absolutoria o de sobreseimiento libre– fueron rechazadas manifestándose así una vez más el sentido restrictivo de la norma» (una interpretación, incluso, que en los últimos años se ha hecho aún más restrictiva en la jurisprudencia, apoyada ésta en otras razones e interpretaciones, eminentemente literales, aunque no ya en razones históricas: por todas, desde las dos SSTS –de la Sala de lo Contencioso-Administrativo también– de 23 de noviembre 2010 –RJ 2010/8628 y RJ 2010/8629–, a las que siguen muchas otras).

con el fin de reforzar en determinado sentido un entendimiento de la norma aplicable que se ha deducido de otros cauces».

⁶⁹ En su monografía sobre el criterio histórico, PÉREZ ALGAR (1995, p. 196), constata, en su recorrido por la jurisprudencia por él estudiada al respecto, que en su mayoría «el antecedente histórico aparece expresamente en el razonamiento de la sentencia, pero sin aportar nada al desarrollo exegético que en ésta se produce. Son simples referencias formales –con– varias modalidades –que enumera y ejemplifica (en p. 196 ss.)–: 1. La elegancia. 2. La erudición. Y 3. El argumento a mayor abundamiento».

⁷⁰ PÉREZ ÁLVAREZ (1994, p. 156).

Así también hemos podido nosotros mismos constatarlo en la más reciente jurisprudencia:

Como en el de la STS (de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2015 (RJ 2005/311), tan repetida en multitud de ocasiones por otras tantísimas SSTs posteriores, cuando razona del siguiente modo, también con igual resultado estricto a la vista de los infructuosos intentos habidos de ampliación del sentido de la norma durante su tramitación parlamentaria: «Comenzaremos por subrayar que en la interpretación de las normas legales, cuando éstas incorporan sus propias opciones de política legislativa, los tribunales deben respetar –salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad– los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas, que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones. Es la ley la que marca, por ejemplo, los valores máximos y mínimos de la escala de multas y, repetimos, salvo que en esos valores o porcentajes se pudieran apreciar factores que induzcan al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el juicio de proporcionalidad que incorporan los correlativos preceptos ya queda hecho por el propio Legislador y a él hay que atenerse. Criterio extensible al resto de elementos configuradores del precepto, entre ellos el que define el volumen de negocios de la empresa en términos de “totalidad” (...) La expresión “volumen de negocios” no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión “volumen de negocios total”, como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo «volumen» que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan solo las realizadas en el mercado afectado por la infracción».

Y otros ejemplos, pocos, ha habido también recientemente en la Sala de lo Contencioso administrativo del TS (como el caso de las dos SSTs 2 de noviembre de 1999 –RJ 1999/8419 y RJ 1999/8420–⁷¹, o

⁷¹ Cuando dice: «La interpretación que se alcanza sobre el significado de las previsiones de la Ley se confirma al estudiar de manera completa, no fragmentaria, los trabajos parlamentarios. En efecto, además de la enmienda núm. 115, el mismo Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos formuló la núm. 102, en la que propuso modificar el artículo 9.2, ofreciendo para éste una redacción que sería la que luego recogería el Texto definitivo de la Ley; con ello se eliminaba ciertamente la previsión, contenida tanto en el proyecto de ley que el Gobierno había presentado como en el texto remitido al Senado por

el de las dos SSTs de 14 de diciembre de 2015 –RJ 2015/5257 y RJ 2015/5258–⁷², que transcribo en nota).

el Congreso de los Diputados, de que el consumo lo fuera por punto de suministro o por instalación para consumo propio (o por su actividad, según inciso incluido en ese texto remitido); pero en la justificación de la enmienda la razón esgrimida fue, literalmente, que “la pluralidad de criterios que el texto actual incorpora para la determinación de los consumidores cualificados, supone de hecho no definirse por ninguno, por lo que técnicamente, se considera más adecuada su supresión”. Y se formuló también, ahora por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, la enmienda núm. 222, que proponía, suprimiendo la repetida previsión, una redacción del artículo 9.2 igualmente coincidente con la que luego resultó definitiva; pero de nuevo la justificación de la enmienda es significativa, pues textualmente fue la siguiente: “Dada la diversa problemática que plantea el concepto ‘consumidor cualificado’, se considera que, en buena técnica normativa, ha de ser regulado por medio de un reglamento”. De ambas enmiendas, luego aceptadas por la Ponencia, surge claro que se quiso que el inciso del artículo 9.2 que contiene la encomienda al reglamento quedara redactado en los términos que más tarde recogería el texto definitivo de la Ley, suprimiendo las previsiones iniciales no tanto por disconformidad con ellas, sino por entender que dada la pluralidad de criterios y la diversa problemática para la determinación del concepto de consumidor cualificado, lo procedente era encomendar al reglamento esa determinación. Por ello, los términos en que se formuló la enmienda núm. 115, en la que se fija la actora, aunque hablan ciertamente de que con ella se quería evitar un trato discriminatorio para aquellas sociedades con diferentes puntos de suministro, plantas o centros de trabajo, no pueden tenerse como demostrativos de que la Ley quiso eliminar el requisito que introducido en el reglamento se cuestiona ahora en este proceso; máxime al observar: a) que esa misma enmienda proponía para el párrafo primero de la disposición transitoria decimotercera la inclusión de un inciso final del siguiente tenor: “Reglamentariamente se determinarán los criterios para el cómputo del volumen de consumo anual”; y b) que ya de nuevo el Proyecto en el Congreso de los Diputados, el representante del Grupo Parlamentario Vasco afirmó (Diario de Sesiones, sesión del día 13 de noviembre de 1997, página 5902) que “Insisto en que el Grupo Parlamentario Vasco no discrepa del criterio conceptual que está recogido en esta enmienda del Senado, que está de acuerdo con que se acote el consumo anual por punto de suministro o por instalación, pero entiendo que ese concepto debe ser claramente matizado”.

⁷² Cuando dice: «La doctrina del “*fumus bonis iuris*” o “apariencia del buen derecho” supone una gran innovación respecto a los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza, y sin prejuzgar lo que, en su día, se declare en la sentencia definitiva, entre otros factores, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar. Este Tribunal Supremo ha admitido este criterio en algunas resoluciones a veces con gran amplitud (ATS de 20 de diciembre de 1990, 17 de enero de 1991, 23 de abril de 1991, 16 de julio de 1991, 19 de diciembre de 1991, 11 de marzo de 1992, 14 de mayo de 1992, 22 de marzo de 1996 y 7 de junio de 1996), si bien en el actual estado de la jurisprudencia prevalece una doctrina que acentúa sus límites y aconseja prudencia y restricción en su aplicación. La LJCA, en efecto, suprime todo apoyo normativo al criterio de *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a esta jurisprudencia. Se elimina, en efecto, del Proyecto LJCA el precepto que disponía que “la adopción de las medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran” (art. 124.2 Proyecto LJCA). En su lugar, la LJCA dispone que “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso” (art. 130.1 LJCA). El sentido restrictivo de esta omisión respecto al criterio de *fumus bonis iuris* resulta subrayado por la palabra “únicamente” y confirmado por el artículo 132.2 LJCA (también introducido en el trámite parlamentario), en el cual se dispone que “no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate; y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”. Esto equivale a decir que si durante el transcurso del proceso se produce o incrementa la apariencia de buen

También se observa alguna atención a los materiales prelegislativos en la Sala de lo Civil del TS: recientemente, por ejemplo, la STS de 14 de marzo de 2018 (RJ 2018/980), ante la pretensión de que se estimara al subcontratista como agente a los efectos de la Ley de Edificación, dirá el TS en tal sentencia que, tras dar aquella ley una noción general de «agente» en su artículo 8, «En los artículos siguientes refiere expresamente quiénes son los “agentes”, no mencionando al subcontratista. Esta omisión no es involuntaria dado que fue objeto de debate parlamentario durante la tramitación del proyecto de ley».

Anteriormente, acerca de la caducidad de la acción protectora de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, *ex* artículo 9.5 LO 1/1982, había dicho la STS de 28 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6800), y recordado recientemente la STS de 22 noviembre 2002 (RJ 2002/10364): «El artículo 9.5 de la repetida Ley Orgánica, que escapa del instituto de la prescripción, ha previsto de propósito la caducidad, según lo revela el debate parlamentario (Diario de Sesiones del Senado, 17 de marzo de 1982, página 73), y establece que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas».

Otro caso, relativo a la Ley Concursal, es el de la STS (Sala de lo Civil) de 22 diciembre 2011 (RJ 2012/299), al explicar en su Fundamento 3.º (del que aquí interesa destacar su última parte transcrita): «Las sentencias dictadas en instancia (primera instancia y apelación) acogieron la tesis interpretativa denominada literal, que es minoritaria en la doctrina científica y en la práctica de los Tribunales, y al respecto, la de la segunda instancia ratificó los argumentos de la del Juzgado. En la de éste se hace referencia, en síntesis, a la literalidad de la norma del inciso segundo (del art. 87.6 LC), que, con su expresión “En la calificación de estos créditos”, alude a unos créditos determinados que son aquellos “en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero” y no aquellos que el fiador haya adquirido por pago al acreedor; además de que la redacción legal, al referirse a la posibilidad de sustitución del titular del crédito por el fiador en caso de pago, no se refiere al crédito que surge en dicho caso sino que se sigue refiriendo a los créditos en los que “el acreedor disfrute de fianza de tercero”. Asimismo hace referencia la resolución del Juzgado a otras consideraciones acerca de que para el caso de que pagase el fiador no resultaba necesaria la norma; que el objetivo perseguido por la LC es obtener la posición menos gravosa para el concurso y la de subordinar este tipo de créditos; que el acreedor no está obligado a aceptar como fiador a un sujeto que esté especialmente vinculado con el deudor concursado pero, si lo hace, debe de conocer de la posible subordinación en caso de insolvencia del deudor principal; que no es aceptable el argumento defendido por la tesis contraria relativo al perjuicio que lleva implícito la subordinación y que injustificadamente sufre el acreedor porque, dados otros aspectos de la LC, ha de entenderse que no deben darse interpretaciones correctoras solo para determinados casos, cuando para

derecho del demandante el tribunal no podrá fundar en esta modificación la adopción de una medida cautelar antes denegada».

otros, de análoga entidad y razón, no se plantean, al margen de la consideración que pueda efectuarse sobre la política legislativa que en la materia pudiera haber inspirado al legislador; y, finalmente, también se alude al elemento interpretativo histórico consistente en que en periodo prelegislativo se rechazó una Enmienda a la norma del artículo 87.6 que coincidía en cuanto a su finalidad con la tesis denominada “correctora”».

Aunque también, recuérdese, tratando de interpretar la misma Ley Concursal, otros pronunciamientos han desechado, para el caso particular, el recurso a los precedentes legislativos. Así, la STS (Sala de lo Civil) de 30 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7300), recordando a las SSTS (de la misma Sala) de 21 de enero y 22 de junio 2009 (RJ 2009/398 y RJ 2009/5105, respectivamente): “Es evidente que, en tal tarea de interpretación, tiene gran utilidad conocer que es lo que el legislador quiso al elaborar la nueva Ley. De ahí el interés de los trabajos desarrollados por las comisiones, los proyectos aprobados, las discusiones parlamentarias... –art. 3, apartado primero, del Código Civil– y, en el caso enjuiciado, de la justificación de la enmienda acogida finalmente. (...) Desde este punto de vista subjetivista de la interpretación poca duda ofrece afirmar que la *voluntas* que impulsó dicha enmienda fue la de limitar, en beneficio de la Administración, el recorte de privilegios de los créditos tributarios establecido en la Ley 22/2003, dejando fuera del ámbito de aplicación de la misma la calificación de esos derechos en todos aquellos casos en que la solución del concurso del deudor no fuera el convenio. (...) Sin embargo, la norma legal constituye una realidad no meramente filológica ni histórica, sino jurídica, cuya *vis directiva* viene determinada por una propia ‘ratio’, que le permite cumplir su función pese al transcurso del tiempo desde su promulgación y, siempre, dentro de un sistema. Por ello, la labor del intérprete no puede limitarse a identificar la voluntad del legislador, cuya actividad quedó consumada con la objetiva creación del precepto, que constituye el reflejo de aquella –*lex, ubi voluit, dixit; ubi noluit tacuit*–, sino que ha de averiguar la que se conoce como *voluntas legis*, esto es, la voluntad objetiva e inmanente en el texto promulgado. De tal modo que, sabido que el legislador fue consciente de un problema de política legislativa y que quiso darle una determinada solución por medio de la Ley nueva, se impone determinar si realmente logró lo que quería y si el resultado de su quehacer llegó a constituir el remedio al que aspiraba. Por ello, la sentencia de 21 de enero de 2009 “precisó, al ocuparse de esta misma materia, que los proyectos legislativos resultan irrelevantes en la perspectiva interpretativa de la *lege data* y que los antecedentes históricos y prelegislativos del precepto no resultan en absoluto esclarecedores”».

Y así también han sido, algunas veces, empleados los precedentes prelegislativos en la Sala de lo penal del TS:

Por ejemplo, en la STS de 28 de junio de 2017 (RJ 2017/3174), cuando (aun sin entrar nosotros aquí en la norma particular en lid), dice: «Con respecto a las cuestiones que suscita el derecho penal de autor en relación con la agravante de reincidencia, es conveniente traer a colación la controversia surgida con motivo del debate parla-

mentario previo a la reforma que ahora se examina, al introducir en los textos prelegislativos la agravante de “profesionalidad” en lugar de la agravación mediante la multirreincidencia. El debate se zanjó acudiendo a una enmienda transaccional mediante la que se excluyó el concepto y el término “profesionalidad”, al estimarse que su aplicación sería contraria a un derecho penal basado en el concepto de culpabilidad que opera en los sistemas de nuestro ámbito cultural. Se trata de un dato muy significativo por cuanto acredita que los proyectos que se esbozaron en los trabajos prelegislativos tuvieron que hurgar para conseguir sus objetivos en los puntos más frágiles y sensibles de los principios básicos del sistema penal.»

O en la STS (también de lo Penal) de 9 junio 2016 (RJ 2016/5111): «Precisamente la redacción final del citado artículo 46.5 *in fine* LOTJ fue en su debate parlamentario consecuencia de una enmienda transaccional, que obedeció a la voluntad de dar “valor probatorio de determinadas intervenciones en la fase sumarial” (*Diario Sesiones Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 418, pp. 12735-12736) y conseguir así el “equilibrio de dar validez probatoria a la que sea auténtica prueba y no mera investigación pesquisa o indicio, y lo que es el principio fundamental de la oralidad” (*Diario Sesiones Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 418, pp. 12735-12736).».

O en la STS (Sala de lo Penal) de 23 julio 2015 (RJ 2015/3705), al razonar del siguiente modo, empleando el criterio histórico, junto a otros (como el gramatical y el teleológico, en aquel caso): «También hemos de precisar ahora, que ante las dos posturas doctrinales antagónicas, cabe una posición intermedia, también enunciada por el recurrente, donde la obtención de un beneficio (o el más improbable, en su caso, causación de un perjuicio) cualquiera sí constituye un resultado del delito, pero que el límite cuantitativo es una condición objetiva de punibilidad. Por su parte la STS 1136/2010, de 21 de diciembre, en expresa consideración de este delito de uso de información privilegiada, opta por no decantarse. La defensa de la consideración de condición objetiva de punibilidad, cuenta con diversos argumentos: –Histórico.– En el Proyecto de Código Penal de 1992, en su artículo 305, se castigaba “a quien de forma directa o por persona interpuesta usare de una información privilegiada relativa a cualquier clase de valores o instrumentos negociados en cualquier mercado organizado, oficial o reconocido, y obtuviere, como consecuencia de su negociación, un resultado o provecho...”; mientras que ya en el Proyecto de 1994, en su artículo 281, se castigaba a quien usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores... obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico...»; a la par que en el debate parlamentario se propuso que la cuantía del beneficio se utilizara para articular una agravante específica al tiempo que se defendía que al límite cuantitativo debía servir para distinguir la infracción penal de la administrativa, texto que se aprueba en la redacción de 1995 y si vienen el actualidad su redacción proviene de la reforma operada por LO 15/2003, se mantiene la forma verbal no personal, sin explicitar conexión casual con el resultado, al sancionar a: quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información rele-

vante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad».

También la Sala de lo Penal emplea alguna vez el rechazo a alguna propuesta legislativa como argumento para reforzar el verdadero y estricto sentido de la ley. Lo hacen, por ejemplo, en materia de costas procesales en el ámbito penal, las SSTs de 11 diciembre 2014 (RJ 2014/6654), 26 julio 2016 (RJ 2016/3928), 26 julio y 21 diciembre 2017 (RJ 2017/4129 y RJ 2017/5229), entre otras, cuando dicen: «La práctica en el proceso civil, aunque tampoco exista uniformidad absoluta, es que procede siempre el pronunciamiento sobre costas pudiendo condenarse a una parte conforme a las disposiciones legales, aunque la otra no haya realizado esa petición expresa (SSTS Sala 1.ª de 2 de diciembre de 2003, 15 de diciembre de 1988, 2 de julio de 1991, o 21 de diciembre de 1992). Ese criterio civilista, pese a la similitud de naturaleza de fondo de las costas en uno y otro tipo de proceso, no es importable al proceso penal. No lo consiente el artículo 4 LEC por existir una regulación específica en la LECrim y el CP que no es simétrica a la del proceso civil, donde, con algún matiz, está entronizado el principio del vencimiento. La regla que inspira la regulación del proceso penal no es el vencimiento en caso de absolución. No es este lugar apto para elucubrar sobre la bondad de ese sistema cuya modificación se propugnaba en algún texto prelegislativo (Borrador de Código Procesal Penal de 2013). Algunos de los argumentos de oposición de los recurridos y de la sentencia (no es justo que el absuelto tenga que acarrear con los gastos que ha supuesto su defensa) se adentran en esa esfera más de *lege ferenda* que de *lege lata*».

O el caso, idéntico, también de la Sala de lo Penal, de la STS de 24 mayo 2011 (RJ 2011/4026), y tantísimas otras después hasta la de 27 marzo 2017 (RJ 2017/1776, que reproducimos en nota en la argumentación que aquí interesa⁷³).

⁷³ «En cuanto a la aplicación del párrafo 2.º del artículo 368 CP, en STS. 960/2016 de 20 diciembre hemos dicho que recoge un subtipo atenuado que responde –como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley a la preocupación del Legislador para «acoger la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena en supuestos de escasa entidad siempre que no concorra ninguna de las circunstancias recogidas en los arts. 369 bis y 370 CP. «En la exégesis del precepto se constata, en el Anteproyecto de CP de 2006, frustrado por el fin de la legislatura, ya se incluía la posibilidad de rebaja penológica por la vía de incrementar el arbitrio judicial, posibilitando la atenuación facultativa del marco penal de los delitos contra la salud pública vinculados al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas. En relación con el mismo, el informe del CGPJ destacaba que «venía siendo reclamada por sectores de la doctrina y de la propia jurisprudencia como medio necesario para evitar una reacción punitiva desproporcionada que se deriva del incremento progresivo de las penas que estas modalidades han experimentado en los últimos años, en aquellos casos en que la cantidad de droga es de notoria escasa importancia, «o» las circunstancias personales del reo ponen de manifiesto una menor culpabilidad en la realización de la acción injusta –singularmente en el caso de los traficantes menores que se financian su propia adicción con el menudeo de la droga». A

Y también hay algún ejemplo en pronunciamientos de la Sala de lo Social. Como botón de muestra, el de la STS de 17 de marzo de 2015 (RJ 2015/1009), cuando afirma: «... El análisis de la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2012 (que introdujo la regulación actualmente vigente) refuerza igualmente esta conclusión. La redacción actual del artículo 86.3 ET procede de la aceptación de la enmienda núm.6, cuya justificación expone que “esta medida dotaría a las empresas de mayor flexibilidad en la toma de decisiones y limitaría la posibilidad de que las partes no lleguen a un acuerdo como estrategia para mantener derechos del convenio denunciado». La enmienda fue aprobada (por 25 votos a favor, 15 en contra y 4 abstenciones) en el Seno de la Comisión de Empleo y Seguridad Social (actuando con competencia legislativa plena) en sesión de 24 de mayo de 2012. Las intervenciones de los Grupos Parlamentarios en esa Comisión muestran igualmente que los legisladores tenían en mente esta interpretación; por ejemplo, el Grupo mayoritario (el Popular) manifiesta la aceptación literal de la enmienda por permitir una mayor flexibilidad en la toma de decisiones; el principal grupo de la oposición (el Socialista) entiende que se ponen demasiados límites a la fijación libre de la duración de los convenios, señalando que “por vía transaccional hay un nuevo ajuste en relación con la ultraactividad al reducir de dos a un año el periodo en que forzosamente se pierde la vigencia de las cláusulas de los convenios colectivos”. Es decir, en la gestación del precepto se suponía que la Ley incorporaba un tope de *ius cogens* que los convenios no podrían superar. (...) En suma: tanto la interpretación lógico-sistemática de la norma (su ubicación, sus antecedentes inmediatos) cuanto sus precedentes (respecto de los que desea distanciarse) como la finalidad (evidenciada por la exposición de motivos) o génesis (el debate parlamentario) inclinan a sostener una interpretación acorde con la postulada en el primer motivo del recurso presentado por la empresa».

O un caso muy curioso, el de la STS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1992/9163), de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ, donde, acerca del recurso extraordinario de revisión, se alegaba como voluntad de la ley (y del legislador) la de la comisión redactora (que lo fue la Comisión General de Codificación), en que, precisamente, había participado el propio Ponente de esta STS: «Efectivamente, una vez comprobada cualquier infracción consti-

pesar de la tendencia de los trabajos legislativos a recoger la atenuación facultativa estudiada, el primer texto prelegislativo de 2008 eliminó cualquier rebaja de pena de estas características. En el proyecto definitivo de reforma del CP, que dio lugar a la LO 5/2010, cuando accedió al Congreso el texto del artículo 368.2 CP, se excluía la posibilidad de su aplicación cuando concurrieran cualquiera de las circunstancias de los artículos 369, 369 bis y 370 CP, pero una última enmienda del Grupo Socialista permitió extender la aplicación del subtipo a las circunstancias del artículo 369 CP. Examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho –lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad –y a las circunstancias personales del autor– que nos reconduce al área de la culpabilidad–. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente –sic– explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)».

tucional en menoscabo de un tal derecho o libertad, la tutela judicial ha de ser efectiva, y por ello completa (art. 25), permitiendo el ejercicio y la satisfacción de aquellas pretensiones cuya función consiste precisamente en restaurar la realidad perturbada por la actuación administrativa contraria a la Constitución. No tendría sentido convertir un instrumento procesal configurado con la máxima contundencia en un cauce para obtener declaraciones platónicas, desprovistas de eficacia práctica, que habría de ser obtenida en un segundo procedimiento (previa petición en vía administrativa) con la consiguiente dilación, rechazada también constitucionalmente por indebida y la ruptura artificial de la contención de la causa. Esta restricción de las pretensiones a las meramente anulatorias carece de respaldo en la Ley tal y como aparece publicada (lo que se lee) y no lo tiene tampoco en los antecedentes parlamentarios ni en los trabajos prelegislativos de la Comisión General de Codificación (Sección Quinta) donde se elaboró el anteproyecto de la que luego sería Ley 62/1978, elaboración en la cual fue Ponente quien lo es también en esta sentencia. No estaba pues, en la mente del legislador ni aparece reflejada tampoco en la voluntad objetiva de la Ley.».

Como puede constatarse a la vista de la jurisprudencia indicada, el limitado resultado interpretativo (solo declarativo) obtenido de los materiales prelegislativos no hace inútil tal recurso hermenéutico, pues al reforzar el verdadero sentido de la norma sirve también para evitar cualquier intento de traición a la ley por vía interpretativa, para impedir, o dificultar al menos, cualquier elucubración libertina que con fines interpretativos correctores quiera hacerse abiertamente en contra del precedente histórico:

Lo advertía, en general, Lacruz⁷⁴, quien, con Tarello, «acentúa la validez del argumento histórico como freno a interpretaciones de los textos legales puramente cerebrinas (*cervellotiche*) y bizarras, y la realidad de esta observación se hace patente leyendo ciertas exposiciones y comentarios en los que el autor, ignorante del origen de la norma y tratando de explicarla por su letra, construye un sistema imaginario y personalísimo sin relación con la vida real y la finalidad tradicional del instituto o precepto»⁷⁵.

Ya lo dijo mucho antes Gómez de la Serna⁷⁶, al mostrar como «preferible á todos el sistema de publicar las esposiciones –sic– de los motivos que han tenido en cuenta los encargados de preparar las leyes y de las discusiones de los cuerpos en que se han debatido» (esto es, de los debates genuinamente científicos o técnicos), frente a otros sistemas (como el de expresar los motivos y doctrinas de la ley en preámbulos, o en reglas dentro de ella, o en comentarios legales): «Revelar el espíritu de las leyes, cuando esta revelación procede del que las forma, evita además interpretacio-

⁷⁴ En sus *Elementos* (cit.), p. 233.

⁷⁵ Siguiendo a Lacruz, PÉREZ ALGAR (1995, pp. 52, 53 y 55).

⁷⁶ (1862, pp. 174 ss.).

nes arbitrarias é inmotivadas, cierra la puerta á abusos que de otro modo van prevaleciendo en la práctica á la sombra de la letra de las leyes, dá un criterio seguro á los que han de aplicarlas para suplir su insuficiencia en los casos que no están comprendidos en sus palabras».

Y mucho más recientemente, llegará a decir la STS (de nuevo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 julio 1993 (RJ 1993/5640), que la «tarea de atemperación histórica no puede llevar al extremo de desnaturalizar la sustancia de la norma desviando al órgano jurisdiccional de su deber constitucional de sujeción al imperio de la ley (art. 117.1. CE)».

Por supuesto, nada impide que quepa cualquier resultado interpretativo (inclusive el corrector), cuando tales opiniones vertidas en comisiones o en sede parlamentaria se presentan en combinación, aunque siempre subordinados por su innata limitación, con otros elementos interpretativos, sean estos gramaticales, sistemáticos, ... que, por sí solos o en conjunción con aquellos debates y opiniones, posibiliten una interpretación no meramente declarativa⁷⁷.

Pero tampoco por tan limitado alcance interpretativo, que solo puede verse incrementado por la conjunción de otros criterios hermenéuticos, debe quedar relegado el dato histórico, fundado en los materiales prelegislativos, a último criterio interpretativo, según entiende la tesis del «medio auxiliar» y subsidiario (a que antes me referí como tesis intermedia entre la subjetivista y la objetivista). Decía, por ejemplo, a tal respecto, Enneccerus⁷⁸, a quien tanto seguía en ello Castán⁷⁹, que los materiales prelegislativos no deben ser atendidos «si lo desaconsejan otras razones preponderantes, fundadas en el tenor literal de la ley, en la conexión con el resto del contenido de esta, en la oportunidad, en la equidad o en la congruencia»⁸⁰. Sin negar, no obstante, que esto pueda suceder a veces, incluso muchas veces, no parece que, *a priori*, el criterio histórico deba quedar subordinado al resto de criterios interpretativos. Al menos en el caso español: intencionadamente nuestro artículo 3.1 CC no establece una jerarquización de los criterios hermenéuticos, sino tan solo una enumeración, ni siquiera exhausti-

⁷⁷ En contra, según se ha indicado en una nota anterior, PÉREZ ÁLVAREZ (1994, pp. 159 y 160), solo estima superable el sentido gramatical de la norma desde su espíritu y finalidad, sin que al respecto sirva siquiera de refuerzo el canon histórico.

⁷⁸ En su obra citada arriba (1947, p. 207).

⁷⁹ En su obra también citada (2005, pp. 246 y 247).

⁸⁰ En similar línea, advertían FADDA y BENZA (1926, p. 14): «Le dichiarazioni dell'autore della legge non possono prevalere nè contro la lettera, nè contro le risultanze della lógica del sistema»; (pp. 15 y 16): «Missione dell'interprete è di porre in relazione queste testimonianze col verbo legislativo, considerato come prodotto sociale. Se la parola della legge o la logica del sistema ripugna a tale attestazione, l'interprete deve a questa negare efficacia».

va⁸¹, subordinándolos todos al último criterio, y fin mismo, de la interpretación, cual es la finalidad y objetivo de la ley, según se dice en su inciso final, precisamente así redactado conscientemente tras su gestación⁸². Y que la interpretación histórica deba ceder cuando se contradice con las demás (máxime si se contradice con la interpretación lógica), es tan evidente que cabe predicar tal exclusión y rechazo de cualquier otro criterio interpretativo que se contradiga con el resultado obtenido de los demás criterios hermenéuticos (especialmente, si contraría la interpretación teleológica, medio y fin de toda interpretación).

Por último, posible mayor protagonismo, aunque el más extremo y extraño, puede alcanzar el precedente legislativo cuando las ideas defendidas en la comisión o en sede parlamentaria, aunque diferentes u opuestas entre sí, pueden todas ellas mostrarse en teoría acordes con el texto, y con el fin, de la ley, bien porque el propio texto legal, finalmente redactado, pueda cobijar aquellas interpretaciones antagónicas, bien porque en el seno de la propia ley, pero en diversos pasajes (o artículos) de la misma, se produzca tal contradicción⁸³. Sin negar en tal caso el recurso –aislado o combinado– a otros criterios interpretativos, ¿qué papel, entonces, pueden jugar por sí mismos tales precedentes legislativos, contradictorios entre sí, para salvar aquella antinomia cuando, sobre todo, no es posible resolverla por otra vía interpretativa? En la posible entrada de los conocidos mecanismos de resolución de antinomias (según los principios de jerarquía –difícilmente aquí aplicable al tratarse de una misma norma con contradicciones internas–, de especialidad y de posteridad), aquellos antecedentes, antinómicos entre sí, tal vez puedan funcionar para determinar, dentro de la norma en lid, ora el juego de generalidad y especialidad entre los artículos en apariencia contradictorios, ora la prevalencia de uno de ellos en función de la cronología de aquellos precedentes, sin que en ello influya quién sea el autor o protagonista del precedente (si pertenece a la comisión, aunque se trate de un técnico o experto en la materia, o al parlamento, aunque sea un político)⁸⁴, sino más bien

⁸¹ «... pues en ningún caso es recomendable una fórmula hermenéutica cerrada y rígida», se decía en el Preámbulo de la Reforma del Título Preliminar del CC, de 1974, según también lo razonaba DE CASTRO Y BRAVO (*ADC*, 1977, pp. 1143 y 1144).

⁸² Según la explicación que, conforme a la exégesis del artículo 3.1 CC, ofrece con detalle PÉREZ ÁLVAREZ (1994, pp. 57 ss.).

⁸³ No entro aquí en que la posible contradicción exista, no entre los propios preceptos de una misma ley, sino entre su Exposición de motivos y su texto articulado. En tal último caso, según la jurisprudencia el articulado prevalecerá siempre frente al texto expositivo, que aun con valor interpretativo carece del valor normativo que solo el articulado de la ley posee. Para un estudio más detenido, y crítico, sobre tal cuestión, de nuevo me remito a mi obra citada sobre el valor de las Exposiciones de Motivos.

⁸⁴ Así, PÉREZ ALGAR (1995, pp. 127 y 128).

por su mayor cercanía con el texto final de la ley, debiéndose, entonces, rechazar al precedente más lejano en el tiempo. En tal caso, extremo y extraño tal vez, conforme al principio cronológico (que puede deducirse del art. 2.2 CC y aplicarse por su propia lógica a nuestra cuestión), el precedente posterior prevalecería, en su aplicación, sobre el anterior, al que aquél «derogarí», anularía en su valor interpretativo (*lex posterior derogat legem priorem*), debiéndose, así, considerar ese primer y más lejano antecedente como discordante con la ley. En el fondo, resultaría tal solución de una adecuada interpretación histórica, de pura cronología, reveladora de la voluntad legal verdadera, por ser la última y, por ello, la más cercana y próxima a la ley final. Y aunque su resultado final fuese desechar la parte –de la ley, o de su antecedente– contradictoria con la *ratio legis*, sería, una vez más, para reforzar, para declarar reforzadamente, aquella parte –de la ley, y de su antecedente– que sí se muestra acorde con la finalidad y espíritu de la ley. Una vez más, por tanto, el material prelegislativo tendría un valor –solo– declarativo.

IV. CONCLUSIÓN FINAL: ENTRE EL CULTO A LOS MATERIALES PRELEGISLATIVOS Y SU ABSOLUTO DESPRECIO

En definitiva, por tanto, ni culto a los materiales prelegislativos, creyendo que son interpretación auténtica de la ley que lo pueden todo por ser verdadera expresión de la voluntad de la ley, ni su absoluto desprecio por carecer de todo valor interpretativo, así como tampoco su libre apreciación por el intérprete. Ubicados en un lugar intermedio, siempre virtuoso, aunque modesto, aquellos materiales tendrán un valor interpretativo científico de cierta autoridad, aunque siempre relativo por el estrecho margen de su resultado, solo declarativo, que aun sin esclavizar, cercena la libertad del intérprete impidiendo cualquier modificación o corrección libertina de la ley.

He aquí, según creo y concluyo, la justa medida interpretativa atribuible a los materiales prelegislativos en general.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, I: Introducción y Parte General*, vol. 1.º: *Introducción y Derecho de la persona*, 9.ª ed., Barcelona, 1983.
AUBRY Y RAU, *Cours de Droit Civil français*, 5.ª ed., Tomo I, París, 1897.

- BETTI, E., *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. y prólogo de J. L. de los Mozos, Madrid, 1975.
- BONET RAMÓN, F., «La Ley de Bases del Código Civil», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 19, 1988.
- CAPITANT, H., «Les Travaux préparatoires et l'interprétation des Lois», en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny*, Tomo II, reedición de 1974, pp. 204-216.
- CARTWRIGHT, J., *Introducción al derecho inglés de los contratos*, edición traducida por J. P. Murga Fernández, Aranzadi, 2019.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, reed. 2005.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con prólogo C. Rogel Vide, Méjico-Madrid, 2015.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984.
- «Naturaleza de las reglas de interpretación de la ley (Consideraciones en torno al art. 3.1 CC)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1977, pp. 809-858.
- DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, L. M., «Las normas jurídicas. Fuentes, interpretación, aplicación y eficacia general», en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, vol. 1.º: Personas, coord. JF. Delgado de Miguel, Madrid, 2003.
- DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, con prólogo de E. García de Enterría, Madrid, 1976.
- DEGNI, F., *L'interpretazione della legge*, 2.ª ed., Nápoles, 1909.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «Los preámbulos de las leyes (en torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp. 501-534.
- ENNECCERUS, L., *Derecho Civil [Parte general]*, vol. 1.º, Barcelona, reimpresión de 1947.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., «Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos», en *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 20, 1988, pp. 27-50.
- FADDA, C., y BENZA, P. E., en *Windsheid: Diritto delle pandette*, vol. IV, Turín, 1926.
- FERRARA, F., *Trattato di Diritto Civile italiano*, vol. I: Dottrine generali, Parte I, Roma, 1921.
- FIGUEROA, P., *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, trad., 3.ª ed., Madrid, 1927.
- GENY, F., *Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo*, con prólogo de Saleilles, Madrid, 1925.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, tomo I, Madrid, 1862.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, T. I, 3.ª ed., Madrid, 1871.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *El cambio político español y la Constitución*, Barcelona, 1982.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., «Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del CC», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1974, pp. 289-302.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. y revisión de M. Rodríguez Molinero, 2.ª ed., Barcelona, 1980.
- LAURENT, F., *Principes de Droit Civil*, Tomo I, Bruselas, 1878.
- PABÓN DE ACUÑA, J. M., *La interpretación según «la realidad social» del artículo 3 del CC*, Valencia, 1999.

- PÉREZ ALGAR, F., *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del artículo 3.1 del Código Civil*, Barcelona, 1995.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Pamplona, 1994.
- PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1980.
- RADBRUCH, G., «Arten der Interpretation», trad. al francés por J. Spach, en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny*, Tomo II, reedición de 1974, pp. 217 ss.
- ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, M. C., *Valor y función de las «exposiciones de motivos» en las normas jurídicas*, Santiago de Compostela, 1972.
- SALVADOR CODERCH, P., «Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1657-1684.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Exposiciones de Motivos de las Leyes: motivos para su eliminación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 47-64.
- SANTOS BRIZ, J., «La aplicación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil», en *Libro-Homenaje a R. M.^a Roca Sastre*, vol. I, Madrid, 1976, pp. 753-779.
- TAJADURA TEJADA, J., *El preámbulo constitucional*, Granada, 1997.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y Constituciones [1808-1978]*, Madrid, 1989.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, I, 4.^a ed., Valladolid, 1935.

Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana

MANUEL JESÚS DÍAZ GÓMEZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Huelva¹

RESUMEN

El legislador europeo está llevando a cabo una constante política de actuación en diferentes ámbitos y sectores de la economía con el fin de lograr la tan ansiada estabilidad del mercado financiero. Con el propósito de fortalecer un adecuado equilibrio en la reactivación del crédito, generando la suficiente confianza en sus destinatarios, una de sus propuestas más recientes ha sido la de trazar las líneas de actuación en materia de financiación a los consumidores, en lo concerniente a bienes inmuebles de uso residencial; en el entendimiento de que éste es un ámbito proclive a la estimulación ordenada, dada la necesidad de paliar las distorsiones que habían sido detectadas en los últimos tiempos. Esta normativa nos servirá como punto de inflexión para analizar el desarrollo que han experimentado las garantías inmobiliarias convencionalmente acordadas no solo en su gestación, sino también en su ejecución, entendiéndolas como una materia clave en la dinámica conceptual de la propia evolución de las relaciones jurídico-obligatorias. El estudio comparado de la civilística italiana que a continuación se hace, nos pondrá en evidencia soluciones y fracasos que pueden ser fácilmente extrapolables a nuestro sistema, o al menos nos permitirá componer una llamada de atención en los planteamientos que se hagan o en la búsqueda de los fundamentos en los que se pretenda basar la materia.

PALABRAS CLAVE

Garantías reales. Garantías inmobiliarias. Hipoteca. Pactos privados. Pacto comisorio. Pacto marciano. Fiducia. Venta en garantía. Pacto de retroventa. Transmisión de la propiedad. Par conditio creditorum. Simulación. Fraude. Nulidad.

¹ Estrategia de Política Científica de la Universidad de Huelva. Grupo de Investigación SEJ-576. Agradecimientos al Prof. E. Al Muraden y a la Biblioteca Cicu de la Università de Bologna.

Covenant Martian. Rethinking the system with the Italian civilista

ABSTRACT

The European legislator is carrying out a policy of engagement in different areas and sectors of the economy in order to achieve the long-awaited financial market stability. With the aim of strengthening a proper balance in the revival of the credit, generating enough confidence in their recipients, one of its most recent proposals has been to draw lines of activity in the area of financing to consumers, in regard to residential real estate; on the understanding that this is an area prone to stimulation in an orderly manner, given the need to alleviate the distortions that had been detected in recent times. This legislation will serve as a point of inflection to analyze the development that have experienced real estate guarantees conventionally agreed not only in its gestation, but also in its execution, understanding them as a key subject in the dynamics of the evolution of the legal-binding relationships. The comparative study of the Italian civilistica below is done, we will put in evidence solutions and failures that can easily be extrapolated to our system, or at least will allow us to compose a call of attention on the approaches that are made or in the search of the grounds on which it is intended to base the matter.

KEY WORDS

Real estate collateral. Guarantees. Mortgage. Private covenants. Declaration of withdrawal. Covenant Martian. Trust. For Sale in warranty. Covenant of Redemption. Transmission of the property. Par conditio creditorum. Simulation. Fraud. Invalidity.

SUMARIO. I. *Planteamiento: la autonomía privada frente a la prohibición de pacto comisorio a partir de la Directiva europea sobre financiación de inmuebles de uso residencial.*—II. *Aproximación a la civilística italiana.*—III. *La reciente tipificación legal del pacto marciano en Italia.*—IV. *La ejecución privada de las garantías inmobiliarias. Recapitulación y disfunciones.*

1. PLANTEAMIENTO: LA AUTONOMÍA PRIVADA FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO A PARTIR DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE FINANCIACIÓN DE INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL

La Directiva europea 2014/17/UE, relativa a los contratos de crédito con los consumidores respecto a bienes inmuebles de uso

residencial², ha venido a establecer, por un lado, una serie de medidas tendentes a evaluar los riesgos de la contratación, viniendo a exigir, para ello, a las entidades de crédito, determinadas pautas de aptitud y comportamiento. Y por otro lado, la delimitación del posible carácter abusivo de ciertas situaciones, tratando de esta manera de proteger a los destinatarios del crédito en la debilidad de su propia defensa de intereses. En última instancia, se pretende garantizar un desarrollo normalizado de la relación jurídica obligatoria que se entable, otorgando ciertas facilidades a los consumidores, para que logren el acceso a un conocimiento adecuado de los datos que les permita la correcta formación de su voluntad; y a las entidades financieras, para flexibilizar algunos rigores tradicionales que venían impregnando los instrumentos que aseguran la ejecución o el cumplimiento de lo pactado. En definitiva, pues, parece que hay una apuesta por promover mayores controles en la contratación, a fin de conseguir una superior estabilidad de las relaciones económicas.

Entre las propuestas señaladas para estimular el crédito, el legislador europeo, siendo consciente de las cargas y de los costes que a menudo conlleva la ejecución de las garantías crediticias, ha considerado oportuno no solo flexibilizar las habituales y típicas estructuras operativas que sirven para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, sino que ha introducido la posibilidad de que sean los propios contratantes los que puedan incorporar en su convenio la formulación de «atípicas garantías» reales o de «mecanismos alternativos» de ejecución que se aparten del procedimiento judicial ordinario fijado legalmente para obtener la realización del valor de los mismos.

En efecto, el artículo 28, en su apartado 4, la citada Directiva contiene una disposición en la que permite a los particulares introducir en su negociación una cláusula por la que se acuerde que «la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito». Ciertamente, una disposición de este tipo no hubiera hecho falta, si no fuera porque se considerara como principio que el acto traslativo solo puede ser suplido por un juez –en ejecución de garantía, no con función de pago– que asegurara la obtención del valor de los bienes, o, en su caso, por el ulterior acuerdo *solvendi causa* entre las partes. La valoración de los bienes dados en garantía no podría, desde entonces, dejarse al arbitrio de las partes, en tanto que una

² Directiva europea 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, relativa a los contratos de crédito con los consumidores respecto a bienes inmuebles de uso residencial –en adelante DCCI–.

estipulación en tal sentido podría ser utilizada por alguno de los contratantes para obtener un beneficio excesivo o desproporcionado respecto de aquel otro que se encontrara en una situación más desventajosa o necesitada –que a menudo suele ser, precisamente, el receptor del crédito o deudor³–. Así las cosas, una prohibición en el sentido de impedir al acreedor quedarse con los bienes dados en garantía tras el incumplimiento, se contiene de modo expreso y taxativo en nuestro Código civil respecto a la prenda, la hipoteca y la anticresis⁴, por lo que cualquier pacto en contrario se consideraría nulo: es lo que se denomina prohibición de pacto comisorio.

Con el actual planteamiento codificado, es difícil mantener –o al menos tener dudas razonables sobre lo contrario– que en nuestro sistema exista algún margen de actuación privada para estipular cláusulas que garanticen el cumplimiento de la obligación mediante mecanismos voluntarios de ejecución, pues los mismos quedarían reconducidos a la prohibición comisorio y con ello a su nulidad⁵. Desde la perspectiva europea, sin embargo, la mencionada

³ Junto a las formalidades procedimentales y la desnaturalización de los modelos típicos de garantías reales, la prohibición se fundamenta básicamente en el intento de evitar situaciones ventajosas intolerables, bien sea respecto a la posición del deudor, bien sea respecto a terceros acreedores.

Sobre la posibilidad de que el acreedor se pudiera quedar con los bienes ejecutados ordinariamente habrá que tener en cuenta, con carácter general, la necesidad de seguir los procedimientos y las cautelas previstas en la Legislación hipotecaria y, fundamentalmente, en la Ley de Enjuiciamiento civil, para la ejecución hipotecaria judicial y extrajudicial. Tales observaciones, precisamente, fueron las que sustentaron en su momento la imposibilidad de abrir cualquier alternativa que habilitara procedimientos ejecutivos que no respetasen los requerimientos legalmente establecidos, así se mantuvo, por ejemplo, por la RDGRN de 10 de junio de 1986 (RJ 1986/3840), siguiendo otras anteriores.

Para una visión evolutiva puede consultarse, entre otros, CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1929, pp. 439 ss.; VIDAL, J., *La venta en garantía en el derecho civil común español*, Madrid, 1990, pp. 202 ss.; y DURÁN, R., *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Navarra, 1998, pp. 121 ss.

⁴ Artículo 1859 CC para la hipoteca y la prenda, y 1868 CC para la anticresis: el acreedor no puede apropiarse de las cosas ni disponer de ellas. Si bien solo este último precepto contempla expresamente la prohibición de pacto en contrario, que también estaba previsto para aquellos supuestos en el Proyecto de 1851, a pesar que el Anteproyecto de 1882-1888 de Código civil se moviera en la dirección contraria, salvando la posibilidad de pacto.

La doctrina parece inclinarse mayoritariamente por la prohibición de pacto comisorio en cualquier caso, con diferentes argumentaciones. Sin ánimo de exhaustividad, *Vid.* GUILARTE, V., en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXIII, dir. Albaladejo, Edersa, Madrid, 1990, pp. 457 ss.; y en *Comentarios al Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1864 ss.; FELIÚ, M. I., *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, 1995, pp. 65 ss.; y REGLERO, L. F., *El pacto comisorio*, Madrid, 2007, pp. 6 ss.

La jurisprudencia también se ha mostrado reticente, cuando no contraria al pacto comisorio por su inmoralidad implícita, STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997/3429) y las que cita, en cuanto a la protección del deudor; y por faltar a la *par conditio creditorum*, STS de 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10424), entre otras, para ofrecer la adecuada protección a los terceros acreedores.

⁵ El principio de la no autotutela privada jugaría como fundamento para proteger intereses dignos de amparo, por lo que la prohibición de pacto comisorio funcionaría también con respecto a otras garantías atípicas, aun cuando no estuviera expresamente regula-

dificultad parece haber desaparecido, no solo respecto a la posible validez jurídica de otras fórmulas garantísticas del crédito –distintas de las tradicionalmente admitidas–, sino además, cuando se admite sin reticencias que un pacto privado que estableciera la posibilidad de que la cosa ofrecida en garantía se transmitiera al acreedor para saldar la deuda, sería lícito y perfectamente eficaz.

La Directiva de contratos de crédito a los consumidores respecto a bienes inmuebles de uso residencial, es consciente de la diversidad de tratamiento que cada Estado puede infligir a su ordenamiento en base a las peculiaridades que su propio sistema garantístico o de formulación de derechos reales pudiera tener, pero en cualquier caso, la referencia a los pactos privados que permitan la transmisión de bienes al acreedor se efectúa respecto de aquéllos sobre los que recaen dichas garantías, sin perjuicio de cómo éstas hayan quedado configuradas. Desde entonces, para el caso de no conceptualizarse la hipoteca de modo que por su propia naturaleza se impida la transmisión del bien sobre el que recae mediante procedimientos que se alejen del judicialmente previsto, parece oportuno plantearse luego si la configuración de aquélla permite amparar ahora la libertad de pacto de su ejecución predicada por la Directiva –siendo ella una típica garantía inmobiliaria, referenciada incluso explícitamente en el propio texto legal–.

Se podría alegar que nuestro ordenamiento jurídico contempla una prohibición singular y de modo expreso al pacto comisorio referido a la hipoteca, razón por la cual no operaría el dictado comunitario al respecto de su excepcionalidad⁶, en modo alguno. Sin embargo, también la interpretación puede y debe, bajo nuestro punto de vista, ser bien distinta: si la Directiva hubiera venido a admitir, simplemente, el juego de la autonomía de la voluntad en este campo, no habría tenido necesidad de explicitarlo abiertamente, a sabiendas de que existen Estados miembros de la Unión europea en los que se tolera o se admite el funcionamiento del citado pacto, y otros en los que está expresamente prohibido.

Ante la mencionada tesitura, la Directiva ha optado, no solo por validar el pacto originario de carácter dispositivo que pretenda establecer la ejecución privada de las garantías inmobiliarias, dándole así cobertura legal y despejando las dudas sobre su licitud, sino que además ha venido a instaurar la obligación a los Estados

do. Así lo ha entendido, entre otras, la RDGRN de 10 de junio de 1986 (RJ 1986/3840) y las SSTs de 26 de abril de 2001 (RJ 2001/2037) y de 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002/10424).

⁶ Excepcionalidad que no ha quedado plasmada –ni siquiera mencionada– en el Proyecto de Ley que regulará los Contratos de Crédito Inmobiliario en nuestro país (publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el pasado 17 de noviembre de 2017), y que ha venido a transponer la comentada Directiva.

miembros de «no impedir» que los particulares puedan proceder de este modo⁷, con lo que se armoniza, desde ahora, el sistema crediticio comunitario en esta materia para todo el territorio de la Unión Europea⁸.

Quedando abierta la posibilidad, por el dictado de la Directiva, de poder atribuir al acreedor los bienes gravados o su valor, para saldar la deuda pendiente, cabría preguntarse luego, si se trata de una fórmula general y abierta que consienta a los contratantes la completa autorregulación del citado mecanismo, o si por el contrario, la norma permite restringir la autonomía de la voluntad de modo tal, que su concreto contenido pueda servir para paliar aquellos perjuicios que la histórica prohibición comisoraria trataba de evitar. Dicho de otro modo, nos podríamos plantear ahora, si los Ordenamientos jurídicos internos de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, tienen o no vedada la posibilidad –sin que ello suponga vulnerar la armonización proyectada por el derecho comunitario– de sujetar los pactos privados al desarrollo de ciertos condicionamientos, con la finalidad de dar amparo a otros intereses diversos que se consideren atendibles⁹. Así las cosas, resultaría fundamental saber si han desaparecido en la actualidad los peligros que fueron aducidos en su momento para la aplicación de la cláusula comisoraria, o si por el contrario, habiendo permaneci-

⁷ Explícitamente preceptuado en el artículo 28.4, inicio, DCCI.

⁸ En el caso de que las partes hayan estipulado que el bien inmueble utilizado como garantía del crédito se transfiera al acreedor, se incluirá tal circunstancia en el FEIN (Ficha europea informativa normalizada).

Del modo indicado –según dispone la sección 13.3 de la parte B, del Anexo de la Directiva (que es donde constan las instrucciones mínimas para su cumplimentación)–, en la Ficha que haya de facilitársele al consumidor habrá de quedar reflejado, entre otros datos –obligatoriamente y cuando ello se haya estipulado– que en caso de incumplimiento aquél «puede ser desposeído de su vivienda» (locución que se incorporará bajo el subapartado número 13, relativo a los tipos de incumplimiento y sus consecuencias). Aunque con esta concreta formulación se utilizan términos no jurídicos –según la Exposición Motivada de la Directiva, respecto a la terminología usada por la FEIN (mención que aparece contenida en el Considerando 41)–, se hace con el mismo sentido.

⁹ Sobre las diversas orientaciones que promueve el Derecho internacional privado en aras de la uniformidad del Derecho europeo, BALLARINO, T., «Verso una disciplina europea della vendita», *Riv. dir. priv.*, 3/2012, *passim*, pp. 341 ss. advierte de la inconsistencia de promover sistemas abiertos o facultativos, pues incluso cuando no se ha hecho así, siempre derivan interpretaciones que recurren a la normativa propia de cada Estado. Así, por ejemplo, en el estudio que realiza de la competencia judicial internacional en materia de contratos, la normativa europea ha optado por la prevalencia de la previsibilidad, más que por la uniformidad de decisiones (en la reformulación del Convenio de Bruselas, 44/2001, se deriva al juez del lugar donde la obligación controvertida deba ser cumplida, por ser la que aporta mayor certeza, prefiriéndose incluso la ejecución material o económica de la entrega de la cosa o prestación del servicio, pero deja sin resolver los problemas interpretativos del contrato cuando la voluntad de las partes hayan establecido otra cosa) (pp. 347 ss.). Habiéndose producido finalmente, con el Reglamento europeo del derecho común del contrato de compraventa, una renuncia a la integración sustancial en esta materia, cuando en otros lugares (sudamérica y EEUU) la tendencia parece ser la contraria (p. 351).

do a lo largo del tiempo, los mismos pueden ser conjurados convenientemente o deben ser asumidos, en mayor o menor medida, como parte del propio desarrollo del sistema económico.

Es cierto que los esquemas del mercado financiero se vuelven cada vez más complejos, y que los agentes y las condiciones que en el mismo intervienen mutan con frecuencia de posición, dependiendo de múltiples y variados factores¹⁰; sin embargo, en lo que a nosotros ahora nos interesa, lo cierto es que llama la atención el hecho de que sea en las relaciones crediticias entabladas entre empresarios y consumidores y cuando el bien objeto de garantía (y/o adquisición) es un inmueble de uso residencial (incluida la vivienda habitual), donde se haya producido, precisamente, la flexibilización de la cláusula comisorio¹¹. Sin perjuicio de que más adelante podamos profundizar en ello, baste señalar en estos momentos, que admitir sin más limitaciones la validez de un pacto que autorice a la entidad financiera a quedarse con los bienes gravados, para el caso de que el deudor no pague la cantidad adeudada, podría redundar en el riesgo de que el acreedor obtenga ganancias excesivas o sin justificación alguna a costa del consumidor, dada la posibilidad de que los bienes posean un valor muy superior a la deuda pendiente. Eventualidad ésta, precisamente, que era la que se trataba de evitar, generalizando, para cualquier caso, la prohibición de pacto comisorio; o admitiendo, en su caso, la funcionalidad del llamado «pacto marciano» que venía a exigir al acreedor la restitución al deudor de tal exceso.

Para dar respuesta a todas las hipótesis planteadas, así como a otros tantos interrogantes a los que pudieran dar lugar, hemos considerado oportuno realizar un estudio de aproximación al derecho italiano, no solo por cuanto posee similares caracteres evolutivos a los

¹⁰ Los prestamistas de antaño no son los de ahora, pero tampoco los deudores del crédito actuales carecen de la experiencia y el poder, que se predicaba de los de tiempos pasados. Quizás por ello, desde hace ya tiempo que se exterioriza el cambio hacia una economía basada en el valor de mercado del dinero, sobre el que giran el valor de cambio del resto de las cosas, abandonando la percepción codificada de un interés subjetivo en el intercambio valorativo de las cosas y servicios. Tal vez por ello sea por lo que no solo hayan desaparecido, en muchos supuestos, los perjuicios que se predicaban para el caso de que no funcionase una prohibición de pacto comisorio, sino que incluso, en muchos otros supuestos, puede resultar beneficiosa para el mercado su desaparición. Ver sobre todo esto los argumentos que se citan, a favor y en contra, por la doctrina italiana, en los apartados siguientes.

¹¹ Tal vez el legislador ha considerado que el mayor control que se lleva a cabo por las autoridades administrativas sobre las entidades financieras, unido a la reglamentación más estricta que se exige para la conformación de los clausulados contractuales con consumidores, permite ofrecer mayores garantías en este sector del mercado inmobiliario. Sin embargo, lo cierto es que en los últimos tiempos, en nuestro país, tales contratos han sido el origen de muchos y muy variados abusos, y aún hoy, para concretas situaciones de incumplimiento o de normal desenvolvimiento de la relación obligatoria, siguen siendo un escenario propenso a desequilibrios económicos injustificados.

nuestros –como se dejará traslucir más adelante, al pertenecer a una misma cultura jurídica–, sino en tanto que integrador de un sistema normativo que ya ha tenido que proceder a la adaptación de su orden interno, con la armonía de los principios constitucionales y con asunción de los valores inspiradores del Derecho comunitario¹².

II. APROXIMACIÓN A LA CIVILÍSTICA ITALIANA

En el orden jurídico italiano, al igual que en el español, también se contiene una prohibición general de carácter legal para el pacto comisorio: artículo 2744 del *Codice civile*, respecto a las tradicionales garantías prendarias e hipotecarias¹³. No obstante, como

¹² El estudio de las disciplinas sectoriales relativas ámbito del consumo han sido objeto de numerosos estudios doctrinales en los que se pone de manifiesto la necesaria armonización de los principios internos de cada Estado con aquellos otros que derivan de las disposiciones comunitarias. Los mandatos que éstas contienen expresan, en última instancia, el grado de protección que los consumidores merecen en la unificación normativa, que pudiendo ser de mínimos o plena, también pueden atribuir al legislador nacional la posibilidad de ampliar el amparo a otros sectores diferentes (cuestión controvertida esta última a la que parece haber renunciado el sistema italiano y por la que, sin embargo, parece haber optado nuestro legislador nacional en el Proyecto de Ley de Contratos de Créditos Inmobiliarios). Se trata en última instancia de establecer unas reglas especiales y derogatorias del derecho común de obligaciones y contratos que compondrían un sistema propio dentro del sistema civilístico general. Como expresa en este sentido DE CRISTOFARO, G., «Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori», en *Tratt. Contratto, vol. V, Mercati Regolati*, dir. Roppo/Benedetti, Milano, 2014, cuyas referencias pueden utilizarse con carácter general en este estudio, constituyen un verdadero microsistema autónomo que parte de la presunción de debilidad del consumidor que en términos objetivos se trataría de la persona (física) que contrata con unos fines ajenos a cualquier actividad profesional o empresarial, y donde las disciplinas sectoriales que regulan algunos ámbitos de actuación – como es el caso de la materia que ahora nos ocupa de los créditos en el sector inmobiliario – se caracterizan por poseer una naturaleza mixta (público-privada, que sanciona administrativamente la actividad profesional impropia a la vez que permite reglamentar la relaciones jurídicas entabladas con pactos entre los particulares) y por ser incompletas en su reglamentación. Precisamente, éste último carácter, es el que genera la necesidad de coordinación de la especial normativa de la que se trate, con la disciplina general contenida en el Código civil y en otros textos legales (*passim*, especialmente pp. 10 y 14). Las normas del CC serían subsidiarias respecto a las contenidas en la legislación de consumo, con una función integradora y supletoria, solo cuando se hayan dejado de regular completamente ciertos aspectos, pero no cuando la normativa sectorial sea tendencialmente completa, aunque aquélla no resulte incompatible (p. 17).

Para GENTILI, A., «Contratti del consumatore e diritto commune dei contratti», *Riv. dir. civ.*, 2016, la incompatibilidad originaria de los principios del Código civil con aquellos otros de la legislación sectorial del consumo, tanto a nivel de contenido como a nivel de método de actuación legislativa, no permitía hablar de sistema general y especial. A pesar de ello, la posterior evolución hacia políticas legislativas de orden social en la aplicación de la normativa nacional, y el desarrollo de políticas comunitarias más propensas a considerar la intervención de algunos aspectos de los derechos fundamentales en la regulación del mercado, han propiciado acercamientos muy alentadores, en los que la doctrina habrá de empeñarse en los próximos tiempos (*passim*, especialmente pp. 1493 ss.; *vid. nota 65*).

¹³ Para una primera visión general y evolutiva del tema son referentes doctrinales CHIRONI, G. P., «Ipoteca e patto commissorio», en *Riv. dir. comm.*, 1917, II, pp. 706 ss.; ALBERTARIO, E., «Sulla nullità del patto commissorio aggiunto al mutuo ipotecario», in

veremos más adelante, desde su incorporación inicial en el texto codificado la propia dinámica del mercado de crédito ha tenido una tendencia casi innata hacia la utilización de ciertos mecanismos que trataron de eludirla, fundamentalmente, como una consecuencia práctica de los efectos perjudiciales que para el acreedor tiene la inmovilización patrimonial en los procesos de ejecución ordinaria sin resultado satisfactorio o que se dilataban en el tiempo.

Con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, se han ido barajado a lo largo del tiempo diferentes esquemas negociales cuyo principal objetivo, en última instancia, era lograr la ejecución de las deudas de un modo más rápido y eficaz que el articulado judicialmente por la ley. Sin embargo, con alguna frecuencia, tales mecanismos no obtuvieron el auge y desarrollo que se hubiera deseado: sea por la sombra de la duda que a menudo pesaba sobre el vínculo negocial por una hipotética declaración judicial de nulidad, o fuera por la dificultad de encajar un pacto como ese en la naturaleza jurídica del tipo contractual elegido, lo cierto era que la falta de un apoyo legal explícito impidió en muchas ocasiones validar fórmulas de garantía crediticia que se aproximaran a lo que pudiera parecer una estipulación comisorio¹⁴.

Respecto a los bienes muebles, la ausencia de desplazamiento posesorio que conformaría la estructura de ciertos mecanismos garantísticos tendentes a evitar la aplicación de la prohibición del pacto comisorio para la prenda, haría difícil asegurar la ejecución en caso de incumplimiento, pues al estar basados en meros acuerdos personales, carecerían de la suficiente eficacia vinculante frente a terceros. De este modo, los pactos de promesa de venta o contratos preliminares de venta, o incluso la simple opción de compra,

Riv. dir. comm., 1924, II, pp. 236 ss.; STOLFI, G., «Patto commissorio ed ipoteca», en *Foro it.*, 1926, I, col. 282 ss.; BREGLIA, O., *Patto commissorio*, Milano, 1936; LOIACONO, V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952; BIANCA, C. M., *Il divieto del patto commissorio*, Publ. Università di Catania, Milano, 1957; VARRONE, C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968; CARNEVALI, U., «Patto commissorio», en *Enc. dir.*, t. XXXII, Milano, 1982, pp. 492 ss.

¹⁴ En general, sobre las dificultades de un estudio que englobe todos los aspectos problemáticos de las garantías reales, y sobre todo su relación con los preconceptos dogmáticos que limitan fuertemente la operatividad de la autonomía privada y la utilización de instrumentos más flexibles y adaptados en cada momento a las vicisitudes de la economía, puede consultarse las reflexiones de BARBIERA, L., «Autonomía privada e garanzie reali: un rapporto difficile, sclerotizzato da chiusure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accettati», en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforma legislative*, Padova, 1991, pp. 843 ss.; y GABRIELLI, E., *Garanzia e garanzie reali*, Torino, 2006, pp. 29 ss. Y en particular, sobre las inevitables consecuencias en el mercado de crédito y las graves consecuencias que ello puede tener en un contexto de economía globalizada, CIPRIANI, N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, pp. 148 ss.; y BRODI, E., «Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni in materia di privilegio, pegno e ipoteca», en *Questioni di economia e finanza*, 2016, pp. 5 ss.

no vendrían a instaurar –a pesar de los intentos prácticos– un sistema de garantía eficiente que produjese la inmediata transferencia privada de los bienes sometidos a gravamen. Por otro lado, la creación autónoma de una hipotética garantía real, «atípica», entraría en confrontación con los tradicionales planteamientos que predicaban un esquema legal cerrado para la lista de derechos reales, no pudiéndose, en consecuencia, entender como prenda, que por su naturaleza exige desplazamiento posesorio, o sometimiento a los especiales requerimientos legales fijados, los cuales tampoco admiten el pacto comisorio como configuración negocial propia. Más allá de eso, la analogía haría el resto.

En cierto modo diferente, en cuanto a la seguridad del tráfico, se presentan los bienes inmuebles cuando sirven de garantía al cumplimiento de una obligación, pues la fácil localización de los mismos no precisa del desplazamiento posesorio para su virtualidad ejecutiva. Sin embargo, más allá de la hipoteca, la utilización de ciertos convenios aceptados y legitimados legalmente, a través de los cuales la transmisión o venta del derecho de propiedad se produce como efecto del incumplimiento de una obligación previamente acordada, conduce irremediamente a la aproximación de tales figuras negociales con el pacto comisorio. Así, la venta de inmuebles sometida a condición resolutoria, o aquella otra con pacto convencional de rescate o retroventa, que sujetan el resultado definitivo al posterior comportamiento solutorio del deudor, pueden encerrar un negocio de financiación donde la transmisión de la propiedad juegue con una finalidad de garantía. Ello, unido al hecho de su eficacia legal frente a terceros, con acceso a la inscripción registral, en muy poco lo distanciaría de la hipoteca y con ello del pacto comisorio prohibido.

En su mayor parte, la doctrina y la jurisprudencia italiana se han mostrado, tradicionalmente, bastante reticentes a la hora de admitir los mencionados tipos negociales, pues entendiendo que en ellos se pretendía eludir la prohibición –general y taxativa– de pacto comisorio, constituían, en realidad, verdaderos mecanismos simulatorios o de fraude de ley, por lo que su eficacia jurídica debía quedar invalidada¹⁵.

Del modo indicado, uno de los supuestos paradigmáticos de la conflictividad generada en torno los pactos privados con función

¹⁵ Ver referencias en nota anterior; particularmente BIANCA, C. M., (*op. cit.*, pp. 202 ss. y 310 ss.) había insistido en la necesidad de indagar en la causa del negocio, pues la venta, por su propia naturaleza jurídica, impide que pueda ser calificada con una finalidad de garantía, debiendo, en consecuencia, hablarse para tales supuestos de alienación; y en tal caso, considerarse como negocio simulado cuando encubra una vulneración de la prohibición general de pacto comisorio, detectada, incluso, a través de indicios o presunciones.

de garantía, fue la utilización del contrato de compraventa como típicamente aceptado, en el que se sometía la transferencia del bien, de modo suspensivo o resolutorio, a la condición de que el vendedor-deudor no restituyese la cantidad convenida en el tiempo estipulado, con lo que si finalmente ello sucedía, se materializaba la venta, y si no ocurría, ambos sujetos conservaban sus bienes. El resultado final, sin embargo, era que celebrado un contrato de compraventa este no producía la transmisión de un bien por un precio, por lo que difícilmente podía encajar en su naturaleza jurídica, con lo que se defraudaba claramente la prohibición comisorias, ya que bajo la simulada fórmula de la venta se ocultaba un mutuo con garantía inmobiliaria cuya ejecución imponía en caso de incumplimiento la transferencia de la propiedad de los bienes del deudor¹⁶.

La mencionada situación, se volvería a replantear más tarde como consecuencia del amparo legal atribuido a las ventas con pacto de rescate o derecho de recompra, en las que sí se producía una efectiva transmisión de la cosa a cambio de un precio, si bien tal situación podía revertirse si el vendedor originario procedía al pago de la cantidad previamente estipulada¹⁷. Sin embargo, una estructura negocial como la señalada podía encubrir, en última instancia, una finalidad prohibida por la ley, cual era la de garantizar una operación de financiación a través de la apropiación de los bienes del deudor. Así las cosas, cada vez que la transferencia de la propiedad quedase subordinada al cumplimiento o no por parte del deudor-recomprador de una determinada prestación económica, podrían

Con diferentes fundamentaciones jurídicas en Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385, Cass. 3 giugno 1983, n. 3800, Cass. 17 aprile, 2014, n. 8957, entre las más relevantes. *Vid.* referencias en notas sucesivas.

¹⁶ *Vid.* PELOSI, A. C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975. En general, la jurisprudencia parecía no tener problemas a la hora de resolver los conflictos cuando podía mediar un criterio puramente cronológico en cuanto al momento de la transferencia del derecho, de tal modo que consideraba aplicable la prohibición comisorias en las hipótesis en la que no se hubiese producido contextualmente a la celebración del contrato, como son los contratos con efectos obligatorios obligacionales o con efectos reales diferidos: Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385, respecto a la «venta» suspensivamente condicionada al incumplimiento del deudor.

¹⁷ El vendedor se reserva el derecho de volver a adquirir la propiedad de la cosa vendida, debiendo emitir la correspondiente declaración y restituyendo el precio, los gastos y cualquier otro pago legítimo, en conformidad a lo preceptuado en los artículos 1501-1503 CC. Siguiendo sus precedentes, el *Código* atribuye al vendedor que ejercita el derecho de rescate, la propiedad de la cosa, incluso en perjuicio de los derechos incompatibles constituidos *medio tempore*, previendo la oponibilidad a los terceros de los efectos de su ejercicio. *Vid.* RUBINO, D., «La compravendita», en *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1971, pp. 1024 ss. y GRECO, P. y COTTINO, G., «Della vendita», en *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, pp. 350 ss. Para estos últimos autores (*op. cit.*, pp. 339-340), la previsión de un pacto de rescate en un momento sucesivo a la estipulación del contrato de venta no comporta su invalidez, pero determina la eventual calificación como *pactum de retrovendendo*, al que no le serían de aplicación aquellas disposiciones codificadas, y con ello la eficacia real de los artículos 1504 y 1505 CC.

existir indicios de que estuviésemos en presencia de un pacto comisorio¹⁸. El argumento se presentaba entonces afirmando, que si bien el contrato de compraventa con pacto de rescate o derecho de recompra es una estipulación válida con carácter general, una finalidad traslativa de la propiedad que no tenga *causa solvendi*, sino de garantía, no encaja en la naturaleza jurídica de dicho tipo contractual, por lo que merecería una simple calificación de «alienación» con función de garantía, que sí estaría prohibida por la ley¹⁹.

De la forma indicada, tuvo que manifestarlo expresamente la jurisprudencia cuando se le plantearon los señalados conflictos, modificando su perspectiva en la necesidad de buscar el fundamento en la causa efectiva de tales negocios. De esta manera, hubo de considerar que la transmisión de la propiedad con fines de garantía era incompatible con la transmisión de la propiedad por compraventa, y en consecuencia que no podía ser entendida como tal aunque se hubiese producido una efectiva transferencia de los bienes²⁰.

¹⁸ La jurisprudencia trató de superar el criterio del medio utilizado o del momento de la transferencia del derecho, para detectar el fraude que en la práctica se podía cometer cuando los resultados perseguidos por los contratantes coincidían con aquellos prohibidos como efecto de un pacto comisorio (Cass. 3 giugno 1983, n. 3800). Así, más recientemente (Cass. 17 aprile, 2014, n. 8957), se argumenta diciendo que si bien la venta con pacto de rescate, no integra directamente un pacto comisorio, puede representar un medio para sustraerse a la aplicación de la prohibición legal cuando el pago del precio por parte del comprador no se configure como corresponsivo debido para la adquisición de la propiedad, sino como configuración de un mutuo, respecto al cual la transferencia del bien responde sólo a la finalidad de constituir una posición de garantía, capaz de desenvolverse de manera diversa según que el deudor cumpla o no la obligación de restituir la suma recibida.

Vid. en tal sentido TUCILLO, R., «Calusola di patto di riscatto», en *Calusole Negoziatili*, Coord. M. Confortini, Milano, 2017, pp. 617-618, para quien, siguiendo los razonamientos de Cass. 9 maio 2013, considera que han de tenerse en cuenta para la decisión algunos indicios, entre los que reviste carácter de principal elemento sintomático la desproporción entre la cuantía de lo debido y el valor del bien dado en garantía.

¹⁹ La finalidad de garantía penetra en la estructura del negocio, por lo que el acto no puede calificarse como venta. En tal sentido –con carácter general y con las citas previas en apoyo de tal posicionamiento– puede verse LUMINOSO, A., «La vendita», en *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, pp. 726 ss.

²⁰ En Cassazione 3 giugno 1983, n. 3800, se afirmaba por primera vez la irrelevancia del momento en el que se producía la transferencia de la propiedad, a los fines de individualizar una violación de la prohibición de pacto comisorio. Sentencia ésta, ampliamente comentada por la doctrina: AZZARITTI, G., en *Giust. civ.*, 1983, pp. 2953; MACARIO, F., en *Foro it.*, 1984, col. 212 ss.; DANUSSO, G. M., en *Giur. it.*, 1984, col. 1648 ss. También, NAPOLEONE, G., «Un improvviso «revirement» della Suprema Corte sulla vendita a scopo di garanzia», en *Vit. not.*, 1983, pp. 966 ss.; AMATO, G., «Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia», en *Giust. civ.*, 1984, pp. 1899 ss.; y PIEPOLI, G., «Quale futuro per la proprietà-garanzia?», en *Corr. giur.*, 1985, pp. 201 ss.

La anterior línea jurisprudencial fue confirmada por Cass. 6 dicembre, 1983, n. 7271, Cass. 6 dicembre 1986, n. 7260, Cass. 16 april 1987, n. 3784 y Cass. 15 gennaio 1988, n. 46. También, contradicha ocasionalmente, por Cass. 12 dicembre 1986, n. 7385; anotada y comentada con cierto recelo por varios autores: TRIOLA, R., «Gli effetti dell'esercizio del riscatto convenzionale», en *Giust. civ.*, 1987, pp. 545 ss.; y BIANCA, C. M., «Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione», en *Riv. dir. civ.*, 1987, pp. 117 ss., entre otros.

Finalmente la *Sezione Unite della Cassazione* 3 aprile 1989, n. 1611, y 21 aprile 1989, n. 1907, parece haber cerrado definitivamente la cuestión, consolidando la tesis de que

Gozando esta de una marcada provisionalidad o transitoriedad, la finalidad podría no ser *solvendi causa*, y el precio pagado por el comprador no configurarse propiamente como correspectivo debido. La decisión final, entonces, habría de extraerse de los particulares indicios derivados de cada caso en concreto, detectando los supuestos en los que se pretendía concertar un contrato de mutuo o crédito, para prohibir entonces el efecto comisorio indeseado que supone la apropiación por el acreedor de los bienes del deudor que incumple²¹. Desde entonces, se da una relevancia propia al aspecto funcional del negocio materializado, independientemente del tipo contractual utilizado, persiguiéndose los que tengan una finalidad de garantía fraudulenta, aunque para ello se hayan servido de estructuras validas y reconocidas legalmente.

A partir de este momento, se produce también en la doctrina italiana el definitivo abandono de la idea de poder individualizar un pacto comisorio sólo cuando se estuviera en presencia de garantías reales típicas²². De este modo, sería posible hablar de negocios con una finalidad de garantía, donde aquél pacto pueda fluir de modo autónomo con independencia del diferente esquema o estructura elegido; siendo la llamada *alienazione in funzione di garanzia* el

resulta necesario atender al aspecto funcional del negocio, antes que al concreto tipo contractual utilizado; así, entre otros aspectos, la provisionalidad de la transmisión de la propiedad de los bienes sería uno de los elementos reveladores de la causa de garantía y en consecuencia de la divergencia entre la causa típica del negocio elegido y la determinación causal concreta y efectiva, funcional, encaminada a eludir una norma imperativa. Pueden verse al respecto los comentarios a estas decisiones jurisprudenciales realizaos por CANESSA, N., «Vendita con patto di riscatto e patto commissorio», en *Giust. civ.*, 1989, pp. 2423; DI MAURO, N., «Sul divieto del patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia», en *Riv. not.*, 1989, pp. 908 ss.; REALMONTE, F., «Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi» y MARICONDA, V., «Transferimenti commissori e principio di causalità», ambos en *Foro it.*, 1989, col. 1428 ss.; CUBEDDU, M. G., «Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle sezioni unite», en *Riv. dir. civ.*, 1990, pp. 615 ss.; y VALCAVI, G., «Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario», en *Foro it.*, 1990, col. 205 ss.

²¹ Cuando el precio o la cosa no se configuren como correspectivos no existirá compraventa, siendo para ello sintomático el hecho de que no se corresponda la cantidad que se tenga que pagar por recuperar la propiedad del bien con el valor del mismo; la correspondencia entre la cuantía del precio de la venta y del derecho de crédito; la falta de pago del precio; la existencia de un acuerdo de compensación entre la deuda que deriva de la relación de garantía y la deuda que deriva de la venta; el mantenimiento del goce del bien por el vendedor; la previsión de intereses a favor del adquirente. *Vid.* TUCCILLO, R., *op. cit.*, p. 618 y n. 69. Como señala la Cass. 9 maio 2013, n. 10986, el legislador ha formulado un juicio de desfavor, en base al *id quod plerunque accedit*, presumiendo que cuando existe una desproporción entre la entidad del debito y el valor dado en garantía, el acreedor pretende una ganancia superior al crédito, que supone un elemento sintomático del fraude de la prohibición del pacto comisorio.

²² Destacan inicialmente varios estudios, que son referentes en esta materia y que profundizan en la búsqueda de los elementos definidores de los negocios de garantía que provocan el efecto perseguido por la prohibición comisoria, así, ANELLI, F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; GIGLIOTTI, F., *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997; o SASSI, A., *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999.

arquetipo sobre el que debatir²³. Se comienza a profundizar, entonces, en la búsqueda de los verdaderos motivos que justifican la prohibición del pacto comisorio, para observar si ha de producirse siempre y en todo lugar la necesaria extensión del mencionado efecto legal que se preveía, expresamente, sólo para los supuestos de prenda, hipoteca y anticresis²⁴. Tal extensión, predicada casi de modo generalizado por la jurisprudencia²⁵, fue puesta en duda por algunos posicionamientos doctrinales que trataron, si bien no de rebatirla abiertamente, si al menos de excusarla en algunos casos²⁶.

No obstante, apoyados en diferentes motivos y por diversas razones –casi siempre inspiradas en una pura necesidad de adaptación práctica al mercado–, los intentos de una parte de la doctrina por alejarse de la sistemática prohibición comisorio²⁷, fueron paralizados, a menudo, por una jurisprudencia reticente a desviarse de los tradicionales posicionamientos que se habían venido manteniendo. Ésta es, en todo momento, la encargada de verificar cuándo

²³ Como expone CIPRIANI, N. (*Patto commissorio e pacto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, pp. 18-20), para quien, de este modo, queda individualizado el llamado patto commissorio autónomo desvinculado de las garantías reales típicas y consistente en un negocio en sí mismo, con el cual se persigue una finalidad de garantía, pero que podría contener en realidad el conjunto de intereses prohibidos por los arts. 1963 y 2744 CC.

²⁴ Tradicionalmente, la doctrina había argumentado que el fundamento de la prohibición comisorio se encontraba en la imposibilidad del propio del sistema jurídico para admitir una figura como la alienación con finalidad de garantía: PUGLIATTI, S., «Precisioni in tema di vendita a scopo di garanzia», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pp. 299 ss.; FERRARI, M., «Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio», en *Giur. it.*, 1951, pp. 799; MARICONDA, V., «Trasferimenti commissori e principio di causalità», en *Foro it.*, 1989, pp. 1436 ss.; MINNITI, G., «Patto marciano e irraggevolezza del disporre in funzione di garanzia», en *Riv. dir. comm.*, 1997, pp. 47 ss. Otros autores consideraban que se superan los límites previstos en cuanto a la forma de autotutela ejecutiva: BETTI, E., «Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni», en *Riv. dir. comm.*, 1931, pp. 699 ss. Y otros, en fin, estiman que se trata de un tema de preservación de las garantías típicas: GIGLIOTTI, F., *Patto commissorio autonomo...* *op. cit.*, Napoli, 1997, pp. 130 ss.

²⁵ Es constante la afirmación por parte de la jurisprudencia de que «la prohibición del pacto comisorio sancionado por el artículo 2744 CC se extiende a cualquier negocio, sea cual sea su contenido, que vaya dirigido a conseguir el resultado prohibido por el ordenamiento» (Cass. 23 ottobre 1999, n. 11924, que venía repitiéndose en otras anteriores, como Cass. 20 luglio 1999, n. 7740 y Cass. 10 febbraio 1997, n. 1233, entre otras).

²⁶ A este respecto, pueden advertirse las diversas posiciones doctrinales que se desarrollan como contraposición a la rigidez jurisprudencial de la inadmisibilidad de un pacto comisorio encubierto, así GIGLIOTTI, F., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999, es partidario de admitir la viabilidad operativa del pacto «autónomo» en garantía, en base a la libertad contractual, considerando al efecto los errores interpretativos de la doctrina tradicional (pp. 258 ss., pp. 275 a 279); BUSSANI, M., *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, también parte de la inicial aporía histórica del pacto comisorio, para proponer finalmente una apertura en la interpretación del mismo, que admita la validez de ciertos acuerdos privados (pp. 132 a 151, pp. 254 a 293); y CIPRIANI, N., *Patto commissorio...* *op. cit.*, que hace una excelente reconstrucción del tema, depurando los supuestos del pacto hasta entender conjurados algunos efectos perniciosos a través de distintas fórmulas (pp. 174 ss., pp. 229 ss.).

²⁷ *Vid.* nota precedente.

y de qué manera las variadas estructuras que se van presentando en el tráfico económico entran o no en el supuesto de hecho prohibido inicialmente por la norma²⁸. Todo ello, trajo como consecuencia una disparidad de opiniones y una no menos relevante dosis de confusión e incertidumbre en la práctica financiera; agudizada, sin duda, por el hecho de tratarse de pactos o estipulaciones accesorias a modelos negociales, cuya declaración de nulidad podría traer aparejada como nefasta consecuencia la inexistencia misma de la garantía.

Frente a aquellos planteamientos que vienen a justificar la imposibilidad congénita del sistema –proclamado puntualmente en la prohibición de pacto comisorio– de admitir desplazamientos patrimoniales sin control jurisdiccional cuando se produzca el incumplimiento de un deber jurídico; se abre paso en la evolución de los sistemas de garantía, la introducción de renovados criterios en los que amparar una interpretación flexible de la mencionada prohibición. Así, se mantiene por una parte de la doctrina, que siendo la verdadera *ratio* de la clausula comisorio el aprovechamiento que el acreedor lleva a cabo sobre el deudor que somete bienes en garantía con un valor económico superior a la suma de la deuda pendiente, tal resultado desaparecería o no tendría lugar en aquellos esquemas negociales que disipan desde el principio la posibilidad de un enriquecimiento²⁹.

Se toma como ejemplo algunos instrumentos financieros que vienen siendo reconocidos como válidos, y sobre todo algunas estructuras donde la mencionada desproporción económica no tiene lugar³⁰. Se recupera, así, la idoneidad y el fundamento del tradicionalmente denominado *pacto marciano*³¹, como una excepcionalidad

²⁸ Junto a la venta con pacto de rescate, la jurisprudencia también ha detectado la posible existencia de una vulneración legal en negocios que contengan un mandato de venta (Cass. 1 giugno 1993, n. 6112), en otros en los que se ofrecía una opción de compra al mutuante (Cass. 10 febbraio 1997, n. 1233) y en aquellos en los que se había utilizado una promesa unilateral de venta condicionada al incumplimiento (Cass. 29 agosto 1998, n. 8624).

²⁹ REALI, A., «La fiducia a scopo di garanzia, la vendita con patto di riscatto e il divieto del patto commissorio», en *Trattato dei diritti reali*, dir. Gambaro-Morello, vol. V, Milano, 2014, pp. 577 ss., para quien la vendedera razón actual de la prohibición del pacto comisorio consiste en tratar de evitar que se suscriban acuerdos que no prevean un control, *a priori*, entre el valor del bien dado en garantía y la cuantía del crédito.

Para una reconstrucción del tema, donde se ponen de manifiesto las reticencias mostradas por doctrina y jurisprudencia, pueden verse últimamente BOTTA, C., «Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciانا», comentando Cass. 21 gennaio 2016, n. 1075, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 911 ss.; y CHIANALE, A., «Qualche pensiero sulla recenti vicende del patto marciانا», en *Rev. not.*, 2014, pp. 751 ss.

³⁰ Se dice que la ilicitud de la causa esta excluida en los supuestos donde falta la desproporción entre la entidad del debito y el valor dado en garantía, como en el *pegno irregolare* y en el *riporto finanziario*: Cass. 9 maio 2013.

³¹ Históricamente tratado como un pacto admisible, que fue introducido en el Digesto 20, 1, 16, 9 (*Marc. l. s. ad form. hyp.*), aunque no pasó a las legislaciones codificadas

dad al comisorio, donde el bien dado en garantía –aun cuando se transfiera definitivamente al acreedor³²– debe ser valorarlo en su estimación objetiva llegado el momento en que se produzca el incumplimiento, con la obligación de restituir al deudor el excedente del monto de lo debido³³. Sin embargo, más allá de los puntuales reconocimientos judiciales donde pudiera verse reflejado algunas de sus variantes, el modelo marciano no logra un desarrollo autónomo en el mercado crediticio que lo aleje con la suficiente seguridad de la prohibición general predicada para la apropiación de bienes en ejecución de garantías. La ausencia de una homogeneidad estructural, y sobre todo la carencia de un amparo legal propio, se configuran como contrapesos difíciles de articular frente al mero estímulo favorecedor de las relaciones comerciales basado en el refuerzo del paradigma de la libre voluntad negocial de los particulares.

Apreciada la incomodidad del mercado con las estrictas exigencias codificadas, y vista la posibilidad de hacer desaparecer una buena parte de los efectos perniciosos que se habían predicado de la originaria cláusula comisorio pura, se ha querido ver la presencia de un pacto marciano en el llamado *sale and lease back* o *vendita con leasing di ritorno*³⁴, por el que una empresa recibe dinero para

actuales: *vid.* para el tratamiento del tema en sus diferentes vertientes, ORESTANO, R., «Marciano Elio», en *Noviss. dig. it.*, t. X, Torino, 1964, pp. 254 ss.; FRAGALI, M., «Del mutuo», en *Comm. cod. civ.*, dir. Scialoja/Branca, artículos 1813-1822, Bologna-Roma, 1966, pp. 256 ss.; CARNEVALLI, U., «Patto commissorio», en *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 499 ss.; ROPPO, E., «Il divieto del patto commissorio», en *Tratt. dir. Rescigno*, XIX, t. 1, Torino, 1985, pp. 437 ss.; CIPRIANI, N., *Patto commissorio e patto msrciano... op. cit.*, pp. 22 ss.; LUMINOSO, A., «La vendita con riscatto», en *Cod. civ. Commentario*, dir. Schlesinger, arts. 1500-1509, Milano, 1987, pp. 242 ss.; VALENTINO, D., «La circolazione dei beni in funzione di garanzia», en *Studi in onore di Nicolò Lipari*, t. II, Milano, 2008, pp. 3009 ss.; BALTI, A., «Clausola di patto commissorio», en *Calusole negoziali*, dir. Confortini, Milano, 2017, pp. 575 ss.

ALPA, G., «Il linguaggio omissivo del legislatore», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 423, habla del *patto marciano* como de un pacto comisorio condicionado, el cual resulta válido si se presentan determinados caracteres; considerándolo, el autor, como un derecho real de garantía nuevo, que modifica el principio de la *par conditio*.

³² Esta tesisura de la que hablamos se puso en evidencia claramente por MINNITI, G. F., «Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia», en *Riv. dir. comm.*, 1997, pp. 58 ss., para sostener, también, la nulidad de la cláusula marciiana. Con mayores dudas CARBONE, E., «Debitoris suffocati e patto commissorio», en *Rev. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, pp. 1108 ss.

³³ Las referencias jurisprudenciales en la casuística italiana no son muy frecuentes, pero siempre parecen serlo en el sentido de otorgar validez al pacto marciano. Así, bajo el imperio del anterior Código civil se suele hacer referencia a la decisión App. Messina, 2 diciembre 1878, en *Foro it.*, 1879, I, col. 244 ss., con nota de FULCI, L., «Della validità della vendita dal mutuario al mutuante per il caso di non restituzione del mutuo con patto que il prezzo sia fisato da periti». Con el actual Código pueden consultarse, entre otras, Cass. 21 giugno 1946, n. 732; Cass. 21 dicembre 1950, n. 2807; Cass. 30 marzo 1954, n. 988; Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805; Cass. 6 novembre 2007, n. 13621; App. Roma, 16 settembre 2008, en *Giust. civ.*, 2009, I, pp. 1424 ss.; y Cass. 20 febbraio 2013, n. 4262.

³⁴ Sobre la licitud de la causa del *leasing* puede verse Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273 y Cass. 18 marzo 2015, n. 5454, entre otras, donde se deja constancia, no obstante, de la necesidad de indagar también en los posibles indicios que pudieran conducir al

financiarse a cambio de unos bienes que transmite a la entidad crediticia como garantía, obteniendo la posibilidad de readquirirlos por un precio determinado al finalizar la relación; mientras tanto, la posesión y uso de los bienes son cedidos para su aprovechamiento por la empresa, de tal modo que las cantidades que el mutuario satisface periódicamente, se corresponden tanto con una parte del reembolso de la financiación, como con la retribución del uso³⁵.

A partir de entonces, se refuerza la idea de unas notas comunes que podrían constituir el estatuto propio del pacto marciano, y no sólo meras excepciones puntuales a la prohibición de pacto comisorio. Así, el pacto marciano excluye la ilicitud de la causa del negocio siempre que se inserte verdaderamente en un esquema negocial que suponga excluir de raíz el abuso, en el sentido de contener un procedimiento donde se atienda a las concretas características y circunstancias del caso, y se asegure la presencia de una valoración imparcial del bien tomado en garantía, ligada a parámetros objetivos y/o vinculados a persona independiente y experta, que pueda servir para liquidar la deuda pendiente en caso de incumplimiento, con la oportuna devolución del excedente, si lo hubiera³⁶.

intento de eludir la prohibición comisorio, como ocurre cuando una empresa en crisis busca financiación para seguir con su actividad –para pagar deudas atrasadas o para endeudarse en mayor medida– ocultando que el precio que se otorga a los bienes es inferior al real o de mercado.

No obstante, hasta llegar a este punto, las decisiones judiciales sobre este particular esquema negocial del *leasing*, se habían alternado entre las que propugnaban su nulidad (v. gr. App. Milano 13 giugno 1985 y 3 marzo 1988) y las que afirmaban su validez (v. gr. App. Milano 19 giugno 1986, App. Pavia 1 aprile 1988 y App. Monza 24 maggio 1988).

³⁵ Vid. en este punto, el renovado intento de la doctrina por recuperar los fundamentos del pacto marciano en MARROCCO, E., «Note sul patto marciano», en *Nuovo dir.*, 1989, pp. 977 ss.; GITTI, G., «Divieto del patto commissorio, frode alla legge, *sale and lease back*», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, pp. 457 ss.

Al igual que ocurriera con el pacto comisorio, también se ha buscado el aspecto funcional de los convenios que esconden en última instancia un pacto marciano, esto es el mecanismo de reequilibrio económico que el mismo contiene. En este sentido se encaminan los estudios de ANELLI, F., *L'alienazione... op. cit.*, pp. 445 ss., para quien el pacto comisorio no debe conducir a nulidad del negocio, sino a la búsqueda de un equilibrio que lo reconduzca al esquema del pacto marciano; y otros, como BUSSANI, M., «Patto commissorio, proprietà e mercato», en *Riv. crit. Dir. priv.*, 1997, pp. 113 ss.; o FIORENTINI, F., «Garanzie reali atipiche», en *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 275 ss.

Últimamente, también, son relevantes los intentos de incorporar nuevos fundamentos en los que amparar, cuando no estimular, la idoneidad del pacto marciano en el sistema económico actual: LUMINOSO, A., «*Lease back*, mercato e divieto del patto commissorio», en *Giur. comm.*, 2000, pp.489-492; SPADARO, M., «*Sale and lease back*, patto marciano e fallimento del venditore utilizzatore», en *Fall.*, 2015, pp. 798 ss.; NATALE, M., «*Lease back* e strutture utili di patto marciano», en *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 1597 ss.

³⁶ Esta idea de configurar un estatuto del pacto marciano para el derecho común se ha visto expresada en la meritoria sentencia de Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, en *Giur. it.*, 2015, pp. 2341 ss., con nota de VITI, V., «*Lease back*, patto commissorio e clausola marciana»; y SPADARO, M., citado en nota anterior. En ella, se recoge no solo la doctrina jurisprudencial anterior –en el sentido de optar por una concepción negocial de la causa efectiva, que se acomodara mejor a las exigencias prácticas, frente a aquella otra formal–, sino que se introduce como factor fundamental delimitador de la categoría, el recurso al respeto

Esta evolución crítica a la que se ha hecho referencia, forma parte, con carácter general, de la constante transformación que está experimentando el actual sistema económico, específicamente orientado, entre otras cuestiones, hacia la búsqueda de nuevos recursos financieros por parte de las empresas, y con ello, hacia el establecimiento de nuevas estructuras y sistemas de garantías del crédito, una vez comprobada la rigidez normativa de los instrumentos tradicionales, particularmente de los derechos reales denominados de garantía inmobiliaria³⁷. En esa línea, nuevos pasos se han dado recientemente en el orden jurídico europeo, que han supuesto la introducción en el sistema legislativo italiano de algunas estructuras formales que responden abiertamente a la admisibilidad del modelo que hemos llamado de pacto marciano, y que pasamos brevemente a analizar.

III. LA RECIENTE TIPIFICACIÓN LEGAL DEL PACTO MARCIANO EN ITALIA

La Directiva 2014/17/UE, relativa a los contratos de crédito a los consumidores concerniente a bienes inmuebles residenciales³⁸

de los deberes generales que impone favorecer las relaciones económicas y asegurar la libre formación de la voluntad contractual.

Para CIPRIANI, N., «Il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata», en *Giur. it.*, 2017, p. 1731, la línea jurisprudencial seguida y culminada en la citada sentencia, realiza una reconstrucción del pacto marciano estatuyendo un principio general, a través de la vía interpretativa; otra cuestión distinta será cuánto pueda aguantar el mismo en los diversos procesos de aplicación analógica que se tengan que llevar a cabo, para recoger las peculiaridades de cada caso en concreto que vayan surgiendo. Lo propio hubiese sido que el legislador interviniese mediante una norma general que sancionara la licitud de las negociaciones que contengan el pacto marciano, así BRIANDA, G., «Le prospettive del divieto del patto commissorio tra norma comunitaria, *lex mercatoria* e tradizione», en *Contratto e impresa*, 2016, pp. 797 ss.; y D'AMICO, G., «La resistibile access...», *op. cit.*, p. 29.

³⁷ Entre los estudios más significativos que han prestado una especial atención a la mencionada evolución económica en este ámbito, pueden verse los de TUCCI, G., *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974, pp. 200 ss.; BARBIERA, L., «Autonomia privata e garanzie reali: un rapporto difficile, sclerotizzato da chiusure specialistiche e da dogmi tradizionali passivamente accettati», en *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, pp. 843 ss.; GABRIELLI, E., «Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari», en *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 643 ss.; BUSSANI, M., «Il modello italiano delle garanzie reali», en *Contratto e impresa*, 1997, pp. 163 ss.; MAGNANO, M., «L'autonomia privata e le garanzie reali: il tentativo di un superamento del principio di tipicità», en *Nuova giur. civ.*, 2002, pp. 576; GABRIELLI, E., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedura concorsuali*, en *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, pp. 717 ss.; CIPRIANI, N., «La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano», en *Riv. dir. impresa*, 2010, pp. 131 ss.; y CHIANALE, A., *L'ipoteca*, Torino, ahora en su 3.ª edición de 2017.

³⁸ Sobre los comentarios doctrinales italianos a la Directiva, en general, son interesantes los estudios de DE GIOIA CARABELLESE, P. y CHESSA, C., «La Directiva 2014/17/UE

—a la que ya hemos hecho referencia al comienzo de este estudio— ha sido objeto de trasposición al ordenamiento jurídico italiano a través, entre otros, del D. Lgs. de 21 de abril de 2016, n. 72, el cual ha introducido en el *Testo Unico Bancario* (TUB)³⁹ la posibilidad de que consumidor y entidad bancaria puedan pactar expresamente una cláusula por la que en caso de incumplimiento del primero, se produzca la extinción total de la deuda mediante la adquisición por la segunda, del inmueble gravado con garantía (o en su caso el dinero obtenido con su venta); teniendo derecho el consumidor a recibir lo que exceda de la deuda pendiente en el caso de que el valor del bien transferido fuera superior⁴⁰.

En lo que ahora nos interesa, con la citada normativa el legislador parece tratar una especial tipología del pacto marciano, que partiendo de la confirmación de la prohibición del pacto comisario, lo refiere a un particular contrato de financiación —delimitado subjetiva y objetivamente⁴¹— atribuyéndole consecuencias y efectos especiales, en cuanto a la operatividad del incumplimiento⁴², a la manera de obtener la atribución patrimonial⁴³ y al modo de liqui-

in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali», en *Responsabilità civile e Previdenza*, 2016, pp. 1422 ss.; PELLECCIA, E., «La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali», en *Banca, Borsa & Titoli di Credito*, 2016, pp. 206 ss.; y RUMI, T., «Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali», en *I Contratti*, 2015, pp. 70 ss.

³⁹ Sobre las implicaciones y las relaciones entre los textos legales que establecen sectorialmente una reglamentación en materia de consumo y sus relaciones con el Código civil y otras normas generales pueden verse las observaciones de DE CRISTOFARO, G., «Le discipline settoriali...», *op. cit.*, pp. 17 ss.

⁴⁰ Art. 120-*quinqüesdecies*, apartado 3: *Fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c. le parti possono convenire, con clausola espressa al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore, la restituzione o il trasferimento dell'immobile oggetto di garanzia o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile o l'ammontare dei proventi d'ita inferiore al debito residuo. Si il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'entità dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza.*

Más que de «restitución» habría que hablar de «adquisición» por parte de la banca, pues parece que se trata de una traducción al italiano un tanto impropia de la Directiva.

⁴¹ Se introduce con la reforma, un Capítulo I bis, titulado «Crédito inmobiliario a los consumidores», en el Título IV del *T. U. B.*; que viene descrito como una financiación bancaria a un consumidor garantizado con hipoteca sobre el derecho de propiedad o sobre otro derecho real que tenga por objeto bienes inmuebles residenciales o financiado para la adquisición o la conservación de la propiedad sobre un terreno o sobre un inmueble edificado o proyectado (art. 120 *quinquies*).

⁴² El recurso a esta vía está limitado legalmente a la hipótesis de falta de pago de una cantidad equivalente a 18 cuotas mensuales (apartado 4, del mismo artículo).

⁴³ Que puede hacerse no solo a través de la transferencia del bien gravado, sino también ejercitando el *ius vendendi* puesto a su disposición. En cuanto a la estimación del valor del bien, se establece que la misma se obtiene, en momento posterior al incumplimiento, por un perito independiente —escogido por las partes de común acuerdo o en su defecto nombrado por el Presidente del Tribunal— [apartado 4, letra d), del mismo artículo hasta ahora citado].

dar la diferencia valorativa⁴⁴. Queda constancia, sin embargo, de la idea forjada con el paso del tiempo, de admitir la posibilidad de que sean los propios sujetos los que elaboren un sistema autónomo de reglamentación privada para la ejecución de garantías —en este caso inmobiliarias—, imponiendo el recurso a una valoración objetiva de los bienes que evite un posible aprovechamiento a costa del deudor: conformándose, así, hipotéticamente si se quiere, la sustantividad propia del pacto marciano.

No es la primera vez, ni será la última, que el legislador italiano ha tratado de solventar las dudas que doctrina y jurisprudencia se habían planteado entorno a la posibilidad de que la prohibición del pacto comisorio pudiera ser modulada o formulada de forma diversa a través de ciertas previsiones de lo que se había venido a entender como pacto marciano⁴⁵. Así, también la Ley de 2 de abril de 2015, n. 44, en materia de préstamo vitalicio hipotecario⁴⁶, concede a la entidad financiera la posibilidad de vender el inmueble dado en garantía para cobrar la deuda pendiente. Básicamente el ámbito de aplicación de la ley se enmarca en la posibilidad de financiación concedida a consumidores mayores de 60 años, utilizando para ello como garantía la constitución de hipoteca sobre un bien inmueble de uso residencial. Con una capitalización anual de intereses y gastos, llegado el momento de fallecimiento —con carácter general, aunque también podría darse para el caso de merma significativa del valor el inmueble gravado— queda marcado el término de cumplimiento del deber de restitución de las cantidades prestadas por parte de los herederos, que en caso de no llevarse a cabo en los doce meses siguientes, habilitaría a la entidad financiera para proceder a la venta del inmueble por el precio medio en el

⁴⁴ Donde se observa, según la dicción del artículo, que si el valor del inmueble es superior a lo debido, el consumidor tiene derecho al exceso, pero en caso contrario se produce la extinción completa de la deuda derivada del contrato de crédito que pesa sobre el consumidor.

⁴⁵ Para las concretas referencias doctrinales y jurisprudenciales que trazan la evolución de la figura pueden verse las notas 29 y siguientes.

Sobre la actualidad legislativa de las ejecuciones privadas se han publicado algunos estudios generales en los últimos tiempos: «Nuovi modelli di garanzie patrimoniali», a cura di E. Gabrielli y S. Pagliantini, en *Giurisprudenza italiana. Dottrina e attualità giuridiche*, 2017, pp. 1715 ss.; y *I nuovi marcioniani*, que contiene cuatro estudios de otros tantos autores, publicado por G. Giappichelli Editore, Torino, 2017.

En general, también, IACCARINO, G., «Il rimedio del patto marciano nel diritto positivo», en *Immobili & Proprietà*, 2017, pp. 101 ss.; y antes, D'AMICO, G., «La resistibile ascesa del patto marciano», en *Europa e Diritto privato*, 2017, pp. 1 ss.

⁴⁶ Negocio que ya operaba desde hacía tiempo en el orden jurídico-económico anglosajón con el nombre de *reverse mortgage* y que fue regulado por primera vez en Italia a través del *Decreto Legge 30 settembre 2005, n. 203*. Puede verse los comentarios de GIGLIOTTI, F., «Il prestito vitalizio ipotecario: un *reverse mortgage* all'italiana?», en *Corr. Mer.*, 2011, pp. 678 ss.

mercado –fijado por perito independiente–, devolviendo lo que exceda de la cuantía de la deuda pendiente.

La estructura del mencionado tipo negocial permite observar algunas peculiaridades significativas respecto a la manera de desenvolverse el hipotético pacto marciano que pudiera tener lugar. En primer lugar, que no se trata de un acuerdo o pacto privado el que habilita al acreedor a intervenir sobre el patrimonio del deudor, sino que es la propia norma la que le faculta para ello, una vez producido el supuesto de hecho básico del incumplimiento (cualificado). En segundo lugar, que no se produce una transmisión directa del derecho de propiedad a manos de la entidad financiera, sino que ésta obtiene un derecho de venta para poder adquirir con posterioridad una suma con la que satisfacer las cantidades que les son debidas⁴⁷.

Ello, no obstante, parece quedar a salvo en la compleja relación contractual, un núcleo que se repite también en los esquemas del pacto marciano, cual es el establecimiento de un proceso privado de actuación que excluye el recurso al procedimiento ejecutivo judicial, la conformación del valor del bien gravado a través de un perito especializado en su cálculo de mercado y la obligación de tener que restituir al deudor lo que de ello exceda respecto del montante de la suma efectivamente debida. Junto a ello, otras cuestiones precisarían de un análisis más detenido –que en estos momentos no podemos afrontar, pero que sin duda han despertado las inquietudes de la doctrina–, entre las cuales destacaría la función llamada a desempeñar por la hipoteca que ha sido constituida en este tipo negocial o la imposibilidad de que pueda tener lugar un saldo negativo final, esto es, de que los herederos solo tienen que soportar como pago de la deuda pendiente una cantidad que como máximo asciende al valor del bien que se dio en garantía⁴⁸.

Con una legislación aún más reciente, el llamado «Decreto salva-banche» –D. Ley de 3 de mayo de 2016, n. 59, convalidado por la Ley de 30 de junio de 2016, n. 119– ha introducido en el *TUB* el

⁴⁷ La propia normativa admite la posibilidad de que los herederos vendan el inmueble o al menos, también, que puedan participar en ese proceso (art. 1.12), pero ello no tergiversa el procedimiento a los efectos que estamos tratando aquí, pues el mismo sigue siendo de índole privado al otorgar a la entidad financiera, en última instancia, la posibilidad de actuar sin necesidad de recurrir a las instancias judiciales.

⁴⁸ Entre los varios estudios que han indagado al detalle esta figura merece la pena destacar las observaciones de CHERTI, S., «Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario», en *Corr. Giur.*, 2015, pp. 1099 ss., y RUMI, T., «La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario», en *I Contratti*, 2015, pp. 938 ss., que ponen el acento en el limitado ámbito de aplicación de la norma desde el punto de vista subjetivo y desde la perspectiva de la flexibilidad en el cumplimiento final de la restitución de las cantidades prestadas. Para una visión más crítica de las alternativas facilitadas para éste tipo de financiación, puede verse CHIANALE, A., «L'inutilità dell'ipoteca nel «prestito vecchetti», en *Not.*, 2016, pp. 358 ss., para quien la ejecución hipotecaria queda sin sentido cuando son los particulares los que llevan a cabo la venta del bien inmueble.

art. 48 bis, que disciplina la financiación a las empresas mediante la constitución de garantías que suponen la transferencia de bienes inmuebles suspensivamente condicionada al incumplimiento del deber de restitución de las cantidades acordadas (art. 2). Así, se habilita a los sujetos para incorporar en sus contratos cláusulas que permitan a la entidad financiera, en caso de incumplimiento de la prestataria, a adquirir con carácter definitivo en su patrimonio el dominio sobre un bien inmueble –derecho de propiedad u otro derecho real, propio o ajeno–. Ahora bien, en tal supuesto, se estatuye que la parte acreedora deberá devolver al empresario o titular del derecho real de que se trate, la diferencia entre el valor estimado del bien y la cantidad realmente debida –que se habrá calculado por perito especialista según el precio de mercado–⁴⁹.

En este tipo negocial, el reconocimiento legal a la figura tratada parece corresponderse exactamente con el tradicional esquema del pacto marciano. Se produce una transmisión de los bienes, que habían sido dados en garantía, para liquidar la deuda pendiente tras el incumplimiento de la restitución de un préstamo, salvándose el posible enriquecimiento del acreedor mediante la valoración equitativa del bien y la devolución del exceso⁵⁰. No obstante, queda abierto con este planteamiento legislativo, la duda sobre la posibilidad o no de admitir un proceso ejecutivo ordinario cuando el valor de los bienes transferidos no cubra la deuda pendiente; de igual manera, también sería posible cuestionarse la incidencia o virtualidad de un pacto que admitiese no solo la transferencia de los bienes sino también su hipotética venta a terceros; y finalmente, algunos aspectos de no menor importancia, podrían requerir una explicación, sobre todo en lo concerniente a la interpretación que deba darse a los supuestos tipos de incumplimiento que acarrearán la eficacia de aquel pacto o en lo relativo a las consecuencias que las transmisiones provocan en los derechos de que pudieran ostentar terceras personas⁵¹.

⁴⁹ Existe, es cierto, la posibilidad de que el deudor no esté de acuerdo, abriéndose entonces un incidente para el que el tribunal decida, pero solo respecto al *quantum* sobre el que finalmente deba ser calculado el reembolso.

⁵⁰ Vid. LACONTE, S., *Le nuove garanzie sui finanziamenti all'impresa*, S. Romagna, 2016, pp. 243 ss.; PAGLIANTINI, S., «L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (rasonata) del art. 48 bis TUB», en *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 933 ss. Y para una visión más crítica SCOTTI, A., «Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis TUB è davvero il patto marciano?», en *Corr. giur.*, 2016, pp. 1477-1479; y BRODI, E., «Brevi note sull'utilizzabilità dell'art. 48 bis TUB per la gestione delle sofferenze bancarie», en *Crisi d'Impresa e fallimento*, 2017, pp. 1 ss., disponible en <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/932.pdf>

⁵¹ Ver referencias en SCOTTI, A., «Il trasferimento...», *op. cit.*, pp. 1478 ss.

En lo que hace referencia a las particulares relaciones entre los sujetos implicados en este tipo estructuras negociales, sobre todo con respecto a terceros adquirentes del inmueble –antes de que se produzca un incumplimiento contractual– o respecto a acreedores

A partir del reconocimiento legislativo de las diferentes fórmulas «marcianas» en los diversos ámbitos de aplicación a los que se ha hecho referencia, se ha venido a conceder carta de naturaleza a la validez y licitud jurídica de aquellos acuerdos privados que permiten transmitir al acreedor los bienes gravados en caso de incumplimiento, sobre los que, hasta entonces, pesaba un cierto grado de inseguridad. Es cierto que los supuestos fácticos previstos por la norma poseen cada uno de ellos sus propias peculiaridades, pero no deja de ser menos verdad que la formulación legal ha venido a dejar constancia, muy a las claras, de la viabilidad de poder actuar de una manera directa sobre el patrimonio del deudor sin necesidad de recurrir a una intervención ejecutiva pública⁵². Por otro lado, el legislador ha marcado una estructura común, que parece repetirse en cualquiera de las fórmulas de financiación utilizadas, lo cual permite plantearse la posibilidad de tomarla como modelo para hacer extensible su eficacia jurídica a toda contratación de crédito; así, cada vez que la atribución patrimonial recibida por el acreedor quede objetivamente cuantificada, procediéndose a la devolución del excedente respecto a la cuantía debida, se podría admitir la validez y operatividad de pactos privados en tal sentido⁵³.

privilegiados o con garantías preferentes, se advierten algunas controversias por CROCI, D., «Il nuovo finanziamento alle imprese garantito da trasferimento immobiliare sospensivamente condizionato», en *Studium Iuris*, 2016, pp. 1451 ss. *Vid.* también MARI, D., «Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48 bis TUB», en *Rivista del Notariato*, 2016, pp. 1111 ss.; AMBROSINI, S., «La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano», en *Crisi d'Impresa e fallimento*, 2016, pp. 2 ss., disponible en http://www.ilcaso.it/articoli/crifi.php?id_cont=900.php; y BALTI, A., «Clausola...», *op. cit.*, pp. 395 ss.

⁵² Así, pues, se trataría, no tanto de aceptar la admisibilidad de una cláusula privada en el contrato, sino de permitir una actuación privada en el patrimonio del deudor, bien sea ésta una consecuencia de haberse estipulado expresamente en el contrato, o bien se trate de una previsión legal que conceda al acreedor tal facultad.

Cuestión diferente, y más complicada de resolver positivamente, sería reconocer la posibilidad de que a falta de cláusula contractual o de expresa facultad reconocida legalmente, el acreedor pudiera optar con carácter general entre un procedimiento judicial o uno de ejecución privada; pues, hasta ahora, nada parece indicar que se haya derogado el principio de renuncia anticipada del derecho del deudor a decidir sobre su patrimonio o se haya articulado otra composición de intereses diversa; si bien es cierto, que tampoco el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las diferentes normativas que han tratado el tema, permiten vislumbrar alguna explicación razonable acerca de la especialidad que presentan dichos contratos de financiación.

⁵³ Para una parte de la doctrina actual se han venido a formalizar, ahora, soluciones que ya debían considerarse implícitamente presentes en el sistema (CIPRIANI, N., «Il patto marciano...», *op. cit.*, p. 1730; LUMINOSO, A., «Patto commissorio...», *op. cit.*, p. 28); o que han despejado definitivamente el campo de las dudas sobre la licitud de un modelo marciano aplicable a cualquier estructura, más allá de las especies tipificadas (CHIANALE, A., «Qualche pensiero...», *op. cit.*, p. 751; D'AMICO, G., «La resistentibile accessa...», *op. cit.*, p. 9; CAMPOLATTARO, S., «Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità», en *Rivista del Notariato*, 2017, p. 602); o que permiten avanzar hacia un esquema común (PAGLIANTINI, S., «Sull'art 48...», *op. cit.*, p. 81).

IV. LA EJECUCIÓN PRIVADA DE LAS GARANTÍAS INMOBILIARIAS. RECAPITULACIÓN Y DISFUNCIONES

Vista la evolución en la dogmática italiana y de los avances introducidos por jurisprudencia y legislación especial en la materia, la posibilidad de no sucumbir a los efectos invalidantes del pacto comisorio quedaría abierta en la actualidad, al menos si se toma en la literalidad de la prohibición general, que impide al acreedor atribuirse los bienes dados en garantía para el caso de que se produzca el incumplimiento. Estaríamos hablando, entonces, del denominado acuerdo marciano, que ha venido a adquirir dimensiones más o menos estereotipadas capaces de fundar en ellas un régimen propio que excluye el posible enriquecimiento del acreedor, fijando valores objetivos y restituyendo las hipotéticas ganancias que deriven de la atribución. Así, la prohibición comisorial –se la considere como pauta general o se la circunscriba a ejecuciones que provoquen enriquecimientos sin justificación– puede ser excluida aún cuando exista una apropiación de los bienes del deudor por parte del acreedor insatisfecho. Dicho resultado final y definitivo puede darse, no como efecto de un procedimiento judicial de ejecución que así lo determine, sino por medio de una facultad concedida por una disposición normativa legal o convencionalmente acordada en el negocio base. Dicho de otro modo, a partir de ahora la prohibición de un pacto comisorio habrá que entenderse operativa solo en la medida en que los particulares no lleven a cabo las actuaciones necesarias que excluyan objetivamente un hipotético aprovechamiento económico del acreedor al apropiarse o disponer de los bienes del deudor.

Los mencionados esquemas negociales se presentan sobre la base de una inicial localización o determinación de los concretos bienes a los que recurrir en caso de incumplimiento; por eso las típicas estructuras garantísticas, incorporadas a contratos de crédito o financiación, son un adecuado instrumento para vincular el patrimonio del deudor desde el inicio⁵⁴. Así, la eficiencia

⁵⁴ En el estudio de DE CRISTOFARO, G., «Le discipline settoriali...», *op. cit.*, se ponen de manifiesto algunas particularidades, que desde el inicio deben ser tenidas en cuenta, con carácter general, tales como la consideración de la relación contractual, caracterizada como de consumo cuando es un tercero ajeno a la actividad empresarial o profesional el que garantiza o asume la deuda (p. 44, con crítica a la interpretación operada por la Suprema Corte); debiéndose llevar a cabo, en todo caso, una estricta interpretación de los conceptos de consumidor, profesional o representantes (*passim*, especialmente pp. 35 ss. y 50 ss.).

de una cláusula marcialiana en el convenio permitirá al acreedor, llegado el momento, atacar el patrimonio gravado y quedarse con el bien sujeto a garantía –con la preferencia y reipersecutoriedad que de ello se deriva frente a terceros–. No obstante, la posibilidad de introducir aquellos pactos podría también tener lugar, al margen de las garantías reales típicas, en estructuras que provoquen una eficacia real vinculante respecto a posibles actos de disposición posteriores. Mecanismos como las transmisiones condicionadas suspensiva o resolutoriamente, o las que estén sujetas a pactos de retroventa u opciones de compra, podrían valer, en tanto que de algún modo operaran subordinadamente al incumplimiento del deudor, produciendo su eficacia sin necesidad de un posterior acuerdo o acto de voluntad de los sujetos, allí donde estuviera la cosa⁵⁵. Parece que no serían eficaces los pactos marcialianos frente a aquéllas transmisiones patrimoniales en las que no se provoque a la par un efecto *erga omnes*, no tanto porque el acreedor no pueda hacer valer su derecho frente al deudor que incumple, mientras éste tenga la cosa en su poder, sino por cuanto podría tener lugar una protección jurídica a terceros, adquirentes posteriores de buena fe, que desvirtuaría la finalidad pretendida por los mencionados pactos marcialianos de otorgar al acreedor la disposición efectiva sobre tales bienes⁵⁶.

Ahora bien, centrada, como suele hacerse, la estructura negocial que contiene una solución marcialiana en el ámbito de las garantías reales, la misma permitiría al acreedor adquirir el bien gravado sin necesidad de recurrir a los procedimientos judiciales habituales, ordinarios o hipotecarios, de responsabilidad patrimonial⁵⁷. De este modo, se produce una ejecución que pudiéramos

⁵⁵ La inscripción de una tal transmisión –aún cuando todavía no resultase definitiva– en los registros públicos de la propiedad, permitiría la publicidad de la misma y su reipersecutoriedad y privilegio, frente a terceras personas, de modo similar a cuanto ocurre con los bienes inmuebles gravados con el derecho real de garantía de hipoteca.

⁵⁶ Una parte de la doctrina (CIPRINANI, N., «Il patto marcialiano...», *op. cit.*, p. 1730, nota 24) ha entendido que el mecanismo marcialiano puede operar también cuando falte la garantía, pues podría pensarse en el pacto mediante el cual se establece que en caso de incumplimiento, un determinado bien del deudor o de un tercero, se transfiera en pago al acreedor; donde si bien éste no goza de ninguna garantía, puede hacer valer el pacto si no tienen lugar actos de disposición o intervienen terceros cuyos intereses pudieran verse afectados.

No obstante, un planteamiento como el anterior parece un tanto aventurado, en cuanto que se deja a voluntad del deudor la operatividad del pacto, pensado precisamente para controlar de antemano una porción del patrimonio del deudor, con el que responder en caso de incumplimiento.

⁵⁷ Para quienes consideran que tanto el pacto comisorio, como el marcialiano, desarrollan una función solutoria y no de garantía, tratan de diferenciar técnicamente una fase fisiológica de la relación jurídica, donde la garantía desenvolvería una función de asegurar al acreedor derecho de persecución y de preferencia sobre el bien, de una fase patológica,

mos denominar privada, donde, también de manera forzosa para el deudor que incumple, el acreedor estaría facultado para cobrarse por sí mismo y de un modo indirecto de las cantidades adeudadas: apropiándose del bien gravado o del precio obtenido con su venta, y teniendo que devolver lo que exceda de la diferencia de valores⁵⁸.

No obstante, con respecto a éste último punto se han detectado algunos inconvenientes derivados del hecho de tener que proteger a otros acreedores del deudor, que pudieran tener ciertos derechos de garantía sobre los mismos bienes, pues más allá de la necesidad de equiparar las garantías reales que pudieran crearse *ex-novo* por derivación de cláusulas marcianas, a las tradicionales y típicas, para facilitar el grado de prioridad que les correspondan a cada una de ellas en su ejecución⁵⁹, los terceros acreedores podrán ver mermadas sus expectativas de cobro si desaparecen los bienes por transferencia a otro sujeto, al no quedar asegurado de ningún modo el aprovechamiento sobre las cantidades restituidas al deudor por el excedente líquido que en su caso corresponda⁶⁰.

Finalmente, la transmisión definitiva de los bienes a manos del acreedor, operada como consecuencia de la activación de los pactos marcianos, lleva aparejada algunas cuestiones previas de contornos difusos en lo relativo la configuración dogmática de

donde el marciano funciona como una alternativa a la ejecución forzosa, cuya función consistiría en producir la transmisión definitiva del bien y el correlativo efecto extintivo de la obligación. En tal sentido *vid.* ANELLI, F., *L'alienazione... op. cit.*, pp. 303 ss. y CIPRIANI, N., *Patto commissorio... op. cit.*, pp. 109 ss.

⁵⁸ Tal modo de proceder se suele valorar de manera positiva por los agentes económicos, que a pesar de los avances legislativos que se han operado en los procedimientos de ejecuciones hipotecarias, ven una mayor ventaja en cuanto a costes y tiempo empleados, que redunda en beneficio general de todo el sistema de circulación de créditos en el mercado. Pueden verse al respecto las aportaciones de la doctrina citada en las notas finales del apartado precedente.

⁵⁹ Ya el art. 48 bis T. U. B. ha venido a equiparar la garantía hipotecaria con la transferencia suspensivamente condicionada que regula. Resulta de interés en este punto las aportaciones de AMBROSINI, S., «La rafforzata tutela dei creditori privilegiati...», *op. cit.*, pp. 5 ss.; y el aspecto comparativo realizado ultimamente por BERNARDI, N., «Il nuovo patto marciano tra banche e imprese di cui all'art. 48 bis t.u.b.», en *Studium Iuris*, 2017, pp. 559-561.

⁶⁰ Se dice que en el derecho inglés el acreedor que primero ejecuta y cobra, estaría obligado a custodiar las cantidades para hacerlas efectivas a los posteriores acreedores que pretendiesen tener derecho sobre las mismas; sin embargo, en el derecho italiano tal posibilidad no existe, y tal función es suplida por el juez en los procesos de ejecución forzosa. Se habla entonces de un riesgo de «volatilidad» de la suma a distribuir: *vid.* PAGLIANTINI, S., «Sull' art. 48 bis...», *op. cit.* p. 74; CAMPOLLATARO, S., «Fenomenología del patto marciano...», *op. cit.*, p. 603.

Si no se tratara de acreedores preferentes o privilegiados, se podrían utilizar por los otros acreedores del deudor las acciones pertinentes para la protección de sus créditos, entre ellas la acción revocatoria para tratar de recuperar los bienes que han salido del patrimonio de una manera fraudulenta a través del ejercicio de la cláusula marciana.

la propiedad o de la titularidad de los bienes expuestos. Así, se podría decir que los poderes o facultades atribuidos al acreedor tras la celebración del contrato se suelen articular, con frecuencia, como una titularidad temporánea o precaria, vinculante para el deudor antes, incluso, de que se produzca su incumplimiento, adquiriendo firmeza el efecto traslativo como consecuencia del marciano⁶¹. Si se produjese solo un compromiso de transmitir la cosa por parte del deudor llegado el momento del cumplimiento, tal obligación se conformaría como una alternativa, susceptible de ser incumplida igualmente y sin posibilidad de atribuir con eficacia definitiva la transmisión.

No obstante, si la transmisión se produce desde el principio, el hecho posterior del incumplimiento, al que aquella había quedado sometida suspensivamente, provoca el carácter definitivo al efecto transmisivo; pero entonces, el pacto marciano no puede configurarse como una opción ofrecida al acreedor para cobrarse mediante la apropiación de unos bienes, sino como un resultado ineludible por haber introducido el pacto y haber decidido el deudor no pagar lo debido. Si se quiere que el pacto marciano funcione como una opción a la que pueda recurrir el acreedor en caso de incumplimiento, éste no puede articularse como el momento decisivo de la transmisión, sino más bien el ejercicio de la acción por parte del acreedor de querer convertirse en propietario, para cobrarse la deuda y devolver el exceso, por lo que hasta ese momento otro tipo de satisfacción es posible. De otro modo, una cláusula marciana que no funcionara como opción, seguramente no sería entendida como ventaja para garantizar el pago, pues obligaría al acreedor a asumir los excesivos perjuicios de una deuda cuyo montante fuese superior al valor del bien dado en garantía –como viene a exigir la legislación especial a la que se ha hecho referencia–; u operaría como una «dación para pago» previamente aceptada, cuya admisibilidad jurídica, en principio, parece no plantear especiales problemas⁶².

El éxito o no, en cuanto al empleo frecuente que se haga del pacto marciano en los contratos de financiación, dependerá, en cierta medida, de la capacidad de adaptación a otros

⁶¹ *Vid.*, en general, con referencias bibliográficas, MACARIO, F., «Circolazione e sessione dei diritti in funzione di garanzia», en *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 363 ss.; D'AMICO, G., «Alienazione a scopo di garanzia», en *I contratti per l'impresa*, t. I, Bologna, 2012, pp. 585 ss.

⁶² Se ha excluido por la jurisprudencia, en muchas ocasiones, la violación de la prohibición del pacto comisorio respecto a esquemas negociales que atribuyen al deudor una obligación facultativa con la que puede librarse efectuando una *datio in solutum*: *cf.* Cass., 6 noviembre 1996, n. 9675, comentada en *Studium juris*, 1997, p. 313 ss.; Cass., 17 maggio 1990, n. 4283, comentada en *Vita not.*, 1990, pp. 535 ss.

tipos de préstamos y a los esquemas negociales que se vengán a utilizar, pero sobre todo de la confianza que genere en el sistema la utilidad de un pacto para el acreedor que hasta ahora resulta operativo solo en supuestos de clara compensación entre el valor del bien y el montante de la deuda debida, y para el deudor, que siendo solvente, acepte satisfacer su deuda mediante la valoración del bien que realice un tasador imparcial. Parece pues, que es el coste en tiempo y recursos empleados, el que hará decidir optar por esta solución frente al proceso ejecutivo judicial⁶³.

Un planteamiento como el efectuado, en el que se dan pie controversias singulares y posicionamientos divergentes⁶⁴, podrá ayudar al legislador español –en el debate actual sobre la transposición de la Directiva europea en materia de contratos de crédito a consumidores con referencia a bienes inmuebles de uso residencial– a plantearse la mejor opción en relación al tema que nos ocupa. Será para ello pertinente, tener en cuenta la especialidad de nuestro sistema en orden a la transmisión de la propiedad y demás derechos reales, así como la conversión de soluciones que se puedan producir respecto a los esquemas relativos al cumplimiento e incumplimiento contractual. No en vano, la solución que se adopte repercutirá en nuestro sistema financiero, que cada vez más, como cualquier otro de nuestro entorno, no puede renunciar –como parece hacer ahora el Proyecto de Ley– a conformar un mercado globalizado donde la fluidez y la seguridad en la circulación de los créditos marcan la evolución socioeconómica, y donde el concreto desarrollo normativo vienen a otorgar la estabilidad deseada y la consecución

⁶³ Los deudores insolventes, cuyos bienes no resulten suficientes para hacer frente a la deuda –porque ésta haya aumentado considerablemente o porque el valor de aquéllos haya descendido en el mercado–, no tendrán esa preocupación, siempre y cuando la entrega del bien suponga la extinción de la deuda; pero en caso contrario, preferirán hacerse cargo de la venta de su patrimonio para saldar la deuda, si no confían en un sistema de tasación que fluctúe excesivamente o que no se ajuste a la realidad del mercado.

Por otro lado, resulta evidente, que el acreedor tendrá que valorar también el coste que supone adquirir un inmovilizado durante un tiempo, sobre bienes que pondrá en el mercado y hasta que logre venderlos, así como los que derive de la venta final del bien.

A este respecto se puede ver a Rossi, G., «Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c'è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?», en *Contratto e impresa*, 2016, pp.1513-1514; BERTOLINI, A., «La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto», en *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 327 ss.; y últimamente DOLMETA, A. A., «La ricerca del «marciano utile»», en *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 811 ss.

⁶⁴ Revisado por PAGLIANTINI, S., «I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della Dir. 2014/17/UE», en *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 181 ss.

y protección de los intereses que se consideren afectados⁶⁵, tal como ha venido a hacer el legislador europeo –marcando unas pautas, que ya resultan irrenunciables para los Estados miembros de la Unión–.

⁶⁵ En la confluencia general de los criterios utilizados por el legislador nacional y por el legislador europeo, GENTILI, A., «Contratti del consumatore...», *op. cit.*, advierte de los problemas que ello acarrea, si bien considera que tendencialmente nos movemos hacia un ordenamiento racionalmente integrador, en el que la teoría general del contrato concurrirá con las especialidades propias del derecho de consumo, alejándose cada vez más de la alteridad o incompatibilidad que hasta ahora han mostrado. Señala, así, las dificultades de compatibilizar sistemas, que si bien utilizando criterios estructurales podrían ser salvadas, responden funcionalmente a objetivos distintos, tanto en cuanto a contenido como en cuanto al método de gobierno o político: los principios del Código civil relativos a la igualdad formal, la autorresponsabilidad y el orden público meramente regulador se contraponen al amparo de la desigualdad, a la transferencia de riesgo empresarial y al orden público proteccionista propio de la normativa del consumo; y frente a un «legislador» que trata de establecer un cuadro normativo básico para estructurar el intercambio entre particulares se encuentra un «regulador» que dirige el intercambio en serie con el objetivo de crear un mercado único, amparar la competitividad empresarial y proteger a una parte de la relación contractual como instrumento de eficiencia del mercado. Un derecho basado en conceptos y otro en políticas. Un sistema de reducción del caso al tipo (ontológico) frente a otro de reconducción del caso a la finalidad (teleológico) (pp. 1488 ss.). Desde entonces la especialidad del derecho europeo de contratos se convierte en particularidad, con principios inspiradores y método radicalmente diverso al derecho nacional de contratos. No obstante, el derecho «viviente» está incidiendo en los últimos tiempos en el derecho general de contratos con el intervencionismo de políticas legislativas, de orden social (valores del ordenamiento constitucional); mientras que el legislador europeo también está avanzando hacia políticas no solo de orden economicista (reconocimiento de valores y principios individuales y sociales en el mercado). Debiéndose así, proponer sinergias funcionales que acepten la concurrencia de ambos sistemas armónicamente (pp. 1493 ss.).

El Derecho Civil de los datos¹

JAVIER TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA

Letrado del Consejo de Estado (Exc.)

Socio de CMS Albiñana y Suárez de Lezo

RESUMEN

Pese a que los datos son el activo central sobre el que se sustenta la nueva economía, y a que poseen un alto valor económico, siendo uno de los elementos fundamentales de la empresa (junto con los recursos humanos, materiales y financieros), su estudio se ha limitado hasta el momento a una especie determinada de los mismos: los datos de carácter personal. Los datos constituyen una categoría de suyo más amplia, que incluye tanto datos protegidos como no protegidos. En estas líneas, se ha intentado perfilar una definición jurídica del dato, para concluir que un dato es información representada simbólicamente en forma computable; se ha distinguido entre el aspecto físico del dato, el contenido del mismo, el dato en sí mismo considerado, y el objeto del dato, así como la categoría de los datos sobre datos; se ha establecido la relación de este concepto con categorías jurídicas existentes, como las de «cosa» o «bien jurídico», para concluir que el dato en sí mismo no es cosa pero sí es por lo general un bien jurídico, susceptible de titularidad y protección, y en su caso además objeto de otros derechos. Se ha discutido sobre si cabe propiedad sobre los datos, según las distintas categorías de ellos, y con especial atención a los datos no protegidos. A continuación, se ha examinado con mayor detalle el régimen jurídico civil de los datos no protegidos, en lo relativo a su titularidad, posesión o tenencia, libre circulación, transmisión y otros negocios jurídicos y sucesión mortis causa. Por último, por ser los datos una realidad móvil por naturaleza, se ha prestado atención a las normas de conflicto que permiten encontrar la Ley aplicable al dato –personal o no personal– en Derecho Internacional Privado.

¹ Proyecto de investigación realizado con el patrocinio de la Cátedra Google sobre Privacidad, Sociedad e Innovación. Ponencia expuesta en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (mayo de 2019), y en particular en su Seminario de Derecho Civil «Don Federico de Castro» y en su Sección de TIC.

PALABRAS CLAVE

Datos. Datos de carácter no personal. Propiedad sobre datos. Posesión sobre datos. Titularidad de datos. Bienes jurídicos. Transmisión de datos. Negocios jurídicos sobre datos, Sucesión. Contenidos digitales. Derecho Internacional Privado. Punto de conexión.

Data according to private law**ABSTRACT**

Although data represents the cornerstone of the new economy and possesses significant economic value as a crucial component of companies (together with human, material and financial resources), the study of data has yet to stretch beyond a certain type, namely personal data. However, data can actually be unwrapped to reveal further groups, including both protected and unprotected data. With that in mind, this article has sought to provide a legal definition of data in a bid to conclude that data is information represented symbolically in computable form. The piece analyzes the physical aspect of data, its content, the questions regarding data as such and the relevance of the reality to which it refers, as well as taking a glance at the category of data on data. The relationship of this concept with existing legal categories has also been outlined, not to mention the ideas of a «thing» and a «legal asset», to determine that data itself is not a thing, rather by and large a legal asset subject to entitlement and protection, as well as being subject to other rights. Arguments as to whether data can be owned have been put forward in view of the different data categories, with a particular focus on unprotected data. A detailed examination has been included of the regulations applicable to unprotected data and its entitlement, possession, custody, free flow, transfer and other legal transactions, as well as succession by way of mortis causa. Lastly, given that data by its very nature exemplifies a shifting landscape, the conflict rules which allow us to pinpoint the legislation applicable to data –whether personal or non-personal– under International Private Law have also been reviewed.

KEY WORDS

Data. Non-personal data. Data property. Data possession. Data ownership. Legal assets. Data transfer. Legal transactions involving data. Succession. Digital content. International Private Law. Connection point.

SUMARIO: I: *Introducción.*–II. *Relevancia económica de la cuestión.*–III. *Concepto de «dato».*–IV. *Distinción entre datos de carácter personal y no personal.*–V. *Naturaleza jurídica: cosas y bienes.*–VI. *¿Son los datos –o su contenido– susceptibles de apropiación? Propiedad y titularidad.*–VII. *Consideraciones específicas sobre el régimen civil de los datos no protegidos.*–VIII. *Derecho internacional privado aplicable.*–IX. *Conclusiones.*–*Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El histórico proceso de revolución digital en el cual estamos inmersos está basado en un tipo de activo que no existía hace ochenta años: los datos, entendidos como información computable. Los datos no se parecen a las cosas, porque no tienen una clara ubicación física (o más bien tienen muchas, tantas como servidores en los que están alojados, y a la vez ninguna mínimamente relevante, pues la ubicación puede cambiar y ser incluso desconocida para su titular cuando están «en la nube»). Es también esencial en los datos su temporalidad, por cuanto los datos son por naturaleza tan mutables como los unos y ceros mediante los cuales la información se representa. Tampoco se parecen a los derechos de crédito, regidos por el principio de relatividad de los contratos. Los datos, existentes siempre en dispositivos, tienen una realidad exterior, y en ocasiones son susceptibles de tutela frente a terceros (protección, reclamación, acceso) más allá de los límites de la responsabilidad por daños extracontractual.

Así considerados, los datos constituyen una realidad relativamente nueva, cuyo encaje con las categorías tradicionales del Derecho Civil está todavía por hacer. El Código Civil decimonónico —es obvio— no pensaba en los datos. Cuál sea la regla de Derecho Internacional Privado aplicable a los datos (*¿lex rei sitae*, la ley aplicable al contrato, o una tercera ley?), si cabe o no posesión, propiedad o algún tipo de titularidad sobre los datos, a quién se atribuye la titularidad —en su caso— de los nuevos datos que se generan (*¿se aplican las reglas de la adquisición del dominio, por ejemplo las relativas a la usucapión?*), cuál sea el régimen de su transmisión (*¿se protege al adquirente en los términos del artículo 464 C.c.?*), y qué negocios *mortis causa* cabe celebrar sobre los datos, son algunas de las cuestiones sobre las que el Derecho no tiene aún una respuesta suficiente, especialmente en lo que respecta a los datos de carácter no personal.

II. RELEVANCIA ECONÓMICA DE LA CUESTIÓN

El Presidente de Telefónica, José María Álvarez-Pallete, ha afirmado recientemente que «los recursos más valiosos en el futuro serán los datos»². Las empresas eran antes organización de recur-

² https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/06/19/companias/1497861452_912952.html.

tos humanos, materiales y financieros; ahora hay que añadir los datos (recursos digitales) a esa lista: las empresas son recursos humanos, digitales, materiales y financieros.

Como personas físicas y consumidores, estamos familiarizados con la importancia y regulación de los datos de carácter personal. Todos conocemos modelos de negocio basados en la información sobre personas físicas, en la elaboración de perfiles sobre las mismas en continua actualización y en la remisión de publicidad personalizada que responda a ese perfil. Google, Telcent o Facebook serían ejemplos de ello.

No obstante, es mucho mayor el volumen y la importancia económica de los datos no personales que los de los datos personales. La revolución digital que estamos viviendo³ utiliza los datos no personales para incrementar exponencialmente la eficiencia, reduciendo tanto el gasto en capital fijo (capex) como el gasto operativo (opex). Son bien conocidos los ejemplos de lo primero: empresas que ofrecen servicios en el mercado de la distribución al por menor sin poseer apenas establecimientos comerciales (Amazon), en el mercado hotelero sin disponer de hoteles (Airbnb), en la intermediación en el mercado financiero sin oficinas bancarias, o incluso sin comprometer apenas recursos propios (empresas de fintech, o algunos bancos), en el de las reservas de viajes por aire sin ser titulares de *slots* (Amadeus), en el del transporte aéreo sin aviones en propiedad (muchas compañías aéreas), o en el del transporte urbano sin disponer de vehículos (Cabify, Uber o Moovit). La oferta de esas empresas a sus clientes son recursos masivos de datos no personales, sin perjuicio de que su aceptación por clientes personas físicas dé lugar a datos de carácter personal. Un ejemplo de lo segundo es el mantenimiento industrial: General Electric basa su modelo de negocio de mantenimiento de motores de aeronaves en la instalación de un número cada vez mayor de sensores en los motores, que permite hacer mucho más eficiente la labor de los mecánicos (en lugar de acudir siempre el equipo completo de mantenimiento, acuden tan solo las personas necesarias en cada caso, a la vista de lo que dicen los sensores, y lo hacen antes y de forma más eficiente). Este fenómeno se generalizará con el llamado «Internet de las cosas», que permitirá que diversos objetos, comenzando por los vehículos, «hablen» permanentemente con sus fabricantes, informándoles de cualquier incidencia, y quizás corrigiéndola en remoto, antes incluso de que la conozca el usuario, y también «conversen» con otras cosas para coordinarse con ellas. Aunque las cosas no sepan quién es su dueño, en un futuro cercano

³ Que fue anunciada en sus inicios por KATSH, E., *Law in a Digital World*, 1995, p. 241.

van a convertirse en emisores permanentes de datos, que a veces serán de carácter personal y a veces no lo serán.

III. CONCEPTO DE «DATO»

El concepto de «dato» es equívoco. En el RGPD (Reglamento UE 2016/697, de 27 de abril de 2016) y en la LOPDG (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales), el concepto legal de «dato» equivale a «información». No obstante, a los efectos de este trabajo, el concepto de «dato» que se utilizará es el de «información computable», es decir, «representada simbólicamente en una forma que pueda reducirse a «unos» y «ceros» en un ordenador». Esta definición de «datos» es más restrictiva (por excluir los datos con tratamiento no automatizado)⁴ que la que emplea la legislación de protección de datos.

Un subconjunto dentro de los «datos» son los «contenidos digitales», tal y como este último concepto se define en los artículos 2.1 y 3.1 de la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, un concepto también usado en la LOPDG.

Los «contenidos digitales» son datos «suministrados» (en la Directiva, por un empresario a un consumidor; en la LOPDG, por el consumidor a un empresario), categoría más reducida dentro de los muchos datos a disposición de las empresas (que incluyen datos observados, inferidos o deducidos por ellas, y datos propios no suministrados por ellas a terceros, ni por terceros a ellas). La Exposición que sigue versará sobre todos los «datos», sean «contenidos digitales» o no.

– *Representación simbólica*

La información no representada simbólicamente no es un dato. La reacción positiva de un usuario a una fotografía ha de ser representada simbólicamente para ser conocida: por ejemplo, levantando el dedo pulgar de la mano en el mundo real. Pero solo cuando

⁴ Pues excluye los datos no computables, que pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del RGPD. El tratamiento no automatizado de la información está sometido al RGPD (art. 2.1 en relación con el 4.1 y el 4.2: el Reglamento se aplica «al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero»). El RGPD entiende «dato» como «información».

esa representación simbólica es además computable la información representada pasa a convertirse en dato en sentido digital: el «emoticono» o el *like* utilizados en un dispositivo electrónico son, en realidad, combinaciones binarias de «unos» y «ceros» en un ordenador, y convierten en computable la información que, aunque esté representada simbólicamente, de otro modo no lo sería.

– *El aspecto físico del dato, su contenido, y el dato mismo*

Un dato tiene por un lado una realidad física, por su vinculación a un soporte, y por otro un contenido, que es inmaterial y susceptible de duplicarse ilimitadamente. Son el cuerpo y el alma del dato. Pero el dato no se confunde ni con uno ni con el otro: es la representación del contenido mediante signos computables, en la que ambos están presentes.

Desde un punto de vista físico, el dato no deja de ser una determinada combinación de circuitos electrónicos binarios, cerrados o abiertos (simbolizados por unos y ceros) en microprocesadores de un dispositivo electrónico (por ejemplo, un servidor) situado en algún punto del planeta. El aspecto físico del dato es relevante porque determina su conexión, aunque accidental y mutable, con un lugar: la ubicación de los datos en un servidor puede servir de punto de conexión para determinar la competencia judicial internacional (por ejemplo, el lugar de ejecución de una resolución judicial: art. 24.5 del Reglamento UE 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), o con ciertos límites el Derecho procesal relativo a la ejecución de resoluciones judiciales (art. 45 del mismo Reglamento y, por lo que respecta a las medidas cautelares, su art. 40). La ubicación física del servidor que aloja el dato puede ser también relevante a efectos de la aplicación de normas penales y de policía (servidores que alojan datos sobre tráfico de seres humanos o de armas), aunque la actividad se realice en el extranjero. Todo ello sin perjuicio de sus dificultades prácticas⁵.

El contenido del dato (concepto que nada tiene que ver con el de «contenido digital» antes citado), en cambio, es la información representada en el dato, que se diferencia de éste pero proyecta sobre él su propia regulación: la información que está protegida en el mundo real, lo está también en su representación digital, porque

⁵ Cuando los datos están en la «nube», muchas veces no podrán ubicarse en un solo servidor, sino que estarán virtualmente fragmentados en una red de servidores situados en muchos países diferentes, de modo que incluso accediendo a uno de ellos no será posible acceder a la información. En tal caso, la pretensión del órgano judicial de acceder a la información en un servidor determinado podría resultar imposible.

el interés jurídico protegido es el mismo cualquiera que sea la forma en la que esté representada (el secreto empresarial está protegido cualquiera que sea el formato en que se presente –o represente– la información: lo mismo sucede con la protección de datos de carácter personal o con la propiedad intelectual). Y, a la inversa, los contenidos contrarios a Derecho proyectan su condena legal al dato que los representa simbólicamente. Los límites a la transmisión ilegal de contenidos se extienden igualmente a los datos que los representan y sirven de vehículos (copias ilegales de producciones audiovisuales protegidas por propiedad intelectual).

Dicho lo cual, no pueden confundirse dato y contenido: el objeto de la propiedad intelectual encarnada en datos, cuyo contenido constituye, no son los datos como tales, sino la creación original contenida y representada en ellos. Una creación original puede aparecer en muchos soportes diferentes, físicos (un libro, una representación teatral, una interpretación musical) y digitales, y siempre será el mismo objeto de propiedad. Lo que es objeto de propiedad intelectual no es normalmente⁶ el soporte, sino la creación original. Con las salvedades antes formuladas, el derecho de apropiación exclusiva otorgado por el ordenamiento se refiere al contenido y no al dato que lo representa.

El dato mismo, que no es ni su soporte físico (al que trasciende) ni su contenido, aunque necesita de ambos, tiene una realidad propia y diferenciada: es la representación lógica computable del contenido, susceptible de ser copiada de forma idéntica en otro dispositivo.

– *El objeto al que se refiere el dato*

Los datos tienen objeto, al que se refiere la información, y normalmente la regulación del objeto no se proyecta al dato mismo. Una fotografía digital de una obra de arte no está por lo general sujeta a la legislación sobre patrimonio histórico. Una empresa puede tener como parte importantísima de su *Know-How* protegido los datos de rendimiento de un motor de aviación, o los de ocupación de apartamentos turísticos, pero no ser propietaria de ningún motor de aviación y de ningún apartamento turístico.

Excepcionalmente, el ordenamiento puede establecer una relación entre el dato y el objeto al que se refiere: cuando la informa-

⁶ Existe protección en la Ley de Propiedad Intelectual a ciertos soportes, pero la regla general es la contemplada en el artículo 10.1 de su texto refundido: «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro». La limitada protección a ciertos soportes está en el artículo 56 (derecho de exhibición pública del propietario del original de una obra).

ción representada en el dato difiere de su objeto, en ocasiones quien ejerce de responsable del dato se ve obligado a adecuarlo a la realidad (obligaciones de calidad o exactitud⁷ en protección de datos de carácter personal).

– *Datos sobre datos: datos derivados*

En la práctica, los datos suelen estar elaborados sobre otros datos. Tanto los llamados *big data* (datos nuevos obtenidos de otros masivos, previamente anonimizados, susceptibles de ser tratados con independencia de la fuente de la que proceden y con una finalidad diferente), como los metadatos (datos sobre datos o que etiquetan datos, muy importantes porque los datos necesitan de un contexto para ser útiles: referencias temporales, asociación con otros datos, inclusión en determinadas categorías), como los nuevos datos producidos mediante algoritmos o redes neuronales de inteligencia artificial a partir de otros datos, y las combinaciones de todos los anteriores, son todos ellos datos elaborados a partir de otros, lo cual, como más adelante se verá, genera difíciles problemas de titularidad y de derechos sobre los datos derivados, similares pero no idénticos a los problemas que generan las obras derivadas en materia de propiedad intelectual. Sobre ello se volverá más adelante.

IV. DISTINCIÓN ENTRE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL Y NO PERSONAL

En este escrito vamos a referirnos tanto a los datos de carácter personal como a los que no lo son, aunque prestaremos una mayor atención a los segundos. Para que un dato sea de carácter personal, es necesario que se refiera a una persona física y que además esa persona física sea identificada o identificable⁸. Con la advertencia

⁷ Conforme al artículo 5.1.d) del Reglamento UE 216/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2016 («RGPD»), los datos han de ser «exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan (“exactitud”)». Por ejemplo, si una persona constaba anteriormente en una base de datos como insolvente, y ha puesto fin a esa situación de insolvencia, tiene derecho a que sus datos de carácter personal se actualicen, reflejando la nueva realidad.

⁸ El artículo 4.1 del Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016 (RGPD) define «datos personales» como «toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

de que los datos llamados «seudonimizados», es decir, aquellos «que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional», son datos de carácter personal⁹. Las direcciones IP de personas físicas, por ejemplo, tienen esta condición, pues mediante información adicional pueden atribuirse a una persona física. Los datos seudonimizados pueden tener una gran importancia en el futuro «Internet de las Cosas» (IoT), por cuanto son datos sobre cosas que muchas veces usan personas físicas. Cuando mediante la utilización de información adicional pueda identificarse a esas personas físicas, se tratará de datos de carácter personal. Los restantes (es decir, los que ni siquiera mediante la utilización de información adicional pueden atribuirse a una persona física) son datos de carácter no personal. Esta última categoría incluye los datos verdaderamente anonimizados, que no cabe asociar a personas físicas determinadas o determinables.

No tienen carácter personal los datos relativos al funcionamiento interno de las empresas y a su actividad de entrega de bienes y prestación de servicios al mercado, en su inmensa mayoría. Ello incluye los datos relativos al aprovisionamiento de bienes y servicios, los que versan sobre la estructura de costes de la empresa, los datos internos de gestión empresarial (financieros, contables, de control interno, inventarios, datos de sistemas informáticos, etc.), y los que se refieren a las ventas de bienes o servicios prestados a empresas. En un banco, la práctica totalidad de la información relativa a banca corporativa y M&A y los modelos de gestión de riesgos. En una compañía de seguros, los modelos actuariales que son la base de su negocio. En una compañía automovilística, los datos de producción y rendimiento de máquinas (motores, etc.) y vehículos, etc. En un

⁹ Así lo dispone el Considerando 26 del Reglamento RGPD antes citado: «Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable. Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. Por lo tanto los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación».

Esta categoría está desarrollada en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 29 de mayo de 2019 COM (2019) 250 final *Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea*, pp. 5 a 8.

despacho de abogados, el acervo documental de experiencias que constituye su *know-how* y sin el cual no podría prestar servicio a sus clientes. En fin, tampoco tienen carácter personal los datos estadísticos, de gestión de servicios públicos (tráfico, etc.), ambientales, y de investigación científica (observación astronómica o satelital, datos anonimizados de investigación farmacéutica, médica o veterinaria, etc.), entre otros muchos. La mayoría de la información disponible en Wikipedia y en otros lugares similares son datos de carácter no personal. Tampoco suelen ser datos de carácter personal los datos derivados: *big data*, algunos metadatos, datos anonimizados producidos mediante inteligencia artificial, como se ha dicho más arriba. Pueden no ser de carácter personal los datos del Internet de las Cosas (cuando estén anonimizados)¹⁰, y también las criptomonedas (cuando no permitan identificar a un titular persona física).

El flujo de datos de carácter no personal que estos procesos requieren y producen es gigantesco, como lo es el volumen de su almacenamiento. Como afirma el Profesor Gregory La Blanc, de la Universidad de Berkeley¹¹, los motores de aviación en vuelos internos en Estados Unidos generan cada año 2,5 mil millones de terabytes de datos¹² (2,5 zettabytes, puesto que 1 ZB = 1.000 EB = 1.000.000 PB = 1.000.000.000 TB), aunque afortunadamente no todo se almacena. Para hacerse una idea de la magnitud de esa cifra, la capacidad total de almacenamiento de los servidores del Grupo Telefónica era de 66 mil terabytes de datos¹³ (66 petabytes, 1 PB=1.000 TB) en 2018, 37.000 veces menos. En Internet pueden encontrarse datos masivos no personales de acceso público, como por ejemplo el registro –sin datos personales– de todas las carreras hechas por los taxis de Nueva York¹⁴. La información disponible en los ordenadores de todo el mundo se mide en yottabytes (1 YB=1.000 ZB) y crece exponencialmente. El Internet de las Cosas dará lugar a volúmenes masivos de datos no personales, hasta ahora impensables.

Existen conjuntos de datos que incluyen datos de carácter personal y no personal, los llamados «datos mixtos»¹⁵. Tales paquetes

¹⁰ Como menciona el Considerando 9 del Reglamento (UE) 2018/1807, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea. Este Reglamento incluye entre las fuentes de los datos no personales el Internet de las Cosas, que no obstante, habrá que examinar caso por caso para averiguar si los datos pueden relacionarse con una persona física identificada o identificable.

¹¹ Conferencia pronunciada el 28 de noviembre de 2018.

¹² 20 TB por hora y motor, por 2 motores por avión, por 6 horas de duración de vuelo, por 28.537 vuelos diarios sobre el espacio aéreo de Estados Unidos, por 365 días, da un total de 2.499.841.200 TB, calcula el Profesor Le Blanc.

¹³ Discurso del Presidente de Telefónica en la Junta General celebrada el 8 de junio de 2018.

¹⁴ <https://www1.nyc.gov/site/tlc/about/tlc-trip-record-data.page>

¹⁵ *Vid.* en Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 29 de mayo de 2019, *Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre*

de datos, cuando los datos de carácter personal y no personal están «inextricablemente ligados», se registrarán en cuanto a los derechos y deberes relativos a ellos por la regulación más garantista, la correspondiente a los datos de carácter personal¹⁶.

V. NATURALEZA JURÍDICA: COSAS Y BIENES

Se ha dicho muchas veces que los datos son el petróleo de la nueva economía. Las cosas serían más fáciles para el Derecho si los datos fueran petróleo. Por desgracia, no lo son. Su encaje en el ordenamiento jurídico español exige contemplar distintas figuras.

– *Datos y cosas*

Los datos como tales no son cosas, aunque sí lo es su realidad física en dispositivos electrónicos.

No hay una definición legal de «cosas», pues ni el artículo 333 del Código Civil¹⁷ permite extraer muchas conclusiones, ni el codificador tenía pretensiones doctrinales. La doctrina está también dividida. Por un lado, están quienes consideran «cosas» tan solo las realidades con existencia material, sean o no susceptibles de apropiación; por otro, quienes extienden el concepto de «cosa» hasta abarcar cualquier realidad que no sea una persona. Entre los primeros, Díez-Picazo sostiene que «por cosas debe entenderse toda realidad del mundo exterior que posea existencia material»¹⁸, que contrapone a los bienes inmateriales («realidades que, careciendo de existencia corporal y siendo en definitiva, un producto de creación del espíritu humano, el ordenamiento jurídico valora como objeto de derechos subjetivos, porque reciben valores económicos»). El mismo criterio adoptan con algún matiz Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría¹⁹, así como Clavería Gonsalbez²⁰. Entre los

circulación de datos no personales en la Unión Europea.

¹⁶ *Ibidem*, p. 10.

¹⁷ «Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles».

¹⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* IV, 2012, p. 37.

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros (rev. Delgado Echeverría, J.), *Elementos de Derecho Civil*, I-3, 2005, pp. 3 a 9.

²⁰ CLAVERÍA GONSALBEZ, L., «Artículo 333», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, vol. 1, p. 922: es más que discutible que sean cosas los atributos y las ideas y creaciones, y por tanto «no todos los bienes son cosas, pues éstas solo son los cuerpos individualizados en dos o tres dimensiones (terreno, armario), objetos con existencia corporal comprobable por los sentidos o mediante instrumentos (automóvil, electricidad), respectivamente».

segundos²¹, cabe citar a Marín Castán y a Albaladejo. Marín Castán entiende por «cosa» «cualquier realidad imaginable, distinta de la persona»²², sea o no apropiable, y en cambio Albaladejo considera «cosa» «toda entidad material o no, de naturaleza impersonal, que tenga una propia individualidad y sea susceptible, como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente»²³, incluyendo las creaciones del espíritu humano siempre que sean susceptibles de apropiación.

Como lo importante es utilizar un concepto unívoco que no dé lugar a error, nos quedaremos con la definición del profesor Díez-Picazo.

Desde un punto de vista extrajurídico, los datos son información, y la información es incorpórea, ubicua y cambiante. Como se ha dicho, los datos no ocupan espacio, y aunque están necesariamente alojados en dispositivos electrónicos, pueden estarlo en muchos a la vez: los datos tienen el don de la ubicuidad, que tantos humanos anhelamos en la sociedad de la aceleración en la que vivimos (con palabras de Byung-Chul Han). En realidad, con la computación en la nube (que ofrecen AWS y otras compañías), la ubicación de los datos normalmente es desconocida por su titular, poco relevante jurídicamente (aunque como veremos no del todo) y puede cambiar rápidamente sin previo aviso.

Los datos son además eminentemente temporales: no solo porque están siempre referidos a un momento temporal (el momento en el que los datos se produjeron en un sistema informático), y muchas veces consisten en una variable cuyo valor va cambiando, o en un flujo continuo o discontinuo, sino porque su vigencia es normalmente caduca: el valor comercial y la utilidad de la información estática se deprecia rápidamente si ésta no se actualiza.

Aunque el dato esté alojado en muchos servidores, es la una misma e idéntica realidad en todos ellos, pues consiste en la representación simbólica computable de la información (una combinación de unos y ceros). Es, pues, una «creación del espíritu humano», en sí misma inmaterial. Aunque es susceptible de materializarse en cosas (los dispositivos electrónicos, como por ejemplo servidores, donde se alojan), no debe confundirse con las cosas en las que se aloja. Los datos, como tales, no son cosas, pero se alojan en cosas mediante aplicaciones informáticas.

²¹ Como recuerdan Lacruz y Delgado (cit., p. 2), GAYO en sus *Instituciones* (2.13 y 2.14) distingue entre *res quae tangi possunt* y cosas incorpóreas que consisten en *iura* «como la herencia, el usufructo y las obligaciones». Pero esa afirmación es meramente didáctica y de ella no cabe extraer conclusión alguna.

²² MARÍN CASTÁN, F., *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2000, p. 7.

²³ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I*, Ed. Edisofer, 2013, p. 355.

El grado de incorporación de los datos en los dispositivos en los que se alojan es menos intenso que, por ejemplo, el de los derechos de crédito en los títulos valores en los que se incorporan. Como los títulos valores, que permiten a los derechos de crédito incorporarse a cosas muebles y regir su tráfico por las reglas aplicables a las cosas muebles, los datos están por su propia naturaleza alojados en cosas (servidores), a veces en muchas cosas a la vez. Y esas cosas pertenecen –o pueden pertenecer– a distintas personas con arreglo a las reglas tradicionales del Derecho Civil. Pero esta comparación no puede llevarse muy lejos a efectos jurídicos, por cuanto la unión entre dato y servidor es accidental y mutable, a diferencia de la unión entre el derecho de crédito y el título-valor que lo representa.

Más adelante se examinarán las facultades que el propietario del servidor en el que los datos se alojan tiene –o no– sobre esos datos. El servidor, o el dispositivo electrónico en el que el dato se aloja, es una cosa material a todos los efectos (propiedad, posesión, etc.).

– *El contenido de los datos, y los datos mismos, como bienes jurídicos*

Ulpiano decía que bienes son *ea quod beant, id est, beatos faciunt* (Digesto 50.16.49). Entre nosotros, Clavería Gonsalbez resume la cuestión en los siguientes términos: «según la doctrina dominante, todas las cosas son bienes, pero hay bienes que no son cosas (atributos, ideas y creaciones)»²⁴. Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría proponen un concepto de «bienes» mucho más amplio que el de las «cosas», que incluye la energía (que solo en parte se rige por las reglas aplicables a las cosas, dada la imposibilidad de usufructo o comodato) pero también las ideas y creaciones²⁵ y los atributos personales²⁶, entre otras realidades²⁷. Díez-

²⁴ CLAVERÍA GONSALBEZ, *ibidem*, p. 922.

²⁵ Descritas como «creación literaria o estética, exteriorizada en la obra escrita o plástica», así como «las bases de datos; la idea inventiva; la idea de forma; el signo distintivo y la ejecución personal de creaciones ajenas o propias». Aclara que «se trata de bienes inmateriales, aun manifestándose prácticamente en cosas materiales (libro, disco, aparato, etc.), pues la idea o arquetipo es independiente de la exteriorización tangible: objeto del derecho en este caso es el arquetipo inmaterial, no perceptible como entidad física por los sentidos, sino aprehensible con el intelecto» (*Elementos de Derecho Civil*, I-3, pp. 6 y 7).

CLAVERÍA GONSALBEZ (*ibidem*, p. 922) considera en cambio «al menos discutible» considerar bienes a las ideas y creaciones, aunque reconoce que la doctrina mayoritaria las considera bienes.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros (rev. Delgado Echeverría, J.), *Elementos de Derecho Civil*, I-3, pp. 5 a 7.

²⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros (rev. Delgado Echeverría, J.), *Elementos de Derecho Civil*, I-3, p. 5. Lacruz y Delgado llegan a identificar «bien» con «objeto de derecho», y por ello incluye entre los bienes las conductas y abstenciones, así como las participaciones en asociaciones o sociedades. Se distancia de ello CLAVERÍA GONSALBEZ, *ibidem*,

Picazo también considera «bienes inmateriales», como diferenciados de las «cosas corporales», los productos de creación del espíritu humano, que tienen un valor económico y comprenden «las obras intelectuales de tipo literario, artístico, científico o industrial», así como los signos distintivos²⁸.

Marín Castán entiende que es bien «todo aquello que sea merecedor de protección jurídica»²⁹, incluyendo bienes jurídicos protegidos como el medio ambiente³⁰. A mi juicio, un buen criterio para distinguir cosa y bien es el siguiente: todo aquello que puede ser objeto de lesión indemnizable por vía de responsabilidad extracontractual es un bien jurídico, sea o no cosa, y sea o no apropiable en sentido técnico-jurídico.

Hay, por supuesto, opiniones discrepantes. Albaladejo define «bienes» como «sinónimo de cosa en sentido jurídico»³¹, y es cierto que —como recuerda Lacruz Berdejo³²— el Código Civil usa muchas veces como sinónimos «bienes» y «cosas» (sobre todo las susceptibles de apropiación), pero nuestro código es reconocidamente impreciso en materia doctrinal.

Hay otros bienes, incluso susceptibles de titularidad y transmisión, que no son cosas: cabe citar a este respecto la empresa como realidad jurídica, o el crédito financiero y la reputación de la misma. Un ejemplo es la empresa, definida por Gondra en términos de actividad imputable a su titular, yendo más allá de la doctrina patrimonialista que la reducía a una *universitas* de cosas³³. La empresa es una realidad dinámica, y es susceptible de tutela aquiliana y de tráfico jurídico, sin necesidad de ser una cosa ni un conjunto de cosas. El ejemplo de la empresa no es casual: datos y empresa son hoy realidades indisociables, pues los datos (cuyo

p. 922, que dice que las conductas y abstenciones son objeto de derechos, pero no son bienes. Pero esta discusión nos apartaría del objeto de estas líneas.

²⁸ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 37.

²⁹ *Ibidem*, p. 7. En realidad Marín Castán pone como ejemplo de protección jurídica la condición de «objeto de un derecho individual o colectivo». Pero en esta expresión tan genérica queremos pensar que cabría incluso el derecho a ser indemnizado a título de responsabilidad extracontractual por lesión del bien en cuestión.

³⁰ Pone el ejemplo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994 (asunto López Ostra contra España), que condenó al Estado español por violar el derecho a la salud colectiva de quienes habitaban en el entorno de una depuradora.

Marín Castán incluye entre los bienes jurídicos los objetivos de política legislativa como la transparencia en las condiciones generales de la contratación (*ibidem*), lo que quizás lleva a un uso equívoco de las palabras («bien» en el sentido del Derecho civil y «bien» en el sentido de objeto de una política legislativa) que no reporta utilidad.

³¹ ALBALADEJO, *ibidem*, p. 357.

³² *Ibidem*, vol. I, p. 2.

³³ *Vid.* GONDRA, J. M., «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 228, 1998, pp. 493 ss.

flujo es la mejor descripción de la actividad empresarial) son elementos esenciales de la empresa, como lo son sus recursos humanos o su crédito. Tampoco es una cosa, pero sí un bien, el crédito financiero o la reputación empresarial: si éstos se lesionan de forma contraria a Derecho serían en principio susceptibles de tutela aquiliana, pero no de acciones reales; el crédito y el buen nombre son bienes jurídicos merecedores de tutela, pero no son cosas ni pueden reivindicarse.

En cuanto a los datos, hay que distinguir su contenido de los datos mismos (la información representada, de su representación). Ambos constituyen bienes jurídicos.

Que los datos no sean cosas no significa que con carácter general su contenido, la información que representan simbólicamente (por ejemplo, una fotografía digital, o un escrito), no sea un bien jurídico, con un titular, susceptible de tutela por diversas vías, y objeto de posible tráfico.

En supuestos limitados con el carácter de *numerus clausus* (como veremos más abajo) su contenido puede ser además objeto de un derecho fundamental (a la protección de datos de carácter personal) o formar parte del objeto de un verdadero derecho de propiedad: es el caso de los secretos empresariales o la propiedad intelectual, por ejemplo. Pero, especialmente en este último caso, el objeto de ese derecho de propiedad no es el dato sino su contenido, como se expondrá más adelante. En estos casos, el derecho fundamental o de propiedad del que el contenido es objeto eclipsará la condición de bien jurídico que de suyo también tendrá este contenido.

En los casos restantes, en los que el contenido no está protegido, dicho contenido sigue siendo sin embargo un bien jurídico: cuando el contenido del dato se pierde porque éste se corrompe, por ejemplo en un incidente de ciberseguridad que afecte a la integridad de la información, cabe reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados a este bien jurídico (el contenido del dato), con independencia de que dicho contenido tenga o no la consideración de propiedad intelectual o *know-how* o esté protegido de cualquier otro modo o no. Este bien jurídico (el contenido del dato no protegido) tendrá también, en calidad de tal, un titular (salvo que esté en lo que en sede de propiedad intelectual se denomina dominio público, art. 41 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual³⁴, en lo sucesivo «TRLPI»), y —cuando no

³⁴ «Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra», aunque la divulgación de una obra inédita que esté en el dominio público produce los efectos contemplados en el artículo 129 TRLPI.

se trate de datos de carácter personal— podrá transmitirse esta titularidad.

En consecuencia, el contenido del dato, tanto si éste es de carácter personal como si no, y tanto si está protegido por algún derecho de propiedad intelectual, secreto empresarial u otros como en caso contrario, constituirá un bien jurídico. Esta conclusión es especialmente útil tratándose de datos mixtos, conjuntos de datos que incluyen datos de distinta naturaleza.

El dato como tal es normalmente un bien jurídico accesorio o derivado del principal, que es como se ha dicho el contenido, la información representada. Normalmente el dato no tiene existencia autónoma como bien jurídico separado de su contenido: el titular del contenido (secreto empresarial, información de carácter personal, creación original, etc.) es a la vez titular del dato en el que este contenido se representa (archivos informáticos en los que se contiene el secreto empresarial, los datos de carácter personal o la creación original u otro derecho protegible —recuérdese que el art. 10 del TRLPI se refiere a las creaciones originales «expresadas en cualquier medio o soporte»).

Solo excepcionalmente la expresión digital de la información tendrá un valor propio e independiente del valor del contenido que en dicha expresión digital se representa. El dato como bien jurídico diferenciado y autónomo se presenta al menos en dos tipos de casos: (i) cuando se pierde o resulta inaccesible o dañada la única versión digital disponible de un contenido que se conserva en formato analógico (por ejemplo, en papel), ambos del mismo titular: por ejemplo, la única versión digital de la información que constituye el secreto empresarial de una empresa, conservándose la información —y por tanto el contenido— en papel, o (ii) cuando el contenido pertenece a lo que el TRLPI denomina el «dominio público», y sin embargo lo valioso es el esfuerzo realizado en su digitalización (por ejemplo, la de una biblioteca antigua, o el proyecto de escaneo de obras de la Antigüedad lanzado por la fundación Factum³⁵)³⁶. En definitiva, en estos casos excepcionales el dato puede también ser un bien jurídico diferenciado, y no accesorio o derivado del principal como lo es normalmente cuando el contenido está protegido. En estos casos excepcionales, lo valioso es la representación simbólica de la información, más que la información misma; y su lesión será

³⁵ Vid. en <https://elfuturoesapasionante.elpais.com/factum-foundation-escaner-salvar-obras-arte-milenarias/>

³⁶ Adviértase que el artículo 128 del TRLPI reconoce un derecho de propiedad intelectual con una duración de 25 años a quien «realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella».

indemnizable aunque dicha lesión no suponga la pérdida del contenido del dato.

También esta conclusión se extiende a todo tipo de datos: todos ellos constituirán un bien jurídico, con independencia de que además estén protegidos por un derecho fundamental, un derecho de propiedad intelectual u otros derechos.

En el lenguaje normal, las referencias al dato como bien jurídico estarán hechas en realidad al contenido del dato y no al dato mismo.

VI. ¿SON LOS DATOS –O SU CONTENIDO– SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN? PROPIEDAD Y TITULARIDAD

Vamos a tratar en primer lugar la cuestión de cuándo el contenido de los datos es susceptible de apropiación, y solo en un segundo momento trataremos de la posibilidad de apropiación de los datos mismos (de la representación simbólica de la información como tal).

– *El debate en Estados Unidos sobre la propiedad sobre el contenido de los datos: un excursus*

Hay a este respecto en la doctrina extranjera, especialmente estadounidense, dos tesis contrapuestas: las que propugnan con carácter general un derecho de propiedad sobre los datos (incluso los de carácter personal) o sobre su contenido, que se basan en la existencia de un interés susceptible de tráfico, tutelado por el Derecho *erga omnes* sobre un objeto (así por ejemplo Schwartz³⁷)³⁸, y aquellos otros que distinguen entre el derecho de propiedad, cuando

³⁷ SCHWARTZ, P. M., «Property, Privacy, and Personal Data», en 117 *Harvard Law Review*, 2055 (2004). El autor se refiere a los datos de carácter personal, y defiende su carácter de propiedad privada y su posibilidad de tráfico, si bien limitada en algunos casos en los que se detectan fallos de mercado.

Véanse otros autores en el mismo sentido en DETERMANN, LOTHAR, «No one owns data» (February 14, 2018). *UC Hastings Research Paper* No. 265, nota a pie 15.

³⁸ La cuestión es por supuesto directamente dependiente del concepto que se tenga de propiedad, que es en el common Law más amplio que en el Derecho continental. Por ejemplo, SCHWARTZ (cit., p. 2058) la define como *any interest in an object, whether tangible or intangible, that is enforceable against the world*. Calabresi y Melamed definieron la protección otorgada por la propiedad como aquella que puede/debe ser adquirida en una transacción voluntaria en la que el valor de lo transmitido se acuerda entre el comprador y el vendedor (vid. CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, vol. 85, p. 1089, abril 1972), concepto mucho más amplio que el continental europeo.

lo haya, sobre el contenido de los datos, que se proyecta sobre ellos, y los casos restantes, en los que ni los datos ni su contenido son objeto de propiedad ni de protección exclusiva, como tampoco lo es la información a la que se refieren, sin perjuicio de su tutela indirecta cuando concorra competencia desleal u otros ilícitos (por ejemplo, Determann³⁹). A favor de esta última tesis milita el principio de acceso libre a la información disponible al público en Internet.

Este debate en rigor es diferente del que existe sobre la posibilidad o no de utilizar libremente la información que se publica en Internet para conocimiento y uso general. Es posible que la información que se publica para conocimiento y uso general (una fotografía, una página de Wikipedia⁴⁰) esté sin embargo amparada –y siga estándolo tras su publicación– por derechos de autor (que, por ejemplo, impidan el plagio y obliguen a hacer la cita correspondiente o pongan ciertas condiciones al uso de la información). El *software* libre es otro ejemplo: que sea libre significa que tiene una licencia de uso público muy amplia, pero no significa que no pueda haber sido la creación original de alguien, cuyo derecho moral de autor es inalienable.

También es posible que información que en principio y por su propia naturaleza podría usarse libremente sin protección alguna por terceros (por no estar protegida por un derecho de propiedad o de protección de datos), sin embargo no se haga pública y se conserve confidencial, o se condicione el acceso a la misma a la celebración de un contrato (de licencia o de cualquier otra naturaleza, por ejemplo exigiendo identificación del usuario y previa aceptación de condiciones contractuales).

No obstante, el debate sobre la propiedad de los datos tiene su consecuencia obviamente sobre la facultad de excluir a terceros (posibilidad o no de utilizar libremente la información que se publica en Internet para conocimiento o uso general). Si el titular del contenido de los datos mantiene tras su publicación derechos de propiedad sobre dicho contenido, como sucede con la propiedad intelectual (y en especial con el derecho moral de autor), podría en principio dirigirse con reipersecutoriedad contra cualquier tercero

³⁹ DETERMANN, L., «No one owns data» (February 14, 2018). *UC Hastings Research Paper* No. 265.

⁴⁰ Aunque la información publicada en Wikipedia es accesible al público en general, ello no comporta que parte de ella no esté protegida por derechos de autor. El titular de Wikipedia es la Fundación Wikimedia, una entidad sin ánimo de lucro con domicilio en San Francisco (California). Dicha fundación exige en la página web de Wikipedia que quienes aporten contenidos acepten ciertas condiciones de uso público, pero no pretende que renuncien a su derecho moral de autor (irrenunciable) ni a la autoría de los contenidos, que serán objeto de propiedad intelectual cuando sean creaciones originales o fotografías protegidas. No siempre concurrirá este requisito. Pero el hecho de que esta información sea de público acceso no significa que no se mantenga la propiedad intelectual sobre la misma.

que haya encontrado dicha información libre en Internet y pretenda usarla para sus propios fines en violación de aquellos derechos. Si no posee tales derechos de propiedad dotados de reipersecutoriedad, una vez hecha pública la información se pierde cualquier facultad de excluir a terceros que no hayan aceptado límites contractuales a su uso ulterior.

La controversia relativa a si el contenido de los datos es propiedad de quien dispone de ellos como titular de los mismos se manifiesta, por ejemplo, en litigios relativos a empresas que ponen información a disposición del público en general (sin necesidad de apertura de una cuenta), o que explotan redes sociales en las que personas físicas publican sin restricciones datos de carácter personal para público conocimiento, y luego pretenden negar el acceso o el uso de esos contenidos a otras empresas que (directamente o mediante aplicaciones informáticas automáticas, *bots*), extraen sin contrato esos datos públicos –*data scraping*– y los almacenan o utilizan para sus propios fines.

Un ejemplo sería HiQ versus LinkedIn. HiQ es una compañía que mediante los llamados «bots» (de «robots», aplicaciones automáticas) extrae datos públicos de usuarios de LinkedIn, que sus titulares han querido hacer públicos y que pueden ser consultados sin tener una cuenta de LinkedIn para ofrecer servicios de análisis a otros empresarios, incluidos aquellos interesados en contratar a dichos usuarios de LinkedIn.

LinkedIn envió a HiQ una carta intimándole para que cesara en esta actividad (*cease and desist letter*) e intentó bloquear su acceso a la página web. El Juez Federal Edward M. Chen, titular del 9.º Distrito de California, dictó el 14 de agosto de 2017 un auto de medidas cautelares⁴¹, en el que se consideró cautelarmente lícita esta actuación, comparándola con la de quien lee un letrero que alguien ha colocado en una fachada a la vista de todo el mundo. En esta resolución late la idea de que el contenido de esos datos, si se hace público por el interesado, no es propiedad de LinkedIn ni por tanto tiene ésta la facultad de excluir a terceros. El carácter personal de los datos de los interesados no se consideró decisivo, porque el Juez entendió que, si habían prestado su consentimiento para hacer pública la información, su interés en evitar su difusión era incierto (*at best uncertain*), pues debían ser conscientes de que su información sería objeto de búsquedas, «minería de datos», agregación y análisis. Por el contrario, consideró más merecedor de tutela el principio de libre flujo de información en Internet, y negó

⁴¹ El auto puede consultarse aquí: <https://assets.documentcloud.org/documents/3932131/2017-0814-Hiq-Order.pdf>.

que LinkedIn, tras haber hecho pública la información, tuviera un derecho a excluir a terceros (mediante soluciones tecnológicas) en el uso ulterior de la misma. Si el Juez hubiera considerado que LinkedIn tenía un derecho de propiedad sobre los datos que previamente había hecho públicos, habría fallado sin duda en sentido contrario.

Un caso muy similar se ha desarrollado en Rusia entre VKontakte LLC y la *start-up* tecnológica LLC Double. LLC Double se dedica a elaborar perfiles financieros de solicitantes de crédito a partir de los datos de carácter personal publicados por VKontakte, el equivalente ruso a Facebook, que está aún pendiente de resolución (se falló inicialmente con el resultado contrario, pero esta primera sentencia fue anulada en apelación, volviendo los autos al Tribunal de instancia, que deberá dictar nueva resolución).

– *El problema en Europa: introducción*

En Europa, un problema similar al planteado por HiQ vs. LinkedIn sería imposible, porque se trata de datos de carácter personal, sujetos a la mayor protección que otorga el Reglamento UE 216/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2016 («RGPD»). El hecho de que los titulares de los datos de carácter personal consintieran en publicar sus datos en LinkedIn no significa que consintieran también su ulterior tratamiento por parte de HiQ. Tal tratamiento de datos por terceros sin una base legitimadora conforme al artículo 6 RGPD sería contrario a dicho RGPD⁴² por mucho que los interesados –*data subjects*– hubieran hecho pública la información –y exigiría una posterior notificación al interesado conforme al artículo 14.2.f) RGPD.

En casos comparables al anterior, aunque no idénticos, tratándose de datos de carácter no personal, tanto el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Supremo español han considerado en sendos asuntos que el titular de la página web no ostenta el derecho de propiedad intelectual *sui generis* propio de las bases de datos, y han permitido el *data scraping* siempre que no hubiera una relación contractual entre las partes que lo impidiera (relación que no existe por el mero hecho de visitar la página web sin aceptar expresamente sus condiciones generales): así, a *sensu*

⁴² Sin que este resultado se vea desvirtuado por el artículo 9.2.e) RGPD, que solo hace innecesario el consentimiento específico ligado al carácter especialmente protegido del dato relativo a la salud, etc., pero no la base legitimadora general: en este sentido, *Vid. MARTÍN, B.* «La publicidad del dato personal no otorga per se legitimidad para su tratamiento», en <https://cms.law/es/ESP/Publication/La-publicidad-del-dato-personal-no-otorga-per-se-legitimacion-para-su-tratamiento>.

contrario, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 2015 (asunto Ryanair contra PR Aviation)⁴³, y directamente la Sentencia del Tribunal Supremo español de la Sala de lo Civil de 9 de octubre de 2012, 572/2012 (asunto Ryanair contra Atrápalo). El Tribunal Supremo español entendió que la existencia de un contrato no podía inferirse del mero hecho de utilizar la información de la página web de Ryanair, y además hacerlo en contra de los términos y condiciones de la propia página. No habiendo contrato que lo impidiera, y no vulnerándose otras normas (como la competencia desleal), la conducta de Atrápalo era lícita. Obviamente, la conclusión habría sido diferente si hubiera habido un contrato, pero no en virtud de un inexistente derecho real de Ryanair (que es lo que ahora importa) sino en virtud del contrato mismo.

– *El principio general: carácter excepcional y numerus clausus del derecho a apropiarse de información*

Siendo los datos una realidad ubicua en la sociedad de la información, no es de extrañar que no quepa una respuesta única a la pregunta de si el contenido de los datos es o no susceptible de apropiación.

A mi juicio, la información (el contenido de los datos), que no es una cosa, no es objeto de propiedad salvo en aquellos casos en los que excepcionalmente el ordenamiento mediante Ley así lo establezca: fundamentalmente, por constituir propiedad intelectual o industrial o secreto empresarial, supuestos *numerus clausus* en los que existe reserva de Ley. Tratándose de datos de carácter personal, la relación de tales datos con su titular no es de propiedad, y tampoco lo es la de quienes ostentan distintos derechos contractuales al uso de los mismos (responsables de los ficheros y encargados del tratamiento). En el resto de los casos, no hay propiedad sobre la información ni por tanto un derecho de exclusión de terceros basado en una relación jurídico-real, aunque: (i) puede haber (si se per-

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 2015, en el asunto C-30/14, Ryanair Ltd. contra PR Aviation BV. Ésta última «explora un sitio Internet en el que los consumidores pueden hacer búsquedas en los datos de vuelo de compañías aéreas de bajo coste, comparar los precios y reservar un vuelo a cambio del pago de una comisión. Obtiene los datos necesarios para responder a una búsqueda individual por vía automatizada, en particular, a partir de una recopilación de datos vinculada al sitio Internet de Ryanair, accesible también para los consumidores. El acceso al citado sitio Internet presupone que el visitante de ese sitio acepta la aplicación de las condiciones generales de Ryanair marcando una casilla a tal efecto», que excluía la posibilidad de que los billetes de Ryanair fueran vendidos por terceros o que los datos fueran extraídos con fines comerciales. El Tribunal entendió que el visitante del sitio asumía una obligación contractual de no utilizar estos datos con tales fines, lo que resultaba lícito.

fecciona debidamente) un pacto contractual con eficacia entre las partes cuyo cumplimiento limite el acceso a la información o su uso; y (ii) también puede existir una obligación *ex lege* de abstenerse de utilizar la información para realizar prácticas de competencia desleal, u otras prohibidas por la Ley, que sería un título jurídico diferente (no el de la propiedad) y se refiere al uso del dato y no al dato mismo.

Desde un punto de vista de política legislativa, la sociedad de la información necesita de cierta libertad en la circulación del contenido de los datos no protegidos (aquellos que no son de carácter personal y sobre los que no hay un derecho de propiedad especial, como los secretos empresariales o la propiedad intelectual). Un sistema basado en el principio general de la apropiación de la información convertiría el espacio de Internet en un laberinto de minifundios intransitable. Sin duda deben existir parcelas valladas, derechos de propiedad intelectual que premien la labor de creación original, así como secretos empresariales protegidos, pero fuera de estos casos debe primar el principio de libertad en la red⁴⁴.

Desde otro punto de vista, también de política legislativa, la competencia solo se excluye mediante derechos exclusivos reconocidos por el Estado cuando existen importantes razones de interés público para ello que justifican la atribución de facultades monopolísticas (es el caso de la propiedad intelectual e industrial, o los secretos empresariales, que remuneran el esfuerzo creativo o empresarial). Solo excepcionalmente debería atribuirse un derecho a excluir a otros de la legítima obtención y uso de datos necesarios para una actividad empresarial. Por seguir con la misma alegoría, la actividad económica debe operar en campo abierto; aunque puede haber alguna parcela cercada, el exceso de minifundios y vallados sería indeseable: la falta de un espacio de uso común imposibilitaría la competencia. Ningún obstáculo sería más formidable para la libre competencia que la propiedad generalizada sobre cualquier tipo de datos manejados por una empresa, incluso aquellos de público acceso y conocimiento.

Dicho con otras palabras: cuando el ordenamiento no reconoce un derecho de propiedad sobre el contenido del dato (la información representada en él), su digitalización no cambia las cosas: lo que no es información propietaria en el mundo real tampoco lo es en el mundo digital. Ello sucede cuando se trata de contenidos que

⁴⁴ Como dice DETERMANN (cit., p. 43), *new property rights in data are not suited to promote better privacy or more innovation or technological advances, but would more likely suffocate free speech, information freedom, science, and technological progress. The rationales for proprietizing data are not compelling and are outweighed by rationales for keeping the data «open». No new property rights need to be created for data.*

no reúnen los requisitos para constituir una creación original, ni otro objeto de propiedad intelectual (derecho *sui generis* a las bases de datos, fotografías), ni un secreto empresarial, ni ninguna otra forma de información protegida.

Uno de los rasgos definitorios de la propiedad es la facultad de exclusión de terceros, no en virtud de la aceptación de un contrato (términos y condiciones de una página web), sino como mera consecuencia de la relación jurídico-real. Díez-Picazo y Gullón⁴⁵ la desdoblamos en dos: en su aspecto preventivo, la facultad de evitar la intromisión o perturbación de terceros; y en su aspecto represivo, la de tener acción contra terceros para poner fin a una perturbación o lesión consumada. Estas facultades se combinarían con la reipersecutoriedad, o facultad «legalmente protegida de perseguir o ir a buscar la cosa donde quiera que esté y quienquiera que sea la persona que la detente»⁴⁶.

La información no de carácter personal, fuera de los casos en los que existe un derecho de propiedad especial sobre ella (como el de propiedad intelectual o el del secreto empresarial), puede estar legítimamente en manos de muchas personas a la vez, todas las cuales podrían en principio alegar un título para su adquisición y ninguna de ellas un derecho de exclusión de los restantes.

No existe a mi juicio propiedad sobre la información no protegida que se conserve confidencial solo de hecho (mediante su no difusión a terceros) o mediante contrato (por la vía de obligaciones de confidencialidad o mediante los términos y condiciones de una página web). En el caso de información no protegida cuya confidencialidad se preserve solo por contrato, cuando alguien vulnera una obligación al acceder a determinada información, pueden activarse los medios de tutela del crédito, pero ello no comportará que la información pueda reivindicarse por su supuesto propietario. Lo que resulta decisivo, si quien accede a información de una página web dispone de ella en contra de lo acordado en los términos y condiciones de la página, la publica o la transmite a un tercero, con quien el titular de la mencionada página web no tiene contrato alguno, el titular de la página web originaria no tiene acción contra el tercero por el mero hecho de que tenga en su poder la informa-

⁴⁵ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 9.ª Ed., Madrid 2016, pp. 44 y 45. En el mismo sentido, MONTES PENADES, V., Artículo 348, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, vol. 1, p. 952, que pone de manifiesto que esta facultad también existe en otros derechos. Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría precisan más al hablar de la «exclusividad o absolutividad», en virtud de las cuales «el titular del derecho real puede impedir a los demás cualquier influencia sobre la cosa en perjuicio de su derecho», facultad que «sigue a la cosa dondequiera que se halle y quienquiera que sea su poseedor».

⁴⁶ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *ibidem*, 2016, p. 45.

ción⁴⁷. No hay ni reipersecutoriedad ni un derecho oponible a dicho tercero. Por tanto, tal información (contenido de los datos) de datos de carácter no personal y no amparados en una propiedad especial no es a mi entender susceptible de apropiación⁴⁸.

Lo cual no significa que los datos de contenido no protegido (no de carácter personal y tampoco objeto de propiedad), que como hemos visto constituyen bienes jurídicos, no puedan mantenerse confidenciales, ni que su titular no pueda exigir la celebración de un contrato para consentir el acceso a los mismos. El hecho de que no reúnan los requisitos para que una obra del ingenio humano sea considerada una creación original o un secreto empresarial no significa que cualquier otra persona tenga derecho a acceder a ella o a usarla, si no se ha publicado por su titular.

Quien como fruto de su esfuerzo ha creado o sistematizado una información, sin lograr una creación original o un secreto empresarial, no está obligado a compartirlo con todos. Como manifestación de su libertad personal, puede decidir mantener esa información para sí, o solo entregarla a quienes firmen un contrato con él (que contemple una facultad de exclusión o limitación de uso). Lo que no podrá hacer es considerarse propietario de dicha información, y si la hace pública no podrá perseguir a quienes la usen sin tener un contrato con él.

⁴⁷ No es contrario a lo que se afirma en el texto la nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. En ella se permite que el consumidor designe para recibir los contenidos a un tercero con el que tiene una relación contractual y que va a permitir el acceso del consumidor a dichos contenidos a través de una instalación física o virtual, lo que no supone una excepción a lo anterior (el tercero aquí opera en interés del consumidor). Tampoco lo son las otras referencias a los terceros: en el artículo 8 se exige que los contenidos estén libres de derechos de propiedad intelectual, y en el Considerando 37 in fine se salva la situación en la que, resuelto el contrato, previamente el consumidor ha facilitado legalmente y conforme al contrato el contenido a un tercero.

⁴⁸ Contra, OSBORNE CLARKE LLP, *Legal study on Ownership and Access to Data, report for the European Commission*, 2016, informe que sostiene que con arreglo a *the language used in both the EU Data Protection Directive and in the glossary of terms of the Spanish Data Protection Act, the data subject is defined as «the natural person to whom the data undergoing processing pertain»*. *It is our understanding that this definition would be also translatable to those scenarios in which the data does not pertain to a natural person or which does not qualify as personal data. In such case, the data would be the property of the entity or individual that directly or indirectly generates/produces such data* (p. 75). *In the absence of specific provisions, I consider that Article 348 of the Civil Code protects each company to «enjoy and dispose of the data collected, provided you do so in a way that does not violate the Law (ibidem, p. 76).*

En cambio, coincidiendo con el criterio del texto, aunque sin referirse específicamente al Derecho español (sino a los distintos ordenamientos europeos en general), VAN ASBROECK, B., DEBUSSCHE, J. y CÉSAR, J. (Bird Bird), *Building the European Data Economy – Data Ownership White Paper*, 1 January 2017, p. 120: «the current legal framework relating to data ownership is not satisfactory. No specific ownership right subsists in data and the existing data-related rights do not respond sufficiently or adequately to the needs of the actors in the data value cycle. Up until today, the only imaginable solution is capturing the possible relationships between the various actors in contractual arrangements».

La facultad de exclusión a terceros que nace del contrato (entre la empresa de *hosting* y el titular de los datos como bien jurídico, entre éste y su cliente), que es la que normalmente se aplica en la red respecto de contenidos no protegidos legalmente, no es oponible a terceros, sino que nace y muere en el ámbito de la relatividad del contrato (art. 1257 C.c.). En esto se diferencia, por ejemplo, de los datos de carácter personal protegidos o de la propiedad intelectual, que pueden hacerse valer frente a cualquier persona que detente el contenido protegido, incluso —especialmente— si no hay relación contractual alguna con su verdadero titular.

Tampoco hay propiedad sobre otros bienes jurídicos, como las informaciones periodísticas o financieras, el crédito financiero de una empresa, las oportunidades de negocio o el buen nombre empresarial: son indemnizables si son lesionados de forma contraria a Derecho, y como bienes jurídicos tienen un titular, pero no son reivindicables si se pierden ni constituyen objeto de relaciones jurídico-reales.

– *En particular, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal no es propiedad*

A mi juicio, es claro que el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal ni es un derecho de propiedad, ni puede serlo, ni necesita del instituto civil de la propiedad para justificar su tutela y las acciones que confiere a su titular y a otros interesados en el mismo.

Un derecho fundamental es una institución con rasgos propios, que no necesita apoyarse en otras como el dominio para explicar su contenido. No es procedente ni necesario aplicar la institución civil de la propiedad para explicar las facultades derivadas de un derecho fundamental como el de la protección de los datos de carácter personal. Y nadie es propietario de sí mismo, ni de sus atributos personales, y lo contrario supone una patrimonialización indebida de bienes no patrimoniales (los que De Castro llamaba «bienes de la personalidad»⁴⁹).

Este derecho fundamental es ejercitable *erga omnes*: genera un deber de actuación positiva de protección, que se impone a otros particulares y va mucho más allá del deber general de *neminem laedere*.

⁴⁹ Vid. en DE CASTRO, F., *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, tomo II, 1997, pp. 873 ss. Véase una versión diferente en DE CASTRO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, pp. 7 ss.

Tampoco es un derecho de propiedad el derecho del responsable del tratamiento (*data controller*), que es «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento» (art. 4.7 RGPD). Como su propio nombre indica, la posición del responsable es la de un titular de un haz de obligaciones, además de derechos. Sus obligaciones se ejercen en interés de un tercero, el interesado titular del derecho fundamental (*data subject*), o bien para la tutela de un interés público protegido por la Ley indisponible para el responsable o *data controller*. Con esta última excepción, el interesado o *data subject* tiene la facultad de exigir la supresión de los datos («derecho al olvido»), la limitación en el tratamiento de los datos (art. 18 RGPD), la portabilidad de los mismos (art. 20 RGPD), facultades todas ellas irrenunciables y *extra commercium*, sin que a mi juicio quepa aceptar la imposición de penalidad económica o carga alguna al ejercicio de estos derechos (a diferencia de lo que sucede con el derecho de imagen, en el que el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo). El responsable o *data controller* actúa en el ámbito de un derecho fundamental ajeno indisponible e irrenunciable, del que nunca será titular, y su derecho, por lo demás claudicante en caso de supresión de datos por el interesado, no es ni puede ser de naturaleza real.

Cuestión distinta es la de los algoritmos y datos nuevos elaborados a partir de datos de carácter personal. A partir de datos de carácter personal, los responsables o *data controllers* pueden elaborar o perfeccionar algoritmos, e incluso alimentar programas de inteligencia artificial. Cuando dichos algoritmos o nuevos datos se refieran a un individuo identificado o identificable, entrarán dentro del derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal, y por tanto deberán ser suprimidos si el titular de los datos ejercita válidamente su derecho al olvido. En cambio, cuando los algoritmos o los nuevos datos se refieran al público en general (aunque hayan sido elaborados y enriquecidos con la experiencia de personas individuales) o a personas genéricamente identificadas que cumplan determinado perfil no asociado a personas individuales, no tendrán la condición de datos de carácter personal y no tendrán que ser cancelados. Cuando un programa de inteligencia artificial ha aprendido sobre el comportamiento de los usuarios de una plataforma por su interacción con los mismos, aunque dichos usuarios se den de baja de la plataforma y ejerciten su derecho al olvido, no resultará en principio obligado que el programa de inteligencia artificial «desaprenda» lo que ha aprendido en relación con la naturaleza humana o con el comportamiento de los usuarios de

una plataforma, genéricamente considerados y no identificables. Se tratará de datos de carácter no personal, normalmente no protegidos (véase *infra*).

Porque los deberes del responsable o *data controller* se ejercen en interés de un tercero (el interesado titular de un derecho fundamental), las facultades de aquél tienen límites asociados a la dignidad de la persona. La prestación del consentimiento por el interesado o *data subject* ha de tener lugar dentro de dichos límites. El interesado o *data subject* no puede válidamente consentir un uso abusivo de los mismos de forma tal que se atente contra su propia dignidad⁵⁰.

– *En particular, el derecho de propiedad intelectual*

Los datos pueden contener creaciones originales literarias, artísticas o científicas⁵¹, y también fotografías protegidas por propiedad intelectual⁵², o bases de datos que, sin ser creaciones originales, sean merecedoras de una protección *sui generis* por ser el resultado de una «inversión sustancial» realizada por su propietario «para la obtención, verificación o presentación de su contenido»⁵³.

Al ser un verdadero derecho de propiedad, goza de reipersecutoriedad y es oponible a terceros: no es preciso que exista una relación contractual entre quien realiza actos de explotación sin licencia de una obra de protección intelectual y su propietario, para que éste pueda obtener la protección de los Tribunales.

El hecho de que el contenido de los datos (por ejemplo, una creación original) se publique en una página web de acceso público no significa que su eventual protección asociada a la protección intelectual se pierda: sigue siendo posible perseguir a quien sin autorización descargue dicho artículo y lo publique en papel, o en su propia página web (serían actos de explotación contrarios al art. 17 TRLPI). Como se ha dicho anteriormente, incluso respecto del software libre o de los contenidos disponibles en Creative Commons o Wikipedia Commons, publicados en Internet y accesibles para cualquiera, puede existir un derecho moral de autor y límites a su libre uso. Lo mismo sucede con una fotografía, que tiene un

⁵⁰ Como dice SANDEL, *some of the good things of life are corrupted or degraded if turned into commodities* (SANDEL, M., *What money can't buy*, Penguin, 2012, p. 10). El límite del orden público en relación con el principio constitucional de dignidad de la persona existirá siempre en los negocios jurídicos sobre los datos de carácter personal.

Apunta a esta misma dirección, en términos más genéricos, RADIN, M. J. «Proprietà e cibernazio», *Rivista critica del diritto privato* XV-1 (1997), p. 90, al criticar la *mercificazione* en Internet.

⁵¹ Artículo 10 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

⁵² Artículo 129 TRLPI.

⁵³ Artículos 133 ss. en relación con el 34 TRLPI.

derecho reconocido en el artículo 129 TRLPI, o con las bases de datos, que pueden tener un derecho *sui generis* contemplado en el artículo 133 ss. (en relación con el 34) del mismo TRLPI⁵⁴.

Se ha discutido mucho sobre si los contenidos (representados mediante datos) producidos por dispositivos de inteligencia artificial pueden o no ser propiedad intelectual de quien ha predisposto y explota dichos dispositivos. Bercovitz⁵⁵ muestra sus dudas de que puedan considerarse «creaciones originales», pero parece acertado no descartar esta posibilidad. Cada vez resulta más difícil distinguir las creaciones originales fruto directo de la inteligencia humana de las creaciones originales hechas por la inteligencia humana con la ayuda de instrumentos de inteligencia artificial.

A partir de una propiedad intelectual preexistente, cabe crear datos derivados⁵⁶, a cuyo efecto habrá que distinguir entre mera reproducción, transformación (creación derivada) y obra independiente (que no precisa de consentimiento del titular de la obra originaria).

– *En particular, la propiedad industrial (marcas)*

Las marcas, como posible contenido protegido de determinados datos, son igualmente objeto de propiedad, en este caso industrial.

⁵⁴ Véase al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de marzo de 2009 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski Gradski sad –Bulgaria–) Apis-Hristovich EOOD/Lakorda AD (Asunto C-545/07), que declaró que «el carácter oficial y accesible al público de una parte de los elementos contenidos en una base de datos no exime al órgano jurisdiccional nacional de verificar, para determinar la existencia de una extracción y/o de una reutilización de una parte sustancial del contenido de la mencionada base de datos, si los datos supuestamente extraídos y/o reutilizados de dicha base constituyen, desde un punto de vista cuantitativo, una parte sustancial del contenido total de ésta o, en su caso, si constituyen, desde el punto de vista cualitativo, una parte sustancial en la medida en que, en términos de obtención, de verificación o de presentación, representan una importante inversión en medios humanos, técnicos o financieros».

⁵⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª Ed., Madrid, 2017, p. 111: «sería absurdo tan siquiera especular con la posibilidad de una obra de ingenio cuya autoría no correspondiera a un ser humano»; «negamos pues que el titular de derechos de autor sobre el programa pueda reivindicar la condición de autor sobre el opus resultante de la aplicación».

Por otro lado, niega BERCOVITZ que exista, con carácter general, originalidad (cuestión que debe analizarse desde la óptica del art. 10 de la Ley de Propiedad Intelectual).

⁵⁶ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 15 de junio de 2001: «La parte apelada alude a los criterios de determinados tribunales (...) señalando (i) que la mera existencia de elementos de una obra en otro no supone *per se* la existencia de plagio o transformación; (ii) que deben valorarse tanto los elementos idénticos como los diferenciales, catalogando unos y otros como esenciales o accesorios; (iii) que en función de este carácter hay que establecer (i') si las adiciones o aportaciones son anodinas careciendo de valor creativo, dando lugar a una mera reproducción de artículo 18 de la LPI; (ii') si tales aportaciones integran creaciones originales en elementos secundarios o accesorios, pero manteniendo la sustancialidad de la obra anterior, surgiendo la transformación del artículo 21 de la misma Ley, o bien (iii') si las adiciones son de tal sustantividad y especificidad que generan una obra original y distinta de la anterior».

La ilicitud en este caso estará ligada al uso ilegítimo del dato como signo distintivo.

En cambio, las patentes no son contenidos protegidos, puesto que el presupuesto para su protección es precisamente su publicación.

– *En particular, el derecho de propiedad sobre el secreto empresarial*

Recientemente se ha publicado la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que transpone la Directiva comunitaria (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016.

Dicha Ley crea un nuevo derecho de propiedad especial, que tiene como objeto «cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
- c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto».

Ni todos los datos contienen secretos empresariales ni todos los secretos empresariales pueden encontrarse como contenido de datos. El secreto empresarial se diferencia de los datos en los que puede estar expresado, y de hecho puede no estar representado simbólicamente mediante datos. Lo protegido, en cualquier caso, no son los datos, salvo indirectamente.

Resulta discutible el carácter difuso de la definición del objeto de esta propiedad especial, pues lo que «es generalmente conocido» por personas «pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información» relevante son conceptos jurídicos indeterminados demasiado genéricos. No obstante, no hay aquí mucho margen de apreciación, por cuanto se trata de trasponer una Directiva comunitaria.

Este derecho goza de reipersecutoriedad y es oponible a terceros, por cuanto de la interpretación del artículo 7 de la Ley 1/2019 resulta que la adquisición a *non domino* del secreto empresarial no se respeta, siendo esta la razón por la que el transmitente a título

oneroso carente de titularidad se ve obligado a indemnizar al adquirente.

Se protege a quien vulnera este derecho mediante acciones de cesación, incluso no existiendo relación contractual entre las partes, lo cual refuerza la reipersecutoriedad y la oponibilidad a terceros pero no constituye un argumento decisivo (hay acciones de cesación en defensa de intereses jurídicos que no constituyen derechos de propiedad, como la establecida en el art. 32 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal).

– *El contenido de los datos no protegidos como bien jurídico*

Fuera de los casos anteriores, como se ha dicho la disposición de determinada información por parte de una persona puede constituir un bien jurídico, como se ha dicho anteriormente, y su confidencialidad puede ser protegida de hecho o contractualmente, no habiendo obligación alguna de publicarla, pero no es objeto de propiedad⁵⁷. Esta información puede llegar a ser muy valiosa para su titular, por ser el resultado del trabajo personal o de una importante inversión financiera o de tiempo, sin por ello constituir una creación original ni un secreto empresarial protegido: por ejemplo, porque su propio titular la hace pública en su página web, como por ejemplo registros de datos económicos o científicos, que no constituyan una base de datos con protección *sui generis*; o *Know How* empresarial revelado por la empresa a algunas personas sin pacto de confidencialidad.

Si la información no protegida a los efectos anteriormente expuestos (protección de datos, propiedad intelectual, etc.), pero dotada de un valor económico⁵⁸, se pierde por la acción de un tercero, su titular gozará de acción de responsabilidad extracontractual ex artículo 1902 C.c. o una acción de competencia desleal para

⁵⁷ RADIN, M. J., «Proprietà e ciber spazio», *Rivista critica del diritto privato* XV-1 (1997) establece tres criterios *de lege ferenda* para que sea aconsejable reconocer un derecho de propiedad: la escasez, los costes del sistema y los fallos del mercado. Los datos no protegidos pueden ser (o no) escasos, dependiendo de su contenido, pero los costes de un sistema que concediera derecho de propiedad sobre ellos serían inasumibles (pues al no exigirse creación original muchos podrían alegar título sobre ellos y sus distintas variantes), y los fallos del mercado que produciría serían grandes (al petrificar el uso de información y evitar el libre diálogo en Internet).

⁵⁸ No lo tendrá, por ejemplo, si es información pública que es de libre acceso con arreglo con arreglo a la Ley de Transparencia.

En cambio, el hecho de estar en el dominio público a efectos de propiedad intelectual no impide que pueda tener cierto valor económico: por ejemplo, una nueva tragedia de Sófocles desconocida por el público, encontrada por una persona y digitalizada por ella. Si se lesiona, se considerará indemnizable.

reclamar la indemnización de daños y perjuicios correspondiente, pero no una acción real para recuperarlos.

Sobre el régimen jurídico de estos datos no protegidos volveremos por extenso más adelante.

– *Distinción entre protección del contenido de los datos y límites legales a su uso*

El Derecho de la competencia desleal, y en particular la Ley 3/1991, de 10 de enero, no atribuye directamente protección alguna a los datos ni al contenido de los datos de una empresa. Lo protegido no es el contenido del dato en sí mismo, sino la actividad concurrential, que puede lesionarse, por ejemplo, mediante aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

El Tribunal Supremo ha sido tradicionalmente reacio a la estimación de demandas basadas en competencia desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno (véase la Sentencia del Tribunal Supremo 572/2012, de 9 de octubre, RJ 2012/11059).

En cuanto al Derecho de patentes, como se ha dicho constituye un límite legal al uso del contenido de ciertos datos, pero nunca restringe la difusión de los datos mismos (la protección que la patente confiere se basa precisamente en su previa publicación).

– *Los datos mismos, como contrapuestos a su contenido ¿son objeto de propiedad?*

En aquellos casos en los que el contenido de los datos está protegido, esta protección se extiende a su representación simbólica, que son los datos, que gozarán de idéntica protección.

En los restantes casos, el bien jurídico (aquello en lo que radica el interés de su titular) será normalmente la información que constituye el contenido no protegido del dato (no de carácter personal, y que no constituya propiedad intelectual ni industrial ni secreto empresarial). El dato será un bien jurídico normalmente por razón de la información que contiene.

No obstante, excepcionalmente, como se ha visto, puede constituir un bien jurídico el dato mismo, como representación simbólica computable de una información que de otro modo se encontraría en un formato no digital o no podría encontrarse en otro formato.

Esta titularidad del dato no protegido como bien jurídico no constituye en principio un derecho de propiedad protegible⁵⁹ ni

⁵⁹ Adviértase que, en el caso de las fotografías digitales, protegidas por el artículo 129 TRLPI, entre otros, el dato (la expresión digital de una imagen) sí está protegido. Pero

goza de reipersecutoriedad: no permite actuar contra un tercero que esté usando la digitalización de la información no protegida, aunque el origen de dicha digitalización sea el reclamante. Digitalizar una información no es normalmente una creación original, sino un trabajo muchas veces mecánico. Ello sin perjuicio de la posible competencia desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pero como se ha visto ese supuesto no es en realidad un caso de protección del dato ni de su contenido, sino de ilicitud de ciertos usos del mismo.

– *La propiedad sobre el soporte de los datos*

Todos los datos, incluso los que están alojados en «la nube» (nombre que muchas veces reciben servidores de AWS o de otros proveedores de servicios de alojamiento o *hosting*), están presentes en uno o más soportes electrónicos. El soporte de los datos, el dispositivo electrónico o disco duro en el que éstos están alojados (muchas veces, un servidor, a veces situado en lugares insospechados), es naturalmente objeto de propiedad, dada su realidad física. Esa propiedad otorga ciertas facultades jurídico-reales de disposición sobre la cosa, que incluyen –en principio, y salvo que haya una norma o un contrato que lo prohíban o limiten– el alojamiento de datos, el acceso a los mismos, su tratamiento, explotación, modificación y actualización, su borrado, y la facultad de excluir a terceros en el acceso (directo o remoto) al dispositivo físico. El ejercicio de estas facultades ha de coherenciarse con las obligaciones legales y contractuales: las legales, por ejemplo, se traducen en la necesidad de una base legitimadora de las previstas en el artículo 6 RGPD o en la obligación de adoptar medidas de seguridad para la protección de los datos de carácter personal, pero también en las derivadas de la legislación de propiedad intelectual y secreto empresarial; las contractuales, normalmente adquiridas con los titulares de los datos, pueden dar lugar a obligaciones de mantenimiento de la disponibilidad del servidor, garantía de acceso, intangibilidad de los datos, ciberseguridad, etc. (éstas últimas dan lugar a responsabilidad contractual ante el acreedor de dicha obligación).

Y el explotador de ciertos dispositivos electrónicos en los que presta servicios de almacenamiento (*hosting*, que consiste en «albergar datos proporcionados por el destinatario»), cumpliendo ciertos requisitos, también tiene en su caso la exención de responsabilidad

la protección opera en virtud de la propiedad intelectual.

del artículo 16 LSSI⁶⁰, que no se aplica al responsable de los datos: una razón más para no confundir el primero con el segundo.

Sobre los dispositivos físicos que albergan los datos cabe también posesión, la antes llamada tutela interdictal (la del actual art. 250 LEC), y todo aquello que está ligado al dominio.

VII. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS SOBRE EL RÉGIMEN CIVIL DE LOS DATOS NO PROTEGIDOS

En este apartado haremos un análisis algo más detallado de los aspectos civiles de una realidad que no ha sido adecuadamente tratada en la doctrina civil: la de los datos que llamaremos «no protegidos», por no ser de carácter personal y no existir sobre ellos un derecho de propiedad conforme a lo anteriormente expuesto.

– Titularidad

Como bienes jurídicos, tanto los datos de no protegidos como el contenido de los mismos pueden tener un titular. El titular del bien jurídico es aquél que será indemnizado si éste se lesiona.

Esta titularidad de los datos no protegidos y de su contenido, como bien jurídico susceptible de aprovechamiento (no exclusivo) o lesión, resulta de su mera disposición: es titular del bien aquel a cuya disposición están lícitamente, bien por haberlos generado, bien por haberlos recibido de un tercero.

La generación de datos no protegidos en beneficio de su titular puede hacerse de muchas formas: bien a través del trabajo personal de creación de nuevos contenidos digitales (cuando no llegue a

⁶⁰ Artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información («LSSI»): «Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos. 1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador».

constituir creación original, pues en tal caso sería propiedad intelectual), o mediante un interfaz de usuario denominado *data producer* (en el que otras personas introducen información), o a través de la digitalización de datos analógicos, o mediante anonimización de datos de carácter personal (que dejan de serlo y pasan a tener un nuevo titular), o bien a mediante mecanismos de inteligencia artificial aplicados a *big data*, la llamada «minería de datos».

– ¿Posesión?

Cuestión difícil es la de la posesión de los datos no protegidos. Obviamente, la respuesta a esta pregunta dependerá del concepto más laxo o más estricto que se tenga de la posesión como institución jurídica. A mi juicio, sin perjuicio de la posesión de derechos⁶¹, no cabe posesión en sentido escrito de aquello que no es susceptible de apropiación. Así lo dispone el artículo 437 C.c.: «solo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación».

Hemos visto ya que los datos no protegidos, como su contenido, no son susceptibles de apropiación. La consecuencia lógica es que –en mi opinión– no pueden poseerse⁶², aunque sí pueden ser objeto de mera tenencia.

Hay opiniones doctrinales sobre la posesión de bienes inmateriales, pero se refiere fundamentalmente a los derechos de propiedad intelectual e industrial (que algunos consideran poseíbles como tales derechos⁶³ y otros en cambio no⁶⁴, estos últimos con apoyo

⁶¹ Parte de la doctrina limita los derechos susceptibles de posesión: por ejemplo, GOMÁ SALCEDO la limita a derechos de naturaleza real o a derechos de crédito «que dan lugar a relaciones de hecho con la cosa» (*Instituciones de Derecho Común Civil y Foral*, tomo I, p. 804). Díez-PICAZO Y GULLÓN la restringen a los derechos reales (*Sistema de Derecho Civil*, III, cit., p. 99), y en otro lugar considera el primero que «la entraña misma del fenómeno posesorio se encuentra en la especial tutela jurídica a la que llamamos defensa interdicial» (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, 5.ª Ed., 2012, p. 624). Sobre esta materia véase *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* III, cit., pp. 679 y 680, donde se comenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 1974 que hablaba del medio ambiente como bien jurídico objeto de posesión, y se dice que ello suscita «alguna dificultad».

⁶² Contra, Encarnación Roca, en opinión formulada verbalmente en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

⁶³ COCA PAYERAS, M., «Artículo 437», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, vol. 1, p. 1180. Coca Payeras defiende la posesión de la propiedad intelectual como posesión de derechos, no como posesión de bienes.

⁶⁴ FUCHS MATEO, L., *La propiedad intelectual como propiedad especial a lo largo de la Historia, tesis doctoral*, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 3.

en la vieja Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1941⁶⁵).

Pero no es éste el objeto de nuestro estudio, que versa en este punto sobre los datos no protegidos. Tales datos por definición no son objeto de propiedad intelectual –por no haber en ellos creación original– o industrial, ni tampoco de secretos empresariales. La posesión de estos datos no protegidos no suele ser objeto de análisis específico por la doctrina, pero podría aplicarse a ella la opinión genéricamente contraria a la posesión de bienes inmateriales (sin perjuicio de la posesión de los objetos en los que se materializan), expresada con distintos matices por Coca Payeras⁶⁶ y por Bustos Gómez Rico⁶⁷. La posesión comporta una nota de exclusión de terceros que no es adecuada a la situación de mera tenencia de la información no protegida (o de su representación digital), que puede ser simultánea y compatible para muchas personas a la vez.

Los datos no protegidos, y su contenido, no entran tampoco en la categoría de «derechos», que sí son susceptibles de posesión. Los derechos de crédito sobre los datos (por ejemplo, el derecho contractual que exista frente al proveedor de servicios digitales que los aloja), que a mi juicio sí pueden poseerse, no se confunden con los datos a los que esos derechos de crédito se refieren (ni tampoco con el contenido de dichos datos).

Que no quepa posesión de los datos no protegidos no significa que no sea posible, en determinadas circunstancias, hacer uso del juicio verbal establecido en el artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (los antiguos interdictos). Pues, por ejemplo, el artículo 250.4 da acción a quienes «pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute». Como recuerda J. M. Miquel, esta tutela antes llamada interdictal no solo se concede al poseedor, y ello viene corroborado por la letra actual del precepto, que habla de «tenencia» como base legitimadora de

⁶⁵ «Que la propiedad industrial constituye una de las categorías de productos intelectuales, amparada y regulada como clase independiente por el Derecho moderno, el cual atribuye al inventor el disfrute exclusivo de lo que es producto de su espíritu, de su idea, concediéndole un derecho que, a diferencia de los llamados derechos reales que tienen por objeto siempre cosas concretas materiales, es de carácter inmaterial no susceptible de posesión, entendida ésta en el sentido de posibilidad actual y exclusiva de ejercer un poder de hecho sobre la misma cosa.»

⁶⁶ Este autor en realidad afirma la posesión de la propiedad intelectual sobre bienes inmateriales, en la forma de posesión de derechos. Cuando no hay propiedad intelectual que poseer, y por tanto no cabe posesión de derechos, la conclusión defendida, a *sensu contrario*, parece ser la imposibilidad de posesión, aunque este corolario llega a formularse expresamente. *Vid.* COCA PAYERAS, M., *ibidem*, 1993, vol. 1, p. 1180.

⁶⁷ DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., «Artículo 437», *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2000, p. 395.

la acción, contrapuesta a «posesión». De los datos no protegidos sí cabe mera tenencia.

La falta de posesión en sentido técnico jurídico (unida a la falta de propiedad, como hemos visto) sobre los datos no protegidos tiene diversas consecuencias, por ejemplo en materia de prenda, que no resulta posible sobre los datos no protegidos (art. 1864 C.c.: «pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión»)⁶⁸.

Sí cabe, en cambio, verdadera posesión de las cosas que alojan los datos: servidores, pendrives, etc., como ya se ha dicho.

– *Circulación*

Los datos, por su propia naturaleza ubicua y deslocalizada, son especialmente aptos para circular, cambiando de localización. La libre circulación de datos no personales en la Unión Europea se ha considerado tan relevante para garantizar los principios comunitarios y la libre competencia dentro del mercado único, que se ha aprobado un Reglamento comunitario para garantizarla (Reglamento UE 2018/1807, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea), complementado por una Comunicación de la Comisión⁶⁹. Diversas normas administrativas obligaban a los operadores económicos a localizar los datos en servidores situados dentro de sus respectivos territorios nacionales. Este Reglamento dispone en su artículo 4 que «los requisitos para la localización de datos estarán prohibidos, salvo que estén justificados por razones de seguridad pública de conformidad con el principio de proporcionalidad». Es más una norma de Derecho público que de Derecho privado, pero pone de manifiesto que los datos están hechos para circular y que la circulación de los datos es esencial para el desarrollo de la sociedad de la información.

– *Portabilidad*

La portabilidad de los datos se distingue de su libre circulación, y se refiere al derecho que en ocasiones el ordenamiento atribuye a

⁶⁸ Lo cual no debe confundirse con la cesión en garantía de los derechos de crédito frente a proveedores de servicios digitales, que permitan acceder a tales datos no protegidos, u otros derechos de crédito relativos a los datos no protegidos.

⁶⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 29 de mayo de 2019 COM (2019) 250 final «Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea».

la persona a la que tales datos incumban para solicitar y obtener de los proveedores de servicios digitales una copia de los mencionados datos en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, bien para que le sean remitidos a él, bien para que se transmitan directamente de responsable a responsable, cuando sea técnicamente posible. Este derecho fomenta la libre competencia, al facilitar el cambio de proveedor de servicios digitales.

El derecho a la portabilidad no se reconoce en los mismos términos en los datos de carácter personal (en los que existe un derecho fundamental involucrado) que en los datos de carácter no personal. En los datos de carácter personal, el artículo 20 del RGPD reconoce el derecho a la portabilidad de los datos; en los de carácter no personal, el artículo 6 del Reglamento UE 2018/1807 antes citado tan solo obliga a que la Comisión Europea fomente y facilite la elaboración de códigos de conducta autorreguladores que lo permitan.

La razón de este distinto trato ha de buscarse en el debate doctrinal sobre los inconvenientes del reconocimiento del derecho a la portabilidad⁷⁰, que en el caso de los datos de carácter personal son superados por la existencia del derecho fundamental que en cambio no existe en los datos de carácter no personal.

No obstante, en casos muy limitados cabe encontrar derechos de portabilidad que afecten a datos no personales, que como se ha dicho no se reconoce con carácter general⁷¹.

⁷⁰ Fundamentalmente tres: (i) su elevado coste económico para las pequeñas y medianas empresas (la escritura en código EIM comporta más costes), (ii) la posible lesión de derechos de propiedad intelectual o industrial o de secretos empresariales (advirtiéndose que los datos no personales sobre los que cabría en su caso portabilidad son los entregados y los observados, pero no los inferidos ni los deducidos, ni tampoco los elaborados por dispositivos de inteligencia artificial con base en los datos entregados y observados), y (iii) los riesgos para la seguridad (mayores si existe portabilidad). Por otro lado, los artículos 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia tutelan frente a aquellos proveedores de servicio que abusen de posición de dominio, lo que constituye un remedio alternativo a la portabilidad.

Por estos motivos, varios autores se han mostrado críticos con el reconocimiento general de un derecho a la portabilidad: DIKER VANBERG, A. y Ünver, MB, «The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamyc duo?», *European Journal of Law and Technology*, vol. 8, No. 1, 2017, exponen las tres razones mencionadas más arriba; SWIRE, P. and LAGOS, Y., «Why the right to data portability likely reduces consumer welfare: Antitrust and Privacy Critique», *72 Maryland Law Review*, 335 (2013) ponen de manifiesto que el derecho de la competencia usa un «rule of reason» en lugar de un «per se approach»; la portabilidad «fails to weigh pro-competitive efficiencies against anti-competitive harms»; y por último ENGELS, B., «Data portability among online platforms», *Internet Policy Review*, Vol. 2 Issue 2 (2016): defiende la portabilidad en buscadores, pero no siempre en *marketplaces* o en redes sociales.

⁷¹ Por ejemplo, en el artículo 16.4 de la Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, se reconoce un derecho a la portabilidad de contenidos digitales (que pueden incluir datos no personales) a los consumidores cuando se resuelva el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales.

Por su parte, el artículo 95 LOPG dispone que «los usuarios de servicios de redes sociales y servicios de la Sociedad de la información equivalentes tendrán derecho a reci-

– *Transmisión inter vivos*

Donde hay titularidad de un bien jurídico, salvo que exista una norma prohibitiva (como la del art. 525 C.c. para los derechos de uso y habitación), hay posibilidad de transmisión del mismo. Cabe citar, por analogía, el artículo 1112 Cc, relativo a la transmisión de créditos.

La transmisión mediante compraventa de los datos no protegidos, y de su contenido, no exige que éstos sean susceptibles de apropiación. Los artículos 1526 ss. C.c. contemplan la compraventa de «créditos y derechos incorporales», entre los que incluyen derechos de crédito, créditos litigiosos, o conjuntos de «derechos, rentas o productos». Y se habla de *emptio spei*, de compraventa de oportunidades de negocio, de la compraventa de la información exclusiva o no exclusiva, de la compraventa de empresas (que no son cosas estrictamente hablando, como se ha dicho), etc. Ningún obstáculo existiría por tanto a la compraventa de los datos no protegidos o de su contenido, si tiene algún valor.

– *Otros negocios jurídicos*

Dentro de la autonomía de la voluntad cabe todo tipo de negocios jurídicos sobre datos no protegidos. Para la licitud de un negocio jurídico no es necesario que su objeto sea una cosa apropiable, susceptible de derecho de propiedad.

Estos negocios jurídicos, en su mayoría atípicos, son similares a los que se celebran con otros bienes incorporales como la propiedad intelectual. De esta forma, existirán negocios jurídicos relativos al acceso a los datos (licencias exclusivas o no exclusivas, normalmente temporales y a veces territoriales), a su eventual descarga, a su tratamiento o transformación para la creación de datos derivados (para fines propios del adquirente de tal derecho), a su patrocinio publicitario, a su explotación económica (incluyendo la comercialización de derechos de acceso a cambio de datos de carácter personal de los usuarios), a su mantenimiento y protección contra riesgos informáticos, y a su alojamiento.

bir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios, así como a que los prestadores los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible». Este precepto solo se aplica a usuarios de servicios de redes sociales y servicios equivalentes.

Y, por último, el artículo 96 LOPG establece como se verá las reglas aplicables a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la información sobre personas fallecidas, que en ocasiones puede dar lugar a la portabilidad de datos no personales.

Pero se trata, en los tres casos y en lo que a los datos no personales se refiere, de supuestos aislados y no de manifestaciones de un principio general, que solo existe en relación con los datos personales.

De hecho, en el momento en que se escriben estas líneas está siendo publicada la nueva Directiva UE 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, que contempla un negocio jurídico que permite a un consumidor (o a un tercero elegido por éste) el acceso o descarga a un contenido digital ofrecido por un empresario, y regula cuestiones tales como la conformidad de los contenidos digitales con el contrato, así como su correcta integración por el proveedor, la responsabilidad por incumplimiento, la resolución y la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios, así como la posibilidad de que el proveedor modifique (en su caso) o actualice los contenidos durante la vida del contrato.

– Sucesión

A raíz de alguna reciente resolución judicial y de la también reciente aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en lo sucesivo, «LOPDG»), la doctrina ha comenzado a interesarse por la sucesión en los datos, tanto de carácter personal como no personal. Destaca en este campo Sergio Cámara, que ha disertado sobre esta materia con lucidez y acierto el 24 de enero de 2019 ante el Colegio Notarial de Madrid⁷².

La materia es mucho más amplia de lo que permitiría el alcance de este trabajo. La mayoría de las resoluciones judiciales comentadas y de la legislación aprobada (por ejemplo, el art. 3, y también el 96.2 LOPDG) se refiere fundamentalmente a datos de carácter personal de la persona fallecida, aunque ocasionalmente incide en los contenidos digitales de carácter no personal (en particular, el art. 96 LOPDG).

Por otro lado, como se ha dicho anteriormente, el concepto de «datos» es más amplio que el de contenidos digitales gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, al que se limita el artículo 96 LOPDG. La sucesión ha de referirse a todos los datos de los que legalmente disponga la persona fallecida.

Es a mi juicio acertada la posición de Sergio Cámara, que distingue entre aquello que no forma parte de la herencia (la tutela *post mortem* de los aspectos personales o morales de la personalidad) de aquello que, conforme a los artículos 659 y 661 C.c., forma parte de la herencia por constituir bienes y derechos que no se extinguen por

⁷² CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 84, marzo-abril 2019.

la muerte del causante. Los contenidos digitales, que podrán no ser datos de carácter personal, estarían entre éstos últimos, junto con otros datos no personales.

Cabría añadir que en la herencia puede haber también, además de contenidos digitales y otros datos no personales, derechos de crédito adquiridos contractualmente frente a proveedores de servicios digitales (que podrán ser utilizados mediante credenciales, como apunta Cámara), que si no se extinguen por muerte del acreedor formarán parte de la herencia.

Y, por supuesto, los dispositivos en los que se alojan los datos son cosas susceptibles de propiedad y como tales incluidas en la herencia (con la facultad dominical de usarlas para acceder a su contenido, salvo que alguna norma lo prohíba, lo que no será frecuente tratándose de datos de carácter no personal, a la luz de la amplitud del art. 96.1 LOPDG, o el finado hubiera manifestado su voluntad contraria, como permite el mismo art. 96.1 citado).

Una vez determinado el objeto de la sucesión, en la que estarán la mayoría de los datos no protegidos, el artículo 96.1 LOPDG atribuye derechos adicionales de acceso a los contenidos digitales a otras personas distintas de los herederos: en principio, si el interesado no lo prohíbe, a una larga lista de parientes y allegados («personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos», el «albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello», y otros en caso de menores o «personas con discapacidad» –no parece que haga falta incapacitación civil). Tal previsión normativa es muy criticable, y con seguridad contraria al deseo del finado, especialmente en lo que respecta a los datos de carácter personal (que ahora no hacen al caso), pero también a los de carácter no personal. Cuesta creer que nadie desee que su identidad digital sea expuesta tras su muerte a todas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Y el artículo 96.1 LOPDG (que se aplica también por referencia al 96.2 LOPDG, relativo a los perfiles personales en redes sociales), es un ejemplo claro de deficiente técnica legislativa: no identifica correctamente a las personas que alude (¿qué tipo y grado de parentesco basta para el acceso? ¿los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, o se acumulan todos? ¿qué personas son «vinculadas de hecho» al fallecido, al no incluirse referencia alguna a la naturaleza afectiva de la relación?), no establece la prelación entre todos ellos (parece que todo el colegio de llamados, salvo exclusión expresa del fallecido, podrán compartir los contenidos), y tampoco resuelve los problemas que puedan suscitar las

voluntades contrapuestas de unos y otros (lo que se resolvería fácilmente optando por una categoría: por ejemplo, los herederos).

Si tiene alguna justificación separar el acceso y la protección de los datos de carácter personal de la herencia, no la tiene a mi juicio llamar a personas diferentes de los herederos al acceso *post mortem* a los contenidos digitales no personales del causante. Adviértase que no hay dos herencias, una para los bienes físicos y otra para los contenidos y derechos de crédito digitales: la herencia es solo una, y por tanto el llamamiento a los herederos también debería serlo.

Lo que hace el artículo 96.1 LOPDG es una suerte de llamamiento *ex lege* en paralelo al sucesorio regulado en el Código Civil, limitado a lo que respecta al acceso a los contenidos digitales. Dicho llamamiento paralelo es completamente criticable, pues los datos de carácter no personal son, como los restantes bienes y derechos del finado que no se extingan por la muerte, bienes integrados en la herencia y deben corresponder a los herederos o a quien el causante designe. Y, en cuanto al contenido de este llamamiento, se desconocen las facultades que comporta dicho acceso para los datos de carácter no personal (por ejemplo, las de copia, actualización, modificación y borrado), fuera de lo que para los datos de carácter personal dispone el artículo 3.2 LOPDG. Dada la mala factura del precepto, considero preferible interpretarlo estrictamente y limitar este contenido a lo que dice la Ley: el mero acceso. Las demás facultades corresponderán por tanto a los herederos, en defecto de persona designada por el interesado a tal efecto.

Como es sabido, la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales, fue declarada parcialmente inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2019.

– *Tutela aquiliana*

Es clara, a mi juicio, la tutela aquiliana de los datos, como la de cualquier otro bien jurídico que pueda ser lesionado. La protección de los datos mediante responsabilidad civil extracontractual es perfectamente acorde con la letra y con el espíritu del artículo 1902 C.c.

VIII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO APLICABLE

Como se ha explicado, la ubicación de los datos es normalmente irrelevante en términos económicos, y resulta fácil e inmediatamente mutable. Los datos pueden estar en varios sitios a la vez simultáneamente (en diversos servidores ubicados en continentes

distintos), a veces lo están de forma fragmentada en una «nube» virtual que usa un conjunto de servidores situados en varios Estados (no siendo accesibles en ninguno de ellos por separado). La primera pregunta que ha de contestarse es, por tanto, ¿qué Ley será la aplicable para determinar el régimen jurídico de los datos?

Ante todo, la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable, que como dice el artículo 12 C.c., «se hará siempre con arreglo a la ley española». Con arreglo a esta Ley, el contenido de los datos (que arrastra consigo al régimen jurídico del dato mismo) puede ser un derecho fundamental, o bien objeto de propiedad intelectual o industrial, o un derecho de propiedad, o nada de lo anterior.

La complejidad de la tarea de buscar un punto de conexión para los datos, personales o no, se refleja adecuadamente en este texto de Carrascosa⁷³: «si los datos personales se recogen, a través de Internet, y se refieren a un sujeto belga residente en España, datos que se tratan y almacenan en Francia por la filial establecida en Alemania, de una empresa norteamericana, es preciso determinar» la Ley aplicable a cada aspecto de esta situación.

El Derecho internacional privado clásico no responde adecuadamente a los específicos problemas que suscitan los datos, respecto de los cuales los puntos de conexión clásicos no funcionan correctamente. Por ello, se han creado nuevas normas de conflicto, especialmente en materia de datos de carácter personal.

— *Leyes penales y administrativas (excepto RGPD)*

El artículo 8.1 del título preliminar del Código Civil aclara que «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español». Este precepto ha sido objeto de interpretación correctora por parte de la doctrina⁷⁴, en el sentido de que dichas normas imperativas se aplican a los actos realizados en España, con independencia de que se hallen o no en España las personas que los realizan.

En materia de datos, dos son los supuestos en los que cabe aplicar las normas penales, de policía y de seguridad pública españolas: (i) datos alojados en servidores situados en España, y (ii) actividad que tiene lugar en España.

⁷³ CARRASCOSA, J., en CALVO/CARRASCOSA, «Obligaciones extracontractuales», en *Derecho internacional privado*, volumen II, 2018, 18.ª ed., Granada, pp. 1250-1255.

⁷⁴ CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, p. 358.

Por lo que hace a la primera cuestión, habría que introducir una salvedad respecto de la interpretación correctora del artículo 8 Cc normalmente aceptada por la doctrina: a los datos ubicados en servidores situados en España (y a las actividades de terceros sobre ellos, como por ejemplo los ciberataques) les serán de aplicación en principio las leyes penales, de policía y de seguridad pública españolas, aunque la actividad a la que se refiera se realice fuera de España y el prestador del servicio esté ubicado fuera de España. Los servidores informáticos no gozan de extraterritorialidad, ni la confieren a los datos incluidos en ellos. El artículo 11.2 de la LSSI⁷⁵ establece la posibilidad de bloquear el acceso desde España a determinados datos situados en el extranjero, con la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación: *a fortiori*, procederá aplicar el derecho interno a datos que no solo sean accesibles desde España, sino que incluso estén situados en España. Piénsese en contenidos contrarios al orden público, relativos a pornografía infantil o tráfico ilegal de armas. Tales datos alojados en servidores españoles han de poder ser bloqueados aplicando el Derecho español, con independencia de dónde estén ubicados el prestador del servicio o su destinatario. Adviértase que en ocasiones los datos estarán en una «nube» virtual que implica a servidores de varios Estados, lo que puede hacer técnicamente difícil o imposible actuar solo sobre el servidor situado en España si no se tiene acceso a los restantes: pero esto será una dificultad de orden técnico, no jurídico.

Ello sin perjuicio de que en muchos casos serán de aplicación las exenciones de responsabilidad que la propia Ley española establece para los prestadores de servicios de intermediación: operadores de redes y proveedores de acceso, prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos, prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, y prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (arts. 14 ss. de la LSSI). En estos casos, es la Ley española la que se aplica, aunque dicha Ley –siguiendo la Directiva comunitaria– excluya la responsabilidad de quien hospeda o maneja los datos desde territorio español, si concurren determinados requisitos (no, en caso contrario).

Desde otra perspectiva, los datos alojados en servidores localizados en España pueden ser relevantes a efectos del artículo 8.1 Cc en cuanto bienes susceptibles de ser dañados mediante *malware* o destrucción física.

En lo que respecta a la segunda cuestión (la delimitación de cuándo se entiende que la actividad tiene lugar en España), el

⁷⁵ Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información.

artículo 8 Cc. ha de interpretarse conjuntamente con la LSSI. La actividad relativa a los datos puede ser difícil de ubicar, sea en España o en otro Estado. La propia LSSI declara su aplicabilidad (acompañada implícitamente de la de las leyes penales y de policía) a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que estén establecidos en España u operen a través de establecimiento permanente situado en España (art. 2), así como en ciertas materias⁷⁶ (no en todas) a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otros países comunitarios cuando el destinatario de los servicios radique en España (art. 3 LSSI); y tratándose de un prestador extracomunitario, en todas las materias cuando los servicios estén dirigidos específicamente al territorio español (art. 4.1 LSSI), a cuyo efecto habrá de tenerse en cuenta la lengua utilizada, el lugar de prestación de los servicios en el mundo físico, etc.⁷⁷.

Adviértase que en las materias del artículo 3 LSSI, que constituye una norma de Derecho internacional privado, el Derecho español será de aplicación cuando el prestador esté establecido en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo. Llama la atención que una regla similar no se prevea para aquellos casos en los prestadores de servicios establecidos en Estados no comunitarios ni del EEE. Se entiende que la Directiva

⁷⁶ a) Derechos de propiedad intelectual o industrial.
b) Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.
c) Actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios.
d) Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores.
e) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato.
f) Licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas.

⁷⁷ Véase a este respecto, a título de ejemplo, lo que dispone en un supuesto análogo el Considerando 23 del RGPD: «Con el fin de garantizar que las personas físicas no se vean privadas de la protección a la que tienen derecho en virtud del presente Reglamento, el tratamiento de datos personales de interesados que residen en la Unión por un responsable o un encargado no establecido en la Unión debe registrarse por el presente Reglamento si las actividades de tratamiento se refieren a la oferta de bienes o servicios a dichos interesados, independientemente de que medie pago. Para determinar si dicho responsable o encargado ofrece bienes o servicios a interesados que residan en la Unión, debe determinarse si es evidente que el responsable o el encargado proyecta ofrecer servicios a interesados en uno o varios de los Estados miembros de la Unión. Si bien la mera accesibilidad del sitio web del responsable o encargado o de un intermediario en la Unión, de una dirección de correo electrónico u otros datos de contacto, o el uso de una lengua generalmente utilizada en el tercer país donde resida el responsable del tratamiento, no basta para determinar dicha intención, hay factores, como el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en uno o varios Estados miembros con la posibilidad de encargar bienes y servicios en esa otra lengua, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión, que pueden revelar que el responsable del tratamiento proyecta ofrecer bienes o servicios a interesados en la Unión».

no contemplara este supuesto, pero acaso la Ley española debería haberlo hecho.

Con carácter adicional a lo anterior, el ámbito de aplicación del artículo 8.1 C.c. es mayor que el de la LSSI. La propia LSSI se declara en su artículo 1.2 subsidiaria respecto de las normas vigentes en determinadas materias:

«Las disposiciones contenidas en esta Ley se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas estatales o autonómicas ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad pública, incluida la salvaguarda de la defensa nacional, los intereses del consumidor, el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la protección de datos personales y la normativa reguladora de defensa de la competencia.»

La finalidad de la LSSI, que transpone una Directiva comunitaria, es promover la libre prestación de servicios dentro del mercado único. Sus preceptos tienen en cuenta principalmente el Derecho administrativo económico, y en particular la necesidad o no de título habilitante para el ejercicio de la actividad y los requisitos generales exigibles a ésta dentro del ámbito normativo coordinado. De ahí la subsidiariedad de la LSSI en otras materias ajenas a dicho ámbito.

Cabe por tanto que la LSSI española no fuera aplicable pero las leyes penales y de policía españolas sí lo sean conforme a su propio punto de conexión del artículo 8.1 C.c.: por ejemplo, cuando otros bienes jurídicos protegidos situados en España (incluido el daño patrimonial de la víctima, en estafas como la «carta nigeriana») sean dañados como consecuencia del delito o infracción administrativa cometidos a través de servicios de la sociedad de la información por un no residente en la UE que no se dirija específicamente al territorio español.

– *En particular, legislación sobre protección de datos de carácter personal*

En materia de datos de carácter personal, la regla general aplicable es la Ley del Estado en el que tenga su establecimiento principal el que trate los datos, sea responsable o encargado del tratamiento⁷⁸, salvo que ese Estado no pertenezca a la Unión Europea.

Ello se debe a que en esta materia de carácter administrativo Derecho material aplicable y competencia administrativa interna-

⁷⁸ CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Editorial Colex, Madrid, 2001.

cional son indisociables, y el RGPD (art. 56) atribuye la competencia a la autoridad de control del establecimiento principal o del único establecimiento del responsable o del encargado de tratamiento. Esta norma desplaza la jurisprudencia anterior del TJUE⁷⁹.

Adicionalmente, cada autoridad de control será también competente para tratar las reclamaciones presentadas o las infracciones cometidas cuando unas y otras se refieran únicamente a un establecimiento situado en su Estado miembro o únicamente afecte de manera sustancial a interesados de su Estado miembro (art. 56.2 RGPD).

Adviértase que existen otras excepciones en el RGPD, como la relativa a los datos tratados por Tribunales o por Autoridades públicas.

El principal problema radica en los casos en los que el responsable o encargado del tratamiento que trata los datos personales no esté establecido en la Unión Europea. En teoría, el RGPD se aplica también extraterritorialmente, como resulta de su artículo 3.2, a los tratamientos hechos por responsables o encargados no establecidos en la Unión Europea cuando tiene lugar (i) en relación con la oferta de bienes o servicios a interesados en la Unión Europea⁸⁰ o (ii) con la monitorización de su comportamiento, si dicho comportamiento tiene lugar en la Unión⁸¹.

En tales casos, si el lugar de la Unión Europea en el que concurre alguna de estas circunstancias está situado en España, el Derecho español será aplicable por considerarse realizada la actividad relativa a los datos en territorio español.

En la práctica, tal aplicación extraterritorial se antoja difícil, al no estar coordinada internacionalmente, y puede dar lugar a la aplicación simultánea de las leyes de varios Estados diferentes.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de octubre de 2015, asunto C230/14 («Weltimmo s.r.o.»), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Kúria [Tribunal Supremo] (Hungría), mediante resolución de 22 de abril de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de mayo de 2014.

⁸⁰ En relación con esta cuestión, véase la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010, asuntos C-585/08 y C-144/09 acumulados, «Pammer».

Véase asimismo el Considerando 23 del RGPD, antes citado.

⁸¹ Véase el Considerando 24 RGPD: «El tratamiento de datos personales de los interesados que residen en la Unión por un responsable o encargado no establecido en la Unión debe ser también objeto del presente Reglamento cuando esté relacionado con la observación del comportamiento de dichos interesados en la medida en que este comportamiento tenga lugar en la Unión. Para determinar si se puede considerar que una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes».

Otros problemas difíciles surgen en caso de corresponsables del tratamiento, o en caso de discrepancia entre el establecimiento principal del responsable del tratamiento y el del encargado del tratamiento. En todos estos casos, habrá que aplicar a cada actor (responsable o encargado) la Ley correspondiente al Estado en el que tenga su principal establecimiento.

Pese a tratarse de un derecho fundamental, no parece razonable aplicar el fuero personal del artículo 9.1, por cuanto se trata de normas de policía de aplicación territorial conforme al artículo 8 Cc. Si la actividad se realiza fuera de España y no concurre el supuesto del artículo 3.2 RGPD, no está sujeta a Derecho español.

En relación con la Ley aplicable a la responsabilidad civil asociada a la infracción administrativa, normalmente no habrá cuestión porque la regulación es uniforme en Europa (art. 82 RGPD).

– *El Derecho privado aplicable a la propiedad intelectual o industrial*

Los datos cuyo contenido sea reconocido como propiedad intelectual o industrial tienen su propio punto de conexión, que conduce al país para cuyo territorio se reclama la protección (art. 8 del Reglamento Roma II 864/2007⁸², en lo sucesivo «Roma II» y art. 10.4 C.c.).

– *El Derecho privado aplicable a los secretos empresariales y a los datos no protegidos*

Más difícil es determinar la regla de Derecho internacional privado aplicable a los datos de carácter no personal.

Los datos que constituyan secretos empresariales con arreglo a la Ley de Secretos Empresariales⁸³ serán considerados objeto de propiedad. No obstante, no se les aplicará la *lex rei sitae* (art. 10.1 C.c.), inaplicable a mi juicio para bienes incorpóreos ligados a actividades más que a cosas. Los datos, sean de carácter personal o no, no son cosas, como se ha expuesto anteriormente. Su ubicación es casual, desconocida para su titular (cuando se opera en la nube),

⁸² Reglamento (CE) Núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»).

⁸³ a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;

b) Tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y

c) Haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

mutable y ubicua (pueden estar simultáneamente en varios servidores a la vez). Por ello, la *lex rei sitae*, que en muchas ocasiones conducirá al ordenamiento jurídico de California (datos albergados en la nube en un servidor localizado en ese Estado) no resulta adecuada. Creemos que es más correcto aplicar a los secretos empresariales la norma de conflicto de los datos no protegidos.

Pero tampoco es fácil, por su parte, determinar la norma de conflicto aplicable a los datos no protegidos. Obviamente, cuando se trata de relaciones contractuales o precontractuales –derechos de crédito frente al prestador de servicios digitales– habrá que aplicar las normas de conflicto correspondientes (Reglamento Roma I 593/2008 y art. 12 del Reglamento Roma II). La Ley aplicable a las obligaciones contractuales será la del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación más característica del contrato, que será el proveedor de servicios digitales, incluso cuando se permuten éstos por datos personales del usuario. No obstante, tratándose de consumidores y usuarios habrá que aplicar la norma específica en la materia (ley del lugar de residencia habitual del consumidor o usuario), a la que conducen tanto Roma I (art. 6, con ciertos matices) como la LSSI (arts. 3.1.d) y 29, relativo al lugar de celebración del contrato).

Cuando la vulneración de los datos no protegidos dé lugar a competencia desleal o se traduzca en reclamaciones de daños extracontractuales, será de aplicación el Reglamento Roma II. Será necesario en tal supuesto estudiar las circunstancias existentes, pero en muchos casos podrá ser de aplicación el punto de conexión de la competencia desleal, que conduce –con ciertas excepciones– a la Ley «del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados» (art. 6 Roma II). Si no hay competencia desleal, en principio habrá que aplicar la Ley del lugar donde se produce el daño si se ha producido una lesión que genere una acción de responsabilidad extracontractual, artículo 4.1 de Roma II, salvo que haya vínculos más estrechos con otro ordenamiento (art. 4.3 Roma II).

Tratándose de datos no protegidos o *know-how*, de ubicación irrelevante y difícil, no será extraño que los vínculos más estrechos no existan con el lugar donde están alojados los datos. Los datos son ubicuos y en realidad debería ser irrelevante a estos efectos dónde estén ubicados. Por eso, tratándose de datos no protegidos o de *know-how*, quizás sea frecuente que el Estado con el que el caso presenta vínculos más estrechos sea el Estado en el que esté establecido el prestador de servicios de la sociedad de la información afectado, y tratándose de consumidores el lugar de residencia habi-

tual del consumidor. Éste sería a mi juicio el punto de conexión más defendible.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en su Sentencia de 25 de octubre de 2011 (asunto eDate)⁸⁴ que la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información (de la cual es transposición la LSSI) no contiene una norma de conflicto, pero exige que la norma de conflicto de los Estados miembros, dentro del ámbito coordinado (fundamentalmente, normas que afecten a la prestación de servicios de la sociedad de la información) que incluye normas de Derecho civil, no conduzca a una ley material más restrictiva que la propia del Estado donde esté establecido el prestador de los servicios de la sociedad de la información. Este criterio no obligaría a modificar la conclusión anterior, salvo que el Derecho español resulte aplicable y sea más restrictivo para el prestador de servicios de la sociedad de la información que la legislación del Estado de establecimiento de este último.

– *Breve referencia a los Tribunales competentes*

En materia de competencia judicial internacional, habrá que aplicar las reglas del Reglamento UE 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, modulado por el artículo 79.2 y el Considerando 147 del RGPD en el ámbito de la protección de datos de carácter personal.

Las reglas generales del Reglamento UE 1215/2012, aplicables a los datos de carácter no personal, pueden presentar particulares dificultades en determinados puntos de conexión:

- El «lugar el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda» [fuero contractual, art. 7.1.a)]. Cuando el servicio sea electrónico, habrá de tenerse en cuenta las normas generales sobre ubicación de los servicios prestados en forma electrónica.
- El lugar «donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso» (fuero delictual o cuasidelictual, art. 7.2). Si los daños *ex delicto* o por responsabilidad extracontractual se producen en España, los Tribunales españoles son competentes y el Derecho material aplicable será el español. Como han puesto de manifiesto Calvo Caravaca y Carrascosa, este

⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH vs. X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited*, Recopilación, 2011, p. I-10269. [ECLI: EU: C:2011:685]

punto de conexión puede dar lugar a situaciones ilógicas, en las que un excesivo número de jurisdicciones resulte competente simultáneamente⁸⁵. Tratándose de datos, cuya ubicación es accidental e irrelevante, el lugar de producción del daño puede no ser evidente. Aunque la norma aplicable por razón del tiempo es diferente, resulta pertinente a este respecto utilizar el criterio establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2011 (asunto eDate, citada anteriormente), que entiende que el lugar donde se haya producido el hecho dañoso puede ser tanto el lugar del hecho causal (lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información causante del daño) como el lugar donde el daño se sufre (centro del intereses de quien lo ha sufrido).

En cuanto al artículo 79.2 del RGPD, aplicable a los datos que sean de carácter personal, este precepto permite entablar acciones bien ante los Tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento, bien en los Tribunales del Estado miembros en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos, en cuyo caso habrá que entablarlas ante los Tribunales de ese Estado miembro.

En ambos casos, la ejecución forzosa se hará con arreglo a la legislación del Estado de ejecución (arts. 60, 61 y 66 RGPD y art. 24.5 del Reglamento UE 1215/2012).

IX. CONCLUSIONES

1. Los datos sobre los que se sustenta la economía digital son información representada simbólicamente en forma computable. Este concepto es más estricto del que se emplea en materia de protección de datos (que incluye la información con tratamiento no digital).

2. Es importante no confundir la información representada en el dato, el soporte físico del dato, el dato mismo y el objeto al que se refiere el dato. Cada una de estas realidades puede tener una naturaleza y protección jurídica diferente, que en ocasiones se proyecta sobre las restantes o interactúa con ellas. Normalmente, la protección del contenido del dato, cuando existe, afecta al dato

⁸⁵ CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Editorial Colex, Madrid, 2001.

mismo y se extiende a él. Pero el dato como tal es también objeto de una protección propia y diferenciada de la de su contenido.

3. Por su inmaterialidad, su ubicuidad o la irrelevancia de su localización, los datos no son cosas a efectos jurídicos, ni se les aplican las reglas relativas a las cosas (*lex rei sitae*). No obstante, sí son cosas los dispositivos (servidores) en los que se alojan.

4. Tanto el contenido de los datos (la información representada en ellos) como los datos mismos constituyen en todo caso bienes jurídicos susceptibles de tutela (incluso aquiliana), y en su caso además podrán ser o no objeto de un derecho fundamental, un derecho de propiedad intelectual o industrial o un secreto empresarial susceptible de propiedad.

5. Los datos de carácter personal no son objeto de un derecho de propiedad, ni del interesado titular del derecho fundamental ni tampoco del responsable de su tratamiento. La institución de la propiedad no es necesaria ni apropiada para su protección. La posición jurídica del responsable del tratamiento incluye facultades, pero también deberes, incluso de hacer, y solo puede entenderse a la luz del derecho fundamental ajeno al que se refiere.

6. Ni los datos no personales y no protegidos (por propiedad intelectual o industrial o secreto empresarial) ni su contenido (la información representada en ellos) son tampoco objeto de propiedad, aunque como bienes jurídicos son susceptibles de titularidad y tutela. No existe sobre ellos un derecho de exclusión dotado de reipersecutoriedad. No obstante, sí cabe propiedad sobre los dispositivos en los que los datos se encuentran, lo que atribuye a su dueño ciertas facultades que se proyectan sobre dichos datos en ausencia de otras normas de protección aplicables.

7. Los datos no protegidos son bienes jurídicos susceptibles de titularidad, pero sobre ellos no cabe posesión estrictamente hablando (aunque sí mera tenencia); gozan de libre circulación en la Unión Europea, pueden ser o no objeto de un derecho a la portabilidad, y pueden ser objeto de transmisión ínter vivos y de otros negocios jurídicos, así como de sucesión, en los términos expuestos.

8. Las reglas de Derecho Internacional Privado existentes son adecuadas para los datos de carácter personal, pero son insuficientes en lo que respecta a los datos de carácter no personal, debiendo aplicarse, según los casos, los puntos de conexión de la responsabilidad extracontractual, de la competencia desleal o de los vínculos más estrechos con un ordenamiento (que normalmente existirán con el ordenamiento donde el prestador de servicios de la sociedad de la información esté establecido o donde resida habitualmente el consumidor o usuario titular de los datos no personales). El lugar

en el que están situados los datos es normalmente desconocido e irrelevante a efectos de Derecho Internacional Privado, salvo por lo que respecta a la aplicación de normas penales o de policía o a la ejecución de resoluciones judiciales y administrativas en el lugar donde esté ubicado el dispositivo (servidor u otro).

9. Las reglas sobre competencia judicial internacional en materia de datos están relativamente bien resueltas en lo que respecta a los datos de carácter personal, pero existen similares carencias en lo relativo a los datos de carácter no personal, que es preciso resolver a la luz de la jurisprudencia comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I*, Ed. Edisofer, 2013, pp. 355 y 357.
- ASBROECK, B. VAN, DEBUSSCHE, J., y CÉSAR, J. (Bird Bird), *Building the European Data Economy-Data Ownership White Paper*, 1 January 2017.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª Ed., Madrid, 2017, pp. 111 ss.
- BOTTA, M., y WIEDEMANN, K., EU «Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy-Exploring the Terra Incognita», *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, núm. 18-08.
- CALABRESI, G., y MELAMED, A. D., «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, Vol. 85, p. 1089, abril 1972. También en *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 1983. https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1983.
- CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2018, 18.ª ed., Granada, pp. 358 y 1250-1255.
- CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Editorial Colex, Madrid, 2001.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 84, marzo-abril 2019.
- CLAVERÍA GONSALBEZ, L., «Artículo 333», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, vol. 1, p. 922.
- COCA PAYERAS, M., «Artículo 437», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, vol. 1, p. 1180.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 29 de mayo de 2019 COM (2019) 250 final «Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea».
- DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2000, artículo 437, p. 395.
- DE CASTRO, F., «Bienes de la personalidad», en *Estudios jurídicos del Profesor Federico de Castro*, tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997, pp. 873 ss.
- «Bienes de la personalidad», *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, pp. 7 ss.
- DETERMANN, L., «No one owns data» (february 14, 2018). *UC Hastings Research Paper*, No. 265.

- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III y IV, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III-I, 9.^a ed., Madrid, 2016.
- DIKER VANBERG, A., y ÚNVER, M. B., «The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamyc duo?», *European Journal of Law and Technology*, vol. 8, No. 1, 2017.
- ENGELS, B., «Data portability among online platforms», *Internet Policy Review*, vol. 2 Issue 2 (2016).
- FUCHS MATEO, L., *La propiedad intelectual como propiedad especial a lo largo de la Historia*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- GOMÁ SALCEDO, *Instituciones de Derecho Común Civil y Foral*, tomo I, p. 804.
- GONDRA, J. M., «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 228, 1998, pp. 493 ss.
- KATSH, E., *Law in a Digital World*, Oxford University Press, 1995, p. 241.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, rev. Delgado Echeverría, J., *Elementos de Derecho Civil*, I-3, 2005, pp. 5 a 7 y 13 a 17.
- MARÍN CASTÁN, F., *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2000, p. 7.
- MARTÍN, B., «La publicidad del dato personal no otorga per se legitimidad para su tratamiento», en <https://cms.law/es/ESP/Publication/La-publicidad-del-dato-personal-no-otorga-per-se-legitimacion-para-su-tratamiento>.
- MONTES PENADES, V., «Artículo 348», *Comentario del Código Civil*, 1993, Ministerio de Justicia, vol. 1, p. 952.
- OSBORNE CLARKE LLP, *Legal study on Ownership and Access to Data, report for the European Commission*, 2016.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (Director), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2016.
- PIÑAR MAÑAS y RECIO GAYO, *La protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, La Ley Walters Kluwer, Madrid, 2018.
- RADIN, M. J., «Proprietá e ciberspazio», *Rivista critica del diritto privato* XV-1 (1997).
- SANDEL, M., *What money can't buy*, Penguin, 2012.
- SCHWARTZ, P. M., «Property, Privacy, and Personal Data», en 117 *Harvard Law Review*, 2055 (2004).
- SWIRE, P., y LAGOS, Y., «Why the right to data portability likely reduces consumer welfare: Antitrust and Privacy Critique», 72 *Maryland Law Review*, 335 (2013).

Décimo aniversario del «Seminario permanente de Derecho privado» de la Universidad de Málaga, 16 y 17 de mayo de 2019*

ANTONIO ISMAEL RUIZ ARRANZ

Investigador Contratado predoctoral FPU
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción. El valor del seminario.*—II. *Edificación, Registro y Catastro.*—III. *Protección de consumidores y usuarios.*—IV. *Mercado hipotecario y vivienda.*—V. *Garantías.*—VI. *Consideración final.*

I. INTRODUCCIÓN. EL VALOR DEL SEMINARIO

La confusa y estimulante idea de «seminario» me acompañó siempre durante mi etapa como estudiante de Derecho; confusa, por la dificultad de aprehender con precisión y nitidez su contenido, sobre todo para una generación cuya formación básica desde primer curso se desarrolló, en parte, a través de clases prácticas denominadas «seminarios», que cada docente aprovechaba, con mayor o menor destreza, según quería o le apretaba el calendario; estimulante porque, hacia el final de mi ciclo como alumno de grado y máster, vislumbré una noción distinta de lo que es un seminario, probablemente decisiva para mi determinación posterior de

* La presente reseña se enmarca en el Proyecto de Investigación «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento: aproximación de dos sistemas» (DER 2017-84947-P) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ingresar en la universidad como investigador. En aquella fase final de mi vida estudiantil tuve la suerte de asistir a esos «otros seminarios», organizados por algunos profesores. En ellos se buscaba afinar la capacidad de análisis, entremeterse entre los pliegues de una ley, de una sentencia o de una institución, y desmenuzarlos sin piedad¹; no se asistía a un monólogo, sino que continuamente se interrumpía al ponente con preguntas u acotaciones, de manera que predominaba el diálogo e intercambio de ideas². Se parecían más a una «tertulia» distendida que a una conferencia formal, dicho sea en el mejor de los sentidos.

Hace una década que se celebra en Málaga un seminario (¿o tertulia?) permanente de Derecho privado, bajo la dirección de la profesora Ana Cañizares Laso, a quien es de justicia destacar en estas líneas preliminares. A celebrar tal efeméride se ha dedicado el congreso que tengo la oportunidad de reseñar. No es para menos; y, no por casualidad, comenzó una de las ponencias –la del profesor Clemente Meoro– valorando el esfuerzo prometeico que supone mantener vivo un seminario durante diez años.

Por desgracia, no he tenido la ocasión de disfrutar de las sesiones del seminario malagueño, pero su duración continuada en el tiempo me parece la mejor evidencia del valor que atesoran este y otros seminarios, como lugar de discusión, análisis y, sobre todo, aprendizaje; un campo de entrenamiento donde se mide la fuerza de ideas propias y ajenas, especialmente valioso para quienes todavía estamos en formación.

La dirección del congreso correspondió a las profesoras Diéguez Oliva y Saborido Sánchez, a quienes hay que mencionar también en esta nota introductoria, junto con el resto de integrantes del comité científico y la secretaría. Se estructuró en cuatro mesas con tres conferenciantes cada una. El título de cada bloque temático del congreso se corresponde con los siguientes apartados de la reseña, cuyo orden he preferido mantener.

II. EDIFICACIÓN, REGISTRO Y CATASTRO

Bajo el título «Edificación, Registro y Catastro» se desarrolló la primera de las sesiones del congreso, que contó con la participación

¹ Así, por ejemplo, se describía, por sus participantes, el Seminario de Derecho Civil del Instituto de Estudios Jurídicos. Véase, «Presentación», en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Glosas sobre Federico de Castro*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 19-21.

² Véase, MOISSET DE ESPANÉS, «Federico de Castro y el Seminario de Estudios Jurídicos», en Díez-Picazo y Ponce de León (ed.), *Glosas sobre Federico de Castro*, p. 33.

del profesor Antonio Cabanillas Sánchez (Universidad Carlos III de Madrid), D. Fernando Serrano Martínez (Vocal Asesor de la Unidad de apoyo a la Dirección General del Catastro) y de D. Joaquín Delgado Ramos (Registrador de la Propiedad de Vélez-Málaga n.º 3).

La ponencia del profesor Cabanillas Sánchez versó sobre la jurisprudencia en torno a la regulación de la edificación en el Código Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE). Con un título así, al lector atento no le será difícil descubrir que el eje vertebrador de esta intervención fueron los problemas que plantea el régimen de responsabilidades de la LOE y su integración en el ordenamiento³; problemas que, por cierto, ya fueron advertidos por D. Luis Díez-Picazo a los pocos meses de la promulgación de esta norma. A este trabajo Cabanillas Sánchez realizó cumplidas referencias en su exposición⁴. Los diecinueve años transcurridos desde la entrada en vigor de la LOE han servido para que estos problemas hayan salido a la superficie, porque –por mayor que sea el empeño en que las leyes promulgadas se presenten al mundo como virginales– estas se insertan siempre en el ordenamiento jurídico al que se arrojan⁵. Durante este período de aplicación práctica de la LOE, Cabanillas Sánchez identificó ocho líneas maestras muy marcadas en la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, siendo ponente de las resoluciones Seijas Quintana. Sobre cada una de ellas, se detuvo en su participación. Yo me limitaré a enumerarlas.

1) La separación entre la responsabilidad *ex lege* por vicios constructivos y la responsabilidad por incumplimiento del contrato.

2) La incompatibilidad entre el sistema de responsabilidad del artículo 17 LOE y el del artículo 1591 I CC; lo que implica la derogación parcial de este último precepto en aquello que sea disconforme (DD 1.ª LOE).

3) El régimen de responsabilidad del artículo 17 LOE incorpora el sedimento jurisprudencial interpretativo del artículo 1591 I CC.

4) El reconocimiento de legitimación activa de los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios para ejercitar acciones de responsabilidad contractual (art. 17.1 LOE).

³ Recientemente sobre el particular, véase el trabajo de SANTANA NAVARRO, «La coordinación entre la LOE y otras normas de ordenamiento jurídico privado», *ADC*, 2019, 2, pp. 355-418.

⁴ Díez-Picazo y Ponce de León, «Ley de edificación y Código civil», *ADC*, 2000, 1, pp. 5-22.

⁵ *Ibid.*, p. 5.

5) La posibilidad de optar entre el sistema de responsabilidad de la LOE y el contractual, teniendo en cuenta los plazos de prescripción de uno y de otro (arts. 18 LOE y 1964 CC).

6) La compatibilidad de la responsabilidad reconocida en la LOE con el régimen de los saneamientos (art. 17.9 LOE).

7) La acumulación posible de acciones en un mismo procedimiento civil, teniendo en cuenta que la LOE únicamente se refiere a los daños materiales en el edificio, mientras que el sistema del Código civil parte del resarcimiento integral (art. 1591 CC).

8) La interpretación del concepto «tiempo legal» a que se refiere el artículo 1909 CC para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual derivada de la ruina de un edificio (art. 1907 CC) como referido a los plazos de garantía del artículo 17 LOE⁶.

A la ponencia de Cabanillas Sánchez le siguió la impartida por D. Francisco Serrano Martínez, con el título «Parcelas y edificaciones: Tratamiento catastral. La coordinación Registro-Catastro». Serrano Martínez valoró la colaboración entre Notarios y Registradores de la propiedad a través de la inclusión de las referencias catastrales en las escrituras públicas y las certificaciones catastrales. En su intervención, ofreció copiosa información sobre el funcionamiento del Catastro; su trabajo con otras instituciones públicas y privadas; su labor en materia de concentración parcelaria; la difusión de información a través de la Sede Electrónica; o la descripción de las fincas registrales en determinadas operaciones debe realizarse mediante su representación gráfica georreferenciada.

De regreso a la relevante cuestión de coordinación entre Registro y Catastro, el ponente hizo especial hincapié en el papel desempeñado hoy por la descripción gráfica de las fincas catastrales que emplea como base la cartografía catastral («GML de parcela catastral») (cfr. art. 198 1.º LH). Tal como destacó, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria ha incorporado esta descripción cartográfica al Registro de la Propiedad, en aras de dar mayor seguridad a los datos de ubicación, delimitación y superficie de las fincas registrales que son objeto del tráfico jurídico (cfr. arts. 9 y 10 LH).

Los avances realizados no impidieron a Serrano Martínez exponer una nota crítica sobre aquellos aspectos donde, a su juicio, aún cabe mejorar. Por ejemplo, en cuanto al margen de tolerancia y los criterios de identificación gráfica entre Registro y Catastro, cuando se dan diferencias nimias; los esquemas de intercambio de información; la necesidad de descoordinación cuando existen errores

⁶ Cfr. STS de 21 de julio de 2008, FD 4.º; MP: Roca Trías, RJ 2008/4487.

importantes; el código de buenas prácticas; o la espinosa cuestión de la referenciación catastral del dominio público.

El último turno de la mesa fue para D. Joaquín Delgado Ramos, en una intervención donde –tomando el guante lanzado por su antecesor– abordó la calificación e inscripción georreferenciada de las fincas y sus edificaciones. Delgado Ramos subrayó que la «finca» es un concepto jurídico y no físico. En consecuencia, es el Derecho el que tiene que definirla, sin perjuicio de tomar en consideración aspectos orográficos. En este contexto, el conferenciante insistió en que, de todas las técnicas existentes para la identificación de una «finca» jurídicamente, la más perfecta es hoy la georreferenciación. A su juicio, esta técnica, que combina las coordenadas de puntos con el procesamiento informático, es la más exigente y la que, en suma, ofrece una mayor precisión; ello permite dotar de mayores efectos jurídicos al procedimiento de inscripción de la finca, pues se gana enorme certeza acerca de su existencia física. Tales efectos jurídicos se manifestarían en:

- 1) Un mejor funcionamiento del principio de prioridad registral, pues se impide de facto una inscripción ulterior sobre el mismo terreno físico;
- 2) una mejora de la certificación registral, a la hora de acreditar todo lo relativo a una finca que conste en el Registro de la Propiedad; y
- 3) una mejora del principio de fe pública registral (art. 34 LH), en cuanto a la extensión territorial de las fincas.

Con estos mimbres, Delgado Ramos se refirió a las mejoras introducidas por la Ley 13/2015, en parte anticipadas por Serrano Martínez. La clave de la Ley descansa en una mutación desde una representación meramente gráfica a otra, también gráfica, pero georrepresentada por coordenadas en formato «GML». Por eso, Delgado Ramos describió a la Ley 13/2015 de Reforma de la Ley Hipotecaria como una «ley de coordenadas»⁷. Destacó que la representación gráfica georreferenciada rige para cualquier apertura de folio, esto es, siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos (art. 9 b LH). Este nuevo paradigma mereció los elogios

⁷ E hizo referencia al artículo 202 II LH que –para la inmatriculación de las nuevas plantaciones, las edificaciones construidas o las instalaciones asentadas– ordena que la porción de suelo ocupada se identifique mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

del ponente, quien advirtió también de la repercusión económica para el tráfico del sistema de coordenadas, toda vez que permitirá incrementar el valor de las fincas.

En relación con la coordinación entre Registro y Catastro, Delgado Ramos aludió a las ventajas prácticas que tiene aprovechar el sistema de coordenadas disponible en el catastro (art. 9 LH), sin perjuicio de admitir representaciones gráficas georreferenciadas complementarias o alternativas cuando el titular manifieste que la descripción catastral no se corresponde con la realidad física de su finca (arts. 10 y 199 LH).

Por último, Delgado Ramos se detuvo en la descripción registral de las edificaciones que –al contrario que las fincas– son conceptos físicos y no jurídicos para la LH. En este sentido, comparó la situación anterior, donde no se exigía veracidad del hecho de la construcción para su inscripción (cfr. art. 202 LH). A propósito de esto, concluyó advirtiendo sobre la utilidad del Registro de la Propiedad como garante de la seguridad jurídica civil –pues indica quién y de qué se es dueño–, y urbanística, pues protege al tercer adquirente de buena fe afectado por actuaciones urbanísticas sobre el terreno; sobre todo tratándose de casos en que la licencia o el Plan de Ordenación Urbana son nulos y la Administración persigue demoler lo edificado (cfr. arts. 28.4 y 65.2 TRLS).

III. PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La segunda sesión tuvo como tema la protección de los consumidores y usuarios. En ella, intervinieron, por este orden, el profesor Domingo Bello Janeiro (Universidad de A Coruña), la profesora Concepción Rodríguez Martín (Universidad de Granada) y D. Carlos Balluguera Gómez (Registrador de la Propiedad de Bilbao n.º 4 y Presidente del Consejo de Consumidores y Usuarios).

Bello Janeiro comenzó con una ponencia titulada «Responsabilidad civil y turismo». El objeto de la exposición fue poner en conexión del contrato de turismo con la protección de los consumidores, a fin de reestablecer el desequilibrio en la relación. Su punto de partida fue el nivel mínimo de protección que reconoce el Convenio de Bruselas de Turismo, el cual puede ser desarrollado por los Estados que lo ratificaron con regulaciones más favorables para los viajeros. En este sentido, puntualizó que el concepto de «viajero» es más amplio que el de «consumidor», por cuanto incluye a toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene

derecho a viajar en virtud de un contrato celebrado con arreglo a la normativa de viajes combinados y servicios de viaje vinculados. Bello Janeiro se refirió a la reciente trasposición de la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, mediante el Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre; y destacó las novedades más relevantes que se han incorporado al TRLGDCU. Por ejemplo, la responsabilidad del empresario por errores en la reserva (art. 152); el reforzamiento del carácter vinculante de la información precontractual (arts. 153 y 154); el ejercicio de los derechos de resolución, cancelación y desistimiento antes del inicio del viaje por parte del viajero (art. 160); el establecimiento de un régimen solidario de responsabilidad frente al viajero de los organizadores y los minoristas de viajes combinados (art. 161); la obligación del empresario de incluir en el contrato toda la información precontractual de manera clara y comprensible, proporcionando al viajero una copia del contrato o una confirmación del mismo en soporte duradero (art. 155); la posibilidad de emplear hiperenlaces para suministrar información (Anexo II); la creación de un régimen más riguroso de responsabilidad por la ejecución del viaje combinado que prevé el ejercicio por el viajero de una acción de daños y perjuicios como consecuencia de cualquier falta de conformidad experimentada (arts. 161 y 162); y el sistema de las garantías de la agencia y el minorista (arts. 164 y 165).

La profesora Rodríguez Martín orientó su ponencia hacia la educación financiera del consumidor adquirente de vivienda y su protección, lanzando la cuestión de cómo se conjuga la alfabetización económica del cliente consumidor con el procedimiento de contratación de un préstamo con garantía hipotecaria. A su juicio, resulta capital una mejora de la educación financiera de los ciudadanos, a fin de que estos sean capaces de tomar buenas decisiones y desarrollen hábitos económicos exitosos. Para ello, apuntó al «endeudamiento» como concepto axial, toda vez que una gestión adecuada de este permite apalancarse y adquirir bienes en un horizonte temporal asequible, mientras que una gestión defectuosa conlleva a consecuencias desastrosas a nivel individual (morosidad) y agregado (emergencia social). En los casos de gestión defectuosa del endeudamiento, Rodríguez Martín trató de responder a la cuestión de a partir de qué umbral la responsabilidad deja de ser del consumidor, para ser de la entidad financiera prestamista. En su opinión, dado que existen factores cognitivos que propician que el cliente se comporte de modo imprevisible a la hora de tomar deci-

siones financieras –que, las más de las veces, son irracionales– es necesario un marco normativo completo de control a las entidades. El punto de partida de dicho control lo situó en los artículos 51 CE y 17 TRLGDCU. En ambos, se contiene el principio programático de fomento, por los poderes públicos, de la formación y educación de los consumidores. Rodríguez Martín describió esta necesidad de conocimiento como una oportunidad para «vencer a los bancos»⁸ en un código algo inexplicable, a mi juicio, en sede de Derecho privado.

Tras ello, apeló a la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante «LCCI»). De ella, crítico que la educación financiera parezca situarse en el momento de contratación de un préstamo y no en un estadio temporal anterior (cfr. D. A. 3.^a LCCI). Y, si bien reconoció que la LCCI refuerza bastante las exigencias de información precontractual, advirtió que la información precontractual no se corresponde con la educación financiera. En este sentido, criticó que la obligación del prestamista de ofrecer al prestatario la información necesaria para comparar ofertas en el mercado, evaluar sus implicaciones y poder adoptar una decisión fundada, se imponga con una antelación no inferior a diez días naturales; y que se exija al prestamista entregar una serie de documentación muy extensa al prestatario como mínimo diez días antes del momento de la firma (art. 14 LCCI) Este plazo lo reputó de demasiado breve. En cualquier caso, insistió en que no se debe confundir la educación e información financiera con la capacidad de comprender las condiciones concretas de un contrato de préstamo. A su juicio, la LCCI –aunque más proteccionista– pone el acento en la comprensión y soslaya la educación financiera⁹.

⁸ A este respecto, aludió al proyecto Dolceta (Development of online consumer education tool for adults) (<http://www.dolceta.eu/>) y a Finanzas para todos.

⁹ En este sentido, creo que se debe matizar que las características generales de la transparencia material, muchas veces vinculada a la información precontractual (cfr. art. 14 LCCI), poco o nada tienen que ver, a mi juicio, con la educación financiera del consumidor prestatario; ni se debe pretender que exista vínculo alguno.

La transparencia es una obligación –o, si se quiere, carga– del lado del prestamista; lo que busca es que el adherente consumidor sea capaz de comprender la cláusula de que se trate en sí misma, porque esta sea lo suficientemente clara, concisa y precisa. Pero la transparencia no comporta, por sí misma, la nulidad de la cláusula, sino que, después se debe enjuiciar si además esta irroga un perjuicio al consumidor contrario a las exigencias de la buena fe. Solo así se entiende que el objeto del control de las condiciones generales sea precisamente el descargar al adherente consumidor de leerse toda la «letra pequeña» de los contratos; e incluso de entenderla cuando para ello se requieren conocimientos técnicos y un esfuerzo que excede los costes de transacción; de lo contrario, una transparencia considerada de modo aislado coloca al consumidor entre la desapetecible encrucijada de tener que 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 mate-

En último turno intervino Balluguera Gómez con una ponencia en la que defendió el Registro de condiciones generales, como instrumento al servicio de la transparencia en el mercado hipotecario. Comenzó refiriéndose al artículo 258.2 LH¹⁰. A partir de aquí explicó que el Registro de Condiciones Generales de la Contratación también permite salvaguardar la transparencia de las cláusulas pre-dispuestas, teniendo en cuenta que el concepto de transparencia es objetivo, alejado del esquema propio de los vicios del consentimiento. Subrayó que, para el concepto de transparencia, la información precontractual en el marco de los tratos preliminares resulta axial; y que, en esta línea, la Ley obliga a depositar en el Registro de Condiciones Generales los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de esta norma, antes de empezar su comercialización (art. 11.2 LCGC)¹¹.

Así las cosas, Balluguera Gómez se mostró partidario de vincular la obligación de registro del formulario con las exigencias del control de transparencia material para los contratos de préstamo hipotecario con consumidores (arts. 4.2 Directiva 93/13 y 14 LCCI). Para el ponente, emplear el Registro obligaría al Registrador de turno a comprobar si se han cumplido o no las exigencias del control de transparencia material, mediante una comparación entre el formulario inscrito y el contenido del contrato (cfr. art. 61 TRLGDCU); ello a efectos de inscribir o no la garantía hipotecaria

rial. Por eso, el objeto de la norma no es –ni debe ser– la educación financiera del consumidor, sino el comportamiento del empresario predisponente, que opera en situación de superioridad, como la propia ponente indicó con acierto.

Apunta en esta dirección, bien que con algunas sombras, la STS 25.5.2017 (MP: Sancho Gargallo; RJ 2017/2561).

Al respecto, véase, WURMEST, «§ 307 BGB» en SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG, *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.ª ed., 2019, párr. 58; también 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 DEVESSA, *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 219-240.

¹⁰ Precepto que obliga al Registrador de la Propiedad a denegar la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas, por abusivas, por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

¹¹ En este sentido, el artículo 7 LCCI establece unas obligaciones de transparencia de los prestamistas en relación con los contratos de crédito inmobiliario. Entre ellas está la de inscribir en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, previsto en el artículo 11 LCGC, las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley.

Al mismo tiempo, el precepto obliga a que las condiciones generales referidas estén disponibles en la página web de los prestamistas, si disponen de ella. En caso de no contar con página web, la norma les obliga a tenerlas a disposición de los prestatarios y potenciales prestatarios en sus establecimientos abierto al público.

La norma se completa con unas exigencias de accesibilidad a la información prevista a las personas con discapacidad.

en el Registro. Igualmente, apuntó que, cuando la divergencia entre el formulario y la cláusula es en perjuicio del consumidor, esta es ineficaz, por incumplir los requisitos de incorporación.

Por último, Balluguera Gómez planteó el interrogante de qué sucede cuando una cláusula contractual que figura inscrita en el Registro de conformidad con el artículo 11 LCGC recibe después una sentencia que declara su nulidad, por abusiva o intransparente (art. 258.2 LH). A su juicio, en ese caso el Registrador ha de cancelar de oficio el asiento registral, que ha quedado extramuros de la salvaguarda de los tribunales¹².

IV. MERCADO HIPOTECARIO Y VIVIENDA

El tercer panel estuvo compuesto por la profesora Remedios Aranda Rodríguez (Universidad Carlos III de Madrid), la profesora Elena Sánchez Jordán (Universidad de La Laguna) y D. Rafael Arnaiz Ramos (Registrador de la Propiedad de Barcelona n.º 7). En él se abordó el tema del mercado hipotecario y la vivienda.

El primer turno fue para Aranda Rodríguez, con una ponencia titulada «Vivienda, ocupación y arrendamiento». En ella, comenzó refiriéndose al derecho a una vivienda digna, reclamado al calor de las movilizaciones sociales tras la crisis económica de 2007-2008 y los devastadores efectos de esta sobre las familias y el sector de la construcción en España; derecho a una vivienda digna que –como indicó– no presenta una única modalidad de disfrute, sino varias con diversos títulos, a pesar del apego tradicional por la adquisición de vivienda en propiedad¹³. Aranda Rodríguez lanzó una

¹² En el turno de preguntas destacó el debate que el profesor Miquel González mantuvo con Balluguera Gómez. Miquel González advirtió que la base del Registro es la calificación, por el Registrador, bajo su responsabilidad, de la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, «por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro» (art. 18 I LH). En este sentido, Miquel González puso en duda el Registro, como herramienta al servicio del control de abusividad o transparencia. Una sentencia no adquiere mayor eficacia por quedar inscrita su *ratio decidendi* en el Registro (cfr. art. 84 TRLGDCU). Las sentencias no son fuente del Derecho, pues limitan su eficacia a la cosa juzgada (art. 222 LEC). Los funcionarios públicos no están sometidos a la doctrina de una sentencia, porque estas no establecen normas de carácter general. Al respecto, véase, MIQUEL GONZÁLEZ, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *RJUAM*, 27, 2013, 1, pp. 228-234.

¹³ Fundamentalmente, desde las primeras medidas adoptadas por el franquismo en materia de vivienda y que ya se hacían sentir en los dos años previos al Plan de Estabilización de 1959 con la Ley de 13 de noviembre de 1957 sobre Plan de Urgencia Social de Madrid (BOE núm. 286, 14 de noviembre de 1957, pp. 1085-1088). El sustrato ideológico de tales medidas puede hallarse en el discurso dictado por José Luis de Arrese, Ministro de Vivienda en el homenaje que le tributaron los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y que devino célebre por la frase: «no queremos un país de proletarios, sino de propietarios».

cuestión clave, como es la de si el derecho a una vivienda digna es un derecho subjetivo susceptible de reclamación ante los tribunales frente a la Administración. Como expuso, la cualidad de principio rector de la economía (art. 47 CE; Capítulo III, Título I de la Constitución) rechaza esta calificación, pues los principios únicamente informan de pautas a seguir *de lege ferenda*, pero no permiten ser alegados ante la jurisdicción ordinaria (art. 53.3 CE). A pesar de ello, indicó algunas bases que, acaso, permitirían un mayor desarrollo de este derecho, como la dignidad de la persona (art. 10 CE); o el reconocimiento del derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible por parte de los ciudadanos (art. 5 TRLS).

Asimismo, Aranda Rodríguez abordó el problema de la ocupación sin título de inmuebles vacíos en situaciones de pobreza, destacando cómo esta situación pone en conflicto el derecho de propiedad (art. 33 CE) con el derecho a disfrutar de una vivienda digna (art. 47 CE). A este respecto, señaló distintas vías —estatales y autonómicas— para dar respuesta al problema de la ocupación y defender la propiedad usurpada, teniendo en cuenta que el supuesto de hecho no parece subsumirse del todo bien en el tipo de la ocupación ilegal (cfr. art. 245 CP). A nivel estatal mencionó, sobre todo, el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, el cual ha incorporado nuevas medidas de reforma del procedimiento de desahucio de vivienda (cfr. arts. 249.1, 440.3 y 3, 441.5 549.4 y 686.1 LEC).

A nivel autonómico, aludió a la Ley del Parlamento de Catalunya 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética; la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el

Esta orientación ideológica se resume en la siguiente sentencia: «pero la fórmula ideal, la cristiana, la revolucionaria, desde el punto de vista de nuestra propia revolución, es la fórmula estable y armoniosa de la propiedad donde se hace posible esa meta tan lógica y humana, pero hasta ahora reservada casi de un modo exclusivo al privilegio del dinero de alcanzar, que la vivienda sea del que la vive» (véase, «No queremos una España de proletarios, sino de propietarios», *Diario ABC*, sábado 2 de mayo de 1959, edición de la mañana, pp. 41-42). Cabe acudir, incluso, algo más de una década atrás para apreciar el programa político franquista en materia de vivienda, sin el que no se entienden muchas cosas. La Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944 sobre Reforma de la Ley Hipotecaria (BOE de 1 de enero de 1945, pp. 4-30), ya informaba de tales criterios programáticos: «Pero al amparo de indeclinables, deberes sociales, se considera hoy necesario vincular gran parte de la propiedad inmueble a la familia como vital base de su sostenimiento y del debido desarrollo de los valores permanentes en la humana personalidad. De ahí la creación de los patrimonios familiares, las nuevas e importantes limitaciones en los derechos dominicales y las sucesivas medidas en favor de colonos y arrendatarios encaminadas a consolidar su permanencia en la tierra y conseguir, en definitiva, el mejor cumplimiento de aquellos superiores objetivos».

Sobre el desarrollo histórico del mercado hipotecario español a partir de 1982 y tras la crisis económica de 2008, *vid.* DÍAZ FRAILE, «Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del Derecho Comunitario (un proceso de reformas inacabado)», *ADC*, 2016, 2, pp. 504-512.

cumplimiento de la función social de la vivienda en Andalucía, cuya DA 1.^a contemplaba la posibilidad de expropiar viviendas vacías pertenecientes a las entidades financieras¹⁴; y la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana que permitía expropiar el derecho de uso¹⁵.

En la conclusión de su ponencia hizo un alegato en defensa del arrendamiento, como solución al problema habitacional y de dignidad de la vivienda, a pesar de considerarlo sociológicamente menos desarrollado en España.

En segundo lugar, intervino Sánchez Jordán en una ponencia titulada «Exoneración del pasivo insatisfecho y ejecución hipotecaria de la vivienda habitual». En ella, estudió el mecanismo de segunda oportunidad para exonerar el pasivo insatisfecho, el cual solo se refiere al deudor persona natural y fue introducido en la Ley Concursal por la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (art. 178 bis LC). Sánchez Jordán no ocultó su sorpresa en la tardanza de su incorporación al ordenamiento jurídico español, teniendo en cuenta que es un estímulo para alcanzar soluciones convencionales a las crisis, así como de concesión responsable del crédito; un desincentivo de la economía sumergida; y una herramienta que permite la reincorporación del deudor al tráfico. Con todo, no dejó de advertir sus aspectos negativos, ya que, para el acreedor, supone una suerte de expropiación de su derecho de crédito que puede terminar encareciéndolo a la larga y en términos agregados. Con estos datos, llamó la atención de las erradas previsiones sobre su empleo por el deudor persona física, aportando unos valiosos datos empíricos hasta 2019.

La ponente ofreció un brillante desglose del farragoso artículo 178 bis LC que exige buena fe del deudor (cristalizada en un concurso no culpable; que el deudor no haya sido condenado por delitos contra el patrimonio; y el intento de celebrar acuerdo extrajudicial de pagos) y que dividió en dos modalidades, en función del pasivo exonerable (art. 178 bis 3.º, 4.º y 5.º LC). Según informó, ambas modalidades liberatorias han sido empleadas en similares porcentajes, calificándose como definitiva y revocable, la primera, y parcial y

¹⁴ En la Sentencia 93/2015, de 14 de mayo de 2015 (*BOE* núm. 146, de 19 de junio de 2015), el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 1, por el que se da nueva redacción a los arts. 1.3, 25 y 53.1.a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. El Decreto 6/2013 fue derogado por la Ley 4/2013, pero el recurso que resuelve la STC 93/2015 solo impugnaba el Decreto Ley y no la ley que lo consolidaba.

¹⁵ Declarada inconstitucional en ese sentido por la Sentencia 80/2018, de 5 de julio de 2018, del Pleno del Tribunal Constitucional (*BOE* núm. 189, de 6 de agosto de 2018).

provisional, la segunda. Tal como expuso, para exonerar la deuda hipotecaria impagada se exige la previa ejecución de la garantía y la consideración como crédito ordinario de la suma pendiente.

En la última de las conferencias del jueves, Arnaiz Ramos realizó sugestivas aportaciones acerca de la realización de negocios especulativos en el mercado por parte de personas de avanzada edad. La ponencia llevó por título «La movilización de los activos inmobiliarios de las personas mayores. Fórmulas que ofrece el mercado».

La exposición de Arnaiz Ramos comenzó con el dato de que más del 75% de las personas mayores tienen activos inmobiliarios en propiedad, los cuales son susceptibles de ser movilizados para obtener rentas y posibilitar el sustento de estos colectivos durante los últimos años de su vida. Advirtió tres modalidades de movilización de activos que se están desarrollando en la práctica y que combinan elementos obligacionales y reales.

En primer lugar, mencionó la «hipoteca inversa», en su regulación por la DA 1.^a de la Ley 41/2007. Esta disposición admite garantizar un préstamo o crédito mediante hipoteca inversa siempre que el bien constituya la vivienda habitual del solicitante y además (i) este sea mayor de 65 años, esté afectado de dependencia o tenga un grado de discapacidad superior al 33%; (ii) el deudor disponga del importe del préstamo mediante prestaciones periódicas o únicas; (iii) la deuda solo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios; y (iv) la vivienda haya sido tasada según los requisitos de la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario. Arnaiz Ramos indicó que este producto no ha tenido excesivo éxito en la comercialización. También que se trata de un producto caro que permite el anatocismo y que coloca a los herederos del deudor hipotecario, tras su fallecimiento, ante la disyuntiva del reembolso o soportar la ejecución hipotecaria. En cuanto a la protección del deudor hipotecario como consumidor, Arnaiz Ramos advirtió que el artículo 2.4 f) LCCI excluye de su ámbito de aplicación a las hipotecas inversas.

La segunda opción de mercado que analizó fueron los «préstamos con garantía anticrética». Según informó, se emplean para personas que desean ingresar en una residencia. Entonces se constituye un derecho de anticresis que permite al acreedor percibir los frutos del bien dado en anticresis, renunciando así a realizar su valor mediante su enajenación, pues la entrega del inmueble se hace con la finalidad de que la inversión del acreedor le retorne con los frutos producidos por dicho bien, sin que la propiedad salga de manos del deudor. De esta forma, se excluye también cualquier

responsabilidad universal del deudor (art. 1911 CC). El ponente insistió en la importancia de una adecuada rendición de cuentas, concretando el importe destinado al pago de la residencia para el deudor. Pero, el ponente expuso sus dudas acerca de la «transparencia» de este formato.

En tercer lugar, Arnaiz Ramos aludió a la «renta vitalicia inmobiliaria»; un contrato que –tal como expuso– se está comenzando a celebrar en masa por parte de personas mayores con vistas a su jubilación. En general, se trata de un contrato aleatorio en cuya virtud el deudor se obliga a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas, a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere, desde luego, con la carga de la pensión (art. 1802 CC). Para las personas mayores, se está comercializando la renta vitalicia inmobiliaria; operación donde el propietario vende la nuda propiedad del inmueble que constituye su vivienda a cambio de mantener el usufructo hasta su muerte, y recibiendo por ello una renta mensual, sin tener que afrontar los gastos habituales del propietario (comunidad o IBI, entre otros).

V. GARANTÍAS

El último de los bloques temáticos del congreso tuvo lugar en la mañana del viernes 17 de mayo y se ocupó de las garantías. Lo compusieron los profesores José María Miquel González (Universidad Autónoma de Madrid), Mario Clemente Meoro (Universidad de Valencia) y Esteve Bosch Capdevila (Universidad Rovira i Virgili).

El primer turno correspondió al profesor Miquel González, quien se ocupó de las condiciones y garantías, centrándose en la condición suspensiva y repasando las tesis que ha mantenido a lo largo de los últimos años. Indicó que la autonomía de la voluntad de los particulares puede crear ciertas garantías para el acreedor, como la solidaridad (art. 1137 CC) o el pacto de reserva de dominio, entre otras instituciones, que no se identifican directamente con los derechos reales de garantía.

Con el gracejo didáctico que le caracteriza, hizo referencia al pacto de reserva de dominio, cuya naturaleza jurídica situó en la órbita de la condición suspensiva, frente a la tesis que considera a este pacto como un derecho real de garantía asimilado a una

hipoteca o una prenda sin desplazamiento, tratándose de bienes muebles¹⁶.

A su juicio, la configuración del pacto de reserva de dominio, como prenda, choca frontalmente con el artículo 15 LVPBM, que reconoce una tercería registral, en caso de embargo o ejecución forzosa de bienes muebles a favor del propietario. Este precepto solo rige para las ventas sometidas a dicha Ley, pero no para todos los acreedores; su interpretación ha de ser estricta, si no se quiere extender indebidamente a la propiedad inmobiliaria un requisito de publicidad inexistente¹⁷. También desarrolló la idea de que el artículo 90. 4.º LC no constituye un argumento demasiado potente para considerar a la reserva de dominio como una prenda sin desplazamiento. Para Miquel González, esta tesis es producto de una interpretación literalista del artículo 90 LC, ya que el vendedor con pacto de reserva de dominio puede optar por la resolución (art. 1124 CC) o el cumplimiento del contrato; de escoger lo segundo, acepta la transmisión de la propiedad, convirtiéndose en un acreedor concursal cuyo crédito por el precio de venta del bien mueble goza de preferencia para el pago, hasta donde alcance su valor (art. 1922 1.º CC). Finalmente –siempre dentro de la concepción que reputa al pacto de reserva de dominio como condición suspensiva– apunto que no hay razón alguna para considerar derogado al artículo 16 LVPBM por la ley concursal, habida cuenta del derecho de separación a favor del propietario de los bienes en poder del concursado (art. 80 LC); de la facultad de resolver los contratos con obligaciones recíprocas en interés del concurso (art. 61.2 II LC); y de la obligación de paralización de la acción de recuperación del bien con reserva de dominio inscrita de bienes necesarios para continuar la actividad (art. 56 LC).

El segundo turno de palabra correspondió a Clemente Meoro quien se centró en las condiciones resolutorias, con especial referencia al artículo 1504 CC, que regula la figura del pacto comisorio en sede de compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado; para él, esta figura cumple una función de garantía en tanto confiere mayor seguridad al vendedor acreedor, pues se aplica aun en ausencia de pacto. Dentro del ámbito de este precepto, hizo alusión al papel del requerimiento judicial o por acta notarial, como mecanismo que evita decisiones irreflexivas y que impide al comprador

¹⁶ Véase, sobre todo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Moneda y Crédito, 1971, Madrid.

¹⁷ Véase, MIQUEL GONZÁLEZ, «La reserva de dominio», en BOSH CAPDEVILA, *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 206-209.

pagar extemporáneamente. Con estos mimbres, analizó también el remedio resolutorio del contrato *ex* artículo 1124 CC, frente a la condición resolutoria. En la resolución hoy resulta pacífico el carácter extrajudicial de su ejercicio, frente a la eficacia *ipso iure* con la que despliega sus efectos la condición resolutoria. Mencionó, a su vez, las similitudes entre resolución y condición resolutoria; sobre todo en lo relativo a (i) la esencialidad o gravedad del incumplimiento, como condición imprescindible para recurrir a este remedio, y (ii) la indemnización de daños y sus requisitos, ya que el daño puede venir del hecho mismo del incumplimiento o de la no devolución del bien. En última instancia, abordó la condición resolutoria por falta de pago del precio aplazado en sede concursal (cfr. art. 56.1 a) y 90.1 4.º LC), considerando discutible que las reglas de paralización de la ejecución se apliquen a los casos de incumplimiento de la obligación de pago aplazado del precio donde se solicita la indemnización por la vía de resolución del contrato.

La última intervención corrió a cargo de Bosch Capdevila, quien se ocupó de la opción en garantía. En una primera aproximación al tema, comparó el Derecho civil catalán con el común, subrayando que el primero sí regula el derecho de opción de compra, como garantía (art. 568-1 CCC), mientras que el segundo no. Tal como apuntó, el Derecho español común únicamente reconoce la compraventa con pacto de retro (arts. 1507-1520 CC), que constituye un derecho de opción por la vía de la reserva. En esta línea, aludió también al artículo 14 RH, que establece los requisitos para la inscripción del derecho de opción de compra (convenio expreso entre las partes; precio estipulado para adquirir la finca y, en su caso, el de ejercicio de la opción; y plazo para ejercicio de la opción no superior a 4 años). Toda opción –indicó– obedece al interés del optante para concluir un determinado negocio jurídico, quedando el concedente sometido a la declaración de voluntad de aquel. Las razones para pactarla pueden ser muy variadas. Entre las más evidentes que explicó, está la expectativa de un incremento de valor del bien sobre el que la opción se otorga.

Así las cosas, identificó después dos modalidades del derecho de opción, en función de lo que sea objeto de disposición. Una primera modalidad de garantía; una segunda de transmisión del propio derecho. Se centró en la modalidad de garantía, caracterizada porque, en ella, el bien garantiza el cumplimiento de la obligación principal del deudor. Dentro de la modalidad de garantía, identificó a su vez dos subtipos: (i) los contratos con garantía cuya constitución representa, para el acreedor, la posibilidad de satisfacer su crédito con ella; y (ii) aquellos contratos donde la garantía se refleja

en que se transmite el bien al acreedor con el derecho del deudor a recuperarlo (pacto de retroventa).

Fue en el primer subtipo de garantía donde Bosch Capdevila colocó el derecho de opción de compra que garantiza la devolución de un crédito o préstamo. Tras describirlo, llamó la atención sobre sus inconvenientes, entre los que mencionó la inoponibilidad del derecho de garantía no inscrito en el Registro de la Propiedad, si interviene algún tercero; o los problemas derivados de la prohibición del pacto comisorio (art. 1859 CC).

En cuanto al pacto de retroventa, comenzó diciendo que este solo tiene sentido cuando cumple funciones de garantía, en escenarios donde un deudor precisa capital y cuenta con un bien valioso. Indicó que al pacto de retroventa civil se le han opuesto siempre dos objeciones. Una primera que aludiría a la eventual usura que se produciría si el precio de (re)adquisición supera con mucho al de venta, teniendo el comprador el bien en su poder y además haciendo suyos los frutos (cfr. art. 1519 CC). La segunda objeción se correspondería con la tradicional calificación del pacto de retroventa como fraude de ley de la prohibición del pacto comisorio. Trató de responder a ambas.

Frente a la primera de las objeciones, Bosch Capdevila argumentó que no tiene mucho recorrido en Derecho civil español, pues el precio real de uso del derecho de retracto se identifica con el de venta más los gastos del contrato, cualquier otro pago legítimo hecho para la venta y los gastos necesarios y útiles realizados en la cosa vendida (art. 1518 CC); mayores problemas se plantearían, según él, en Derecho civil catalán.

Frente a la objeción relativa a la prohibición del pacto comisorio y el fraude de ley, el ponente advirtió que, en el pacto comisorio, conviven un comprador y un vendedor, sin que ninguno tenga realmente acción para reclamar, bien el pago del precio, bien la restitución. Frente a ello, en el pacto de retroventa existe una compraventa donde la función de garantía no tiene ninguna apariencia externa. Aun así, la jurisprudencia, según comentó, contempla esta institución con algún recelo.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

Todos los congresos poseen su valor¹⁸. El congreso conmemorativo del décimo aniversario del «Seminario Permanente de Derecho

¹⁸ Me remito a las reflexiones iniciales que hicimos en VARGAS BRAND/RUIZ ARRANZ, «Jornadas Internacionales sobre Actualización del Derecho de Obligaciones y

Privado» de la Universidad de Málaga encuentra el suyo, sobre todo, en significar un alto en el camino tras diez años de celebración para detenerse a mirar el trecho recorrido. No contenta con ello, la organización ofreció a los asistentes doce conferencias sobresalientes que he tratado de resumir en sus aspectos sustanciales; y otras tantas comunicaciones breves.

La variedad, actualidad y el rigor intelectual de los temas tratados están fuera de toda duda; como también el prestigio de los intervinientes.

Solo resta felicitar a las organizadoras y desear que el Seminario Permanente de Derecho Privado de la Universidad de Málaga perdure, por lo menos, otros diez años más.

Contratos, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Universidad de Murcia», *ADC*, 2018, 3, pp. 1052-1053.

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La partición convencional*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, 339 pp.

La partición convencional viene a colmar una inexplicable laguna existente en la bibliografía española, ya que, a pesar de la enorme trascendencia y utilidad práctica de esta materia y del interés que plantea su estudio teórico si tenemos en cuenta las notables dificultades que suscita –que suelen ser un acicate para abordar el tratamiento en profundidad de cualquier tema–, de entre las que destacan, entre otras, las derivadas de su escaso tratamiento en el Código civil, las que se refieren a su (doble) naturaleza, las relativas a la capacidad para pedir la partición así como las atinentes a su ineficacia, la atención que se le había dispensado hasta ahora a este tema era meramente fragmentaria¹. Es cierto, como reconoce el propio autor, que recientemente contamos con la magnífica obra de Rubio Garrido *La partición de la herencia* (Aranzadi, 2017), en la que dedica un capítulo completo a la partición consensual, donde apunta sus rasgos más característicos y se ocupa de los principales problemas que se detectan en la práctica, pero dado el plan y el propósito del mencionado trabajo, la aproximación a la partición contractual no podía ser completa, lo que no le ha impedido desplegar una notable influencia en la monografía objeto de esta reseña, como también lo han

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

¹ Nótese, en este sentido, que entre las aportaciones recientes (y concretas) sobre la partición podemos citar las contenidas en el volumen *Estudios de derecho de sucesiones. «Liber amicorum» Teodora F. Torres García* (dirs. Domínguez Luelmo, A., y García Rubio, M. P.), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2014, de C. MARTÍNEZ ESCRIBANO y F. OLIVA BLÁZQUEZ, relativas a la impugnación y a la rescisión de la partición, respectivamente, mas no a la partición consensual. Además, debe mencionarse la más general (pero necesariamente limitada) en forma de dos capítulos sobre la partición, a cargo de LETE ACHIRICA, J., en *Tratado de derecho de sucesiones* (dir. Gete-Alonso y Calera, C.), T. II, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016. También tienen alcance limitado dos trabajos del propio ESPEJO LERDO DE TEJADA: por un lado, «La partición realizada por los coherederos: sus elementos», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* (coords. Cuenca Casas, M; Anguita Villanueva, L. A. y Ortega Doménech, J.), Dykinson, Madrid, 2013 y, por otro, «La partición realizada por los propios coherederos y la voluntad del causante», en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI: cuestiones actuales y soluciones de futuro* (coords. Aguilar Ruiz, L.; Arjona Guajardo-Fajardo, J. L. y Cerdeira Bravo de Mansilla, G.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

hecho las aportaciones de Vallet de Goytisolo, tal y como señala el propio Manuel Espejo en la Nota Preliminar de su estudio.

La obra, escrita con el rigor que caracteriza a su autor, que puede ser considerado, sin lugar a dudas, uno de los principales especialistas en el derecho de sucesiones del Derecho común (o del Código civil), aborda en profundidad el estudio de la partición realizada por los propios coherederos sin omitir ninguno de los problemas que plantea tal operación que es, a la vez, sucesoria y contractual. Entre sus múltiples méritos puede destacarse que cuenta, por un lado, con una adecuada y correcta sistematización de la materia objeto de estudio, que permite al autor *construir* una figura acabada, entrelazando y conectando preceptos que se encuentran dispersos a lo largo del Título III del Libro II del Código civil², siguiendo en gran medida la estructura habitual de la exposición de cualquier institución contractual, lo que facilita enormemente no solo la propia explicación sino, sobre todo, la comprensión de la figura; por otro lado, efectúa un detenido y completísimo análisis jurisprudencial que se pone de manifiesto en todas y cada una de sus páginas, que da muestras del elevado casuismo de las cuestiones tratadas, lo que hace más valioso, si cabe, el esfuerzo por ordenar –*canónicamente* podríamos decir–, todos los aspectos que son relevantes para el adecuado examen de la partición consensual.

El trabajo, que está dividido en ocho apartados que podríamos denominar «principales» y que lo estructuran a modo de capítulos, tiene una clara vocación omnicompreensiva, como resulta de su índice. Es evidente que el profesor Espejo Lerdo de Tejada pretende responder a todas las dudas que suscita la partición acordada por los coherederos tanto en la teoría como en la práctica, contando para ello, tal y como se acaba de apuntar, con un sólido apoyo doctrinal y con un exhaustivo estudio de la jurisprudencia. Por lo tanto, resulta lógico que comience su estudio ofreciendo un concepto de partición convencional, aludiendo desde ese momento a su efecto principal que consiste, tal y como ha destacado la doctrina mayoritaria al definir la partición –en general, con independencia de su forma–, en poner fin a la comunidad hereditaria a través de la distribución entre los coherederos de los bienes o derechos del causante³, para pasar a ocuparse a renglón seguido de su contenido, materia en la que propone seguir la estructura de las operaciones particionales recogida en el artículo 786 LEC para llegar hasta el caudal partible. No olvida, sin embargo, la importancia de llevar a cabo la colación de manera simultánea a la partición «por estar completamente entrelazadas», aunque admite la posibilidad de que aquella se realice después de la partición, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1050 CC y de la jurisprudencia que aplica el artículo 1079 en casos en los que la partición se practicó sin tener en cuenta la colación de determinados bienes. Sin abandonar aún el terreno del contenido, resulta de gran interés la referencia a la partición convencional parcial (tanto objetiva como subjetiva), cuya admisibilidad afirma, en gran medida en atención a la naturaleza contractual de esta operación como resulta, por ejemplo, de las

² Tal y como se observa desde el primer epígrafe de este trabajo, en el que se nos ofrece un concepto de partición convencional construido no solo sobre los preceptos del CC que regulan la partición, sino también con apoyo en los referidos a sus efectos y a sus causas de ineficacia, como indica el propio autor (p. 23).

³ En este sentido, por ejemplo, Díez Soto, C., «Comentario al art. 1051», en *Código civil comentado* (dirs. Cañizares Laso, et al.), Civitas Thomson Reuters, Cizur Mayor, 2011, p. 1.691; Rubio Garrido, T., *La partición de la herencia*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Mayor, 2017, p. 46.

alusiones que efectúa a la rescisión por lesión o a los vicios de la voluntad. Y si bien es cierto que el carácter consensual de este negocio plurilateral impregna tanto el contenido como la propia estructura del libro, cobra especial relevancia en el apartado 1.6 (titulado «La partición como institución y la partición como acto voluntario, o como documento, necesitados de la calificación jurídica de su contenido»), en el que, a través de un detallado análisis tanto de Sentencias del TS como de Resoluciones de la DGRN, pone de manifiesto el decisivo papel de la libertad dispositiva de las partes –en este caso, de los coherederos– en el tema que nos ocupa, lo que lleva al autor hasta el punto de afirmar que «cuando se produce el acuerdo entre los coherederos no debe llegarse a considerar como inamovible ni siquiera la partición hecha por el causante» (p. 39 y, con más detalle, pp. 54 y ss., donde señala que en todo caso las cuotas de institución habrán de ser respetadas), si bien admite la existencia de límites a la autonomía de la voluntad particional, cuestión sobre la que vuelve en profundidad en el apartado 5 de la obra.

Una vez sentadas las bases del trabajo –y examinados, por tanto, el concepto y el contenido de la partición efectuada por lo coherederos–, en su apartado 2 aborda el tratamiento de la partición consensual desde la perspectiva de la culminación del proceso sucesorio, lo que lleva al autor a ocuparse de diversas cuestiones de carácter general –casi a modo de miscelánea, podríamos decir, poniendo de relieve que no se quiere dejar ningún asunto sin tratar–, que van desde el análisis de los distintos supuestos en los que cabe la partición convencional, pasando por el tratamiento de los casos en los que cabe plantearse la suspensión de la partición o de su efectividad, el estudio de la posibilidad de que los coherederos acuerden la partición sobre una herencia futura hasta concluir, por fin, con el examen de la aplicación del artículo 1079 CC en los casos de partición convencional. En relación con el primero de los puntos enunciados ha de señalarse que si bien la letra del artículo 1058 CC ha dado lugar a un cierto debate doctrinal en torno a la admisibilidad o no de la partición convencional cuando el testador la hubiera realizado por sí mismo o hubiera encomendado su práctica a un contador-partidor⁴, el prof. Espejo se muestra a favor de la posibilidad de que los coherederos lleven a cabo la partición también en estos casos (como ya había adelantado en el anterior apartado a propósito de la partición efectuada por el testador) con un convincente argumento: sostiene, en este sentido, que si la partición por el testador y por el comisario son mecanismos particionales dirigidos a evitar conflictos entre los coherederos, es razonable entender que si estos acuerdan una partición diversa de la prevista por el testador o prescinden del contador-partidor, ya se ha logrado la finalidad preventiva pretendida por el testador, por lo que carece de sentido impedir a los coherederos ponerse de acuerdo sobre la partición. En cuanto a los supuestos de suspensión de la partición o de su eficacia, el autor analiza en primer lugar el regulado en el artículo 966 CC, que impone la suspensión de la división de la herencia cuando la viuda está embarazada, para ocuparse a continuación de otros casos en los que se plantea si también se produciría la suspensión. Como afirma Espejo en la p. 63 «estaríamos ante situaciones en las que el acuerdo particional entre los interesados puede carecer de eficacia de modo temporal, por lo que permanecería, hasta que la incertidumbre se resolviera, en situación de pen-

⁴ En este punto, como explica ESPEJO LERDO DE TEJADA, pp. 58 ss., la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN más antigua se mostraban muy restrictivas, negando la posibilidad de practicar la partición sin la intervención del comisario, tendencia que ha sido abandonada en la actualidad.

dencia». El primero de ellos analiza la posibilidad de aplicación analógica del artículo 966 CC cuando se ejercite una acción de filiación, dado que su estimación haría surgir un nuevo heredero. El autor, sin embargo, teniendo en cuenta la falta de concurrencia en este caso de dos elementos propios de la hipótesis regulada en el artículo 966 CC –presunción de paternidad y corto plazo temporal para despejar la incertidumbre– rechaza que en este supuesto se produzca la suspensión de la partición admitiendo, a lo sumo, que en el procedimiento sucesorio o de filiación el juez la acuerde como medida cautelar. De entre los restantes supuestos examinados merece una especial mención el que tiene por objeto despejar las dudas que plantea la posibilidad de practicar la partición consensual a pesar de la prohibición expresa del testador amparada en el artículo 1051-I CC, ya que pone de manifiesto las fricciones entre la autonomía de la voluntad de los coherederos y la necesidad de atender a los deseos del testador que es quien, en definitiva, ha amasado el patrimonio que sus herederos se proponen partir antes del término fijado⁵. Particular dificultad suscita el interrogante relativo a la partición convencional de la herencia futura, materia que es objeto de tratamiento en el apartado 2.3, que comienza planteando una serie de hipótesis acerca de la posibilidad de que los futuros herederos intervengan en la partición acordada por el causante o la acuerden ellos mismos y que conecta con la espinosa cuestión de la admisibilidad de los contratos sucesorios⁶. Revisa aquí el autor las distintas explicaciones doctrinales que se han dado a los actos particionales regulados en el artículo 1056 CC en relación con la previsión contemplada en el párrafo segundo del artículo 1271 CC, concluyendo que parece clara la posibilidad de un contrato de partición a partir de los textos legales y apuntando, a la vez, las debilidades que pueden detectarse en las diversas tesis analizadas en lo que toca a los efectos de tales acuerdos particionales. Especial interés reviste la individualización de las tres figuras que a juicio del prof. Espejo aparecen involucradas en los preceptos examinados, sobre cuya eficacia profundiza en las páginas sucesivas, y que son las siguientes: (i) la partición hecha por el causante con la intervención de los herederos –y la cuestión de su revocabilidad–; (ii) las donaciones *per modum partitionis*, perfectamente admisibles en nuestro ordenamiento, según el autor, dada su naturaleza jurídica de contrato con eficacia *inter vivos*, y (iii) la del acuerdo entre coherederos sobre la partición futura de una herencia, que reconduce a la hipótesis de convalidación por el causante de un acuerdo particional entre sus herederos en el que inicialmente no hubiera intervenido. Concluye este apartado con un detenido estudio del artículo 1079 CC, precepto que responde al principio de conservación de la partición y que da lugar, en consecuencia, a la adición o complemento de la partición cuando se detecte que se han omitido «alguno o algunos objetos o valores de la herencia». En él se aborda, por un lado, el alcance de la omisión que permite efectuar la partición adicional,

⁵ Aunque el artículo 1051 CC no alude a la existencia de una limitación temporal a la prohibición de división impuesta por el testador, se ha explicado que la remisión que contiene dicho precepto a las causas de extinción de la sociedad en su párrafo segundo tiene que significar, necesariamente, que el testador puede señalar un plazo de duración de la prohibición que, una vez cumplido, devuelve a los herederos su libertad de pedir la partición. Así, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Comentario al art. 1051», en *Comentario del Código civil* (dirs. Paz-Ares, C. et al.), T. I, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 2.472.

⁶ Se trata esta de una materia de la que el autor había tenido ya ocasión de ocuparse en profundidad con anterioridad; en particular, en *La sucesión contractual en el Código civil*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.

punto en el que el autor se muestra favorable al empleo del mecanismo previsto en la norma con independencia de la entidad e importancia de los bienes omitidos, siempre que fuera lo más práctico y ajustado a la voluntad de los coherederos. Situado aún en este ámbito, y con un convincente apoyo jurisprudencial, sostiene la aplicabilidad del artículo 1074 y no del 1079 CC a los casos de discrepancias en la valoración de los bienes hereditarios. Además, se ocupa de la posibilidad de emplear otros remedios distintos de la adición de la partición en ciertos casos de omisión de bienes, distinguiendo entre la debida a la mala fe de alguno de los coherederos, supuesto en el que considera que la partición es anulable⁷; la efectuada con error, que es objeto de tratamiento en diversos preceptos⁸ que deben ser considerados por lo tanto de aplicación preferente a las normas generales en materia de error y, por último, de las omisiones sustanciales en relación con el total patrimonio hereditario, que han merecido la sanción de nulidad por parte de la jurisprudencia, a pesar de que, en teoría, no existe un porcentaje que imponga o impida la aplicación del artículo 1079 CC a estos casos. Para finalizar, y siguiendo a Vallet de Goytisolo, sistematiza las distintas operaciones que permiten resolver los concretos problemas que plantea la partición en la que se hubiera producido la omisión de bienes o valores, y que lo que logran, en el fondo, es complementar la partición teniendo en cuenta el bien o valor omitido.

Una vez estudiados los aspectos que podríamos denominar «generales» de la partición convencional, las siguientes partes del trabajo evocan el carácter contractual de la institución estudiada. Así, el apartado 3 se dedica a los sujetos, y se inicia con el estudio de la necesidad del consentimiento unánime de los coherederos –coherente con la naturaleza de la comunidad hereditaria– y de las posibles excepciones a esta exigencia, contemplada fundamentalmente en el artículo 1080 CC, que, conforme al principio *favor partitionis* admite la validez y eficacia de partición efectuada con preterición de alguno de los coherederos, siempre y cuando no se probara la mala fe o el dolo de quienes la hubieran llevado a cabo. También son objeto de estudio las personas que han de consentir la partición consensual, posición que ocupan no solo los coherederos sino, también, los legatarios de cuota, el usufructuario de cuota, los legitimarios, los sustitutos fideicomisarios –con las particularidades que expone el prof. Espejo– así como el cesionario de cuota. Merece una especial referencia el subepígrafe dedicado a los problemas de capacidad y legitimación para llevar a cabo las operaciones particionales, no solo por la dificultad que supone coonestar las reglas de capacidad para pedir la partición de la herencia del artículo 1052 con las necesarias para practicar las operaciones particionales previstas en el artículo 1058 CC, de donde parece resultar que el primero exige capacidad para disponer mientras que el segundo se contenta con la capacidad para administrar, sino, también, por la tremenda dispersión de los preceptos que regulan aspectos parciales de esta cuestión, como se ha subrayado en la doctrina⁹. Propone el autor despejar los obstáculos existentes abordando la materia a través del análisis y la interpretación del artículo 1060 CC, lo que le lleva a distinguir las siguientes hipótesis: (i) la de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente sujetos a la patria potestad

⁷ En cambio, RUBIO GARRIDO, *La partición*, cit., pp. 233 y 491, sostiene que cuando hay mala fe en la omisión nos encontramos ante una causa de nulidad de la partición.

⁸ Así, GALICIA AIZPURUA, G., «Comentario al art. 1073», en *Código civil comentado* (dirs. Cañizares Laso, et al.), Civitas Thomson Reuters, Cizur Mayor, 2011, pp. 1.813 y 1.814.

⁹ Por ejemplo, Díez-Soto, *op. cit.*, p. 1.719.

de sus padres, en cuyo caso no será precisa la intervención ni la autorización judicial por hallarse aquellos legalmente representados; (ii) la de menores o personas con capacidad modificada judicialmente sujetos a tutela, que sí requiere autorización judicial, en coherencia, además, con el artículo 272 CC; (iii) la de las personas sometidas a curatela, para las que defiende la innecesidad de la intervención del curador en virtud de la lectura conjunta de los arts. 290 y 272 CC, salvo que se hubiera establecido otra cosa en la sentencia que acordó la curatela¹⁰ y, por fin (iv) la de los menores emancipados, supuesto en el que distingue entre la partición como tal que, en cuanto acto de administración no precisa la intervención de nadie más, de la partición que incluyera algún acto dispositivo que, en consecuencia, exigiría un complemento de capacidad¹¹. La vigente redacción del artículo 1060 CC lleva a Espejo Lerdo de Tejada a preguntarse, también, por el defensor judicial –en relación con cuya designación surge, en opinión de Rubio Garrido, el principal problema que se plantea en estos casos, consistente en la determinación de cuándo existe conflicto de intereses– cuya intervención está necesitada de la subsiguiente aprobación judicial de la partición, de acuerdo con el TS y en contra de alguna línea doctrinal¹². Ilustra los supuestos de contraposición de intereses mediante una detenida revisión de la práctica registral, que pone de manifiesto una casuística imposible de concretar mediante reglas generales. Las dos restantes subdivisiones permiten al autor analizar, por una parte, el artículo 1083 CC, referido a la intervención en la partición de los acreedores de los coherederos para evitar que la misma pueda efectuarse en fraude de sus derechos, lo que le lleva a aclarar que el artículo 1034 CC tiene por objeto evitar que el acreedor del heredero cobre su crédito sobre la herencia o sobre bienes concretos de la misma antes de haber procedido a la liquidación y consiguiente adjudicación al heredero-deudor de su cuota para a continuación pasar a ocuparse del significado que posee tanto la intervención de los acreedores en la partición como los resultantes de su no intervención, en atención a la importancia que cobra en este punto el artículo 403 CC. Por otra parte, y a modo de cierre de la sección dedicada a los sujetos, examina la posibilidad de apreciar partición convencional en supuestos que, al menos en apariencia, están muy alejados de la hipótesis normal; se refiere, en este sentido, tanto a la partición efectuada en el marco de un procedimiento judicial de división de herencia como a la efectuada por contador-partidor. En ambos supuestos, el acuerdo de los coherederos con la partición, manifestado obviamente *a posteriori*, le confiere carácter consensual, según afirma la jurisprudencia y parte de la doctrina, entre la que se incluye el prof. Espejo.

El apartado 4 del libro se dedica a la forma de la partición, cuestión en la que se ponen de manifiesto las dificultades que genera la libertad formal propia de la naturaleza contractual de la figura examinada, al complicar sobremanera la prueba de las particiones consensuales; en particular, de la verbal y la tácita. Se examina, también, la posibilidad de que en el documento de partición se

¹⁰ En cambio, Díez-Soto, *op. cit.*, p. 1.724, seguido en este punto por Rubio Garrido, *op. cit.*, p. 481, considera que aunque la persona sujeta a curatela podrá solicitar y practicar la partición por sí sola, es precisa la aprobación posterior por el curador.

¹¹ Rubio Garrido, *op. cit.*, p. 480 en relación con pp. 108 y 109, sin embargo, no distingue, y sostiene que el menor emancipado puede siempre actuar solo.

¹² Así, Carballo Fidalgo, «Comentario al art. 1060», en *Código civil comentado* (dirs. Cañizares Laso, *et al.*), Civitas Thomson Reuters, Cizur Mayor, 2011, p. 1.751. No comparte esta crítica Rubio Garrido, *op. cit.*, p. 486, nota 29, en atención, apunta, a los delicados intereses en juego.

contengan actos que carezcan de naturaleza particional, que deberán respetar las normas formales del negocio de que se trate. Para concluir, se ocupa el autor de las dificultades que pueden surgir cuando un acuerdo particional previo se formalice en escritura pública y se aprecien discordancias entre uno y otra. En este caso, considera que no hay inconveniente para que las partes modifiquen libremente lo que habían establecido previamente, hipótesis que plantea, sin embargo, un importante problema práctico: ¿qué sucede cuando los coherederos intenten hacer valer el contenido del primer acuerdo o se resistan a la efectividad de lo consignado en la escritura pública posterior? A su juicio, si las diferencias entre ambos documentos son pequeñas, si las sucesivas particiones son compatibles entre sí, o si en la escritura pública no se expresa la novación y cese de efectos del documento privado, el contenido de la escritura pública no debe prevalecer sobre lo reflejado en el documento privado. En cambio, cuando el documento público introduce cambios importantes en la primera partición que manifieste divergencias radicales entre uno y otro, habrá de entenderse que la nueva reglamentación sustituye a la anterior.

A continuación, y como número 5, se incluye el apartado de menor extensión del trabajo, dedicado a efectuar un rápido repaso a las consecuencias derivadas del carácter consensual de la partición realizada por los coherederos y que parte de la premisa de que cabe aplicar a las particiones convencionales todas aquellas normas generales en materia contractual que no resulten excluidas por una norma o razón especial. Mucha más enjundia presentan los tres apartados finales, en los que se pone de manifiesto la doble naturaleza, contractual y sucesoria, de la partición consensual. En concreto, los números 6 y 7 se dedican a la eficacia y a la ineficacia de la partición, respectivamente, mientras que el 8 se reserva al estudio de la rescisión de la partición convencional. El análisis de la eficacia de la partición efectuada por los coherederos se inicia con la referencia a dos antiguas SSTs –de 31 de enero de 1903 y 26 de octubre de 1897– en las que se contienen manifestaciones aparentemente antitéticas que han llevado a la doctrina a discutir acerca del carácter declarativo o traslativo de la partición (en general), hasta llegar a una tercera tesis, que sostiene que la partición es un acto determinativo, que cuenta con importantes apoyos doctrinales y jurisprudenciales. En este punto, Espejo Lerdo de Tejada concluye que «es necesario diferenciar la naturaleza y eficacia de la partición en relación con la transmisión sucesoria», punto en el que considera que posee «función traslativa, pero conjuntamente con la delación», mientras que, en el ámbito de las relaciones de los herederos entre sí, la función de la partición es, en realidad, determinativa. Se explica, así, que el autor considere que la partición por sí sola no es justo título para la usucapión y que sostenga (con Vallet de Goytisolo) que, a pesar de la letra del artículo 1068 CC, el efecto principal de la partición no es la transmisión del dominio de los bienes adjudicados sino la extinción de la comunidad hereditaria¹³. A continuación, analiza en profundidad la evicción y el saneamiento en la partición, regulados en los arts. 1069 y ss. CC y exigibles en toda clase de partición, no solo en la consensual. Para ello sigue en gran medida las reglas en materia de saneamiento de la compraventa, que considera aplicables a la partición hereditaria y que lo conducen a extender la responsabilidad también a los supuestos de vicios ocultos en las adjudicaciones particionales. Aún en esta sede, afirma la aplicabilidad de la rescisión por lesión en los casos de defecto o exceso de

¹³ También RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 529, sostiene que la extinción de la comunidad hereditaria es el primer efecto de la partición.

cabida de las fincas adjudicadas en la partición cuando el error de valoración alcanzara la cuarta parte del haber del adjudicatario, si bien admite, con alguna jurisprudencia, que esta solución es discutible en el caso de la partición convencional. Completa la sección dedicada a la eficacia de la partición con el estudio de dos cuestiones extremadamente relevantes: por un lado, la relativa a la oposición de los acreedores hereditarios a que se lleve a cabo la partición, regulada en el artículo 1082 CC y que revela una especial consideración del ordenamiento hacia los acreedores del causante, que son, por cierto, preferentes a los legatarios y a los acreedores personales de los herederos a la hora del cobro de sus créditos. Esta materia, que ha de explicarse en conexión con el artículo 782.4 LEC, también podría haber sido tratada en el apartado dedicado a los sujetos de la partición –en concreto, en el epígrafe sobre la intervención en la partición de los acreedores de los coherederos–, aunque encuentra mejor acomodo en este momento, ya que su efecto no consiste en impedir la partición, sino su efectividad, como resulta del artículo 788.3 LEC¹⁴. Por otra parte, examina la responsabilidad de los coherederos por las deudas hereditarias no satisfechas una vez efectuada la partición, distinguiendo para ello las relaciones de los coherederos con los acreedores, aspecto al que se dedica el artículo 1084 CC, de las relaciones internas (de los coherederos entre sí), contemplada en el artículo 1085, así como el supuesto particular del coheredero que sea, a su vez, acreedor del causante, al que se refiere el artículo 1087 CC. Se trata una materia de la que se había ocupado ya en profundidad¹⁵, por lo que ahora basta destacar que no solo se limita a efectuar un detenido estudio teórico de las numerosas cuestiones que plantea este asunto, sino que extrae, además, relevantes consecuencias prácticas; entre ellas sobresale la que sugiere al acreedor que, en presencia de varios coherederos –y aun cuando la responsabilidad de estos tras la partición es solidaria, tal y como resulta del art. 1084 CC–, le conviene reclamar contra todos ellos, con fundamento en el diverso alcance de la responsabilidad del heredero, en función de si ha aceptado o no a beneficio de inventario.

El análisis de la ineficacia –invalidez, para Lacruz Berdejo¹⁶– de la partición comienza con una aclaración sobre el alcance del término rescisión empleado en los artículo 1073 ss., que explica el tratamiento separado que el autor dispensa, por un lado (en el apartado 7 del libro), a los supuestos que aglutina bajo la denominación ineficacia de la partición, donde se ocupa, fundamentalmente, de los casos de nulidad y anulabilidad de la partición, y, por otro (apartado 8), a la rescisión de la partición, al ser este el único supuesto de ineficacia de las operaciones partitivas regulado en el Código. En cuanto a los primeros, la dificultad que supone la aplicación de las normas generales sobre ineficacia contractual a la partición consensual lleva al prof. Espejo a detenerse

¹⁴ Como indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en Pérez Álvarez, M. (coord.) *et al.*, *Curso de Derecho civil (V) Derecho de sucesiones*, Edisofer, Madrid, Reimpresión de la 1.ª edición, 2016, p. 447.

¹⁵ En su colaboración en los *Comentarios al Código civil* (dir. R. Bercovitz) publicados en Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

¹⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (revisada y puesta al día por Rams Albesa, J.), *Elementos de Derecho civil V (Sucesiones)*, Dykinson, Madrid, 2.ª ed., 2004, pp. 125 ss. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 471, califica la nulidad y anulabilidad como tipos de invalidez, mientras que la rescisión se trataría de un supuesto de ineficacia. Tanto DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Comentario al art. 1081», *Comentario del Código civil* (dirs. Paz-Ares, C., *et al.*), T. I, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, pp. 2.539 ss., como RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, pp. 537 ss., se refieren, en general, a la ineficacia de la partición, para aludir a la nulidad, anulabilidad y la rescisión de la partición.

en aquellos supuestos de ineficacia contractual que pueden tener mayor incidencia en la partición convencional, no solo por sus posibles consecuencias en lo atinente a la legitimación para la impugnación, sino por las dificultades que plantea su adecuada sistematización¹⁷. Analiza en primer término los casos de vicios de la voluntad, entre los cuales el estudio del error ocupa un lugar destacado, aun cuando lleve a concluir que el error en las valoraciones no ha de ser tomado en consideración si la partición ha sido realizada por los propios coherederos. Resulta también de interés la enumeración que efectúa en el epígrafe siguiente de los supuestos generales de nulidad de la partición, donde diferencia entre la falta de algún presupuesto o de la causa de la partición y la falta de algún elemento esencial del negocio partitivo, hipótesis esta última que lo llevan a distinguir varios supuestos: (i) el de falta de consentimiento de algún coheredero; (ii) el de defectos en el objeto; y (iii) el de ilicitud de la causa debida a una deliberada ocultación de bienes, caso este último particularmente complicado dada la incertidumbre jurisprudencial reinante en este punto, puesto que en ocasiones se ha resuelto por la vía del artículo 1079, pero, en otras, considerando que la partición es nula o que es anulable¹⁸. Para cerrar este apartado aborda, primero, la que denomina «trascendental cuestión de los plazos», que reviste una particular complejidad en atención a la falta de claridad de su tratamiento jurisprudencial, lo que no impide al autor ofrecernos una propuesta: (i) si la nulidad de la partición resulta de un defecto en el título sucesorio, dependerá de la suerte de este último y estará sujeta a los plazos de impugnación del testamento; (ii) en los supuestos de anulabilidad, el plazo será de cuatro años a contar desde que la partición se hizo, aunque en función del vicio de la voluntad que se alegue el *dies a quo* pueda ser otro; (iii) en los casos en los que no exista propiamente partición (por ejemplo, por falta de consentimiento de alguno de los coherederos) habría inexistencia y, por tanto, la acción no prescribiría. Concluye, por fin, con las consecuencias de la declaración de ineficacia de la partición, que se traduce en la ineficacia de todo lo que derivara de la partición, como las adjudicaciones y sus inscripciones registrales.

La monografía finaliza, como ya se anticipó, con el estudio de la rescisión de la partición, que es precisamente el único caso de ineficacia de las operaciones particionales –en general, y no solo de las practicadas por los coherederos– que es objeto de tratamiento específico en sede de partición. La mayoría de los epígrafes de este apartado se refieren a la rescisión de la partición por lesión, a la que se dedican los arts. 1073 a 1078 CC, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1293 CC, que establece que «Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1291». Se destaca por el autor la dificultad del asunto tratado, y con ciertas cautelas, admite la aplicabilidad de la rescisión a la partición convencional (en particular, p. 277, nota 8), posibilidad que ha sido admitida de forma contundente por la reciente STS 19 febrero 2014 para los casos en que se hubiera producido una lesión por importe superior a una cuarta parte del valor de la cuota adjudicada, de acuerdo con el artículo 1074 CC. Afirmado, pues, el juego de la rescisión por lesión en la partición practicada por los coherederos, se ocupa a continuación el prof. Espejo de complejas y delicadas cuestiones, de entre las que ocupa un lugar destacado la que tiene por objeto delimitar los casos de omisión de bienes, los de rescisión por lesión y los de saneamiento. La distinción entre los dos primeros

¹⁷ Nótese, en esta línea, que DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Comentario al art. 1081», cit., p. 2.540, llama la atención sobre la dificultad que plantea la exposición de esta doctrina debido al casuismo que presenta.

¹⁸ También, RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, p. 561.

queda resuelta de forma clara ya que la omisión de bienes afecta por igual a todos los coherederos, mientras que la hipótesis típica de rescisión se produce por una mala valoración de los bienes, aspecto que la acerca a los casos de saneamiento; en especial, a los supuestos de vicios ocultos, ya que estos provocan una disminución del valor del bien hereditario. Sin embargo, el autor aclara que la mala valoración no es igual a los vicios ocultos ni en su presupuesto ni en sus consecuencias jurídicas, pues no es lo mismo ignorar la existencia de un vicio que disminuye el valor de un bien que valorar de forma inadecuada un objeto; en este último caso, considera Espejo Lerdo de Tejada que debe imputarse al coheredero el posible daño por motivo de su negligencia, prefiriéndose la estabilidad de la partición en los casos de lesiones inferiores al cuarto. Muy completo es el estudio del régimen de la acción de rescisión por lesión de la partición, epígrafe en el que no solo se abordan las cuestiones relativas a la legitimación (tanto activa como pasiva), sino otras tan interesantes como la relativa a la extinción de la acción rescisoria, que van desde el supuesto regulado en el artículo 1078 CC, hasta las hipótesis de renuncia y transacción, que también han sido objeto de tratamiento en la doctrina y jurisprudencia. Concluye el análisis de la rescisión con las consecuencias derivadas de la estimación de la pretensión rescisoria, que se apartan del régimen general contemplado en el artículo 1295 CC, pues en este caso consisten en la atribución por el artículo 1077 CC de una facultad de elección a los coherederos demandados, quienes podrán optar entre indemnizar el daño o consentir una nueva partición, quedando por lo tanto de manifiesto, una vez más, el principio *favor partitionis* que está presente en la regulación de la partición. Por fin, cierra su estudio con una referencia a la posibilidad de los acreedores personales de los coherederos o del causante de acudir a la rescisión de la partición por aplicación de las normas generales de los contratos (p. ej. por fraude), aunque la existencia de remedios específicos aplicables a estos casos lleva al autor a considerar que la rescisión por fraude representa un remedio menos realista que los previstos en los arts. 1082 y 1084 CC.

En suma, nos encontramos ante un trabajo que sin lugar a dudas se convertirá en obra de referencia tanto en el estudio de la partición realizada por los propios coherederos como en la solución de los innumerables problemas prácticos que ocasiona. En él queda de manifiesto el tremendo esfuerzo que ha realizado el autor para ordenar de forma sistemática multitud de cuestiones que aparecen dispersas en distintos libros del Código civil –en particular, en el III y el IV, pero también en el II– en las que el prof. Espejo ha demostrado ser un verdadero especialista.

M.^a Elena SÁNCHEZ JORDÁN
Catedrática de Derecho civil
Universidad de La Laguna

GARRIDO MARTÍN, Joaquín: *Recepción de la Escuela Histórica. La «teoría de la convicción» en la ciencia jurídica española del XIX*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, xx + 131 pp.

Según indica el autor (p. 3), este pequeño pero denso volumen reproduce, con el añadido de gran aparato de notas, el texto presentado, sin indicación de fecha, en el Seminario «Montagsrunde» del Institut für Neuere Privat-

rechtsgeschichte, Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte de la Universidad de Colonia. Refiere también que la versión alemana del mismo verá la luz en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (2019), y aunque no se especifica si en la *Romanistische Abteilung* o en la *Germanistische Abteilung*, debo suponer que se trata de esta segunda por la mención de gratitud que se incluye a Hans-Peter Haferkamp y a Joachim Rückert.

A su vez, el texto se integraba, a modo de capítulo extravagante, en la que fuera tesis doctoral del autor sobre *Fuentes, Método y Sistema en la Escuela Histórica del Derecho. Georg Friedrich Puchta (1798-1846)*, leída en la Universidad de Sevilla el 4 de diciembre de 2017 y que está a punto de ver la luz en la Editorial Comares de Granada¹⁹. Directores de la misma fueron Alfonso Castro y Fernando Llano. Quien esto escribe formaba parte de la comisión juzgadora de dicha tesis doctoral, pero una circunstancia familiar de la mayor gravedad imposibilitó mi presencia física en el acto de defensa pública, lo que no fue sino en beneficio del doctorando, pues en mi lugar actuó Ángel López, uno de los máximos iusprivatistas españoles vivos y que, además, como más antiguo, presidió la comisión. A él se debe también el magnífico prólogo que sirve ahora de apertura al libro (pp. XI-XIX), situado exactamente en las antípodas de las tan habituales degeneraciones actuales del género prologal.

1. El libro se enmarca, pues, en una materia clásica de la tradición jurídica occidental: la Escuela Histórica del Derecho, fundada por Savigny (1779-1861) y que resulta históricamente inconcebible sin los cambios acontecidos en Alemania en la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX con el gran progreso, entre otros campos, de las ciencias históricas, de la filosofía (sobre todo Kant) y del derecho (sobre todo Hugo). Como es sabido, para esa Escuela el derecho es una de las expresiones y manifestaciones de la vida y de la conciencia de un pueblo, como puedan serlo el arte, el idioma o el folclore. El derecho no es, pues, resultado de la voluntad del legislador, sino expresión del «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*): es fruto de la convicción o sabiduría popular generado para resolver necesidades comunitarias evidenciadas por la experiencia. En función de esa experiencia el derecho se va complicando y perfeccionado, gracias sobre todo a la labor de los juristas que paulatinamente lo tecnifican. De modo análogo, el legislador, cuando las circunstancias le fuerzan a intervenir, aprueba leyes, pero sin modificar la realidad jurídica, pues él no es sino expresión de la conciencia del pueblo. Así pues, el derecho no sería sino una creación progresiva del espíritu del pueblo, que está inmerso en una tradición.

Dentro de ese marco, Joaquín Garrido aborda en este libro una cuestión muy precisa: la de la introducción de la Escuela Histórica del Derecho en España, y más concretamente de la dogmática elaborada en el seno de la misma por uno de sus representantes más significativos: Georg Friedrich Puchta (1798-1846), discípulo directo de Savigny y su sucesor, en 1842, en la cátedra de Berlín cuando el maestro fue nombrado Ministro de Legislación por Federico Guillermo IV. Marginalmente quisiera referir que siempre que debo referirme a Puchta me gusta recordar que los juristas más grandes han solido ser tan precoces como longevos, y esa larga duración de sus vidas es la que les permite la elaboración y estabilización de una obra amplia en la que se asienta su reconocimiento. Puchta, que murió a la edad de cuarenta y siete años, constituye una de las excepciones históricas más relevantes, como tam-

¹⁹ El conocimiento del dato procede de estar integrada en una colección que dirijo en esa editorial..

bién lo es la principal de todas ellas: Bártolo de Sassoferrato, que tan solo contaba cuarenta y tres en el momento de su muerte.

En el presente libro se investiga si en la España del siglo XIX, y especialmente en sus regiones y tendencias anticodificadoras, existe rastro del concepto «puchtiano» de derecho consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*) levantado sobre la «teoría de la convicción» (*Überzeugungstheorie*). Nacido el derecho de esas fuerzas anónimas y misteriosas del *Volksgeist*, no precisa de mucha explicación que la costumbre jurídica fuera un pilar capital en el sistema de fuentes de la Escuela Histórica, un sistema que supo oponerse al modelo francés del *Code civil* y que consiguió aplazar la empresa codificadora casi un siglo, pues el BGB no entraría en vigor hasta el 1 de enero de 1900. Pero antes de abordar si hubo o no recepción del concepto de derecho consuetudinario alemán en el ámbito español (pp. 55-93), el autor dedica un capítulo a la «proyección» (quizá mejor que «recepción»: vid. p. 9) que la filosofía jurídica de la Escuela, condensada en su idea central, el *Volksgeist*, tuvo en nuestro país. Ese capítulo de apretada síntesis lleva por título *Savigny en España* (pp. 17-54).

2. Las primera huella de Savigny en nuestro país se encuentra en una recensión anónima publicada en *El Censor* (1820) sobre la nueva teoría de «Savigny» (así lo escribía su autor) defendida en el *Beruf*. En 1829 Collantes Bustamante, en su *Introducción al estudio del derecho romano*, ofrecía en su parte final «un análisis del autor del célebre tratado de la posesión del Sr. Savigny, 4.ª edición». En 1835, un editorial de *El Español* reivindica el mérito de Savigny. Pero mucho más importante parece, y así se suele reconocer, a los efectos de la introducción de las ideas historicistas de Savigny en España, un curso impartido entre 1841 y 1842 por Pedro José Pidal –Presidente de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación–; para la preparación del mismo había traducido la *Introducción a la Historia del derecho* de Lermnier, que presentaba una síntesis del historicismo de Savigny. Poco después, Álava y Urbina hacía mención a Savigny en el discurso de apertura del curso 1848-49 en la Universidad de Sevilla; Álava pudo conocer personalmente a Savigny en Alemania y, según Garrido, distintos indicios (pp. 25-26) inducen a pensar en una divulgación de las ideas de la Escuela Histórica por parte del romanista sevillano.

El motivo de tan lenta y penosa penetración en nuestro país obedece, sin duda, a un conjunto de razones, de las que quisiera destacar dos muy unidas entre sí: Una es la caótica y anticuada situación de los estudios universitarios en España, y en particular, por lo que aquí importa, de los jurídicos; la otra es muy simple y puede comprobarse su veracidad a través, por ejemplo, de la segunda edición del *Curso histórico-exegético del derecho romano comparado con el español* (Madrid, 1856), de Pedro Gómez de la Serna, uno de cuyos ejemplares, en dos volúmenes, reposa en mi biblioteca. Gómez de la Serna debe ser considerado como uno de los principales juristas españoles del siglo XIX, siempre dentro de los límites que marcaban las circunstancias de entonces. En la p. VII del muy extenso (y esclarecedor sobre la situación del momento) prólogo de la obra mencionada, dice lo siguiente: «Triste es el estado de nuestra bibliografía jurídica moderna, por doloroso que nos sea hacer esta confesión (...). Este mal [se refiere a la censura] era menos grave en sus consecuencias cuando los jurisconsultos, adoptando la lengua latina, formaban, digámoslo así, una república universal, en que todos escribían para todos los países; pero desde que los extranjeros han empezado a publicar sus obras en sus propios idiomas, una nueva barrera ha venido a levantar-

se entre ellos y nosotros, barrera que debemos todos esforzarnos en franquear para que no se repita lo que ahora nos sucede respecto a los estudios históricos de la Alemania, que tan lenta y tardíamente van penetrando en nuestra patria». Es decir, que, a sus ojos, que no eran los de cualquiera (en aquel momento Gómez de la Serna lo había sido ya casi todo en el ámbito jurídico y político español: menos Presidente del Tribunal Supremo, que lo sería más tarde, y menos Presidente del Gobierno, que no lo fue nunca), la barrera principal que impedía esa penetración no era otra que el idioma.

Precisamente Gómez de la Serna iba a ser, como sugiere Garrido (pp. 27-29), pieza clave de la primera importante penetración de la Escuela Histórica en España, como importante fue también su papel en la instauración del krausismo en nuestro país. Ello venía a coincidir con la oposición al movimiento político-jurídico de la Codificación, que ve en la Escuela Histórica un parapeto frente a la tendencia codificadora, y que encuentra terreno especialmente propicio para su desarrollo en Cataluña, donde, entre otras, es obligado destacar las figuras de Permanyer y de Durán y Bas. Pero, según opinión doctrinal muy extendida (p. 32), la recepción de la Escuela Histórica en Cataluña se habría limitado a la idea filosófica del origen popular del derecho, pues un análisis de las obras de los juristas alemanes nunca se dio. Se llega así al lugar, ciertamente común, de que ni en Cataluña, ni en general en España, hubo recepción de la Escuela Histórica, «todo lo más un sobrenombre cuya única significación habría sido la de resistir la culminación del proceso codificador» (Bartolomé Clavero, Antonio-Enrique Pérez Luño) (p. 39). A lo sumo, se ha hablado (pp. 34-36) en esta misma línea de una «recepción estética» (Antonio Serrano), asumido el nombre de Savigny y el de la Escuela para la catalana *Comisión española de la Fundación Savigny*, que tuvo a Durán y Bas como presidente y de cuyo trabajo apenas si ha quedado huella. Una referencia al jurista alemán que se explicaría por el enorme prestigio internacional que adquirió el personaje, pero que no habría tenido en España verdaderas implicaciones científicas ni intelectuales. Es, pues, opinión doctrinal muy extendida (pp. 36-40) que la Escuela Histórica se habría importado aquí vacía de contenido o como mito; los elementos esenciales de la filosofía de la Escuela se habrían perdido en su ajuste al ideario de las escuelas catalana, krausista o neotomista que lo asumen. Los que la defienden se habrían servido de las ideas del *Beruf* más por conveniencia que por convencimiento, y su finalidad básica habría sido la resistencia al proceso codificador.

Para quienes tuvimos trato científico habitual con José Manuel Pérez-Prendes, no puede resultarnos extraño el escepticismo que Garrido muestra sobre la corrección del referido planteamiento, tan común en España. Pero su distanciamiento lo efectúa el autor con suma elegancia, también por lo que implica de discrepancia del parecer de juristas muy relevantes en su propio ámbito hispalense. Sus dudas surgen, por una parte, porque la referida interpretación reduce el ámbito de esa recepción de la Escuela Histórica al concepto del *Volksgeist* y, por tanto, a la filosofía jurídica de la Escuela, y no a su derecho, a los conceptos o a la dogmática, que suelen quedar fuera del examen de recepción de los historiadores del derecho porque se da por sentado que aquí no hubo rastro de pandectismo. Por otra, porque, aun reduciendo el análisis a la recepción en España del *Volksgeist*, la conclusión compartida de que no hay tampoco «sincronía» entre la iusfilosofía alemana y española, por ser el ideario historicista de la Escuela Histórica incompatible con la ideología neotomista catalana o con la del krausismo, sería también equívoca, en la

medida, nos dice el autor (pp. 42-45), de que no puede hablarse de una teoría uniforme y fundamentada en Alemania, pues falta también en la Escuela Histórica una noción clara acerca de lo que en términos teóricos o filosóficos habría de significar el llamado «espíritu popular» (*Volksgeist*). Y es este un dato que el autor apoya (pp. 42-43) en juristas de la propia Escuela Histórica (Puchta, Bethmann-Hollweg), al margen de la, por lo demás, conocida afirmación hecha por el mismo Savigny en el *Beruf* según la cual el *Volksgeist* no se puede fundamentar porque su origen nos es inaccesible (p. 43-44). Una ausencia de base teórica que los propios seguidores habrían tratado de remediar mediante propuestas propias: religiosa (Stahl) o filosófica (Puchta) (p. 45). De modo que antes de preguntarse por una «recepción», orientada a una adopción nítida de contenidos, debe hablarse mejor, según el autor, respecto a la adopción del dogma del *Volksgeist*, de una «proyección», es decir, de un «contagio», concibiendo así la introducción en un sentido más amplio, que sirva al receptor con efectos claramente prácticos y no teóricos.

Se cierra así esta primera parte del libro con un distanciamiento de Garrido respecto a la lectura dominante en nuestro país sobre la recepción de la Escuela Histórica en España, que sirve al autor para dar paso a la segunda parte del denso volumen orientada a la introducción no de iusfilosofía sino de derecho: del concepto dogmático de derecho consuetudinario.

3. La crítica que hace Garrido al concepto de recepción para la introducción del *Volksgeist*—que, como se ha indicado, él prefiere evitar y sustituir por la de «proyección»— la invierte el autor para el examen de lo que da título al libro: la teoría de la convicción (*Überzeugungstheorie*) en la ciencia jurídica española del siglo XIX. Pues para comprobar si hubo o no adopción del concepto alemán de derecho consuetudinario (*Gewohnheitsrechtbegriff*) apoyado en esta teoría de la convicción, interesa al autor descender al detalle de los textos españoles y buscar en ellos rastros del exitoso concepto del *Gewohnheitsrecht*; y para diferenciar esta asunción más nítida respecto de aquella «vaporosa proyección» del *Volksgeist*, Garrido prefiere hablar, ahora sí, de «recepción» de doctrina de la Escuela Histórica, pues se trata de comprobar si se produjo o no introducción de la dogmática alemana en España en este punto muy concreto. Para justificar esta línea de investigación diferente a la del *Volksgeist*, el autor se sirve de nuevo de la voz independiente de Pérez-Predes, quien sugiere otras vías de entrada o recepción de doctrina alemana junto a la trabajada (y manida) del espíritu popular. Tiene razón, pues, en este sentido Ángel López en el prólogo (p. XII) al afirmar que la mayoría de las veces esta pregunta de recepción de ciencia alemana se hace «desde planteamientos muy generales, cuando el actuar verdaderamente científico sería proceder a análisis singulares de hechos, doctrinas y normas, cosas que no siempre se hacen y es este libro se ha hecho».

Para examinar la recepción en España del concepto pandectista de derecho consuetudinario, comienza Garrido refiriendo los autores que dedicaron su atención en la España del siglo XIX a esta forma espontánea de manifestarse el derecho cual es la costumbre jurídica, apoyándose para ello en el elenco que Rafael Altamira ofreciera al lector francés en los años treinta del siglo pasado²⁰. Altamira destacaba ante todo la labor de Joaquín Costa, figura a la que sin duda debe atenderse en una investigación histórica sobre la costum-

²⁰ Con ocasión del homenaje a Gény, recopiló los trabajos fundamentales de derecho consuetudinario para conocimiento del país vecino: R. ALTAMIRA, «Le droit coutumier espagnol moderne», en *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'Honneur de F. Gény* (Paris, 1934) pp. 269-276.

bre, y así lo hace el autor, que dedica la parte mayor y más relevante de este capítulo (pp. 70-93) a estudiar las coincidencias del «león de Graus» con Savigny y específicamente con la «teoría de la convicción» de Puchta.

La primera parte, y menor, de este segundo capítulo (pp. 61-70) la consagra Garrido a la escuela jurídica catalana, pues es en Cataluña donde mejor se inserta la noción, sobre todo en Durán y Bas, que asume el término y el concepto del derecho consuetudinario alemán, caracterizado por explicitarse en términos espirituales y volitivos, y no fácticos. El autor ofrece una exposición previa que resulta importante para distinguir el elemento específico de esta «teoría de la convicción» de la que Puchta es autor y principal exponente. Para esta doctrina, la costumbre no participa en la formación del derecho consuetudinario, sino que es sólo «signo visible» de su existencia, pues el hecho, el *usus* (la acción, *consuetudo*), no puede ser origen del derecho, que es una voluntad (espíritu, *Geist* del pueblo), sino que, a la inversa, solo un espíritu (popular) puede ser origen de una acción (consuetudinaria). Esta noción «espiritualista» del derecho consuetudinario la asumen Pou y Ordinas (aunque sin citar a Puchta) y Durán y Bas («la conciencia jurídica de cada pueblo no se manifiesta por medio de la costumbre como origen o razón del derecho, sino como expresión de él o como fórmula o regla del derecho positivo» [...]; es además «idea sobre la cual tengo necesidad de insistir, no solamente porque es una verdad científica, sino para restablecer en su verdad de exposición los principios de la Escuela Histórica: la costumbre no crea el derecho». «La costumbre no crea el derecho; la costumbre lo expresa» [pp. 65 y 67]).

Como decía, la última parte del libro está dedicada a Joaquín Costa (1846-1911), que para los que tenemos su mismo origen geográfico es una de las figuras históricas emblemáticas de Aragón y de un cierto modo de ser aragonés, como puedan serlo Servet, Gracián, Goya, Cajal o Buñuel. El autor expone con claridad la concepción del derecho en Costa y su relación con la ley, que para él no es más que «resabio de absolutismo jurídico, negación de soberanía popular»: razón por la cual «no hay más garantías de democracia [jurídica] que la propia costumbre» (pp. 73-80). El influjo que Savigny y su Escuela Histórica ejercen sobre Costa es reconocido por éste, pero la diferencia fundamental entre el «león de Graus» y la Escuela estriba en la investigación que hace Costa del momento (originario) productivo del derecho consuetudinario, investigación que Savigny no hace, como tampoco Puchta, pues el dato del origen de ese espíritu es, para éstos, desconocido, insondable para la razón humana. Costa, en cambio, en busca del elemento germinal del *Geist* lo encuentra en el sujeto individual, no en el pueblo. Esta es, en efecto, como dice Garrido (pp. 86-88), «la idea más importante de la costumbre en Costa, y la que diferencia más nítidamente su concepto de costumbre jurídica del de la Escuela Histórica: el carácter individual del que trae causa». Una diferencia que, como el autor advierte, no es menor. La costumbre nace siempre de la esfera individual, dice Costa, no colectiva, como afirman Savigny y Puchta. Según Garrido, esta concepción de Costa –que escribe cuando ha pasado ya más de medio siglo desde el *Beruf*– estaría en relación con el desarrollo de las ciencias naturales de su época y con el contagio de sus conceptos a otras disciplinas como la jurídica, valiéndose para ello de un lenguaje científico-biológico en el que las ciencias naturales y el darwinismo habían penetrado las demás disciplinas. No he estudiado el problema a fondo, a diferencia de lo que ha hecho Garrido, que no es aragonés; pero tengo para mí, sin

embargo, que la concepción de Costa pudiera estar en sustancia más próxima al individualismo aragonés que a la interpretación del autor.

Quizá, como se indica en la nota final (p. 95), es difícil dar una conclusión definitiva sobre la recepción en España del concepto dogmático de costumbre jurídica elaborado por Puchta. En cualquier caso, la conclusión a la que llega Joaquín Garrido, a la que se suma Ángel López en su prólogo (p. XVII), es que ese concepto, representativo de la Escuela Histórica, es en España bien recibido y resulta útil «como base de una argumentación anties-tatalista, que legitime el derecho desde “abajo”, en una concepción de la ley como poder absoluto, abstracto y tendencialmente despótico».

4. Termino. Mi juicio sobre el libro –escrito en un castellano conciso y sobrio, tan alejado del habitual barroquismo sevillano– y sobre su calidad queda claro en las páginas precedentes, más allá de alguna divergencia tan de matiz como irrelevante. No precisa, pues, de ulteriores adjetivos laudatorios ni de mayores glosas, como tampoco de alusiones al provecho que me ha reportado su lectura. En todo caso, cuando a uno «el sol comienza ya a darle en la espalda», y cuando se ha sido y se es tan crítico sobre el modo de trabajar que se ha venido imponiendo en ciertas áreas numéricamente no irrelevantes del romanismo español –y que, con certeza, tiene y tendrá su coste–, conforta comprobar resultados como el que representa este libro, que tampoco puede considerarse, desde luego, como un oasis en el desierto.

Al pertenecer el autor a la misma *koiné* que quien esto escribe, tanto por la procedencia de un tronco común como por mi vinculación, ya muy veterana, con la Facultad jurídica hispalense donde ejercí la docencia durante dos cursos académicos, quiero concluir parafraseando en cierto modo las palabras con que Ángel López cierra su excelente prólogo: Obras y autores como el de este libro, y como los que están detrás de él, constituyen un gran consuelo para quienes hemos procurado dedicar la vida, en la medida de nuestras menguadas fuerzas, a tratar de impulsar un modo que parecía acertado de entender, la investigación, la Universidad, el derecho y, en último término, la existencia.

Javier PARICIO
Catedrático de Derecho romano
Universidad Complutense

MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: *La adopción en el Derecho común español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 436 pp.

Con exhaustividad y rigor explica la profesora Mayor del Hoyo la regulación de la adopción en el Derecho común español tras las reformas introducidas por el legislador en 2015 (dejando, con buen criterio, fuera de su análisis la adopción internacional, salvando las referencias imprescindibles). Aunque los principios que inspiran estas reformas, que tocan casi todos los artículos del Código civil dedicados al instituto, no han cambiado en lo esencial, un tratamiento monográfico de la adopción no podía ser más pertinente, y así se explica en la clarificadora introducción que precede al cuerpo de la obra; en ella ya apunta la autora, reputada especialista en la materia, algunas críticas a estas reformas, que han debilitado en cierto modo la adopción como instrumento de integración familiar y no es indiscutible que respondan, en todo caso, al interés superior del menor. Las fuentes bibliográficas que maneja la

autora, todas españolas, son apabullantes; no queda obra escrita en los últimos años sobre adopción dejada de citar.

Es reseñable la estructura sistemática elegida, distribuyendo el trabajo en cuatro capítulos: comienza con los sujetos principales que intervienen en el proceso de adopción (adoptantes y adoptado); continúa con la constitución de la adopción (desde que interviene la Administración Pública competente hasta la inscripción de la resolución judicial en el Registro Civil); por último, dedica el tercer capítulo a los efectos de la adopción, y, el cuarto, a la irrevocabilidad e ineficacia de la adopción. Esta distribución clarifica la exposición de una materia tan densa, y una similar fue también la que elegimos, la profesora Barber Cárcamo y yo misma, para elaborar, entre 2016 y 2018, el *Capítulo IV: De la filiación por adopción* en la *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (en adelante, PCC); dispusimos las reglas legales, con la imprescindible brevedad que demanda un Código, en tres secciones: requisitos personales, procedimiento de adopción y efectos de la adopción (arts. 224-1 a 224-16 PCC). Entonces y ahora me queda, no obstante, la misma insatisfacción: ¿cómo se pueden presentar con claridad las diferencias entre la adopción de los menores desamparados, presidida por la intervención de la Entidad Pública competente, y la adopción de menores no desamparados –o, más en general, no necesitados de la protección de una Administración–? Porque solemos obviar el distinto fundamento y tratamiento de uno y otro supuesto de adopción (el segundo grupo de adopciones se estudia no como categoría sino al hilo de las excepciones en la necesidad de propuesta previa de la Entidad Pública competente –así, Mayor del Hoyo en pp. 162 a 187, con profundidad), lo que puede incidir en la solución a problemas no resueltos. Por ejemplo, los padres por naturaleza tienen nula intervención en la elección del adoptante cuando se trata de menores desamparados, pero no es descartable que podamos admitir la exclusión como adoptante de la persona que el padre biológico ha dejado dicho, expresa y formalmente, que no quiere que adopte a su hijo no desamparado (Mayor del Hoyo entiende, sin embargo, que carece de sentido la remisión del artículo 175.1, último inciso, incluida en 2015, al artículo 245 CC –pp. 85-86–; la autora sí ve un resquicio para dar entrada a la voluntad de los padres en la elección de los adoptantes por medio de la elección de los tutores que posteriormente pueden adoptar sin necesidad de propuesta previa de la Entidad Pública).

Basta una ojeada al sumario de la obra para hacerse una idea del grado de detalle con el que se ha abordado en la monografía reseñada el estudio de la adopción en el Derecho común español, y el lector puede estar seguro de que en cada epígrafe encontrará toda la información precisa sobre los antecedentes de las distintas disposiciones y una exégesis extensa y razonada de las mismas (posibles interpretaciones, carencias, etc.). Esta capacidad de análisis hermenéutico lo apreciamos, por ejemplo, cuando aborda la adopción por parejas estables no casadas (pp. 33 a 45), la novedosa regla sobre la adopción dual en caso de ruptura (pp. 45 a 53), las exigencias relativas a la edad mínima para adoptar y la diferencia de edad que debe haber entre adoptante/s y adoptado (pp. 55 a 70), las prohibiciones para adoptar (pp. 76 ss.), la adopción *post mortem* (pp. 93 a 97), la exclusión de la adopción de un *nasciturus* (pp. 98 a 101), o la excepcional adopción de mayores de edad (pp. 105 a 113). Su bisturí lleva a la autora a plantearse, incluso, si es posible adoptar o no a un menor emancipado por vida independiente (pp. 102-103). En relación con la compleja constitución de la adopción, tratada con suma precisión (casi

200 páginas se dedican a ella), su esquema de partida es sin embargo simple, y se centra en la adopción de menores desamparados: el proceso comienza con la declaración de idoneidad emitida por la Entidad Pública competente, continúa con la selección de los adoptantes en el caso concreto y, si procede, constitución de una guarda con fines de adopción, para finalizar con el expediente judicial tramitado a instancia, normalmente, de la Entidad Pública. Considera, por último, oportuno la autora tratar en sendos capítulos la eficacia de la adopción (supuesto normal) y la ineficacia (supuesto patológico). En el capítulo tercero encontraremos desarrollados los dos ámbitos de eficacia de la adopción: respecto de la nueva familia del adoptado, en la que ingresa porque se ha determinado una filiación con iguales efectos a la natural, y respecto de la familia de origen, de la que sale el adoptado como regla general aunque puede seguir conservando algún contacto (por ejemplo en la aceptada recientemente adopción abierta); familia que, en todo caso, tiene derecho el hijo a conocer en el futuro (el derecho a conocer los orígenes biológico es, en la actualidad, estelar). En el capítulo cuarto finaliza la profesora Mayor del Hoyo su recorrido por la institución de la adopción relatando distintas vicisitudes posteriores a su constitución que pueden (o no) provocar su ineficacia: irrevocabilidad, determinación de la filiación por naturaleza con posterioridad a la adopción, extinción de la adopción a petición de los padres que no hubieran intervenido en el expediente y exclusión de funciones tuitivas y derechos del adoptante por haber incurrido en causa de privación de la patria potestad (en este último supuesto el estudio procesal tampoco falta –pp. 418 a 421–).

En el capítulo uno la autora se centra, sobre todo, en las reglas relativas a los adoptantes, con interesantes reflexiones sobre la adopción dual por un matrimonio o una pareja no casada, partiendo de la premisa de que la regulación busca garantizar una estructura familiar como principio general. Entre las reglas sobre quién puede adoptar a menores desamparados cabe destacar la nueva que permite la adopción dual por los excónyuges (art. 175.5 CC), en la que se prevén por primera vez los efectos de la separación o divorcio en una adopción en tramitación. Porque es la piedra de toque del principio que da título a uno de los epígrafes del libro: la garantía de una estructura familiar como principio general. Bien es cierto que el concepto de familia que cada uno tenga influirá en la valoración de la regulación sobre quién puede adoptar a un menor de edad, y en la actualidad cabe hablar de varios modelos familiares. No podemos olvidar que el Convenio Europeo en materia de adopción de menores atribuye una importancia especial a que la adopción proporcione al menor un hogar estable y armonioso (a juicio de la profesora Mayor del Hoyo el legislador español se ha apartado del Convenio y ha debilitado el principio de garantía de una estructura estable –p. 52–), pero debe tenerse también en cuenta que para el menor puede ser muy beneficioso consolidar sus vínculos familiares con quienes puede considerar padres, siempre que la armonía reine tras la separación o el divorcio (lo que puede valorar el Juez al constituir la adopción).

En el extenso capítulo dos se estudia la constitución de la adopción, con las reformas introducidas por la Ley 26/2015 que tienden a «agilizar los trámites de la adopción, así como a clarificar algunos aspectos de su regulación» (p. 116). Como resume la autora, esta ley introduce la regulación de la guarda con fines de adopción y reforma algunas cuestiones relativas al elemento volitivo, además de «concentrar en un único procedimiento los supuestos en que durante la tramitación del procedimiento de adopción los padres

quieren que se reconozca la necesidad de prestar asentimiento –art. 781–» (p. 117). Se dedica especial atención a la declaración de idoneidad que compete a las Comunidades Autónomas, si bien ahora están vinculadas por la definición incorporada al nuevo art. 176.3 CC. Con acierto critica la autora la prolijidad de esta definición, que incluye los sustantivos capacidad, aptitud y motivación, cuando habría sido más correcto referirse sencillamente a la aptitud (y actitud) para ejercer la responsabilidad parental y para aceptar las consecuencias y responsabilidad que conlleva la adopción (p. 125-126). Se analiza, entre otras cuestiones, si la declaración de idoneidad ha de hacerse en abstracto o en concreto respecto de un menor (pp. 126-128), los criterios de determinación de la idoneidad, que por su carácter reglamentista quizás deberían haberse introducido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (pp. 129-131), y el régimen de la resolución de la Entidad Pública sobre la idoneidad para adoptar o no de los solicitantes, que por supuesto no les da derecho a recibir a un hijo en adopción (pp. 131-135). Es usual que se excepcione de la necesidad de declaración de idoneidad por la Entidad Pública competente, junto a los supuestos en que no hay un menor declarado previamente en situación de desamparo, el caso en que lleve el adoptando más de un año en guarda con fines de adopción (p. 137); sin embargo, creo que en este caso la declaración de idoneidad sí se habrá producido, pero la tardanza en promover la adopción permite a los adoptantes iniciar los trámites de la adopción sin necesidad de una propuesta previa de la Entidad Pública (crítica con esta posibilidad se muestra la autora en varios lugares de su obra, por ejemplo pp. 181-182, donde sí apunta que la declaración de idoneidad por la Entidad Pública se ha debido producir).

Tras la fundamental declaración de idoneidad, encontramos en el capítulo dos el estudio de la guarda con fines de adopción, que ha sustituido al acogimiento preadoptivo (no se regula, por ello, en el art. 173 bis sino en el art. 176 bis CC, y los principios que inspiran esta guarda, que tiende a la adopción del menor, son distintos a los del acogimiento, que no ciega el retorno del menor a su familia de origen). Las razones a favor de una u otra convivencia previa a la adopción las expone claramente la autora (pp. 138 ss.), resaltando la opción tomada por el legislador español en 2015 de no exigir un período probatorio obligatorio previo a la constitución de la adopción. Con agudeza detecta la profesora Mayor del Hoyo la nueva confusión que el legislador, sin querer, puede generar, ya que los guardadores quizás se hagan unas ilusiones que no se materializarán en todos los casos (la constitución de la guarda con fines de adopción no es todavía una adopción); total, para reconocerles a los guardadores los mismos derechos y obligaciones que a los acogedores (vid. pp. 143 y 156-157). Resulta, también, muy clarificadora la explicación de la autora sobre los desajustes entre distintas disposiciones legales atinentes a los plazos referentes a la guarda con fines de adopción y a la constitución de la adopción (compárense los arts. 176 bis 3, 176.2. II.3.º y 175.5 CC), que desconciertan al lector inadvertido que pretenda introducirse en la regulación de la adopción sin un bagaje doctrinal previo (una lectura resumida para salvar la deficiente técnica legislativa encontramos en la p. 149.II de la monografía). Una cuestión difícil es si ha de declararse en todo caso el desamparo con carácter previo a la guarda con fines de adopción, pues cabe imaginar algún supuesto, señala la autora, en que el menor no está desatendido y sin embargo la mejor medida de protección es su adopción; particularmente cuando la madre desea dar a su hijo en adopción, y basta entonces con que la Entidad Pública competente asuma su guarda provisional

ex art. 172.4 CC para prestarle una atención inmediata (pp. 152-154). Creo que técnicamente cabe esta solución en el tenor literal del nuevo artículo 172.4 CC, aunque está por ver la extensión que debe darse a la guarda provisional (pensada, parece, para el caso de menores extranjeros no acompañados o menores solos) como alternativa a la declaración de desamparo, cuando, en mi opinión, el presupuesto de la guarda provisional es también la falta de protección del menor por las instituciones familiares ordinarias (patria potestad, tutela, guarda de hecho).

Con detalle, como he indicado antes, se estudian los supuestos en que no exige la ley la propuesta previa de la Entidad Pública para que se constituya la adopción, y con la misma exhaustividad se abordan todos los aspectos relativos a la esencial actuación judicial en la adopción. La valentía de la profesora Mayor del Hoyo es aquí muy meritoria, pues tratar los aspectos procesales de toda institución civil requiere un mayor esfuerzo a quienes estamos especializados en Derecho civil sustantivo. No se deja nada en el tintero: cuestiones generales sobre el procedimiento de adopción (de jurisdicción voluntaria, también reformado en 2015), desarrollo del procedimiento, incluyendo todas las intervenciones necesarias, que son muchas (esta parte es absolutamente clave, pues la prestación de las declaraciones de voluntad exigidas se revela en la práctica como uno de los asuntos más problemáticos), resolución judicial y recursos, y, para finalizar, inscripción en el Registro Civil. De este capítulo destacaría las páginas dedicadas a la presencia en el proceso de los progenitores (fundamentalmente, pp. 227 a 270). Ciertamente relevante es, más que el estudio del asentimiento de la pareja del adoptante (creo que anecdótico; pensemos que en alguna Comunidad Autónoma, como Madrid, incluso se advierte a los interesados en adoptar que no soliciten la declaración de idoneidad quienes vivan en pareja y solo uno quiera adoptar –art. 58 Ley 6/1995, de 28 de marzo), el estudio del papel que juegan en el expediente de adopción los padres originarios; en definitiva, cuándo se necesita su asentimiento y cuándo solo su audiencia.

De nuevo se abre el capítulo tres con una presentación histórica de la evolución de los efectos de la adopción, que me parece muy pertinente en esta materia. Podría haberse conformado la profesora Mayor del Hoyo con señalar que la filiación adoptiva produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza (art. 108 CC), pero prefiere concretarlos y describirlos brevemente porque esta es la única manera de comprobar si, efectivamente, una y otra filiación despliegan los mismos efectos (hasta 16 epígrafes dedica a esta tarea, abarcando desde la determinación de los apellidos hasta la sucesión nobiliaria o la filiación adoptiva en la legislación laboral). Y, junto con el efecto positivo de la adopción, no puede dejar de tratarse el efecto de la adopción en las relaciones familiares que tuviera el adoptado: la regla es la ruptura de vínculos con la familia de origen, aun con excepciones, que es algo distinto de la novedosa adopción abierta incluida en 2015 en el Código civil; en este apartado no podía faltar una referencia a los impedimentos matrimoniales con la familia de origen ni al derecho a conocer los orígenes biológicos. Recomiendo, claro, la lectura de las atinadas reflexiones de la autora sobre la adopción abierta (pp. 339 a 357), pues hay muchas maneras de entenderla y nuestro legislador ha optado por una determinada (que poco tiene que ver, probablemente, con la adopción abierta en el mundo anglosajón, pues, como señala la profesora Mayor del Hoyo, «[l]os países donde esta adopción abierta se ha consolidado cuentan con un marco legal y sociológico –o cultural– distinto al nuestro» –p. 341–). Y, por supuesto, tampoco pueden

dejar de leerse sus observaciones sobre el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos (pp. 357-374).

El capítulo cuatro se titula irrevocabilidad e ineficacia de la adopción, es el más corto de la obra (no llega a 50 páginas), y se aprovecha para analizar escenarios diversos que pueden (o no) provocar la ineficacia de la adopción una vez constituida. Las que he llamado en otro lugar adopciones fracasadas no son ineficaces (pues la adopción es irrevocable –se mantiene por la ley este calificativo inapropiado dada la constitución judicial de la adopción, como señala la autora en p. 376), pero las estadísticas reflejan bajo el epígrafe de *rupturas* esta triste realidad. Quizás sea esta la única carencia apreciable en la obra: un estudio más minucioso de las consecuencias jurídicas que tiene el rechazo por los adoptantes del hijo adoptado, unas veces invocando error en el consentimiento –por cierto, tampoco tratado en la obra– (si fuera el caso los adoptantes podrían seguir siendo considerados idóneos para adoptar a otro menor) y otras sin poder hacerlo, pero dejando la custodia del menor en manos de la Entidad Pública (en este caso está pensando el nuevo art. 176.3. III CC). ¿Podría encajar este segundo supuesto en el art. 179 CC, si se entiende que el adoptante que así se desentiende del menor adoptado incurre en causa de privación de la patria potestad? Parece que sí. Comentando precisamente ese art. 179 CC (bajo el epígrafe ineficacia parcial de la adopción), que se solapa parcialmente con el art. 170 CC, tenemos un ejemplo de la capacidad de la autora de relacionar materias diversas, aun conectadas, que le permite interpretar críticamente las disposiciones legales: señala que una carambola legislativa ha disminuido la distancia entre padres adoptivos y padres por naturaleza, para acercarlos a aquellos, pues con la reforma del art. 756.2 CC los padres por naturaleza incurrirán en causa de indignidad para suceder a su hijo cuando hayan sido privados de la patria potestad (pp. 403-404).

En esta monografía no solo se desentraña con autoridad la regulación vigente, sino que también se hacen propuestas *de lege ferenda* para, como indica su autora, resolver problemas jurídicos detectados, dotar de coherencia al sistema y mejorar la mala técnica legislativa o el contenido material de la ley (respecto de ese contenido, ha de tenerse en cuenta que la institución de la adopción, como la filiación en general, puede estar informada por distintos valores). Me parece digno de alabanza el tratamiento que se hace de la cuestión sobre la capacidad de obrar necesaria para ser adoptante, cuestión que pone sobre el tapete el respeto de la autonomía y desarrollo libre de la personalidad de las personas con discapacidad y su imprescindible conjugación con la protección del interés del menor susceptible de adopción: defiende la profesora Mayor del Hoyo que debería explicitarse en el Código civil una regla que no excluya *a priori* y de forma general a la persona con discapacidad como posible adoptante, sino que permita una valoración *ad casum* con el tamiz del interés del menor (p. 75), solución que, en la actualidad, puede ser más correcta desde una perspectiva valorativa que la propuesta en el art. 224-1.1.a) PCC (incluimos como requisito para adoptar tener plena capacidad de obrar). Ejemplo de mala técnica legislativa es la prohibición de adoptar que pesa sobre quienes se hallen privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda (pp. 88 a 90), o la no exigencia expresa del consentimiento en los que la Entidad Pública delega la guarda con fines de adopción (pp. 155-156). Debería meditar, también, sobre la propuesta que hace la autora de fijación de un plazo durante el cual se pudiera proceder a la adopción de un mayor de edad o sobre la exclusión

de la adopción póstuma en este caso (pp. 112-113; en varios lugares censura la flexibilización de los requisitos para adoptar a un mayor de edad –p. 117–). Otro ejemplo de propuesta crítica encontramos en el capítulo cuatro, pues con razón lamenta la autora las dudas e inseguridades asociadas al tratamiento que merece el incumplimiento por los padres, tanto naturales como adoptivos, de sus deberes como titulares de la patria potestad, aconsejando una modificación que simplificara y aclarara el régimen (p. 405).

En conclusión, he disfrutado muchísimo con la lectura de este libro, y no puedo por menos que recomendar su lectura.

Susana QUICIOS MOLINA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2018, 378 pp.

El libro que el lector tiene entre sus manos va precedido del buen nombre de su autora, Alma María Rodríguez Guitián, que en trabajos anteriores no solo demuestra un exhaustivo conocimiento sobre cada uno de los temas que investiga, sino unas excepcionales cualidades como escritora que posee la capacidad de transmitir sus ideas y conclusiones con una claridad extremadamente difícil de alcanzar en el campo de la literatura jurídica.

Quien haya leído monografías tan diferentes y rigurosas *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, libro escrito a la vez con una sensibilidad extraordinaria, o la excelente *Responsabilidad civil en el Derecho de familia* sabe perfectamente a qué me refiero.

En este caso el lector no va a quedar defraudado, pues la autora vuelve a hacer uso de una metodología en la que se maneja con soltura y que parte de un riguroso análisis de los conceptos jurídicos, de un profundo dominio de derecho comparado y de doctrina, junto con un tratamiento de las resoluciones de los tribunales (españoles y extranjeros) que aborda con gran inteligencia, sin reproducir párrafos y párrafos de sentencias, lo que agiliza la lectura y nos lleva directamente a los problemas que se quieren referir y solucionar.

Comenzando por el título –*Los pactos de pre-ruptura conyugal*– se aprecia la oportunidad del tema en un ámbito como es el de la crisis del matrimonio en el que las normas y principios tradicionales parecen tambalearse en los últimos tiempos. La materia, falta de regulación propia en el Código civil, aunque sí tratada en otros derechos autonómicos como fundamentalmente el catalán, requiere un planteamiento certero y equilibrado, que es precisamente la labor que lleva a cabo la profesora Rodríguez Guitián.

De manera ordenada y haciendo gala de un sobrado conocimiento sobre la materia la autora estructura un índice absolutamente propio y personal que divide el trabajo en tres grandes partes: una primera sobre consideraciones generales; una segunda sobre la viabilidad jurídica de los pactos; y una tercera sobre grupos concretos de casos en relación con el contenido de los pactos.

Creo que la estructura, meditada y reflexiva, es la correcta, pues antes de «echarse» al estudio concreto de los pactos es conveniente identificarlos, saber lo que son y, de manera especial, ver si sirven para solucionar problemas y no para crear otros nuevos. Sobre esta temática existen abundantes

escritos, pero no siempre estructurados con claridad o meditados a la vista de la evolución real y social de esta problemática en la que juega un papel decisivo tanto la esencia de la autonomía de la voluntad como una correcta interpretación de sus límites.

Conviene hacer una consideración previa en la que se incide desde el capítulo inicial y es que el objeto del estudio del libro son los pactos prorrupción o preventivos, pero no aquellos suscritos cuando ya se ha presentado la crisis, ni tampoco el convenio regulador. Es precisamente esa visión prospectiva la que permite dudar sobre la conveniencia u oportunidad del acuerdo. Este tipo de negocios, cuya función reside en la búsqueda del equilibrio entre la autonomía de la voluntad y la solidaridad postdivorcio, han crecido exponencialmente, lo que se relaciona con la privatización de las relaciones familiares y el debilitamiento del valor del matrimonio, a lo que quizá deberíamos añadir la insatisfacción que producen algunas resoluciones judiciales y la dificultad que el devenir de los tiempos y los cambios de las estructuras familiares y sociales han ocasionado en la aplicación de las normas del Código, poco adecuadas para la resolución de algunos problemas reales.

En el segundo capítulo, con el título de funcionalidad de los pactos prorrupción, aborda la autora la utilidad de los acuerdos desde un punto de vista real describiendo aquellos supuestos concretos en los que se revelan como una herramienta útil: segundas o ulteriores nupcias; desequilibrios patrimoniales entre cónyuges; corrección de los efectos injustos de la ruptura; protección de la empresa familiar; o matrimonios mixtos, siendo este último supuesto un aspecto novedoso en el tratamiento de la materia, tanto en el ámbito de la ley aplicable analizando los Reglamentos vigentes en la fecha de elaboración del trabajo, con el destacado papel de la autonomía de la voluntad, así como en la posible inclusión de pactos sobre la educación de los hijos.

El extenso capítulo tercero de la primera parte contiene un exhaustivo estudio de derecho comparado acometiendo el análisis de los ordenamientos que se ocupan de la materia y su evolución —especialmente los de corte anglosajón—, familiarizando al lector con la problemática que presentan y en la que coinciden los diferentes derechos centrados especialmente en la validez del acuerdo en el momento de su celebración (destacando la libertad del consentimiento y la adecuada o debida información) y el posterior control de eficacia del negocio en el momento de su cumplimiento, fundamentalmente por la alteración de las circunstancias, temas que serán los que ocupen su atención en la segunda parte del estudio.

Comienza así esta segunda parte con un estudio pormenorizado sobre lo que denomina la autora «control de validez» de los pactos en previsión de ruptura. Para ello acomete un estudio tanto del proceso de formación del consentimiento, incluyendo la labor de información, como sobre el alcance del acuerdo en el momento de su ejecución, siguiendo la línea avanzada. En la primera secuencia el peligro reside en la falta de libertad del consentimiento y en la posible presencia de un desequilibrio negocial por déficit de información; en la segunda en que por el transcurso del tiempo el acuerdo devenga injusto para alguno de los cónyuges.

Siguiendo la línea apuntada la autora avanza cuál sería su postura *de lege ferenda* consistente en permitir los pactos, pero sometidos a un control notarial al tiempo de su formalización en escritura pública, función encomendada precisamente al notario, tanto en cuanto a la capacidad como en la formación de un consentimiento libre e informado, previo asesoramiento

independiente de las partes, así como sobre la legalidad del pacto; junto a esa fase existirá otro control de lesividad, en este caso *ex post*, atribuido al juez en el caso de que sobrevengan circunstancias extraordinarias. La autora va desarrollando esas ideas ordenadamente, mediante el análisis de los diversos controles, extremos a los que me referiré seguidamente.

Tanto la especial naturaleza del objeto, como la evidente relación de confianza que une a los sujetos requieren de especiales cautelas que abarcan ambas fases, la de formación y la de ejecución. En la formación se analiza con detalle por la profesora Rodríguez Guitián la forma, el asesoramiento legal independiente, la información, y la posible exigencia de un periodo mínimo antes del matrimonio. Veamos más despacio cómo se articulan los diversos controles propuestos:

– El primer control para la definitiva eficacia de estos acuerdos sería el de formación del consentimiento, aspecto relacionado con la forma, el asesoramiento o la posible presencia de vicios del consentimiento. Destaca la autora la dificultad de aplicación de la teoría de los mencionados vicios, especialmente cuando existe intervención notarial. Se detiene en el tratamiento de dos cuestiones esenciales como son, por una parte, el análisis de la desigualdad negocial o asimetría en el momento de la celebración del contrato y su relación con la desigualdad de género, materia en la que se mueve con extrema cautela, sin abandonar la perspectiva jurídica. Por otra se plantea, a la vista de los textos supranacionales existentes, la figura de la ventaja excesiva o injusta como posible nuevo vicio del consentimiento, materia que se revela especialmente interesante a las vista de los resultados prácticos.

– El segundo control es la legalidad del contenido de los pactos con el fin de determinar si traspasan o no los límites a la autonomía de la voluntad, prestando atención particular a aquellos que pudieran concernir a los derechos fundamentales de los esposos, especialmente en el caso de renunciaciones anticipadas que puedan afectar a la satisfacción de necesidades básicas, que aborda con detalle. Concluye su análisis con la admisibilidad de un control de legalidad, pero negando por contra hacerlo extensivo a la lesividad del acuerdo, situación en la que el notario debe moverse con cautela respetando la prioridad de la mencionada autonomía.

– El tercer control se traslada *ex post* al momento de exigibilidad del pacto en el que aborda la autora la aplicabilidad de la alteración sobrevenida de las circunstancias con la «modalización» –si se me permite la expresión– de los presupuestos de la cláusula *rebus sic stantibus*. La profesora Rodríguez Guitián examina los requisitos de la doctrina con equilibrio evidenciando las diferencias con el ámbito de los contratos, fijando una atenuación de los mismos desde una perspectiva rigurosa, lo que acompaña con ejemplos concretos. Desde luego, la cláusula ha irrumpido con fuerza en el sector, sirviendo como argumento habitual para la solicitud de modificación de las medidas adoptadas en separación y divorcio, lo que sin duda es un argumento a favor de su aplicación a los pactos prerruptura, sin duda con mayor fundamento por el transcurso del tiempo transcurrido. No obstante, en mi opinión, esas revisiones, justificadas en muchos supuestos desde la propia regulación del Código, no implican siempre un caso de aplicación de la clásica cláusula –que tampoco debería desnaturalizarse en exceso– sino derivados de una interpretación adecuada de las normas que rigen la materia (por ejemplo, la reciente STS de 23 de mayo de 2019, por la que se atribuye al padre la guarda y custodia del hijo por modificación de las circunstancias, no sustanciales

pero sí justificativas del cambio, por la enfermedad psíquica de la madre que se proyecta en el interés del menor, en aplicación del art. 90.3 CC).

Teniendo en cuenta las premisas de las que parte la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la entrada que proporciona a la actuación notarial en la materia se plantea la autora la posibilidad de que ese control posterior incumbiera también al notario, en una suerte de aplicación analógica de lo dispuesto, precisamente, en el mencionado art. 90.3 CC, en relación con los arts. 82 y 87 CC.

Ya en la tercera parte del libro se detiene Rodríguez Guitián en un estudio pormenorizado de ciertos pactos en particular sobre aspectos concretos de las relaciones personales y patrimoniales entre los esposos, con una notable visión práctica de la temática y con apoyo de casos solucionados por los tribunales, nacionales y extranjeros. Especialmente exhaustivo es el análisis de los acuerdos patrimoniales, tanto modificativos o modalizadores de las normas aplicables, como mediante aquellos que crean *ex novo* prestaciones o compensaciones para los esposos. En todos y cada uno de los múltiples aspectos estudiados se aporta jurisprudencia y doctrina, destacando el análisis de la prestación compensatoria y de la atribución del domicilio familiar.

Sin duda alguna se trata de una monografía de imprescindible consulta para quienes tengan interés en el tema, no solo dirigida a los que quieran aprender o profundizar sobre la cuestión, sino también por aportar una destacada visión práctica que puede ayudar a abogados y profesionales a la hora de conocer el tratamiento que los tribunales dispensan hoy por hoy a estos pactos, así como las esperadas líneas de evolución de la materia. Por mencionar solo un ejemplo, alude la autora a los posibles pactos sobre cambios en la atribución de la vivienda familiar teniendo en cuenta las nuevas relaciones personales de los esposos, pactos que la actuación judicial posterior revela que se convertirán en convenientes –si no indispensables– como sucederá a partir de la STS, de pleno, de 20 de noviembre de 2018, sobre los efectos de la introducción de un tercero en la vivienda familiar que provoca un cambio en la consideración de la atribución de su uso en el sentido de dejar de considerarse como tal vivienda, doctrina que, en mi opinión, aconseja pactar sobre el particular, sea en un sentido o en otro, atendiendo también al protegible interés de los hijos.

Hoy por hoy nos movemos en el terreno de la cautela, especialmente a la hora de aplicar el Código civil, pero creo que esa misma cautela debe presidir la hipotética regulación del legislador de cara a un replanteamiento de la materia, pues en muchos casos la reglamentación detallada de los presupuestos de estos pactos, y su posible cumplimiento o no, puede llegar a ocasionar mayor litigiosidad, revelándose imprescindible un conocimiento adecuado y previo del terreno, para lo que son esenciales publicaciones como la que ha ocupado esta recensión.

Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

Revistas Españolas

Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (Catedrático de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ (Profesor Ayudante Doctor. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Davinia CADENAS OSUNA (Doctora en Derecho. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla)

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. Persona física. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Arrendamientos. 5. Posesión. 6. Derechos reales. Introducción. 7. Derechos reales. Propiedad horizontal. 8. Derecho inmobiliario registral. 9. Derecho notarial. 10. Propiedad intelectual. 11. Derecho de familia. Derecho matrimonial. 12. Derecho de familia. Régimen económico matrimonial. 13. Derecho de familia. Parejas de hecho. 14. Derecho de familia. Patria potestad y filiación. 15. Derecho de familia. Adopción. 16. Derecho de familia. Gestación por sustitución. 17. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Introducción. 2. Derecho de sociedades. 3. Contratos mercantiles. 4. Fiscalidad de la empresa.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho digital*.–V. *Derecho sanitario*.–VI. *Derecho de seguros*.–VII. *Derecho bancario y bursátil*.–VIII. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–IX. *Derecho de la competencia*.–X. *Derecho de la Unión Europea*.–XI. *Derecho comparado*.–XII. *Resolución extrajudicial de conflictos*.–XIII. *Derecho procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

BADORREY MARTÍN, Beatriz: «El tiempo inmemorial: análisis crítico de su noción y aplicabilidad en el Derecho civil y administrativo según la legislación y jurisprudencia contemporáneas», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2723-2744.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Una propuesta de Código Civil», en *ACM*, núm. 8, 2018, pp. 93-102.

CAÑIZARES LASO, Ana: «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el dies a quo», en *RDC*, vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 89-138.

CARRILLO, Germán y GÓMEZ, Ana María: «2018 en clave Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2019.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Principio, realidad y norma: la necesidad de su sincretismo tridimensional, a través de un iusnaturalismo “constitucionalizado”, como método de investigación iusprivatista», en *RGLJ*, núm. 4, 2018, pp. 525-548.

- DÓMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho», en *InDret*, núm. 2, 2019.
- LÓPEZ SERRANO, Antonio: «La compleja organización del protectorado de las fundaciones civiles en el ordenamiento jurídico español», en *RGLJ*, núm. 4, 2018, pp. 597-627.
- LUCAS ESTEVE, Adolfo: «L'objecte de la prescripció i de la caducitat», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- OREJAS CASAS, José Antonio: «Buen gobierno y responsabilidad de los patronos en las Fundaciones», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2019.
- «La necesidad de conseguir fines generales por parte de las fundaciones», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 203-251.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA FÍSICA

- ALEMÁN PÁEZ, Francisco: «Mercado del sexo vs. Trabajo sexual / abolicionismo vs. Legalización de la prostitución: doble juego de binomios y propuestas reguladoras comparadas», en *RGLJ*, núm. 1, 2019, pp. 7-45.
- ARAGUÀS GALCERÀ, Irene: «Transparencia y confidencialidad en la documentación incorporada en los expedientes de contratación», en *RJC*, núm. 3, 2018, pp. 677-704.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Personas transexuales y estado de derecho», en *ACM*, núm. 11, 2018, pp. 19-26.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro: «La escolarización de niños con discapacidad en centros de educación ordinaria como regla general gracias a la jurisprudencia española», en *RDP*, núm. 1-2, 2019, pp. 63-74.
- CAMÓS VICTORIA, Ignacio: «La privacidad del trabajador en la empresa y sus límites. A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Barbulescu II y sus consencuencias», en *RJC*, núm.1, 2018, pp. 67-106.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Igualdad y no discriminación por sexo y género: el lenguaje de los derechos», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia y Oubiña Barbolla, Sabela (dir.), 2018, pp. 25-61.
- CASTELLS I MARQUÈS, Marina: «Drones recreativos, responsabilidad civil y protección de datos (Tras la reforma de 2017)», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 297-333.
- CORRIPIO GIL DELGADO, María de los Reyes: «El ser humano en gestación. Hacia un estatuto civil del “hijo no nacido”», en *RDC*, vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 139-182.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «El deber de vigilancia de los padres y el control de las conversaciones de menores a través de Whatsapp. El derecho a la intimidad de los menores», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3279-3289.

- ELIZARI URTASUN, Leyre: «El internamiento asistencial involuntario de personas con discapacidad: problemas actuales y previsión en el Anteproyecto de reforma del Código Civil (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2019.
- GARCÍA SEDANO, Tania: «El derecho a la intimidad familiar en España: una aproximación jurisprudencial», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2019.
- GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca: «Aplicación de la nueva legislación de protección de menores: ¿una oportunidad perdida?», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual», en *ACM*, núm. 11, 2018, pp. 141-166.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Potencialidades de los robots y capacidades de las personas», en *RGLJ*, núm. 1, 2019, pp. 85-129.
- MARAVALL BUCKWALTER, Isabel: «El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar. Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en *Indret*, núm. 1, 2019.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «La ineludible proporcionalidad y graduación de las medidas de protección de adultos (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2018.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Derecho al honor, inclusión en fichero de morosos e indemnización por daño moral (STS de 21 de junio de 2018)», en *ACM*, núm. 8, 2018, pp. 117-122.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La monoparentalidad como nuevo modelo familiar: Acciones previstas en la legislación para la protección del menor», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2018.
- «Discriminación por condiciones de salud, protección de datos y consumidores: una reflexión tras la reforma de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *RDP*, núm. 1-2, 2019, pp. 47-61.
- SOLÉ RESINA, Judith: «La esterilización no consentida de personas con discapacidad», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2019.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «Alcance actual del derecho de eliminación de los datos personales en relación con los motores de búsqueda», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 37-76.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «La caída a las vías de metro no está cubierta por el Seguro Obligatorio de Viajeros», en *ACM*, núm. 9, 2018, pp. 103-112.
- ARIJA SOUTULLO, Carmen: «La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la propiedad», en *RDC*, vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 281-331.

- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 569-625.
- ARRUÑADA, Benito: «Limitaciones de “blockchain” en contratos y propiedad», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2465-2493.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «Responsabilidad civil por daños causados en los ensayos clínicos», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- BEGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda: «Contratos de mantenimiento y reparación. ¿Es necesaria una regulación *ad hoc*?», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 105-133.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Transacción, novación y protección de los consumidores», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 217-304.
- BLANCO MARTÍN, Pilar: «Análisis de la interrupción de la prescripción en la solidaridad impropia y su efecto en la eventual acción de repetición», en *ACM*, núm. 9, 2018, pp. 25-56.
- CADENAS OSUNA, Davinia: «El daño indemnizable en los supuestos de “wrongful birth”. Análisis crítico de la doctrina jurisprudencial y propuestas de mejora», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 91-124.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- CASTELLS I MARQUÈS, Marina: «Drones recreativos, responsabilidad civil y protección de datos (Tras la reforma de 2017)», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 297-333.
- DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo: «La responsabilidad por la indebida inclusión de datos en un fichero de solvencia patrimonial», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 135-171.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 2929-3002.
- DEL MORAL BARILARI, José Luis: «La causa y la situación patrimonial justa», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2495-2524.
- ESPEJO RUIZ, Manuel: «Extinción, incumplimiento y forma de garantías del contrato de alimentos», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 689-716.
- FERNÁNDEZ, Pedro: «Las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios por impago de una sola cuota. Situación actual a raíz de la STS de 27 de enero de 2017, breve resumen, posibles consecuencias y soluciones», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 197-208.
- FERRÉ, Esther, MOLINA GARCÍA, M.^a José y MORENO BLESÁ, Lidia: «El valor del principio de confianza legítima en el cumplimiento de los contratos», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2019.

- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «Problemática de las acciones por vicios o defectos constructivos en inmuebles de reciente edificación. Comentario a las STS, Sala 1.ª, de 14 de noviembre de 2018», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 185-200.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «El Real Decreto Ley de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler: aspectos de propiedad horizontal, arrendaticios y viviendas de uso turístico», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.
- GETE ALONSO CALERA, María del Carmen: «El Llibre VI del Codici civil de Catalunya o la substitució definitiva de la compilació de Dret civil de Catalunya. Els contractes», en *RJC*, núm. 3, 2018, pp. 585-618.
- GIL GARCÍA, Francisco Salvador: «¿Condición resolutoria o pacto sobre resolución por incumplimiento? El triunfo de la autonomía de la voluntad», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 978-993.
- GILI SALDAÑA, María Angels: «Contratos mixtos y el concepto de “consumidor”»: Comentario a la STS de 5 abril 2017 (RJ 2017, 2669)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 29-49.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Intereses moratorios y acción directa contra el dueño de la obra: Comentario a la STS de 23 noviembre 2017 (RJ 2017, 5270)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 85-98.
- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, Martín: «Estudio jurisprudencial sobre las cláusulas-suelo en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria», en *ACM*, núm. 8, 2018, pp. 25-48.
- GONZÁLEZ PONS, Elisabet: «El nuevo régimen de la venta a pérdida en España: el final de la adaptación pendiente de la ley de ordenación del comercio minorista a la directiva de prácticas comerciales desleales», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 157-176.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Cobertura hipotecaria de intereses moratorios y remuneratorios», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3327-3338.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «La necesaria concurrencia de la buena fe en relación a la libre disposición de bienes y en cuanto a la actuación mediante apoderado cuando el poder esté extinguido», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 29-51.
- HERNÁEZ ESTEBAN, Elena: «Inteligencia artificial y vehículos autónomos: el régimen de la responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos», en *RDNT*, núm. 49, 2019.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 225-242.
- MACANÁS VICENTE, Gabriel: «Sinalagma y onerosidad en el contrato de *crowdfunding* no financiero», en *ACM*, núm. 8, 2018, pp. 49-80.
- MARÍN SALMERÓN, Andrés: «La promesa de (compra)venta: situación actual y propuestas de regulación», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2019.

- MARRUECOS RUMÍ, María Esther: «Víctimas colaterales derivadas de la responsabilidad del menor infractor. Una culpa in procreare de los progenitores», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2019.
- MARTÍN FABA, José María: «Novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo: un repaso a la contienda: Comentario a la STS (Pleno), de 11 abril 2018 (RJ 2018, 1668)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 349-365.
- MATO PACÍN, María Natalia: «Cuestiones actuales sobre el concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 59-90.
- MOCHOLI FERRÁNDIZ, Ester M., y TOMÉ BERMEJO, Fernando: «La condición resolutoria en la cesión del aprovechamiento a cambio de obra futura y su mecanismo», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3175-3188.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «Dinámica de las relaciones obligatorias contractuales y extracontractuales: principios generales de derecho y su aplicabilidad a los medios solutorios en los cambios de deudor», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 994-1013.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «Extinción de los contratos de suministro de energía y servicios de telecomunicaciones por voluntad del consumidor», en *ACM*, núm. 10, 2018, pp. 49-84.
- PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves: «Responsabilidad por vicios constructivos de habitabilidad y responsabilidad por incumplimiento contractual: los ámbitos de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y del Código Civil: Comentario a la STS de 2 febrero 2018 (RJ 2018, 337)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 241-260.
- PARDO GATO, José Ricardo: «El secreto profesional y la confidencialidad abogado-cliente», en *RJC*, núm. 4, 2018, pp. 873-898.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La indemnización del lucro cesante», en *RDP*, núm. 1-2, 2019, pp. 75-104.
- PETIT LAVALL, María Victoria: «La inacabada protección de los pasajeros en el transporte aéreo frente a las cancelaciones y los accidentes», en *RDM*, núm. 311, 2019, pp. 75-120.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Derecho al honor, inclusión en fichero de morosos e indemnización por daño moral (STS de 21 de junio de 2018)», en *ACM*, núm. 8, 2018, pp. 117-122.
- «Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico», en *ACM*, núm. 10, 2018, pp. 25-48.
- «Nulidad de cláusula suelo. Condición general de la contratación: Comentario a la STS de 29 noviembre 2017 (RJ 2017, 5632)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 127-137.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Fianza y consumidores», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2833-2844.

- RUBÍ PUIG, Antoni: «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», en *RDC*, vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 53-87.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Alcance del test de conveniencia en las operaciones financieras, normativa MIFD e información al cliente: ¿error en el consentimiento?», en *ACM*, núm. 8, 2018, pp. 19-24.
- «El infortunio de la arrojada espectadora de un partido de fútbol», en *ACM*, núm. 10, 2018, pp. 19-24.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Petición de decisión prejudicial sobre los intereses moratorios contemplados en el art. 114-3 LH: comentario al ATS de 22 de febrero de 2017», en *ACM*, núm. 8, 2018, pp. 103-116.
- «Préstamo bancario: cesión del crédito e intereses moratorios [Comentario a la STJUE, Sala 5.ª, de 8 de agosto 2018 (PROV 2018, 282108)]», en *ACM*, núm. 11, 2018, pp. 171-180.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Nulidad de los contratos de adhesión a clubs vacacionales y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2765-2779.
- «Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y cláusulas *claim made*», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3372-3381.
- SALAS MARÍN, Rafael Ángel: «Cesión de cartera de créditos. La necesaria reforma del artículo 1535 del Código Civil», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 97-116.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «La determinación del precio en los contratos de servicios», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 127-156.

ARRENDAMIENTOS

- CORBÍ AGUIRRE, Álvaro: «Consecuencias jurídicas del incumplimiento de la prohibición de subarrendar o ceder en los contratos de arrendamiento para uso distinto al de vivienda», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2019.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro (coord.): «¿Procede indemnización por lucro cesante del arrendador por todo el tiempo que ha durado el procedimiento en que se discute la fecha de extinción del contrato de arrendamiento?», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2018.
- «El derecho a la actualización de la renta», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.
- «La obligación de los grandes tenedores de ofrecer alquiler social antes de interponer demanda de desahucio o ejecución», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2019.
- MARTÍN FUSTER, Jesús: «La *exceptio non (rite) adimpleti contractus* en los préstamos hipotecarios», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2018.
- MOLINA ROIG, Elga: «La reforma de los arrendamientos de vivienda: el Real Decreto Legislativo 21/2018», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.

SAGRERA RULL, Jordi: «La aplicación de las cláusulas penales en caso de desistimiento anticipado de contratos de arrendamiento de local comercial. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 445-455.

POSESIÓN

BASTANTE GRANELL, Víctor: «Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos “ocupa” y “ocupado”», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 175-203.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Problemática práctica de la nueva modalidad de interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilegal de viviendas», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.

— «¿Tiene legitimación activa la comunidad de propietarios para interponer el nuevo interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilícita de la antigua vivienda portería?», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.

DERECHOS REALES

GARCÍA HERRERA, Vanessa: «Continuación y consumación de la usucapión tras la muerte del usucapiente (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2019.

IZQUIERDO GRAU, Guillem: «Las facultades dominicales de los propietarios material y formal en la propiedad compartida», en *InDret*, núm. 1, 2019.

— «Estudio de la regulación de la propiedad compartida del Código Civil de Cataluña», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 719-760.

DERECHOS REALES. PROPIEDAD HORIZONTAL

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «La doctrina de la DGRN sobre la inscripción de los acuerdos comunitarios de limitación de uso de elementos privativos. Comentarios a la Resolución de 27 de julio de 2018», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2019.

— «¿Tiene legitimación activa la comunidad de propietarios para interponer el nuevo interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilícita de la antigua vivienda portería?», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.

PANIZA FULLANA, Antonia: «Constitución de servidumbre por destino del padre de familia y propiedad horizontal (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018)», en *ACM*, núm. 9, 2018, pp. 91-102.

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

CUMELLA GAMINDE, Antonio: «Publicitat immobiliària i protecció registral en el dret català històric», en *RJC*, núm. 4, 2018, pp. 947-992.

- DIÉGUEZ OLIVA, Rocío: «Escrituras de reconocimiento de dominio y registro de la propiedad. Representación indirecta y *fiducia cum amico*. Comentario a la RDGR de 13 de junio de 2018 (RJ 2018, 3159)», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 247-256.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Cancelación de inscripción de hipoteca por prescripción de la acción hipotecaria: el art. 82.5 LH: Comentario a la RDGRN de 5 junio 2018 (RJ 2018, 3000)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 381-438.
- DOMÍNGUEZ MENA, Antonio: «Comentarios a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2018 (BOE de 21 de junio de 2018)», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 317-328.
- ESQUIROL JIMÉNEZ, Víctor: «La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario», en *RJC*, núm. 2, 2018, pp. 391-422.
- GARCÍA MARTÍN, Esteban Manuel: «La protección del tercero de buena fe ante el poder extinguido (a propósito de la RDGRN de 10 de mayo de 2018)», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 209-216.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Reserva de dominio sobre bienes inmuebles. La ineficacia registral de la cláusula penal de retención del precio: Comentario a la RDGRN de 28 noviembre 2017 (RJ 2017, 5680)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 99-126.
- LASO BAEZA, Vicente: «La acreditación registral de la identidad de propietarios y titulares de derechos reales en la modificación del planeamiento general», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2845-2858.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «La cancelación registral de las declaraciones de obra nueva», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 1061-1071.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «La “buena fe” del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Una revisión crítica de la posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia», en *RJC*, núm.1, 2018, pp. 9-40.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Ley aplicable al régimen económico matrimonial e inscripción en el Registro de la Propiedad. Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (RDGRN) núm. 16476/2018 de 19 de octubre de 2018 (RJ 2018, 4825)», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 283-302.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «A propósito de la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados», en *ACM*, núm. 9, 2018, pp. 87-90.
- SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma: «La regulación de los regímenes preexistentes: los contratos de aprovechamiento por turno con duración indefinida. (A vueltas con la derogada Ley 42/1998)», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 83-103.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés: «La hipoteca inversa diez años después: razones que explican su escasa contratación», en *RDP*, núm. 3-4, 2019, pp. 97-120.

DERECHO NOTARIAL

NIETO ALONSO, Antonia: «El acta notarial de notoriedad: la conveniencia de su revitalización en el tráfico jurídico. Algunas de sus aplicaciones frecuentes y relevantes», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3003-3069.

PROPIEDAD INTELECTUAL

AVILÉS NAVARRO, Javier: «La salvaguarda de los intereses patrimoniales en la compensación por copia privada tras la STJUE de 9 junio 2016 (EGEDA y otros)», en *RGLJ*, núm. 1, 2019, pp. 47-83.

CÁMARA AGUILAR, María del Pilar: «*Open Access* y derechos de autor. Titularidad y ejercicio de los derechos de autor de obras científicas», en *RDP*, núm. 11-12, 2018, pp. 61-86.

GIL MEMBRADO, Cristina: «Los difusos contornos del plagio académico en los trabajos de los estudiantes: un abordaje desde la propiedad intelectual», en *RDP*, núm. 3-4, 2019, pp. 3-38.

GÓMEZ BELLVÍS, Ana Belén: «Crónica de una ineficacia anunciada: Un estudio sobre los factores asociados al cumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual», en *InDret*, núm. 1, 2019.

ROGEL VIDE, Carlos: «La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 –gestación, protagonistas y líneas maestras–», en *RGLJ*, núm. 4, 2018, pp. 629-641.

SAIZ GARCÍA, Concepción: «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor», en *InDret*, núm. 1, 2019.

DERECHO DE FAMILIA. DERECHO MATRIMONIAL

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Nulidad de matrimonio por falta de capacidad para emitir el consentimiento por enfermedad mental: Comentario a la STS de 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1478)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 327-348.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La compensación por desequilibrio y la pensión de viudedad. Dos medidas económicas interrelacionadas», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2683-2722.

— «Protección jurídica de la persona con la capacidad modificada judicialmente. El matrimonio», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3290-3326.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Ruptura de pareja de hecho. Ex conviviente que trabaja en empresa familiar conservando categoría y sueldo. Ausencia de enriquecimiento injusto. No existe fundamento para compensar imaginando que en el futuro pudiera ser despedida: Comentario a la STS de 15 enero 2018 (RJ 2018, 76)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 217-239.

- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.
- FERRER RIBA, Josep: «Atribución del uso de vivienda familiar en una ruptura de pareja de hecho concurriendo menores de edad hijos de distinto progenitor: Comentario a la STS de 17 octubre de 2017 (RJ 2017, 4528)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 51-68.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa: «La extinción de la pensión compensatoria por ulterior matrimonio de su beneficiario: retroactividad de sus efectos: Comentario a la STS 2737/2008, de 18 de julio de 2018 (rec. 735/2017)», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2018.
- GARCÍA MAYO, Manuel: «Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Inexistencia de daño moral indemnizable ante descubrimiento de hijo consecuencia de infidelidad matrimonial», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2018.
- MARTÍN AZCANO, Eva María: «Capacidad capitular de las personas con trastornos mentales», en *ACM*, núm. 11, 2018, pp. 59-102.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «Temporalidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en un proceso de ruptura matrimonial (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2019.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Pensión compensatoria para la adquisición de vivienda familiar basada en un convenio regulador no ratificado por el marido. Carácter dispositivo de la pensión compensatoria y modificación de las circunstancias: Comentario a la STS de 14 marzo 2018 (RJ 2018, 1112)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 261-295.
- SILLERO CROVETTO, Blanca: «Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2780-2807.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Panorama actual de la compensación económica por trabajo para la familia en Baleares», en *RDC*, vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 1-51.

DERECHO DE FAMILIA. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Valor privativo o ganancial del complemento empresarial por incapacidad permanente del trabajador: Comentario a la STS de 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5355)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 195-215.

- MORENO FLÓREZ, Rosa María: «El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes. ¿Exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?», en *RDC*, vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 233-279.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Ley aplicable al régimen económico matrimonial e inscripción en el Registro de la Propiedad. Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (RDGRN) núm. 16476/2018 de 19 de octubre de 2018 (RJ 2018, 4825)», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 283-302.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Pleno) número 641/2018, de 20 de noviembre (RJ 2018, 5086)», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 303-336.
- SANTANA NAVARRO, Francisco: «El artículo 1317 del Código Civil: ¿Un instrumento exclusivo de los acreedores consorciales?», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2019.

DERECHO DE FAMILIA. PAREJAS DE HECHO

- ANDERSON, Miriam: «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (juliol-setembre 2018)», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «¿Pueden las parejas de hecho someterse convencionalmente a un régimen económico matrimonial?: comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de junio de 2018 (JUR 2018, 176486)», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 339-352.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «La atribución del derecho de uso sobre la vivienda tras la ruptura de la pareja en el Derecho italiano: similitudes y diferencias con el Derecho español», en *RDP*, núm. 3-4, 2019, pp. 39-70.
- VARELA CASTRO, Ignacio: «Autonomía de la voluntad y régimen económico de las parejas “de hecho” en la Ley de Derecho Civil de Galicia: una regulación condicionada por la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los registros públicos», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 239-281.

DERECHO DE FAMILIA. PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La reclamación de la filiación no matrimonial: legitimación y efectos», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 357-393.
- BUSTOS MORENO, Yolanda B.: «Consideración acerca de la conveniencia de limitar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad», en *RDP*, núm. 11-12, 2018, pp. 113-146.

- COSTAS RODAL, Lucía: «Nuevos límites jurisprudenciales al ejercicio de la acción de reclamación por el progenitor no matrimonial sin posesión de estado», en *ACM*, núm. 10, 2018, pp. 101-110.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «El deber de vigilancia de los padres y el control de las conversaciones de menores a través de Whatsapp. El derecho a la intimidad de los menores», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3279-3289.
- «¿Se puede renunciar a la patria potestad», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 347-356.
- IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa: «La guarda y custodia de los menores en supuestos de violencia doméstica», en *RDP*, núm. 11-12, 2018, pp. 87-111.
- LEGERÉN-MOLINA, Antonio: «Los planes de parentalidad», en *RDP*, núm. 11-12, 2018, pp. 3-59.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 225-242.
- NEVADO MONTERO, Juan José: «El derecho de relación de los menores con sus padres y abuelos. Medidas de protección», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 894-920.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Determinación legal de la maternidad de la esposa de la madre gestante: Comentario a la RDGRN de 8 febrero 2017 (JUR 2018, 237932)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 11-28.
- «Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar», en *RDP*, núm. 1-2, 2019, pp. 3-46.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La monoparentalidad como nuevo modelo familiar: Acciones previstas en la legislación para la protección del menor», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2018.
- RINCÓN ANDREU, Gerard: «Guarda compartida: la doctrina de les Audiències Provincials de Catalunya i la seva evolució», en *RJC*, núm. 4, 2018, pp. 1027-1050.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Patria potestad y ejercicio de la guarda por un no progenitor: superior interés del menor», en *ACM*, núm. 11, 2018, pp. 167-170.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3071-3116.

DERECHO DE FAMILIA. ADOPCIÓN

- ADROHER BIOSCA, Salomé: «La nueva regulación de la adopción en España: en interés superior del menor», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2429-2463.

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa: «El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 763-805.

DERECHO DE FAMILIA. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

DÍAZ FRAILE, Juan María: «La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 53-131.

GODOY DOMÍNGUEZ, Luis A.: «La gestación por sustitución en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entre la protección de la vida personal y familiar y el respeto al orden público nacional», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2018.

QUICIOS MOLINA, María Susana: «Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar», en *RDP*, núm. 1-2, 2019, pp. 3-46.

DERECHO DE SUCESIONES

ARNAU MOYA, Federico: «Aceptación de la herencia por el progenitor excluido de la administración de la herencia de su hijo menor: Comentario a la RDGRN de 4 diciembre 2017 (RJ 2017, 5683)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 171-193.

BARBA, Vicenzo: «Institución de heredero en cosa cierta. Interpretación del testamento, determinación de la cuota hereditaria y partición de la herencia», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 5-27.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3339-3371.

BOTELLO HERMOSA, Pedro: «Posible inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria española como medio de protección patrimonial de las personas incapacitadas», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2527-2547.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios y reglamento sucesorio europeo», en *RdPat*, núm. 48, 2019, pp. 27-58.

DE BORJA IRIARTE ÁNGEL, Francisco: «Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social?», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2018.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 881-893.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Sustitución ejemplar y existencia de testamento válido otorgado por el sustituido antes de su incapacitación:

Comentario a la RDGRN de 10 mayo 2018 (RJ 2018, 2484)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 367-379.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: «La interrogatio in iure notarial en el dret successori català», en *RJC*, núm. 2, 2018, pp. 315-344.

GARCÍA HERRERA, Vanessa: «Testamento otorgado por sujeto parcialmente incapacitado: presupuestos de su validez. Comentario de la STS de 15 de marzo de 2018 (sts 936/2018, rec. 2093/2015). Referencia al tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.

— «Continuación y consumación de la usucapión tras la muerte del usucapiente (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2019.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación: Comentario a la STS de 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1090)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 297-325.

HORNERO MÉNDEZ, César: «La admisibilidad de la sustitución vulgar sobre la legítima o de la relativización de la intangibilidad cualitativa *ex artículo* 813.2 CC: comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 2017 (RJ 2017, 5850)», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 355-374.

JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «Reserva lineal, derecho de representación y transmisión del *ius delationis*», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 413-444.

LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «Repudiación de la herencia y sustitución vulgar: la atribución de la vacante sucesoria por renuncia en supuestos complejos», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 133-176.

MORETÓN SANZ, María Fernanda: «Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 955-977.

PLANAS BALLVÉ, María: «La doctrina civilista del *ius transmissionis* llega, al fin, a la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 283-295.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «La ruptura de la convivencia como causa de extinción de la vocación hereditaria del cónyuge *superstite*», en *RDP*, núm. 3-4, 2019, pp. 71-96.

RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara: «Extralimitación del contador-partidor al otorgar la totalidad de los bienes a la viuda usufructuaria, sin exigir la renuncia formal a la herencia por parte de los demás herederos: Comentario a la RDGRN de 4 octubre 2017 (RJ 2017, 4771)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 69-84.

SALMERÓN MANZANO, Esther: «Sobre el derecho de representación en la voluntad testada: Comentario a la RDGRN de 5 julio 2018 (JUR 2018, 195331)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 439-455.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario», en *RDC*, vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 333-360.

VILAR GONZÁLEZ, Silvia: «La autonomía de la voluntad del paciente y los testamentos vitales», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.

DERECHO MERCANTIL

INTRODUCCIÓN

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «La revisión de la Propuesta de Código Mercantil», en *RDM*, núm. 310, 2018.

CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: «Perspectivas futuras en torno a la conceptualización legal de la marca», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 1041-1060.

CUÑAT EDO, Vicente, BOQUERA MATARREDONA, Josefina, GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco y MARIMÓN DURÁ, Rafael: «Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia mercantil: (abril-junio 2018)», en *RDM*, núm. 310, 2018.

CUÑAT EDO, Vicente, BOQUERA MATARREDONA, Josefina, GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco, MARIMÓN DURÁ, Rafael *et alii*: «Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia mercantil: (julio-septiembre 2018)», en *RDM*, núm. 311, 2019, pp. 421-450.

DERECHO DE SOCIEDADES

ADÁN GARCÍA, María Emilia: «Un instrumento al servicio del blanqueo de capitales en España: el Registro de Titularidades Reales», en *RDNT*, núm. 49, 2019.

ALONSO UREBA, Alberto: «Las comisiones especializadas de supervisión y control en el modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 19-76.

ARAGONÉS SEIJO, Santiago: «Anatomía de la voluntad en la determinación del valor de las participaciones sociales en caso de adquisición preferente: el cambio de la doctrina registral tras la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de noviembre de 2016», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 809-878.

BATALLER GRAU, Juan: «Un concepto de responsabilidad social de la empresa desde el Derecho Mercantil», en *RDM*, núm. 310, 2018.

BRENES CORTÉS, Josefa: «Responsabilidad del representante persona física del administrador persona jurídica y su posible configuración como administrador de hecho», en *RDM*, núm. 310, 2018.

- CAFFARENA PÉREZ, Blanca: «Derechos de acompañamiento y arrastre, prohibición de constitución de derechos reales sobre participaciones y su inscribibilidad (comentario a la resolución de 30 de junio de 2018 de la DGRN)», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 305-316.
- CANALEJAS MERÍN, José F.: «Comunicado de la CNMV dirigido a emisores de valores sobre el nuevo marco normativo europeo de abuso de mercado», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 393-395.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, María de la Concepción: «Diversidad de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas españolas. A propósito de la publicación de la CNMV de datos sobre la presencia de mujeres en consejos de administración y alta dirección de sociedades cotizadas españolas», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 353-374.
- DE LA CÁMARA ENTRENA, Blanca y GIL LÓPEZ DE SAGREDO, Lucía: «Ejercicio del cargo y ámbito de actuación de los liquidadores en las sociedades de capital», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 119-128.
- DEL VAL TALENS, Alberto: «Hacia una doctrina societaria del derroche», en *RDM*, núm. 310, 2018.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «La identificación de los titulares reales de las sociedades en la Cuarta Directiva de prevención del blanqueo de capitales. El papel del Registro Mercantil», en *RJC*, núm. 1, 2018, pp. 41-66.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «En torno a la calificación de los trabajos realizados por los cooperativistas como aportaciones al capital social. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 12 de abril de 2018», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 305-316.
- GARCÍA SANZ, Arturo: «Deber de abstención y conflictos de intereses en la junta general de las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 179-202.
- GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «Criterios interpretativos de la CNMV sobre la normativa de OPAS», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 383-386.
- GIMENO BEVIÁ, Vicente: «Los programas de *compliance* como manifestación del deber de diligencia de los administradores», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 243-282.
- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «La remuneración del consejero ejecutivo: una lectura integradora de los artículos 217 y 249 de la Ley de Sociedades de Capital», en *RDM*, núm. 311, 2019, pp. 297-344.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Las plataformas de financiación participativa en la ley de Fomento de la Financiación empresarial. Aproximación a la regulación del *crowdfunding* en España», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2808-2832.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa: «Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios: caracterización y casuística», en *RDM*, núm. 310, 2018.

- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «Entre el abuso de mayoría y el de minoría en la política de distribución de dividendos: a propósito del “nuevo” artículo 348 bis de la ley de sociedades de capital», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 203-242.
- MUÑOZ DELGADO, Carmen: «Condición de socio durante el proceso sucesorio y transmisión *mortis causa* de la titularidad de acciones y de participaciones sociales», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2745-2764.
- «Revisión de la responsabilidad civil contractual y extracontractual del auditor de cuentas a la luz de la jurisprudencia y de las novedades normativas: el nexo causal entre la acción ilícita y el daño», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3382-3401.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «Distribución obligatoria de dividendos y grupos de sociedades», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 145-178.
- NAVARRO FRÍAS, Irene: «El deber de legalidad de los administradores sociales: Algunas reflexiones acerca de la infracción eficiente de la ley y la *legal judgment rule*», en *RDM*, núm. 311, 2019, pp. 177-238.
- PALANCA REH, Jacobo: «Publicación por la CNMV de una guía técnica sobre comisiones de nombramientos y retribuciones», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 379-381.
- PAZ-ARES, José Cándido: «*Minima de malis eligenda*: cinco tesis sobre el artículo 213.1 de la Ley de Sociedades de Capital», en *RDM*, núm. 310, 2018.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores: una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores», en *RDM*, núm. 311, 2019, pp. 11-48.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «Acción individual de responsabilidad de administradores y acción directa frente al asegurador (D&O de grupo de empresas). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Sentencia núm. 485/2018 de 11709/2018», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 317-347.
- PÉREZ PUEYO, Anunciación: «Informes de la CNMV sobre los informes anuales de gobierno corporativo y de remuneración de los consejeros del año 2017», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 387-392.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La inconstitucionalidad de la disolución registral de las sociedades por falta de adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 499-517.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel: «Las nuevas obligaciones de los intermediarios en materia de identificación, transmisión de la información y facilitación del ejercicio de los derechos del socio inversor de sociedades cotizadas», en *RDM*, núm. 311, 2019, pp. 121-176.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «La transformación transfronteriza de sociedades en el ámbito de la UE: una perspectiva de Derecho internacional privado», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 121-144.

VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La remuneración de los administradores mediante participación en los beneficios en las sociedades de capital no cotizadas», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 77-120.

— «La enajenación incentivada de acciones o participaciones en autocartera: reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal supremo de 1 de octubre de 2018», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 287-303

CONTRATOS MERCANTILES

MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza: «La responsabilidad del cuenta-partícipe frente a terceros: fundamento jurídico y características», en *RDM*, núm. 310, 2018.

PÉREZ MILLÁN, David: «La inscripción de la prestación accesoria de cumplimiento de un protocolo familiar: comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 2018 (RJ 2018, 3648)», en *RDM*, núm. 311, 2019, pp. 477-502.

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

EGEA-PÉREZ CARASA, Íñigo: «Tratamiento tributario del *bitcoin* y demás criptomonedas», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 131-180.

SANZ DE SANDOVAL, Enrique: «Régimen fiscal de los socios de una empresa familiar configurada como entidad. Impuesto sobre el Patrimonio e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 181-194.

DERECHO CONCURSAL

BATTISTA CACCIALUPI, Giovanni: «*De debitoribus suspectis et fugitivis* de Giovanni Battista Caccialupi», en *ADCon*, núm. 46, 2019, pp. 145-199.

BENEDETTI, Lorenzo: «La valoración de las participaciones sociales en la sociedad en crisis: primeras reflexiones», *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 331-349.

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «La prenda de créditos futuros y los contratos pendientes de ejecución», en *ADCon*, núm. 46, 2019, pp. 7-49.

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «La pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso. (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [15.ª] de 28 de septiembre de 2018) (JUR 2018, 272704)», en *ADCon*, núm. 46, 2019, pp. 243-273.

CHAMORRO DOMÍNGUEZ, María de la Concepción: «La calificación del crédito contra el administrador social declarado en concurso, responsable solidario de las obligaciones sociales con base en el art. 367 TRLSC, por una condena en costas impuesta a la sociedad administrada: Comentario a la STS de 29 noviembre 2017 (RJ 2017, 5300)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 139-170.

- DOMÍNGUEZ MENA, Antonio: «Comentarios a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2018 (BOE de 21 de junio de 2018)», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 317-328.
- ESCRIBANO GAMIR, Cristina: «El perjuicio como elemento determinante de la acción rescisoria concursal», en *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 113-130.
- FACHAL NOGUER, Nuria: «Una propuesta de interpretación integradora de las disposiciones relativas a la reserva de dominio en el concurso», en *ADCon*, núm. 46, 2019, pp. 51-101.
- «Sociedades de capital en concurso de acreedores (II): la financiación por papel pelota y la calificación culpable del concurso», en *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 203-226.
- FERNÁNDEZ LARREA, Ignacio: «La administración de hecho asociada a los *covenants* de los acuerdos de refinanciación», en *ADCon*, núm. 46, 2019, pp. 129-141.
- GÓMEZ, Mateo C. Juan: «Compraventa al margen del plan de liquidación: ¿posible ineficacia del negocio jurídico por fraude de acreedores?», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2019.
- GUASCH MARTORELL, Rafael: «Reflexiones sobre la transmisión de la unidad productiva en funcionamiento y la tiranía de la oferta única en el marco de los artículos 190.3 y 191 ter Ley Concursal», en *RJC*, núm. 3, 2018, pp. 637-654.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Los créditos contingentes en el procedimiento concursal», en *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 161-189.
- HUALDE LÓPEZ, Ibon: «Algunas consideraciones sobre las medidas cautelares patrimoniales anteriores a la declaración de concurso», en *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 133-159.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, Briseida Sofía: «Insolvencia transfronteriza y garantías sobre bienes inmateriales», *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 227-244.
- «Insolvencia transfronteriza y garantías sobre bienes inmuebles», en *ADCon*, núm. 46, 2019, pp. 203-231.
- JIMÉNEZ MORENO, Juan María: «Los límites subjetivos del convenio concursal y las garantías reales a favor de tercero», *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 303-310.
- MEJÁN CARRER, Luis Manuel: «El inicio de los procedimientos concursales», en *ADCon*, núm. 46, 2019, pp. 203-231.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «La «buena fe» del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Una revisión crítica de la posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia», en *RJC*, núm. 1, 2018, pp. 9-40.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio: «Las propuestas de reforma del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», en *ADCon*, núm. 46, 2019, pp. 105-128.
- NIETO DELGADO, Carlos: «Cambios de domicilio, insolvencia y *forum shopping*: ¿esquizofrenia europea?», en *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 95-112.

- PINTO RODRÍGUEZ, Iván: «Rescisión concursal y ventajas compensatorias en operaciones de financiación intragrupo. Comentario a la actual doctrina del Tribunal Supremo y reciente jurisprudencia menor», en *RJC*, núm. 1, 2018, pp.107-126.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Gobierno corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: administradores, accionistas y acreedores», en *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 35-70.
- RECAMÁN GRAÑA, Eva: «Deberes fiduciarios, interés social e interés del grupo en filiales íntegramente participadas. (Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 20 de diciembre de 2017) (RJ 2017, 5784)», en *ADCon*, núm. 46, 2019, pp. 273-289.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: «Socios comunes, administrador de hecho y subordinación concursal (comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 299/2018, de 25 de mayo de 2018)», en *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 252-270.
- SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «Las decisiones de los tribunales sobre el ámbito de la valoración de las garantías afectas al privilegio especial en el concurso de acreedores», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 475-498.
- TEICHMANN, Christoph: «Protección de acreedores en modificaciones estructurales transfronterizas», *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 313-330.
- VELA TORRES, Pedro José: «La rendición de cuentas de la administración concursal», en *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 21-34.
- VERDUGO GARCÍA, Juan, y GARCÍA CASTRO, Pablo: «Acciones de reintegración y legitimación activa», en *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 291-302.
- VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge: «La morosidad como problema de aplicación e interpretación normativa», en *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 71-93.
- YANES YANES, Pedro: «La pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso. Observaciones críticas al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.ª) de 28 de septiembre de 2018, y otra “jurisprudencia menor”», en *RDCP*, núm. 30, 2019, pp. 247-255.

DERECHO DIGITAL

- B. FERNÁNDEZ, Carlos: «El Senado aprueba la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2018.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Derecho al olvido», en *ACM*, núm. 10, 2018, pp. 97-100.
- CARRIZO AGUADO, David y ALONSO GARCÍA, Nieves: «El impacto de internet en las publicaciones fotográficas protegidas por derecho de autor: visión constitucional e internacional-privatista en la era del “boom digital”», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 245-270.

- CASTELLÓ PASTOR, José Juan: «Portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de autor en la Unión Europea», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- «Portabilidad transfronteriza de contenidos digitales en la Unión Europea», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 205-224.
- DE CASTELLVI GUIMERÁ, Juan Luis y MÉNDEZ JUEZ, Marta: «Un estudio sobre la necesidad y viabilidad del uso de videocámaras en los habitáculos sanitarios de las ambulancias», en *RDNT*, núm. 49, 2019.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, Ángel Manuel: «Los dispositivos en la nube. ¿Cómo nos afecta su regulación?», en *RDNT*, núm. 49, 2019.
- FONDEVILLA ANTOLÍN, Jorge: «Reflexiones a propósito de la STC 55/2018: un limitado respiro ante el acoso recentralizador en la implementación de la e-administración», en *RDNT*, núm. 49, 2019.
- GARCÍA SEGURA, Luis Armando, y CAYÓN PEÑA, Juan: «Retos jurídicos de los vehículos conectados en la era del internet de las cosas», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.
- GODOY DOMÍNGUEZ, Luis A.: «El conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores en el uso de las TICs y el cumplimiento de los deberes de la patria potestad», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.
- GÓMEZ VALENZUELA, Esperanza: «Normas imperativas y deberes de información en la contratación electrónica», en *RDNT*, núm. 49, 2019.
- GRAUER RODOY, Isaac: «Ciberseguridad y abogacía», en *RDNT*, núm. 49, 2019.
- HERNÁEZ ESTEBAN, Elena: «Inteligencia artificial y vehículos autónomos: el régimen de la responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos», en *RDNT*, núm. 49, 2019.
- JARNE MUÑOZ, Pablo: «El espacio controlado de pruebas (regulatory sandbox) en el Anteproyecto de Ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2018.
- JIMENO MUÑOZ, Jesús: «¿Cyber Risks: Liability and Insurance», en *InDret*, núm. 2, 2019.
- LAMBEEA RUEDA, Ana: «Entorno digital, robótica y menores de edad», en *RDC*, vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 183-232.
- LEGERÉN-MOLINA, Antonio: «Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques (Aspectos legales de blockchain)», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 177-237.
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel: «Algunas consideraciones sobre los límites del derecho a la desaparición digital a la luz de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (LCEur 2016, 605)», en *ACM*, núm. 11, 2018, pp. 109-140.
- MARTÍN MOLINA, Pedro: «Cuestiones relevantes de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales: Los Derechos Digitales», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.

- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A.: «El tratamiento de datos en redes sociales: ¿jurisprudencia vacilante o diferencia de supuestos?», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2018.
- MORENO BLESAS, Lidia y SOTO PINEDA, Jesús Alfonso: «Las economías colaborativas en entornos digitales: transporte urbano y antitrust», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2019.
- PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves: «Nuevas alternativas de pago online: proveedores de servicio de pago externo en un mercado más tecnológico y seguro», en *RDNT*, núm. 49, 2019.
- ROSSELLÓ RUBERT, Francisca María: «Las características del servicio de *cloud computing* y su relevancia jurídica en la distribución de responsabilidades entre proveedor y suscriptor», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 77-96.
- ROSSELLÓ RUBERT, Francisca María: «*Cloud computing* para el pequeño empresario turístico: problemática contractual», en *RDNT*, núm. 49, 2019.
- TATO PLAZA, Anxo: «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (*influencers*)», en *RDM*, núm. 311, 2019.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «Alcance actual del derecho de eliminación de los datos personales en relación con los motores de búsqueda», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 37-76.

DERECHO SANITARIO

- CASANOVA ASENCIO, Andrea Salud: «¿Protección de datos en el ámbito de la historia clínica: el acceso indebido por el personal sanitario y sus consecuencias», en *InDret*, núm. 2, 2019.
- CORPAS PASTOR, Luis Antonio: «Consentimiento informado en la esfera odontoestomatológica», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 445-484.
- MONTERROSO CASADO, Esther: «La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 456-474.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico», en *ACM*, núm. 10, 2018, pp. 25-48.

DERECHO DE SEGUROS

- ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «La caída a las vías de metro no está cubierta por el Seguro Obligatorio de Viajeros», en *ACM*, núm. 9, 2018, pp. 103-112.
- GÓMEZ LOZANO, María del Mar: «Seguros y voluntariado: ¿Discriminación por edad?», en *RDC*, vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 381-385.

- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «Medidas de protección del consumidor frente a la insolvencia de los operadores turísticos: seguros, fianzas y otras garantías», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 201-248.
- MONTERROSO CASADO, Esther: «La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 456-474.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico», en *ACM*, núm. 10, 2018, pp. 25-48.
- VERCHER MOLL, Francisco Javier: «Efectos jurídicos del informe sobre la situación financiera y de solvencia en las entidades de seguros», en *ACM*, núm. 9, 2018, pp. 57-80.
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: «Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional [Pleno] número 1/2018, de 11 de enero (RTC 2018,1)», en *RDM*, núm. 310, 2018.

DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «Cláusulas, que pasan desapercibidas en las escrituras de hipoteca, que pueden resultar abusivas», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2019.
- «El hipotecante no deudor: perjuicios que le ocasiona la regulación existente y medios para reparar el daño sufrido», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2019.
- ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «Salvando las cláusulas de vencimiento anticipado: la incoación del juicio declarativo ante la suspensión de las ejecuciones hipotecarias», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 315-336.
- ALONSO BUZO, Roberto: «La reclamación de gastos hipotecarios», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2019.
- ALTZELAI ULIONDO, Igone: «Inversiones y emprendimiento en la economía social. Algunas reflexiones», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 249-274.
- ARGELICH COMELLES, Cristina: «Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 13-65.
- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Vencimiento anticipado. Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2019.
- ARIAS VARONA, Francisco Javier: «Requisitos subjetivos y pluralidad de beneficiarios en las prendas financieras», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 65-90.
- ASENSIO TORRES, Pablo: «*Covered bonds*. Regulación actual/iniciativas normativas», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 341-354.

- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Cobrar varias veces por lo mismo no debería ser legal. Breve comentario de urgencia de la STS 44/2019 de 23 enero, sobre la validez de la comisión de apertura», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.
- CASTAÑER CODINA, Joaquín: «La protección del cliente de las secciones de crédito de las cooperativas catalanas a través de la creación de un fondo de apoyo financiero», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 91-128.
- DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L.: «El inversor ante dos opciones del mercado inmobiliario: *Socimi* y *Crowdequity*», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 275-294.
- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «Resolución extrajudicial de conflictos para préstamos hipotecarios: el lado oscuro de las bondades transaccionales», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La viabilidad de las “acciones de lealtad” en nuestro derecho de sociedades (*loyalty shares*)», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 9-64.
- GÓMEZ, Mateo Juan: «Desgranando la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: veinte aspectos a considerar», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2019.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «Medidas de protección del consumidor frente a la insolvencia de los operadores turísticos: seguros, fianzas y otras garantías», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 201-248.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «El derecho de separación previsto en el artículo 348 bis LSC en el caso de acciones y participaciones sociales en usufructo», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 129-164.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «¿Quién debe pagar el impuesto de Actos Jurídicos Documentados? Reflexión sobre los beneficios de la garantía hipotecaria y sus destinatarios», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 394-412.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Breve exposición del *status quaestionis* de la cláusula de vencimiento anticipado, en espera de la sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 1014-1040.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada: «La exclusión financiera y el acceso a los servicios bancarios básicos», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 399-443.
- MARTÍN BAUMEISTER, Bruno: «La fijación del precio de derivados extrabursátiles de cobertura del riesgo de tipo de interés y su calificación como conducta colusoria de acuerdo con el artículo 1 LDC y 101 TFUE», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2859-2882.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 361-397.

- MATE SATUÉ, Loreto Carmen: «Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 335-360.
- «Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda (análisis de la situación anterior y posterior a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario)», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 921-954.
- MATO PACÍN, María: «La transparencia material en el Proyecto de Ley (¿y en la futura ley?) de contratos de crédito inmobiliario», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 113-159.
- MOLINA ROIG, Elga: «El Real Decreto Ley 7/2019, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2019.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «“Falta de transparencia”, posible ineficacia y acuerdo transaccional válido», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 165-200.
- NOVAL PATO, Jorge: «Principios básicos de la regulación del *equity crowdfunding*», en *RDM*, núm. 310, 2018.
- OREA MARTÍNEZ, José Antonio: «Cláusulas abusivas en los créditos hipotecarios y cuestiones de interés relacionadas», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2019.
- PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «La hipoteca “multidivisa” y la información precontractual como parámetro de validez», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2019.
- SALMERÓN MANZANO, Esther M.^a: «La reclamación de gastos hipotecarios», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2019.
- SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan: «El complemento de la convocatoria de la Junta General (competencia y diligencia). Comentario a la Resolución DGRN de 31 de enero de 2018», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 295-314.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Anteproyecto de Ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 355-360.
- «Externalización (*outsourcing*) de servicios financieros en la nube», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 337-340.
- «Transparencia corporativa y financiera de las sociedades cotizadas», en *RDBB*, año 37, núm. 152, 2018, pp. 361-368.
- TORRAS COLL, José María: «Acotaciones a la problemática suscitada por las tarjetas *revolving*», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2019.
- VELÁZQUEZ VIOQUE, María Sandra: «Los intereses de demora en la expropiación e hipoteca», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2019.
- VERCHER MOLL, Francisco Javier: «Aplicación del principio de proporcionalidad a las entidades que operan en el mercado financiero», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 225-244.

VILADECANS JIMÉNEZ, David: «El *dies a quo* del plazo de caducidad en las acciones de anulabilidad de permutas financieras por error en el consentimiento o dolo», en *RJC*, núm. 3, 2018, pp. 705-728.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago Manuel: «La evolución regresiva de la política y del derecho ambiental en España», en *RDA*, núm. 41, 2018, pp. 15-39.

BAQUERO RIVEROS, Javier Ernesto: «Los espectáculos taurinos en España y Colombia. Análisis jurídico desde la perspectiva del bienestar animal y su relevancia constitucional», en *RDA*, núm. 41, 2018, pp. 249-299.

BENSUSAN MARTÍN, María del Pilar: «Los instrumentos de planificación como respuestas a los fenómenos naturales con más incidencia en el territorio: riesgos y desastres naturales», en *RDU*, núm. 323, 2018, pp. 129-186.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés: «Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales. El caso *Prestige*», en *RDA*, núm. 41, 2018, pp. 9-11.

CALVO VÉRGEZ, Juan: «A vueltas con la regulación del autoconsumo eléctrico y con la aplicación del mal llamado “impuesto al sol”», en *RDA*, núm. 42, 2019, pp. 21-70.

CASTAÑO MARTÍNEZ, Emilio José: «La investigación penal medioambiental en la Comunidad Valenciana», en *RDA*, núm. 41, 2018, pp. 221-247.

CELI FRUGONI, Alina, y SEVERO ROCHA, Leonel: «Comentarios a la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-23/2017) sobre la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente», en *RDA*, núm. 41, 2018, pp. 113-132.

CEREZO IBARRONDO, Álvaro: «De los deberes de los propietario en suelo urbano a las cargas integrales en las actuaciones sobre el medio urbano. ¿La definición de un nuevo urbanismo?», en *RDU*, núm. 324, 2018, pp. 65-103.

CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «El impacto de las políticas climáticas en la Legislación de Aguas», en *RDU*, núm. 324, 2018, pp. 103-130.

DOMÍNGUEZ MATA, José María: «La imprescriptibilidad de la acción para la restitución de la legalidad en la servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018», en *RDU*, núm. 326, 2018, pp. 161-179.

FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena: «La modulación del principio de culpabilidad en el Derecho urbanístico sancionador español. Una consecuencia del deber social de conservación», en *RDU*, núm. 325, 2018, pp. 53-78.

GALERA RODRIGO, Susana: «Derecho Climático *in fieri*: la normalización de los procedimientos transnacionales y la progresiva construcción del Derecho Público europeo. El contencioso del Tercer Período de Asignación», en *RDA*, núm. 41, 2018, pp. 41-83.

- GARCÍA ERVITI, Federico: «El enigma de la valoración urbanística del suelo urbano no consolidado», en *RDU*, núm. 325, 2018, pp. 19-52.
- GARCÍA MORAGO, Héctor: «Observaciones sobre la proposición de Ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística», en *RDU*, núm. 326, 2018, pp. 59-85.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «La injerencia de la Unión Europea en el urbanismo de sus estados miembros como consecuencia de su propuesta de modelo europeo de desarrollo urbano: especial atención a su incidencia en el caso de España», en *RDU*, núm. 323, 2018, pp. 19-77.
- GIL MACIÁ, Lorenzo: «¿Cómo regulan las capitales españolas las bonificaciones medioambientales en sus impuestos?», en *RDA*, núm. 42, 2019, pp. 109-142.
- GONZÁLEZ BUENDÍA, Francisco: «Las dificultades actuales de la Ordenación del Territorio y el Urbanismo», en *RDU*, núm. 322, 2018, pp. 19-36.
- GONZÁLEZ CABALLERO, Jesús Carlos: «El Yin y el Yang de la nueva Ley del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias», en *RDU*, núm. 324, 2018, pp. 131-148.
- GUTIÉRREZ YURRITA, Pedro Joaquín: «Desarrollo duradero (sostenible, sustentable). Reflexiones geo-políticas a 30 años de su presentación oficial», en *RDA*, núm. 41, 2018, pp. 85-108.
- HERNÁNDEZ LOZANO, Luis Ángel: «La renovación de la sustancia activa glifosato», en *RDA*, núm. 41, 2018, pp. 169-219.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «El desencuentro entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la dirección general en torno a la subrogación legal urbanística y a la afección al pago de los gastos de urbanización», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3445-3462.
- LOBO RODRIGO, Ángel: «La ordenación territorial y urbanística de los nuevos usos y ocupaciones de las playas», en *RDU*, núm. 325, 2018, pp. 79-116.
- LUEÑA HERNÁNDEZ, Jorge Agustín: «Estudio y crítica del principio de viabilidad y sus condicionantes económico-jurídicos en el marco legislativo español», en *RDU*, núm. 323, 2018, pp. 79-128.
- MARCO DE LA HOZ, Álvaro: «El principio de inmutabilidad de la situación urbanística de las fincas en las transmisiones inmobiliarias», en *RDU*, núm. 322, 2018, pp. 99-145.
- MEDIAVILLA CABO, Mauricio: «El artículo 108.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Innecesariedad de indemnizar con carácter previo o simultáneo a la demolición», en *RDU*, núm. 322, 2018, pp. 37-64.
- MERINO MATA, Francisco: «Reflexiones de carácter técnico sobre la necesaria e imprescriptible reposición por el Estado del art. 25.2.a del Texto Refundido de la Ley del Suelo, RDL 2/2008, aún pendiente desde su anulación por la Sentencia 218/2015 del Tribunal Constitucional, para la determinación de la indemnización por la privación de la facultad de par-

- icipar en las actuaciones de nueva urbanización», en *RDU*, núm. 326, 2018, pp. 129-159.
- MORELLE HUNGRÍA, Esteban: «Ordenación y planificación marítima frente al ruido de actividades antrópicas», en *RDA*, núm. 42, 2019, pp. 295-326.
- PONCE SOLÉ, Juli: «Reservas para vivienda protegida en suelo urbano no consolidado: un nuevo paradigma contra la segregación urbana», en *RDU*, núm. 326, 2018, pp. 19-57.
- ORTEGA ANTÓN, José María y PASCUAL MARTÍN, Jesús Ignacio: «La ejecución del planeamiento urbanístico: proyectos de urbanización y proyectos de obras ordinarias en nuestro acervo urbanístico común», en *RDU*, núm. 326, 2018, pp. 87-128.
- REQUENA-CASANOVA, Millán: «Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?», en *RDA*, núm. 42, 2019, pp. 71-108.
- ROSILLO PANTOJA, Izarely: «La realidad de las políticas públicas ambientales en el Estado Constitucional Mexicano», en *RDA*, núm. 42, 2019, pp. 269-294.
- RUIZ CENICEROS, Mauricio: «Silencio administrativo impropio en la tramitación del Planeamiento Urbanístico», en *RDU*, núm. 322, 2018, pp. 65-98.
- SALAZAR ORTUÑO, Eduardo: «Coordenadas y desarrollos internacionales del acceso a la justicia en asuntos ambientales», en *RDA*, núm. 42, 2019, pp. 143-194.
- SANTAMARÍA ARINAS, René: «La Ley de calidad del aire y protección de la atmósfera diez años después de su entrada en vigor», en *RDU*, núm. 325, 2018, pp. 117-163.
- SASTRE BECEIRO, Mónica, SAAVEDRA ROLÁN, Beatriz, y RIVAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «La extinción de las concesiones hidroeléctricas», en *RDU*, núm. 322, 2018, pp. 147-186.
- SORO MATEO, Blanca: «La vulnerabilidad en derecho ambiental», en *RDA*, núm. 42, 2019, pp. 11-18.
- SUAY RINCÓN, José: «La “afectación” de la anulación de los Planes de Urbanismo a sus actos de ejecución: la perspectiva de la Ley Jurisdiccional», en *RDU*, núm. 324, 2018, pp. 19-64.
- VALENCIA MARTÍN, Germán: «Las competencias ejecutivas en materia energético-ambiental», en *RDA*, núm. 42, 2019, pp. 199-228.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

- ANGULO GARCÍANDIA, Álvaro: «La interacción entre el programa de clemencia y las acciones privadas de daños por infracciones del Derecho de la Competencia», en *RDCD*, núm. 23, 2018.

- ANTÓN JUÁREZ, Isabel: «Las Importaciones paralelas y el reetiquetado de productos (comentario a la STJUE de 17 de mayo de 2018, C-642/16)», en *RDCD*, núm. 23, 2018.
- BEDNARZ, Zofia: «Acciones individuales a disposición de los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales: perspectiva del derecho europeo comparado», en *RDCD*, núm. 23, 2018.
- CARRASCO TORRONTÉGUI, Pablo, y POZO VINTIMILLA, Patricio: «Una nueva mirada al Derecho de la Competencia: Behavioral Antitrust y sus implicaciones», en *RDCD*, núm. 23, 2018.
- COSTAS COMESAÑA, Julio: «Responsabilidad de la empresa o asociación por las conductas anticompetitivas realizadas por los socios. Comentario al caso Transporte Horizontal en el Puerto de Bilbao», en *RDCD*, núm. 23, 2018.
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «La prohibición de la venta a pérdida en España tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 19 de octubre de 2017», en *RDCD*, núm. 23, 2018.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo: «Publicidad de tono excluyente en notas de prensa corporativas: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 11 de julio de 2018 (RJ 2018, 2811)», en *RDM*, núm. 311, 2019, pp. 453-476.
- FRAMIÑÁN SANTAS, Javier: «Big data, consentimiento para tratar datos personales y Derecho de Defensa de la competencia», en *RDM*, núm. 310, 2018.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «La desviación de poder en las redes de interproveedores», en *RDCD*, núm. 23, 2018.
- GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco: «Prácticas restrictivas de la competencia en la economía colaborativa: las plataformas digitales en busca de puerto seguro para su modelo de negocio», en *RDCD*, núm. 23, 2018.
- GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos: «Taxi vs Uber: de la competencia desleal al arrendamiento de vehículo con conductor», en *RDM*, núm. 311, 2019, pp. 241-296.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen: «La economía de los grandes datos o *Big Data* desde el Derecho de la competencia ¿nuevos problemas? ¿nuevas soluciones?», en *RDCD*, núm. 23, 2018.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «Los desafíos jurídicos de la economía colaborativa: el caso BlaBlacar en relación con UberPop», en *RDM*, núm. 310, 2018.
- MARTÍN MARTÍN, Gustavo Andrés: «Reflexiones sobre el inexistente elemento subjetivo en la responsabilidad civil por infracciones *antitrust*», en *RDCD*, núm. 23, 2018.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Alberto: «Algoritmos y derecho de la competencia: un estudio sobre la alineación automática de precios», en *RDM*, núm. 311, 2019, pp. 345-392.
- RODILLA MARTÍ, Carmen: «La negativa a suministrar SIPS. Mercados eléctrico y derecho de la competencia», en *RDCD*, núm. 23, 2018.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- BARREIRO CARRIL, María Cruz: «La controvertida base jurídica de la Directiva antielusión fiscal: Un análisis a la luz de reglas de vinculación», en *RDCE*, año 23, núm. 62, 2019, pp. 155-196.
- BELLIDO BARRIONUEVO, María, y PUENTE, Maitane: «Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea», en *RGLJ*, núm. 4, 2018, pp. 677-689.
- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «La autorregulación en el Reglamento General de Protección de Datos como solución frente al mercado digital fragmentado: el menor y los Registros», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3119-3172.
- CAMÓS VICTORIA, Ignacio: «La privacidad del trabajador en la empresa y sus límites. A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Barbulescu II y sus consencuencias», en *RJC*, núm. 1, 2018, pp. 67-106.
- CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz: «La aplicación del reglamento (UE) 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales en el contexto plurilegislativo español», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 271-294.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Orden público internacional y reglamento sucesorio europeo», en *RCDI*, núm. 772, 2019, pp. 627-687.
- CASANOVA MARTÍ, Roser, y CERRATO GURI, Elisabet: «La emisión de una orden europea de investigación para la obtención de prueba transfronteriza y su introducción en el proceso penal español», en *RDCE*, año 23, núm. 62, 2019, pp. 197-232.
- CASTELLÓ PASTOR, José Juan: «Portabilidad transfronteriza de contenidos digitales protegidos por derechos de autor en la Unión Europea», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, y NEMECKOVA, Petra: «Crónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, septiembre-diciembre 2018», en *RDCE*, año 23, núm. 62, 2019, pp. 261-317.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta: «El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 421-476.
- CUENCA CURBELO, Salvador: «Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, septiembre-diciembre 2018», en *RDCE*, año 23, núm. 62, 2019, pp. 319-348.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «El derecho de visita transfronterizo de los abuelos a sus nietos a la luz del TJUE», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2671-2682.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés: «La tutela multinivel del derecho a la protección de datos personales del contribuyente: TEDH-TJUE», en *AFDUAM*,

- núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 499-528.
- GÓMEZ MEGÍAS, Ana M.: «Comienzan a ser aplicables los Reglamentos europeos sobre regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2019.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma: «Consecuencias de la inclusión del acuerdo de pagos en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia», en *REDE*, núm. 69, 2019, pp. 27-48.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «La injerencia de la Unión Europea en el urbanismo de sus estados miembros como consecuencia de su propuesta de modelo europeo de desarrollo urbano: especial atención a su incidencia en el caso de España», en *RDU*, núm. 323, 2018, pp. 19-77.
- IZQUIERDO SANS, Cristina: «Preferencia aplicativa y diálogo judicial», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- LA BARBERA, Maria Caterina: «La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad», en *RDCE*, año 23, núm. 62, 2019, pp. 235-257.
- LASA LÓPEZ, Ainhoa: «El Pilar Europeo de Derechos Sociales: un análisis desde las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo», en *RDCE*, año 23, núm. 62, 2019, pp. 117-154.
- LÓPEZ GUERRA, Luis María: «*Ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *REDE*, núm. 69, 2019, pp. 9-26.
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel: «Algunas consideraciones sobre los límites del derecho a la desaparición digital a la luz de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (LCEur 2016, 605)», en *ACM*, núm. 11, 2018, pp. 109-140.
- MARCHAL ESCALONA, Nuria: «El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado», en *RDCE*, año 23, núm. 62, 2019, pp. 81-116.
- MARTÍN BAUMEISTER, Bruno: «La fijación del precio de derivados extrabursátiles de cobertura del riesgo de tipo de interés y su calificación como conducta colusoria de acuerdo con el artículo 1 LDC y 101 TFUE», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2859-2882.
- MARTÍN DELGADO, Isaac: «Entre interpretación uniforme y garantía de correcta ejecución del derecho de la Unión: la obligación de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en el contexto del recurso por incumplimiento», en *REDE*, núm. 69, 2019, pp. 119-158.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta: «Doble incriminación a examen. Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: «Unión Europea: “Informe final: evaluación de los impactos del uso de herramientas digitales en el contexto de las operaciones transfronterizas de la empresa”», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 399-404.

- PÉREZ MANZANO, Mercedes: «“The Spanish connection”: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en *bis in idem*», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 383-420.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Cesión de créditos de consumidores en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3424-3444.
- REQUENA CASANOVA, Millán: «Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto “Coman y otros”», en *RDCE*, año 23, núm. 62, 2019, pp. 41-79.
- RIPOLL CARULLA, Santiago: «Los derechos de los ciudadanos en el proyecto de acuerdo de retirada del Reino Unido de la Unión Europea», en *RJC*, núm. 2, 2018, pp. 345-370.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Préstamo bancario: cesión del crédito e intereses moratorios (Comentario a la STJUE, Sala 5.^a, de 8 de agosto 2018 [PROV 2018, 282108])», en *ACM*, núm. 11, 2018, pp. 171-180.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés: «Un Tribunal a la altura de sus responsabilidades: el *brexit* ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *RDCE*, año 23, núm. 62, 2019, pp. 17-37.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Luz: «El largo camino recorrido por las “suelas rojas” de “Louboutin”. A propósito del asunto C 163/16 Christian Louboutin, Christian Louboutin SAS v. Van Haren Schoenen BV», en *CDC*, núm. 70, 2018, pp. 15-36.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel: «La “doctrina” picabea (negativa a la acumulación de condenas europeas) ante el TEDH: ¿un problema de *lex mitior* intermedia (STEDH, “as. Arrózpide Sarasola y otros c. España”, 23.10.2018)», en *REDE*, núm. 69, 2019, pp. 159-203.
- SIMÓN MORENO, Héctor: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la constitucionalización del Derecho privado: ¿una nueva vía para proteger el derecho a la vivienda?», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 161-199.
- SUÁREZ ANTÓN, Orestes Jacobo: «Auge y declive de la iniciativa ciudadana europea: ¿guardar o garantizar la participación», en *REDE*, núm. 69, 2019, pp. 49-83.
- TRILLO, Margarita: «El derecho de desistimiento conforme a lo establecido por el TJUE. Comentario a la STJUE, Sala Tercera, de fecha 23 de enero de 2019 TJCE\20199», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2019.

DERECHO COMPARADO

- ALEMÁN PÁEZ, Francisco: «Mercado del sexo vs. Trabajo sexual/abolicionismo vs. Legalización de la prostitución: doble juego de binomios y propuestas reguladoras comparadas», en *RGLJ*, núm. 1, 2019, pp. 7-45.
- ARIAS GUEDÓN, Sonsoles: «Las relaciones de las cúspides judiciales en los sistemas federales: El caso alemán», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 189-215.
- BOILLOT, Christine: «La reforma del derecho común del contrato en el Código Civil francés, Ordenanza del 10 de febrero de 2016 y Ley de ratificación del 20 de abril de 2018», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 61-82.
- CASTELLS I MARQUÈS, Marina: «Drones recreativos, responsabilidad civil y protección de datos (Tras la reforma de 2017)», en *RDC*, vol. 6, núm. 1, 2019, pp. 297-333.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «Convenio gestacional internacional y filiación transfronteriza: el modelo de los países del Este de Europa», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2019.
- GAMACHO CABANILLAS, Lourdes: «Nueva revisión del Código de gobierno corporativo francés de sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 55, 2019, pp. 405-407.
- GASTÓN, Leandro: «Antecedentes penales en el mercado laboral argentino», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- GLUHAIA, Diana: «La competencia judicial internacional en los contratos internacionales de consumo en la Federación de Rusia», en *RCDI*, núm. 769, 2018, pp. 2551-2575.
- LÓPEZ BARBA, Elena: «El contrato de hospedaje en el Código civil cubano: la actuación de los cuentapropistas en Cuba y el fenómeno de las viviendas de fin turístico en España», en *RGLJ*, núm. 4, 2018, pp. 549-595.
- PÉREZ BORGES, Efrén: «Un giro copernicano: la plurifuncionalidad de la responsabilidad civil en Italia», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2019.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coord.): «Legislación y Jurisprudencia de Iberoamérica», en *RGLJ*, núm. 1, 2019, pp. 147-189.
- POLO SABAU, José Ramón: «El reconocimiento legal de los matrimonios de creencia en Jersey tras la aprobación de la “Marriage and Civil Status (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2018”», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3191-3212.
- «La consolidación del matrimonio de creencia en Irlanda del Norte. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones en el caso Smyth, Re Judicial Review, de 28 de junio de 2018», en *RDC*, vol. 5, núm. 4, 2018, pp. 361-380.
- VOSA, Giuliano: «“Unconstitutional” Constitutional Amendments before Constitutional Courts: some comparative notes from Hungary and Italy», en *REDE*, núm. 69, 2019, pp. 85-115.

RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

- CAMPOS CANDELAS, Jesús: «¿Vulnera el orden público el laudo extranjero que contraviene el art. 12 de la Ley de Arbitraje? Comentario al Auto del TSJ de Cataluña núm. 114/2014, de 16 de octubre», en *RJC*, núm. 1, 2018, pp.127-134.
- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «Resolución extrajudicial de conflictos para préstamos hipotecarios: el lado oscuro de las bondades transaccionales», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: «Sobre la constitucionalidad del arbitraje voluntario», en *RdPat*, núm. 47, 2018, pp. 29-59.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva», en *Indret*, núm. 2, 2019.

DERECHO PROCESAL

- ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio: «La correspondència entre advocats: una prova que no ha de tenir efecte al procés civil», en *RJC*, núm. 3, 2018, pp. 655-676.
- ARIAS GUEDÓN, Sonsoles: «Las relaciones de las cúspides judiciales en los sistemas federales: El caso alemán», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 189-215.
- BELMONTE DE LA VILLA, Paula: «La interposición por compañías especializadas de acciones de reclamación de derechos de pasajeros aéreos: comentario del Auto del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid de 29 de mayo de 2018 (PROV 2018, 211256)», en *RDM*, núm. 311, 2019, pp. 503-518.
- BUSTOS GISBERT, Rafael: «La controvertida composición y renovación de los órganos judiciales situados en la cúspide», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 217-256.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía: «El acceso a la casación penal: una primera aproximación al hilo de la pérdida de su misión prioritaria y del resurgir de la distinción *ius constitutionis-ius litigatoris*», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 354-317.
- CATALINA BENAVENTE, María Ángeles: «La acreditación del interés casacional ante la sala primera del Tribunal Supremo», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 281-315.

- COBREROS MENDAZONA, Edorta: «El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 421-476.
- CUMIZ, Juan: «Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional», en *InDret*, núm. 2, 2019.
- DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «La no discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos como ejemplo en el orden social», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 477-498.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: «Reflexiones (desordenadas) sobre el vértice jurisdiccional», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 103-107.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo: «Medios de defensa del deudor ejecutado en los procedimientos de ejecución», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 67-113.
- FARINOS, Jesús Marí y DEFEZ CÁRCEL, Noelia: «La ejecución hipotecaria en viviendas de protección pública (I)», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2019.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «La obligación de los grandes tenedores de ofrecer alquiler social antes de interponer demanda de desahucio o ejecución», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2019.
- «La nueva regla procesal de la tramitación por cuantía en procesos relativos a arrendamientos urbanos y rústicos», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2019.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa: «Las economías colaborativas en entornos digitales: transporte urbano y antitrust», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2019.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés: «La tutela multinivel del derecho a la protección de datos personales del contribuyente: TEDH-TJUE», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 499-528.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Intereses moratorios y acción directa contra el dueño de la obra: Comentario a la STS de 23 noviembre 2017 (RJ 2017, 5270)», en *CCJC*, núm. 108, 2018, pp. 85-98.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE», en *InDret*, núm. 2, 2019.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: «La especial trascendencia constitucional como criterio de selección de los recursos de amparo», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 259-279.
- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín: «El interés objetivo en la nueva casación contencioso-administrativa», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado

- a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 355-380.
- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Validez y eficacia de la cláusula de sumisión a una jurisdicción extranjera: ámbitos de enjuiciamiento con arreglo a la ley de navegación marítima», en *ACM*, núm. 11, 2018, pp. 27-58.
- IZQUIERDO SANS, Cristina: «Preferencia aplicativa y diálogo judicial», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales», en *RCDI*, núm. 770, 2018, pp. 3402-3423.
- LASO BAEZA, Vicente: «La anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo según la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018», en *RCDI*, núm. 771, 2019, pp. 518-528.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio: «La confluencia entre Tribunales Constitucionales, TEDH y TJUE», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 133-172.
- LUCAS ESTEVE, Adolfo: «L'objecte de la prescripció i de la caducitat», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- MARAVALL BUCKWALTER, Isabel: «El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar. Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta: «Doble incriminación a examen. Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos», en *InDret*, núm. 1, 2019.
- PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «La recuperación de la vivienda ocupada ilegalmente: un examen del proceso del artículo 250.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2019.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: «*The Spanish connection*: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en *bis in ídem*», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 383-420.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: «El futuro de un vértice jurisdiccional cada vez más complejo», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 109-131.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «A propósito de la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados», en *ACM*, núm. 9, 2018, pp. 87-90.
- SANCHO GARGAYO, Ignacio y ALÍA ROBLES, Avelina: «Guía para la exploración judicial de una persona con discapacidad», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Los conocimientos extraprocerales de los jueces», en *Indret*, núm. 2, 2019.
- TARUFFO, Michele: «Un vertice giudiziario astratto», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 87-102.
- «Un vértice judicial abstracto», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 25-61.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo: ¿un conflicto permanente?», en *AFDUAM*, núm. 22, Dedicado a: El vértice de los sistemas judiciales, González Alonso, Alicia, y Oubiña Barbolla, Sabela (dirs.), 2018, pp. 173-188.

ABREVIATURAS

ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM
ACM	Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDCD	Revista de Derecho de la competencia y la distribución
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdPat	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDU	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista jurídica de Catalunya

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil	
Indret	www.indret.com

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Imposición de paternidad al marido: ¿La relación matrimonial como fundamento para excluir la responsabilidad por daños? (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018)

VERÓNICA NEVADO CATALÁN
Ayudante no Doctor
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El Tribunal Supremo, mediante sentencia del Pleno de 13 de noviembre de 2018, ha rechazado la aplicación del artículo 1902 CC a las reclamaciones de responsabilidad interpuestas por quien descubre no ser el padre biológico de uno de sus supuestos hijos. A juicio del TS, la conducta de la esposa consistente en ocultar la verdadera paternidad al marido debe encontrar respuesta exclusivamente en la normativa reguladora del matrimonio. Así, en la medida en que se prevé la separación o el divorcio, pero no la indemnización por infidelidad con ocultación de la verdad biológica y pérdida del vínculo de filiación tras su impugnación, el TS descarta la aplicación del remedio indemnizatorio para reparar el daño moral del demandante. Tampoco se estima la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada frente a la madre por el daño patrimonial consistente en las cantidades que el actor abonó en cumplimiento del deber de manutención del hijo durante los años en que estuvo legalmente determinada la filiación.

PALABRAS CLAVE

Atribución indebida de paternidad. Daños intrafamiliares. Responsabilidad civil extracontractual. Daño moral. Alimentos. Filiación paterna.

**Misattributed paternity within marriage:
Excluding tortious liability on the ground of marital tie?
(Comment on the Judgment of the Spanish Supreme
Court dated 13 November 2018)**

ABSTRACT

The Spanish Supreme Court, in a recent Judgment dated 13 November 2018, and rendered in Plenary Session, dismisses claims for damages arising from misattributed paternity filed by the man who discovers not been the biological father of his child. The Court holds that legal consequences to wife's behavior can only come from marriage's regulation, through divorce or legal separation. Thus, considering that dissolution of marriage is regulated, but no compensation is specifically provided in case of marriage infidelity followed by misattributed paternity, the Court denies applying the tort law remedy to compensate moral damages suffered by the plaintiff. Likewise, the Supreme Court dismisses the lawsuit against the mother for the patrimonial damage consisting of the amounts paid by the claimant in order to maintain the child over the years in which he remained the legal father.

KEYWORDS

Misattributed paternity. Interspousal torts. Tort liability. Moral damage. Maintenance payments. Legal fatherhood.

SUMARIO: I. *Situación jurisprudencial previa a la sentencia del Tribunal Supremo.*—II. *Hechos del caso.*—III. *Cómputo del plazo de prescripción.*—IV. *Daño moral por atribución de paternidad.* 1. Sobre la vulneración de derechos fundamentales. 2. ¿Es la infidelidad la conducta dañosa? 3. Aplicación exclusiva y excluyente de la normativa reguladora del matrimonio. 4. Argumentos de carácter moral. En particular, la protección del grupo familiar.—V. *Daño patrimonial por el pago de la pensión de alimentos.*—VI. *Conclusiones.*—VII. *Bibliografía.*

I. SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL PREVIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en la sentencia del Pleno, de 13 de noviembre de 2018¹, sobre la reclamación de responsabilidad extracontractual planteada por quien descubre no ser el padre biológico de uno de sus supuestos hijos. Con anterioridad a esta sentencia, habían sido cinco las

¹ STS 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158).

reclamaciones planteadas ante el TS que se fundamentaban, al igual que en el presente caso, en la ocultación o el engaño sobre la verdadera filiación biológica de uno o varios hijos. En los cuatro primeros casos se habían ejercitado acciones de responsabilidad, contractual o extracontractual, y se reclamaban indemnizaciones por los daños morales o patrimoniales, mientras que en la última ocasión se resolvió sobre una acción por cobro de lo indebido.

Por lo que respecta a las cuatro acciones de responsabilidad planteadas, el TS solo llegó a pronunciarse sobre el fondo en los dos primeros casos, siendo en ambos rechazada la pretensión resarcitoria². Es importante señalar que los argumentos empleados por el TS en cada uno de los pronunciamientos fueron sustancialmente distintos, lo que se explica por los diferentes cauces utilizados³.

En el primer caso, resuelto mediante la sentencia de 22 de julio de 1999, se reclamaba una reparación por la responsabilidad extracontractual en que habría incurrido la demandada al dejar creer al actor que era el padre biológico de uno de los hijos matrimoniales que tenían en común. El TS rechazó las pretensiones del demandante porque no apreció una conducta dolosa de la demandada tendente a ocultar la verdadera paternidad. La importancia de esta sentencia es indiscutible, no solo porque fue la primera en la que el TS resolvió una reclamación de responsabilidad por atribución indebida de paternidad, sino porque el particular criterio adoptado ha sido determinante en los sucesivos pronunciamientos de las Audiencias⁴. Así, mediante una interpretación *a contrario* de la decisión del TS, la estimación de estas reclamaciones, por lo general, se ha hecho depender de la apreciación de dolo en la conducta de la demandada.

En cuanto a la segunda sentencia, de 30 de julio de 1999, la pretensión indemnizatoria no se fundaba en la eventual responsabilidad extracontractual, sino que el TS tuvo que pronunciarse sobre una reclamación de responsabilidad *contractual*. No se resolvió, pues, sobre la aplicación del artículo 1902 CC, sino sobre el artículo 1101 CC. Aunque en esta ocasión la pretensión indemnizatoria también fue desestimada, lógicamente, fueron distintas las razones esgrimidas por el TS. Al tratarse de una demanda de responsabilidad contractual, el actor fundaba su pretensión en la infracción de un deber por parte de la demandada, como era el deber matrimonial de fidelidad. Al TS le bastó señalar la improcedencia de indemnizar por el incumplimiento de deberes conyugales para desestimar la reclamación, pues, si bien es cierto que se había producido un engaño sobre la paternidad, la acción ejercitada solo encontraba su fundamento en la infracción del deber legal de fidelidad.

Años después se plantearon ante el TS las otras dos reclamaciones de responsabilidad, derivadas también del descubrimiento de la falta de paterni-

² Se trata de las sentencias de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721) y de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726).

³ Como apuntan DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario La Ley*, 2007, p. 1666, y BARCELÓ DOMÉNECH, 2012, p. 112, aunque en ambas sentencias se resolvieron reclamaciones por hechos similares, y pese a que en ambas se negó la indemnización, el TS no sentó jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC porque es diferente la fundamentación en uno y otro caso, de modo que no concurre la necesaria reiteración de la *ratio decidendi*.

⁴ Respecto de la aquella sentencia, señalaba ROCA TRÍAS, 2000, p. 561, que resultaba muy discutible que, pese a la aplicación del artículo 1902 CC se exigiese el dolo de la demandada. A su juicio, si el TS directamente hubiese negado la aplicación del artículo 1902 CC en el ámbito familiar, la decisión también hubiese sido discutible, pero al menos el argumento habría tenido mayor peso. Como se verá, esto es lo que ha sucedido en la sentencia objeto de este comentario, pues el TS se ha alejado del criterio inicial para decantarse por la inaplicación del artículo 1902 CC.

dad biológica. Sin embargo, el Tribunal no entró al fondo porque apreció la prescripción de las acciones ejercitadas⁵.

Por último, en una sentencia más reciente, el TS volvió a pronunciarse sobre unos hechos similares, esta vez para desestimar una acción de cobro de lo indebido por la que el actor reclamaba la devolución de las pensiones de alimentos abonadas para el mantenimiento de una hija⁶. Aunque no se resolvió una reclamación de responsabilidad civil, este pronunciamiento también constituye un antecedente relevante por su influencia en la nueva sentencia del TS.

Por su parte, las Audiencias Provinciales venían estimando algunas de las reclamaciones de responsabilidad, pero sin que existiesen para ello criterios uniformes. Por lo general, se ha condicionado la estimación de las reclamaciones a la concurrencia de dolo, requisito que se ha extraído de una interpretación *a contrario* de la STS de 22 de julio de 1999. También se han dictado sentencias, aunque minoritarias, en las que se ha cuestionado la necesidad de una ocultación dolosa, desmarcándose alguna Audiencia del criterio del TS por no ser el dolo un requisito que se desprenda del artículo 1902 CC⁷.

Incluso entre las sentencias de las Audiencias que seguían el criterio del TS se aprecian importantes diferencias a la hora de valorar si concurre dolo en la ocultación. El Supremo, en su sentencia de 22 de julio de 1999, no consideró suficiente la existencia de dudas sobre la paternidad biológica, sino que exigió para calificar como dolosa la conducta de la madre la acreditación de un «conocimiento pleno y total certidumbre». Se trata de un criterio muy restrictivo que no siempre ha sido aplicado por las Audiencias. Mientras que en algunas sentencias se ha flexibilizado la apreciación de este requisito, en otras se ha negado su concurrencia pese a la existencia de fuertes indicios. Un ejemplo de las primeras puede encontrarse en la SAP Cantabria de 3 de marzo de 2016⁸, y de las segundas en la SAP Murcia de 22 de marzo de 2018⁹.

⁵ Son las sentencias de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152) y de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849).

⁶ STS 24 de abril de 2015 (RJ 2015, 1915).

⁷ Así, las sentencias de la AP de Barcelona 16 de enero de 2007 (JUR 2007, 323682) y la AP de Cádiz 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) consideraron suficiente la concurrencia de culpa o negligencia.

⁸ En la SAP Cantabria 3 de marzo de 2016 (AC 2016, 799) se aprecia la concurrencia de dolo tras señalar la Audiencia que debe dudarse de la paternidad cuando se han mantenido relaciones extramatrimoniales. Asimismo, se afirma que «una conducta apropiada le obliga a resolver la duda, cuando la tenga, antes de que simplemente se considere padre al esposo por el juego de la presunción de paternidad matrimonial». Seguidamente, la Audiencia se refiere al dolo del artículo 1269 CC, como «las palabras o maquinaciones insidiosas con el objetivo de mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado» y considera acreditada su concurrencia. En el caso enjuiciado, la madre informó a la hija cuando ésta tenía 11 o 12 años y omitió comunicárselo al marido hasta el momento de la crisis conyugal. No obstante, parece que la decisión de la Audiencia habría sido la misma de no contar con estos datos, pues se muestra favorable a considerar dolosa la ocultación cuando la demandada hubiese tenido dudas y no un conocimiento cierto sobre la falta de paternidad. Así, se aprecia la concurrencia de dolo porque «la madre ya conocía desde el embarazo que el actor no era el padre de su hija o que la paternidad era, en el mejor de los casos, francamente dudosas». También se muestra más flexible que el Supremo la Audiencia Provincial de Cádiz que, en la sentencia de 13 de junio de 2017 (JUR 2017, 221073), considera probado el dolo de la demandada por haberse allanado ante la impugnación de la paternidad por el marido. Aunque este pronunciamiento es revocado por la sentencia que es objeto de este comentario, el TS no ha necesitado pronunciarse sobre la concurrencia de dolo.

⁹ En el caso resuelto por la SAP Murcia 22 de marzo de 2018 (JUR 2018, 151429) había sido la demandada quien, en un momento de crisis matrimonial, manifestó al marido sus dudas sobre la paternidad de una de las hijas. Además, consta el testimonio de la doc-

Ante la disparidad de criterios existente en las Audiencias, se antojaba necesaria una nueva intervención del TS que permitiese una cierta unificación. Así las cosas, se interpuso el recurso de casación que dio lugar a la sentencia que aquí se comenta. El recurso se planteó contra el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Cádiz de 13 de junio de 2017¹⁰ que había condenado a indemnizar los daños morales y patrimoniales en un caso de ocultación de la verdadera paternidad. De este modo, se abría ante el TS la oportunidad de volver a pronunciarse casi veinte años después sobre estos supuestos. En primer lugar, cabía la posibilidad de que mantuviese la exigencia de dolo, en cuyo caso debería concretar el modo de apreciación de este requisito y, tal vez, justificar el fundamento jurídico. Otra posibilidad habría sido corregir el criterio restrictivo empleado en la sentencia de 22 de julio de 1999 para decantarse por una aplicación del artículo 1902 CC no condicionada a la concurrencia de dolo. Sin embargo, el TS ha optado por una tercera posibilidad al variar su criterio en el sentido opuesto, negando en todo caso la aplicación del artículo 1902 CC a estas reclamaciones entre cónyuges, con independencia de si concurre dolo o culpa de la demandada.

Antes de pasar a analizar los argumentos empleados por el TS para inaplicar el artículo 1902 CC y, en consecuencia, rechazar las pretensiones del actor, conviene señalar brevemente los hechos del caso y el iter procesal.

II. HECHOS DEL CASO

Los cónyuges D. Marino y Dña. Juliana tuvieron tres hijos nacidos constante matrimonio en los años 1992, 1994 y 1997. Un tiempo después, la pareja pone fin a la convivencia y en 2001 se dicta sentencia de separación, por la que se aprueba el convenio regulador. Entre otras cuestiones, se establece el deber del padre de abonar una pensión de alimentos para los hijos equivalente al 45% de los haberes líquidos que pudiera percibir.

Años después, D. Marino descubre no ser el padre biológico del segundo de los tres hijos. Aunque no se especifica cómo se produce este descubrimiento o por qué aparecen las primeras sospechas, sí consta que D. Marino se somete en 2008 a una prueba de paternidad y, tras comprobar la ausencia de vínculo biológico, interpone demanda de impugnación de la filiación. Paralelamente se tramita el proceso de divorcio, que se resuelve antes que el proceso sobre la filiación. La sentencia que decreta el divorcio se dicta en el año 2009 y fija en 700 € la pensión de alimentos para los tres hijos que el exmarido debe satisfacer mensualmente.

El 9 de noviembre de 2010 recae sentencia estimatoria de la demanda de impugnación de la filiación y un año después, el 9 de noviembre de 2011,

tora que realizó las pruebas biológicas, quien afirmó que los demandados (la madre y el padre biológico), al someterse a dicha prueba, no manifestaban ninguna duda sobre su resultado y que estaban allí solo para corroborar algo que ya sabían. Pese a lo anterior, la Audiencia considera que no se ha acreditado el dolo, «sin que pueda deducirse que el mero lapso temporal entre la concepción y las iniciativas de la madre permita imputarle una actuación dolosa, pues consta que en la época de la concepción mantenía relaciones sexuales con el esposo, sin protección» y añade que «las apreciaciones subjetivas de la testigo no desvirtúan las conclusiones anteriores, pues de lo que se trata es de acreditar una actuación dolosa clara y terminante desde el primer momento, no la existencia de dudas».

¹⁰ SAP Cádiz 13 de junio de 2017 (JUR 2017, 221073).

D. Marino interpone papeleta de conciliación. El acto de conciliación se celebra el 13 de junio de 2012 y, exactamente un año después, el 13 de junio de 2013, se interpone por la representación de D. Marino demanda frente a Dña. Juliana. Se le reclama una indemnización de 70.000 € por los daños morales, la devolución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos para el hijo desde el momento de la separación y la mitad del gasto en que incurrió el actor para realizar la prueba de paternidad.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Fernando estima la excepción de prescripción y desestima íntegramente la demanda. A juicio del Juzgado, el *dies a quo* del plazo anual de prescripción se sitúa en el momento en que el demandante tuvo conocimiento de que el menor no era su hijo, lo que sucedió en 2008, cuando se realizó privadamente la prueba de paternidad.

El pronunciamiento de la instancia es recurrido en apelación y la Audiencia Provincial de Cádiz, mediante sentencia de 13 de junio de 2017, estima el recurso y condena a la demandada a abonar 15.000 € en concepto de daño moral, 45.971,5 € por las pensiones alimenticias satisfechas por el actor y 522,88 € por los gastos correspondientes al 50% del coste de la prueba de paternidad. A diferencia del Juzgado, la Audiencia no aprecia la prescripción de la acción porque fija el *dies a quo* en el momento en que adquirió firmeza la sentencia que estimó la impugnación de la paternidad. Antes de que hubiese transcurrido un año desde esa fecha, el plazo se interrumpió y volvió a iniciarse tras la celebración del acto de conciliación, por lo que la acción se considera ejercitada en plazo.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación y el TS casa y revoca la sentencia de la Audiencia, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones. Son tres las cuestiones sobre las que se pronuncia el TS: la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción, la reclamación de las cantidades abonadas en concepto de alimentos y la reclamación por los daños morales.

Aunque eran cuatro los motivos de casación planteados, dado que no se aplica el artículo 1902 CC, el TS omite pronunciarse sobre el motivo en el que se cuestionaba la concurrencia de dolo en la ocultación que, según había apreciado la Audiencia, resultaba «evidente» porque la demandada se allanó en el procedimiento relativo a la impugnación de la filiación paterna.

III. CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Como es sabido, el plazo anual para reclamar la responsabilidad civil derivada del artículo 1902 CC comienza desde que el agraviado tiene conocimiento del daño (art. 1968.2.º CC)¹¹. La dificultad que se plantea en los supuestos de ocultación o engaño sobre la paternidad es la determinación de ese momento en que se produce el conocimiento en el sentido del artículo 1968.2 CC. Entre los distintos acontecimientos que pueden suceder y ser determinantes, cabe mencionar la existencia de sospechas fundadas, una eventual confesión de la mujer, los resultados del test de paternidad o la fir-

¹¹ Se prevé, en cambio, una prescripción trienal en el CC de Cataluña (art. 121-21.d del Libro 1.º), iniciándose el plazo cuando, además de haber nacido y ser ejercitable la pretensión, el titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la que puede ejercitarse (art. 121-23 del Libro 1.º).

meza de la sentencia sobre impugnación de la filiación. Debido a la brevedad del plazo, la fijación del *dies a quo* resulta a menudo decisiva en estos supuestos¹².

A la hora de abordar esta cuestión doctrina y jurisprudencia tienen especialmente en cuenta razones de seguridad jurídica. En este sentido, y siguiendo el criterio mayoritario de las Audiencias, se ha sostenido que el inicio del plazo debería situarse en el momento en que la sentencia sobre la impugnación de la filiación es firme, pues es en ese momento cuando, con carácter definitivo, se tiene la certeza de no ser legalmente el padre¹³. En efecto, atender a la fecha en que deviene firme la sentencia sobre la impugnación permite fijar un momento objetivo y, con independencia de que el descubrimiento hubiese sido anterior, se evitaría la excesiva complejidad de analizar en cada caso todos los posibles momentos en que se tuvo conocimiento del daño y que, previsiblemente, llevarían a considerar prescrita la acción¹⁴.

Por lo que respecta a las dos sentencias en las que el TS se había pronunciado sobre el *dies a quo* en estos supuestos, lo cierto es que los criterios adoptados fueron distintos en uno y otro caso. Aunque en ambas ocasiones se declaró prescrita la acción, no cabía extraer conclusiones claras sobre el momento de inicio del plazo.

Por un lado, la sentencia de 14 de julio de 2010¹⁵ se pronunció en el mismo sentido en que venían haciéndolo la mayoría de las Audiencias al considerar como *dies a quo* la firmeza de la sentencia sobre la impugnación de paternidad¹⁶. En cambio, al volver a pronunciarse, el 18 de junio de 2012¹⁷, el Supremo declaró que la sentencia sobre la filiación no marca el inicio del plazo porque los daños morales no derivan de la pérdida del vínculo legal de filiación. Entendió el TS que el *dies a quo* debe situarse en un momento anterior, cuando el demandante descubre la falta de paternidad biológica y se produce la pérdida de la relación con sus hijas. Este cambio de criterio se ha criticado en la medida en que podría haber respondido a la voluntad del Tribunal de acortar el plazo y declarar prescrita la acción, evitando así tener que pronunciarse sobre el fondo¹⁸.

En cualquier caso, estos pronunciamientos del TS sí aclararon otras cuestiones relativas al cómputo de los plazos en estas acciones. Así, por lo que respecta al daño moral que sufre quien descubre no ser el progenitor, el TS declaró en la sentencia de 14 de julio de 2010 que se trata de daños duraderos o permanentes. Indicó el TS que la persistencia del sufrimiento psicológico no permite calificar los daños como continuados a los efectos de retrasar el *dies a quo* del plazo de prescripción. De lo contrario, podría prolongarse indefinidamente el inicio del plazo, pese a existir un diagnóstico y el conocimiento razonable sobre el alcance del daño. Tal resultado resultaría contrario a la seguridad jurídica (9.3 CE) que fundamenta la prescripción.

¹² Como señala RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2017, p. 879, la brevedad del plazo, unida a la ausencia de mecanismos para suspenderlo, constituye un obstáculo importante para las acciones de responsabilidad entre familiares. Sí se prevén causas de suspensión entre familiares en el CC de Cataluña (art. 121-16 del Libro 1.º).

¹³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2017, p. 866.

¹⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 46-47.

¹⁵ STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152).

¹⁶ Se muestra de acuerdo con este criterio ÁLVAREZ OLALLA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, p. 32.

¹⁷ STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849).

¹⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 46-47.

También apeló el TS al principio de seguridad jurídica cuando negó, mediante la sentencia de 18 de junio de 2012, que el inicio del plazo pudiese quedar al arbitrio del demandante. Así, el TS declaró que el *dies a quo* no podía identificarse con el momento en que se emitió, a instancia del actor, un informe médico por el que simplemente se confirmaba un diagnóstico efectuado tiempo atrás. En efecto, semejante criterio equivaldría a dejar en manos del demandante la facultad de determinar el momento en que empieza a correr el plazo.

Vistos los antecedentes, podemos volver a la sentencia de 13 de noviembre de 2018. Antes de volver a pronunciarse sobre esta cuestión, el TS señala que la determinación del *dies a quo* corresponde al juez de instancia, quien debe decidir el concreto caso en atención a las circunstancias concurrentes y de conformidad con las reglas de la sana crítica. En la medida en que se trata de una decisión estrechamente ligada a la apreciación de los hechos y, por tanto, perteneciente al juicio fáctico, en principio no es una cuestión revisable en casación. Sin embargo, dado que en este caso se aprecia también una dimensión jurídica, procede entrar a revisar la decisión.

El TS coincide con la Audiencia al señalar que el plazo de prescripción no empieza a correr en el momento en que el actor tuvo conocimiento de los resultados de la prueba de paternidad realizada privadamente en 2008, sino desde que cesa la presunción legal de paternidad, esto es, al estimarse la demanda de impugnación de la filiación. El TS concluye que la acción se ejercitó en plazo porque, pese a haberse dictado la sentencia sobre la filiación el 9 de noviembre de 2010, el intento de conciliación interrumpió el plazo, que solo volvió a iniciarse tras la celebración del acto de conciliación, el 13 de junio de 2012. En consecuencia, el ejercicio de la acción el día 13 de junio de 2013 no resulta extemporáneo.

El TS se decanta así por el criterio ya mantenido en la sentencia de 14 de julio de 2010, reiteración que sin duda contribuye a la unificación de criterios en las Audiencias y aporta una mayor seguridad jurídica. Además, al considerar que el plazo de prescripción comienza con la extinción del vínculo legal de filiación, el TS opta por la alternativa que resulta más favorable para el demandante.

Aunque esta postura del TS me parece razonable y favorece el ejercicio de la acción, creo que técnicamente puede no ser la más correcta, pues para determinar el momento en que se conoce el daño, el primer paso debería ser la identificación del daño –o daños– cuya reparación se reclama¹⁹.

En todo caso, como se ha señalado por parte de la doctrina, la identificación del *dies a quo* con la sentencia firme que sobre la impugnación de la paternidad no puede amparar conductas oportunistas de quien, conociendo o debiendo conocer la ausencia de paternidad biológica, espera a la separación o el divorcio para impugnar la filiación y reclamar una indemnización²⁰. La pasividad tras el descubrimiento de que la filiación legal no se corresponde

¹⁹ Así lo entiende también DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, p. 47, quien señala que «en todas estas demandas se mezclan una serie de conceptos resarcitorios que, en rigor, tendrían cada uno su plazo».

²⁰ FARNÓS AMORÓS, *Derecho Privado y Constitución*, 2011, p. 39, señala que debe determinarse si, en el caso concreto, el demandante conocía o podía sospechar su falta de paternidad biológica. Como señala la autora, se trata, en definitiva, de una cuestión de prueba.

con la verdad biológica conlleva la caducidad de la acción de impugnación, pero también la prescripción de la acción de responsabilidad²¹.

IV. DAÑO MORAL POR ATRIBUCIÓN DE PATERNIDAD

Una de las cuestiones principales que se plantea es si deben indemnizarse los daños morales y psicológicos padecidos por quien creyó ser el progenitor de un hijo y actuó durante años como tal. En el caso analizado, la Audiencia consideró que se había causado un daño por el que debía indemnizarse, pues la situación posterior al descubrimiento de su falta de paternidad produjo en el actor un estado de frustración y desasosiego que influyó en su ánimo hasta el punto de estar de baja por los daños psicológicos. Asimismo, indica la Audiencia que esta situación afectó incluso a la relación con sus otros dos hijos, quienes, según se expone, tomaron partido por su hermano y cortaron las relaciones con su padre. Si bien se trata de un daño de difícil valoración, la Audiencia considera suficientemente probada la existencia de un padecimiento cierto y efectivo y fija en 15.000€ el importe de la indemnización.

El TS, en cambio, entiende que no puede prosperar la pretensión indemnizatoria y afirma que en este pronunciamiento «mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia 701/1999, de 30 de julio, descartando la aplicación al caso del artículo 1902 CC, por conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos, que se hace en la sentencia 687/1999, de 22 de julio». Esta aseveración resulta curiosa porque la inaplicación del artículo 1902 CC no es una conclusión que pueda derivarse de los argumentos –al menos de carácter jurídico– contenidos en la sentencia de 30 de julio de 1999. Recuérdese que en aquel supuesto el TS ni siquiera se pronunció sobre la aplicación del artículo 1902 CC. En casación se decidió sobre una reclamación de responsabilidad *contractual* y, por tanto, fundada exclusivamente en el artículo 1101 CC. En aquella ocasión, el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual resultó extemporáneo, de modo que no llegó a plantearse ante el TS.

Lo anterior es relevante en la medida en que no puede entenderse que esta sentencia haya sentado jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC, pues no existe otro pronunciamiento anterior en el que el TS haya declarado inaplicable el artículo 1902 CC para resarcir estos daños. Sin duda los hechos que se enjuician en las sentencias de 22 de julio de 1999 y 30 de julio de 1999 resultan semejantes a los del presente caso, pero en ninguna de aquellas sentencias se negó que fuese aplicable el artículo 1902 CC para reparar daños derivados de la ocultación o engaño sobre la paternidad. Como se ha señalado, en la sentencia de 30 de julio de 1999 esta cuestión no se planteó, mientras que en la sentencia de 22 de julio de 1999 precisamente se mantuvo un criterio distinto al actual, pues se dejó entrever que la aplicación del artículo 1902 CC estaba condicionada a la concurrencia de dolo.

²¹ En cambio, cuando el conocimiento o las sospechas fundadas son previos a la determinación de la filiación, deberá desestimarse la reclamación de responsabilidad con independencia del periodo de tiempo transcurrido. En tal caso, el previo conocimiento de la falta de paternidad biológica impide apreciar un daño imputable a la madre, pues la paternidad habría sido libremente asumida y no imputada.

1. Sobre la vulneración de derechos fundamentales

En la sentencia que es objeto de análisis, el TS entiende que se ha podido causar un daño al demandante, pero niega que se trate de perjuicios por los que quepa reclamar responsabilidad. No obstante, el Supremo precisa que la solución de este caso no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil, pues no dejarían de sancionarse otras conductas constitutivas de delito o vulneradoras de derechos fundamentales. Según expone, se trata simplemente de acotar la aplicación del artículo 1902 CC a aquellos daños que no tienen su origen en el incumplimiento de un deber conyugal, ya que lo relevante no es la existencia de un vínculo matrimonial, sino la de condición de víctima de un daño causado por una acción u omisión culpable o negligente.

En otras palabras, el Tribunal niega la aplicación del artículo 1902 CC en el marco de una relación matrimonial, con la excepción de aquellos daños que deriven de conductas constitutivas de delito o que supongan una vulneración de derechos fundamentales. Me parece innegable que esta decisión supone crear un ámbito de inmunidad –no total, pero sí parcial– por razón del vínculo matrimonial. No se expone, sin embargo, cuál es el fundamento jurídico de esta exclusión parcial del artículo 1902 CC entre quienes están unidos por un vínculo matrimonial.

Además de la falta de justificación para adoptar este criterio respecto de los daños ocasionados entre cónyuges, que no se deduce de ningún precepto en sede de Derecho de familia o de daños, es cuestionable que su aplicación lleve a excluir la indemnización en casos de atribución indebida de paternidad. En la medida en que la conducta causa un importante daño en la esfera psíquica del sujeto, podría entenderse vulnerado el derecho a la integridad moral (15 CE)²². Junto a ello, algunos autores han señalado que en ciertos casos especialmente graves puede producirse la vulneración del honor o la intimidad (18 CE)²³. Además de la lesión de estos derechos fundamentales, no puede dejar de mencionarse que la atribución de una paternidad que ni se corresponde con la verdad biológica ni ha sido libremente asumida supone una grave injerencia en la libertad individual y la autonomía personal, que

²² Así, FARNÓS AMORÓS, *Derecho Privado y Constitución*, 2011, p. 35, entiende que como consecuencia de la ocultación de paternidad puede verse afectada la integridad física y moral del sujeto que debería probar, por ejemplo, la existencia de un cuadro depresivo derivado del descubrimiento.

²³ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 30 y 58, señala que en supuestos especialmente graves pueden vulnerarse derechos reconocidos en la L. O. 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La vulneración de estos derechos tendría lugar cuando la situación resultase tan insultante que incluso se acercase al escarnio. Así, podría suceder en el caso resuelto por SAP Valencia 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994) en el que tres de los cuatro hijos no eran del marido, sino de un amigo íntimo de la familia que a menudo iba al domicilio y que llegó a ir al hospital en alguno de los nacimientos. Quedó también acreditado que diversas personas del entorno familiar conocían esta circunstancia y la madre llegó a jactarse de que los hijos no matrimoniales se sentarían en el Consejo de Administración de la empresa. La Audiencia, sin embargo, consideró que no se vulneró la fama, honor, intimidad ni el prestigio profesional del demandante.

Por su parte, MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 538, consideran que solo en casos excepcionales, ante conductas vejatorias o comportamientos que resulten especialmente ofensivos y orientados a infligir una afrenta al cónyuge, podría llegar a entenderse vulnerado el derecho al honor.

presentan una clara conexión con el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en el artículo 10.1 CE.

Cuando se oculta esta información a quien no es el progenitor, se le impone una paternidad que habría estado en condiciones de no asumir, pues mediante el engaño se logra que el marido deje operar la presunción de paternidad matrimonial o que el hombre no casado reconozca legalmente a quien cree que es su hijo biológico²⁴. De uno u otro modo, queda establecida una filiación legal que no se ha podido consentir libremente, con la consiguiente asunción de obligaciones paterno-filiales y la habitual creación de lazos afectivos en el desconocimiento de que se trata de una filiación de eficacia claudicante. Si finalmente se descubre la ausencia de vínculo biológico, pueden desencadenarse importantes padecimientos para quien asumió la paternidad en la creencia de que era el progenitor, sufrimiento que se verá agravado si se pierde o disminuye la relación con el menor.

2. ¿Es la infidelidad la conducta dañosa?

Para negar la indemnización por los daños morales, el TS argumenta que no cabe acudir al artículo 1902 CC para reparar unos daños que se producen en el ámbito del matrimonio por el incumplimiento de un deber conyugal, como es el de fidelidad.

Frente a este razonamiento, cabría objetar que el TS parte de la premisa de que la conducta dañosa es la infidelidad cuando, en realidad, el daño por el que se reclama deriva de la conducta negligente o dolosa consistente en ocultar la ausencia de vínculo biológico con el menor. En mi opinión, habría sido más acertado entender que la ocultación sobre la verdadera paternidad es una conducta diferente a la infidelidad, que puede llevar aparejadas consecuencias muy graves y que deberían ser asumidas por quien opta por imponer a su pareja una paternidad no consentida.

La doctrina mayoritaria también entiende –en contra del criterio que ahora adopta el TS– que los daños derivados de la ocultación de la verdad biológica tienen un carácter autónomo²⁵. En este sentido, suele entenderse que la mera infidelidad no es un comportamiento que genere responsabilidad, mientras que la atribución indebida de la paternidad sí lo es²⁶.

Buena prueba del carácter autónomo de estos daños respecto de los derivados de la infidelidad es la posibilidad de imaginar supuestos en los que tiene lugar el engaño sobre la paternidad sin que haya existido una previa

²⁴ Debe tenerse en cuenta que en uno y otro caso podría el hombre, conocedor de la verdad biológica, haber optado por asumir la paternidad. Es decir, que la discrepancia entre la filiación legal y la realidad biológica no es sí misma un daño. Por el contrario, el daño se encuentra en la privación de la posibilidad de decidir si legalmente se asume esa paternidad cuando, además, dicha privación tiene lugar mediante la ocultación o el engaño sobre el único criterio –el vínculo biológico– que legalmente permite al hombre negarse a asumir una paternidad.

²⁵ Entre otros, señalan el carácter autónomo de estos daños FARNÓS AMORÓS, *Derecho Privado y Constitución*, 2011, p. 34, RODRÍGUEZ GUTIÁN, *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 2015, p. 12, y GARCÍA AMADO, 2017, pp. 99 ss.

²⁶ No es esta, en cambio, la postura mantenida por DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario La Ley*, 2007, pp. 1666-1668, quien entiende que la infidelidad sí es una conducta de la que deriva un daño moral indemnizable, y ello aunque no se conciben hijos extramatrimoniales. Esta última circunstancia sería relevante, a juicio del autor, porque contribuiría a agravar significativamente el daño moral.

infidelidad. Así sucede, por ejemplo, cuando no hay relación de pareja y por tanto las partes no están sujetas a un deber de fidelidad. Puede pensarse también en supuestos en los que la discrepancia parental no se produzca por una infidelidad, sino porque se atribuya a la nueva pareja un embarazo que es fruto de la relación anterior²⁷.

Otro supuesto hipotético que demuestra que la infidelidad no es la conducta relevante sería aquel en que la relación extraconyugal hubiese sido conocida y consentida por el marido y el engaño se hubiese producido posteriormente, por ejemplo, mediante la falsificación de una prueba de ADN. En tal caso, resultaría especialmente claro que los daños padecidos por el marido no derivarían de la relación extramatrimonial de la esposa, sino que la imputación de la responsabilidad a la mujer se vincularía con el engaño mediante el que logró imponer la paternidad²⁸.

En sentido contrario, un sector doctrinal ha criticado esta distinción por considerarla artificiosa²⁹. A juicio de estos autores, la pretensión indemnizatoria solo podría vincularse con el incumplimiento del deber de fidelidad, pues resultaría incoherente afirmar que la infidelidad no es indemnizable, pero sí lo es la ocultación dolosa del carácter no matrimonial del hijo. Sin embargo, la incoherencia interna que denuncian puede resultar más aparente que real y tal vez la confusión derive de los términos en los que plantean el debate. Así, esta línea argumental insiste en que, si la infidelidad no es indemnizable, tampoco puede serlo la ocultación *de la infidelidad*³⁰. Dado que la infidelidad requiere de una ocultación por parte del cónyuge infiel, sería incoherente –en opinión de esta doctrina– sostener que la infidelidad no es indemnizable y al mismo tiempo afirmar que su ocultación sí puede causar daños susceptibles de ser indemnizados. Esta tesis, en mi opinión, debe descartarse porque equivaldría a tratar la infidelidad y su ocultación, no como meros comportamientos encuadrables en el ámbito del *agere licere*, sino como verdaderos derechos subjetivos. Esta posibilidad, que resulta manifiestamente contraria al artículo 68 CC, explicaría que los terceros tuviesen que asumir los perjuicios que se derivasen del ejercicio de ese derecho.

Creo que es correcto afirmar que el incumplimiento del deber legal de fidelidad, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, es una conducta *per se* irrelevante. Debe advertirse que son dos las implicaciones de esta afirmación: por un lado, que no puede sostenerse que la infidelidad lleve aparejado un deber de indemnizar; pero también que la infidelidad no justifica la inaplicación del artículo 1902 CC cuando concurren todos y cada uno de sus presupuestos. Por más que el cónyuge que incumplió el deber de fidelidad tenga interés en no confesarlo, desde luego, la infidelidad no puede operar como una causa de justificación que legitime para causar daños a terceros. La mujer que engaña sobre la paternidad no actúa en ejercicio legítimo de un

²⁷ FARNÓS AMORÓS, *Derecho Privado y Constitución*, 2011, p. 13.

²⁸ Este es el ejemplo que plantea GARCÍA AMADO, 2017, p. 100, nota 16.

²⁹ MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 558.

³⁰ MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 558, critican la incoherencia de defender que: «Ser infiel no genera daño resarcible, pero ocultar la infidelidad sí, siempre y cuando de la misma puede haber nacido un hijo». Nótese que los autores no hablan de ocultar la verdad biológica, sino de ocultar *la* «infidelidad». El argumento resulta falaz, no porque no haya una ocultación de la infidelidad –que la hay–, sino porque se omite mencionar que también hay una ocultación de la falta de paternidad biológica, cuando, precisamente, el daño por el que se reclama deriva de la ocultación de esta circunstancia.

derecho ni amparada por un estado de necesidad que excluya la responsabilidad por los daños que previsiblemente pueden derivarse³¹.

Un ejemplo que muestra esta irrelevancia de la infidelidad para el Derecho de daños es el del cónyuge que, tras mantener relaciones extraconyugales, contrae una enfermedad de transmisión sexual y opta por no comunicarlo a su pareja para no confesarle también la infidelidad. Si de esta forma se acabase contagiando la enfermedad al otro cónyuge, ¿tendría algún sentido mantener que el daño no es indemnizable porque deriva de la ocultación de la infidelidad y no se ha previsto un mecanismo resarcitorio ante la infracción de deberes matrimoniales?³² Parece que semejante argumentación no podría sostenerse, en primer lugar, porque la indemnización no persigue sancionar la infidelidad, sino reparar o compensar un daño causado culpablemente por una conducta distinta de la mera infidelidad. Además, del mismo modo que la infidelidad no es la conducta dañosa que puede servir de fundamento a la acción de responsabilidad, tampoco es una circunstancia que pueda alegarse como causa de exoneración de responsabilidad.

Por otra parte, resulta criticable que se introduzca este espacio de inmunidad entre cónyuges por los daños que de algún modo se vinculen con la infracción de un deber matrimonial. Además de tener una muy dudosa justificación legal, aboca a incoherencias evidentes. Nótese que negar el carácter indemnizable de los perjuicios derivados de la infracción de deberes conyugales no sería un argumento suficiente para excluir la responsabilidad cuando entre las partes no hubiese existido un vínculo matrimonial ni, por tanto, un deber de fidelidad. Cabe, pues, preguntarse cómo resolvería el TS un caso similar, en el que la ocultación o el engaño sobre la paternidad hubiese tenido lugar entre los miembros de una pareja no casada, como sucedió en la SAP de Asturias 18 de mayo de 2012³³.

³¹ No obstante, cabe imaginar algún supuesto en el que excepcionalmente la ocultación de la verdad biológica tal vez sí podría estar amparada por un estado de necesidad. Así, habría que preguntarse si en caso de que el hombre padeciese una grave enfermedad cardíaca, con el consiguiente riesgo de infarto ante situaciones de estrés, la ocultación de la verdad biológica no evitaría la causación de un mal mayor. Se trataría de situaciones muy excepcionales, incluso remotas, que deberían ser debidamente probadas y en las que habría que analizar las particulares circunstancias concurrentes.

³² Este supuesto es planteado por RAGEL SÁNCHEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2000, p. 161, para cuestionar si el TS habría aplicado también en este caso el criterio expuesto respecto de la reclamación por atribución de paternidad en la STS 30 de julio de 1999, en la que mantuvo que la única consecuencia económica de la infidelidad es la separación o el divorcio.

³³ SAP Asturias 18 de mayo de 2012 (JUR 2012, 190526). Mediante esta sentencia se resuelve la demanda planteada por D. Leopoldo frente a Dña. Justa, quien era compañera de trabajo al tiempo de producirse los hechos y con quien nunca estuvo unido por un vínculo matrimonial. Según el relato fáctico, tras mantener relaciones sexuales Dña. Justa comunica a D. Leopoldo que está embarazada y convencida de su paternidad. Ambos inician una relación de convivencia extramatrimonial y cuando se produce el nacimiento del hijo que D. Leopoldo tiene por suyo, se inscribe en el Registro Civil como hijo de ambos. A los pocos meses la pareja se separa, ponen fin a la convivencia y suscriben un convenio de mutuo acuerdo en el que se fija un régimen de visitas y la pensión de alimentos. Posteriormente, D. Leopoldo comienza a dudar de su paternidad y, tras realizar la prueba de ADN, impugna la filiación y reclama una indemnización por los daños patrimoniales y morales padecidos.

La Audiencia trae a colación algunas de las sentencias mediante las que se resolvieron demandas planteadas entre cónyuges y señala que la evolución del derecho de familia lleva a admitir el carácter resarcible de los daños causados en el matrimonio. En el caso que se plantea, en el que no hubo matrimonio, sino mera convivencia, la inexistencia de deberes

Si se atiende a los argumentos del TS, parece que habría que diferenciar las demandas de responsabilidad por atribución indebida de paternidad en función de si la filiación que se estableció fue de carácter matrimonial o extramatrimonial, y solo en este último caso podría llegar a estimarse la reclamación. La paradoja, sin embargo, residiría en que ante dos conductas iguales se estaría situando en una posición más favorable a la mujer casada que al actuar infringió un deber que a la mujer no casada que no lo infringió por no estar sometida al mismo³⁴. Cabría además preguntarse si, siendo acciones de responsabilidad extracontractual, esta diferencia de trato podría encontrar alguna justificación o si, por el contrario, constituiría una vulneración del artículo 14 CE en la medida en que supondría una discriminación del varón casado frente al no casado.

3. Aplicación exclusiva y excluyente de la normativa reguladora del matrimonio

El TS sostiene que estos supuestos deben resolverse mediante la aplicación de la normativa reguladora del matrimonio, que prevé la separación o el divorcio, pero no la indemnización de daño moral causado a un cónyuge como consecuencia de una infidelidad, seguida de ocultación de la paternidad y posterior pérdida del hijo que consideraba suyo. Sobre esta cuestión, el TS se remite a la sentencia de 30 de julio de 1999 en la que, además de negarse la responsabilidad *contractual* derivada de la *infidelidad*, se apuntaban como posibles consecuencias ante el *incumplimiento de deberes conyugales* la separación o el divorcio. En aquel pronunciamiento, las referencias a la posibilidad de instar el divorcio o la separación resultaban pertinentes, pues se resolvió una reclamación de responsabilidad contractual fundada específicamente en la infracción del deber legal de fidelidad, precisamente, en un momento en que la separación y el divorcio estaban causalizados. Sin embargo, no se alcanza a comprender por qué el TS reproduce aquellas consideraciones en esta ocasión, pues ni la reclamación planteada se funda en la existencia de una infidelidad, ni la legislación condiciona el divorcio o la infracción de este u otros deberes matrimoniales³⁵.

En este caso, tras poner el foco exclusivamente en la infracción de un deber de fidelidad, el TS señala que las relaciones entre los cónyuges se rigen

conyugales no obsta para que sea exigible una conducta conforme a la buena fe. Entiende la Audiencia que la demandada actuó con dolo, o al menos con negligencia grave, lo que provocó el desengaño y frustración del rol de padre asumido por el actor. Debido a la escasa duración de la falsa apariencia, la indemnización por el daño moral se fija en 3.000 euros. Por lo que respecta a los daños patrimoniales, no se consideran suficientemente probados.

³⁴ Precisamente en este sentido se ha pronunciado recientemente la AP de Madrid que, en sentencia de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019, 214532), ha estimado la reclamación de responsabilidad extracontractual en un caso de atribución indebida de paternidad y ha condenado a indemnizar con 50.000€ el daño moral sufrido por el demandante y con 12.191,42€ los días de baja laboral, las dolencias, el diagnóstico, el tratamiento y las consultas que requirió. La Audiencia señala que no resulta aplicable la doctrina de la STS de 13 de noviembre de 2018 porque debido a la ausencia de vínculo matrimonial en el momento de la concepción, en este caso no se incumplió el deber de fidelidad.

³⁵ Por supuesto, desde un punto de vista fáctico, el descubrimiento de la infidelidad sigue siendo causa de divorcios, pero, al permitirse la libre salida del matrimonio, a estos efectos, sería jurídicamente irrelevante que hubiese existido o no una infracción del deber de fidelidad.

—parece que de forma exclusiva y excluyente— por las normas reguladoras del matrimonio. Esta argumentación respondería a una concepción del Derecho de familia como un sistema aislado, al que son ajenas las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual mientras no se prevea expresamente la indemnización para el concreto supuesto de engaños sobre la paternidad.

En contra de esta postura, se ha señalado que el Código Civil es un cuerpo unitario cuyas normas se interrelacionan y deben interpretarse de forma coordinada. Así, en virtud del principio de especialidad, las normas de Derecho de familia son de aplicación preferente entre los cónyuges, pero no excluyen el remedio indemnizatorio, que deberá aplicarse teniendo en cuenta la especial naturaleza de la relación matrimonial³⁶. En este sentido, se indica que en nuestro sistema de responsabilidad civil no están tasados los daños susceptibles de ser indemnizados y, dado el carácter abierto del artículo 1902 CC, quedarían también incluidos en el ámbito de aplicación de este precepto los daños causados entre familiares³⁷.

Por supuesto, la posibilidad de acudir al remedio indemnizatorio también entre cónyuges no equivale a convertir los lazos familiares en el fundamento de la responsabilidad civil. Esto último supondría utilizar la responsabilidad civil para complementar las normas de Derecho de familia y llevaría a indemnizar daños entre familiares que no serían indemnizables entre terceros. El recurso al remedio indemnizatorio como vía para subvertir el Derecho de familia se ha criticado —con razón— porque supondría asumir que esta regulación tiene lagunas que deben ser colmadas para corregir las supuestas carencias que, a juicio del intérprete, existirían³⁸.

Esto sucede, en mi opinión, cuando se quiere ver en la descausalización del divorcio un argumento para aplicar el artículo 1902 CC ante el incumplimiento de deberes conyugales con la finalidad de reforzar su carácter jurídico³⁹. Sin embargo, que la salida del matrimonio sea libre o esté causalizada en nada afecta a la valoración de si concurren los presupuestos de la responsabilidad extracontractual.

En mi opinión, resulta injustificada la negativa del TS a aplicar en el caso enjuiciado el artículo 1902 CC, pues el único fundamento de tal decisión es la existencia de un vínculo matrimonial. Del mismo modo, creo que no se justificaría una eventual aplicación del artículo 1902 CC basada en la exis-

³⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2017, pp. 900-902. También se pronuncia en contra de la consideración de las normas de Derecho de familia como un sistema cerrado y completo que impediría aplicar el artículo 1902 CC, DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario La Ley*, 2007, p. 1660. Como señala este autor, el remedio indemnizatorio se viene aplicando en países como Francia o Italia, sin que suponga un obstáculo la existencia de un vínculo matrimonial entre dañante y víctima.

³⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2017, pp. 900-902.

³⁸ En este sentido, MARTÍN-CASALS y RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, pp. 528 ss.

³⁹ Así, DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario La Ley*, 2007, p. 1661, señala que «una vez suprimida la causa de separación basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, parece inevitable hacer entrar en juego el artículo 1902 del Código Civil (*La Ley* 1/1889), para asignarles alguna consecuencia, si no se les quiere privar de trascendencia jurídica y convertirlos en meros imperativos éticos».

Debe tenerse en cuenta que en la actualidad el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales sí acarrea consecuencias jurídicas, pues es causa de desheredación (art. 855.1.º CC) y de cese de la obligación de prestar alimentos (art. 152.4.º CC). Más allá de estas consecuencias, la previsión de un deber de fidelidad entre cónyuges se justifica porque constituye el presupuesto lógico y necesario para establecer una presunción matrimonial de paternidad.

tencia de un vínculo conyugal por daños que no se indemnizarían de no existir tal vínculo. Entre una y otra postura se encuentra la que, a mi juicio, sería la solución correcta y que pasaría por aplicar el artículo 1902 CC con independencia de la relación existente entre dañante y víctima. De esta forma, las especialidades que pudiesen plantearse por las circunstancias familiares deberían tenerse en cuenta, en el caso concreto, al analizar si la conducta de la que deriva el daño se ajusta a la diligencia de un buen padre de familia (art. 1104 CC)⁴⁰.

Finalmente, después de haber construido toda la argumentación sobre la premisa de que la infidelidad no es indemnizable, haciendo hincapié en el carácter no coercible de los deberes conyugales para inaplicar el artículo 1902 CC, el propio TS reconoce que en la sentencia recurrida no se vincula el daño con la infidelidad, sino con la ocultación de la verdadera paternidad del hijo. En mi opinión, esta constatación echa por tierra toda la línea argumental seguida por el TS en los párrafos inmediatamente anteriores, en la medida en que supone reconocer que se analizaba una cuestión distinta a la planteada. El TS, en cambio, se limita a señalar que en el origen de la ocultación está el incumplimiento del deber de fidelidad y que, al margen de ello, debe rechazarse la indemnización porque resultan de aplicación razones análogas a las expuestas respecto de la infidelidad.

4. Argumentos de carácter moral. En particular, la protección del grupo familiar

Como hemos visto, el TS no niega que la conducta enjuiciada haya podido causar un daño, pero entiende que no es indemnizable ni mediante el recurso a la responsabilidad contractual, ni a la extracontractual. A esta conclusión llega «a partir de un juicio de *moralidad* indudablemente complejo». Resulta difícil analizar el juicio de moralidad al que se alude porque el TS no expone las razones que le llevan a concluir que moralmente es preferible dejar sin reparación a quien sufre este tipo de daños. En todo caso, se plantea la duda sobre si el fundamento de la decisión del TS es de carácter legal o si, como afirma, se ha acudido a argumentos morales y, por tanto, no necesariamente coincidentes con las disposiciones legales aplicables.

A continuación, señala también el TS que este tipo de reclamaciones de responsabilidad llevan aparejadas «consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar», pero no concreta cuáles serían esas consecuencias negativas que en mayor o menor medida parecen haber influido en el sentido de la decisión.

La referencia a la protección del grupo familiar resulta absolutamente indeterminada y permite diferentes interpretaciones. Así, la alusión a las indudables consecuencias negativas para el grupo familiar podría admitir al menos tres lecturas. Una primera hipótesis es que el TS, temiendo una inminente avalancha de impugnaciones de paternidad y reclamaciones de responsabilidad, haya optado por negar la indemnización para evitar estas demandas, al entender que de este modo se protegería la institución familiar. Una segunda posibilidad es que el TS se haya cuestionado cuál debió haber sido

⁴⁰ Así, BARCELÓ DOMÉNECH, 2012, pp. 117 ss., defiende la aplicación del artículo 1104 CC para valorar si la conducta dañosa se ajusta al criterio de diligencia exigible, pues entiende que la responsabilidad no puede limitarse a los casos en que el daño se causa dolosamente.

el comportamiento de la demandada y, asumiendo que la ocultación tuvo lugar en interés de la familia, hubiese considerado que la actuación fue diligente. A diferencia de la primera opción sugerida, este argumento al menos no es de carácter extrajurídico, pero, como se verá, tampoco parece admisible si tomamos en consideración el modelo de familia actual. La tercera posibilidad, que resulta bastante inverosímil, es que el TS se refiriese a las consecuencias negativas para los protagonistas del caso enjuiciado, lo que parece difícil de mantener si se tiene en cuenta que la estimación o desestimación de la demanda poco o nada afectaría a las relaciones ya rotas entre los excónyuges, o respecto del hijo cuya filiación se impugnó. Mientras que esta última hipótesis puede descartarse directamente, a continuación, me refiero a los otros dos razonamientos que podrían estar detrás de la referencia a la protección del grupo familiar.

Como se ha apuntado, es probable que tras la decisión del TS se encuentre el miedo a la multiplicación de estas demandas⁴¹ o, incluso, a que se llegase a generalizar la comprobación de la paternidad en el momento del divorcio para reclamar una indemnización a la exmujer en caso de obtenerse un resultado negativo. Sin embargo, parece que se trata de un temor infundado y prueba de ello es que no se ha producido un aumento significativo de las reclamaciones en los países en que se han estimado⁴². En cualquier caso, aunque se admitiese la existencia de ese riesgo, tampoco estaríamos ante un argumento válido en sede judicial para dejar de aplicar el artículo 1902 CC, sino que, a lo sumo, tal limitación podría llegar a ser una –discutible– decisión de política legislativa.

La exclusión del Derecho de daños en estos casos no creo que constituya una medida protectora de la institución familiar. A mi juicio, la protección de la familia pasa por minimizar los casos de atribuciones indebidas de paternidad y no por dejar desamparado a quien ha podido sufrir importantes daños. La forma de evitar que tras una separación o divorcio se impugne la filiación de uno o varios hijos no es negar la indemnización a quien legalmente le correspondería, sino evitar en la medida de lo posible que se produzcan atribuciones indebidas de paternidad. Para desincentivar estas conductas, tal vez habría que empezar por aplicar el artículo 1902 CC y responsabilizar a quien con su actuación ocasiona este tipo de daños.

Es más, si algún efecto tienen pronunciamientos como este, que premian precisamente a quien culpablemente ha causado el daño, es que generan un incentivo perverso. Tras esta sentencia, el mensaje es claro: a quien concibe como consecuencia de un encuentro sexual con un tercero distinto a su pareja, le conviene mantener el engaño, pues, por grandes que sean los padecimientos que en el futuro se deriven de tal conducta, nunca deberá reparar esos daños que culpable o dolosamente causó.

Analicemos, ahora, la segunda interpretación posible: que la referencia a las indudables consecuencias negativas para el grupo familiar tuviese que ver con la inexistencia de un comportamiento culpable de la demandada. Si, en

⁴¹ Con anterioridad a esta sentencia la doctrina ya había señalado que las reticencias del TS podían responder a este temor. Así, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, p. 174, RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2017, pp. 890 ss. y GARCÍA AMADO, 2017, p. 110. En el mismo sentido, BARCELÓ DOMÉNECH, 2012, p. 117, señala que la elevación del criterio de imputación subjetiva ha sido el recurso utilizado para evitar la proliferación de demandas entre cónyuges, lo que critica por no ser este su papel.

⁴² MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, p. 174.

efecto, el TS se refiere a esto, la idea clave que subyace en la sentencia es que la ocultación de la verdad biológica puede responder al interés de la familia.

Sin duda, todo juicio de moralidad cuenta con un importante trasfondo ideológico y, en este caso, las diferentes posturas que pueden mantenerse parten de una determinada concepción del modelo familiar. Así, para defender la conclusión alcanzada por el TS, previamente habría que asumir que el interés de la familia se identifica con la indisolubilidad, a toda costa, del grupo. De esta forma, se logra plantear el debate como una contraposición de intereses: por un lado, el del marido en conocer si es el padre biológico y, por otro, el interés de la familia en que dicha información, que podría ocasionar un importante conflicto, se mantenga oculta. El siguiente paso en este razonamiento es considerar que el interés del marido debe subordinarse al de la familia para, a continuación, dada la primacía de este último, concluir que la ocultación de la verdad biológica no resulta culpable en el sentido del artículo 1902 CC.

Frente a una argumentación como la expuesta, cabría plantear diversas objeciones. Por ejemplo, de ser cierto que los intereses enfrentados son el del marido y el de la familia, podría cuestionarse si debe ceder la protección del individuo frente a la del grupo⁴³. Por otra parte, si se admite la prevalencia del interés de la familia sobre el de sus miembros y dicho interés se identifica con la ocultación de la verdad biológica, ¿debería indemnizarse en este grupo de casos cuando la falta de vínculo biológico hubiese sido revelada por la propia mujer? Siguiendo semejante razonamiento, se llegaría a la sorprendente conclusión de que engañar a la pareja sobre su paternidad biológica es una conducta diligente, mientras que revelar la verdad biológica sí podría constituir una conducta culpable, no tanto frente al hombre, como respecto de la familia.

Sin perjuicio de las observaciones anteriores, la verdadera crítica que debe hacerse al razonamiento expuesto es que partiría de una premisa errónea. A mi juicio, la evitación de una ruptura de pareja mediante el engaño sobre un aspecto esencial, como es la paternidad, no debería identificarse con el mejor interés de la familia. En primer lugar, porque esa concepción de la familia responde a un modelo tradicional, que resulta contrario tanto a la evolución del Derecho de familia como a la realidad social. Pero es que, además, resulta previsible que la magnitud del conflicto derivado de un descubrimiento tardío lleve aparejadas consecuencias muy graves para todos los miembros de la familia y genere un sufrimiento mucho mayor al que ocasionaría conocer desde el inicio la falta de paternidad biológica.

Por lo tanto, si estos supuestos quieren analizarse desde el punto de vista de los distintos intereses que entran en conflicto, considero que el interés del hombre en decidir sobre su paternidad (o ser resarcido cuando se le impone) no choca con el interés del grupo familiar, sino con el posible interés particular de la mujer en mantener oculta una eventual infidelidad y evitar un conflicto inmediato que podría ocasionar la ruptura de la pareja. Por ello, considero que habría resultado más adecuado tener en cuenta que el Derecho de familia actual, lejos de procurar la indisolubilidad del grupo, considera a los individuos como sujetos libres, autónomos y, consecuentemente, responsables de sus actos.

⁴³ Sobre esta cuestión, ha mantenido ROCA TRÍAS, 1999, pp. 75 y 76, que cuando ven afectados derechos fundamentales del individuo, su protección debe primar sobre el interés familiar.

V. DAÑO PATRIMONIAL POR EL PAGO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

Junto con la reclamación por los daños morales, en ocasiones también se ha solicitado la devolución de las cantidades abonadas para el mantenimiento del menor. Es posible que se demande todo lo pagado desde el nacimiento del hijo o que se limite la reclamación a las cantidades abonadas en un periodo temporal más reducido, en particular, la pensión de alimentos pagada tras la separación o el divorcio⁴⁴.

Además del diferente alcance de la eventual reclamación, cabe destacar la existencia de distintos cauces procesales. Así, mientras que algunas demandas se han articulado con base en el artículo 1895 CC, como un cobro indebido, en otras ocasiones se ha acudido al artículo 1902 CC para reclamar la reparación de un daño patrimonial. Antes de que el TS se pronunciase en contra de la estimación de ambas acciones, podían encontrarse sentencias de las Audiencias Provinciales, tanto estimatorias⁴⁵ como desestimatorias⁴⁶, de uno y otro cauce.

⁴⁴ Mientras que las Audiencias en algunas ocasiones han condenado a devolver lo pagado tras la separación, se han rechazado las pretensiones de reembolso de los gastos realizados durante la convivencia para el mantenimiento del menor. Las razones para esta limitación son varias. En primer lugar, se considera que se trata de una contribución debida para el levantamiento de las cargas del matrimonio (arts. 1362.1.º y 1438 CC). En la SAP Valencia 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994) se niega la responsabilidad por daño patrimonial porque, pese a tener los cónyuges un régimen de separación de bienes, la alimentación y educación de los hijos que conviven en el hogar familiar corre a cargo de la economía doméstica.

Otra razón por la que se ha denegado la indemnización de lo pagado durante la convivencia es la dificultad para acreditar las cantidades pagadas. Así, en la SAP Gerona 19 de abril de 2018 (JUR 2018, 114596) se desestima la reclamación por lo pagado durante ese periodo de tiempo. La Audiencia entiende que la aportación del actor durante la convivencia no puede calcularse por analogía, atendiendo a la cuantía de la posterior pensión de alimentos.

⁴⁵ Entre las sentencias que estiman las pretensiones indemnizatorias por el daño patrimonial consistente en el pago de alimentos, cabe mencionar la SAP Murcia 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 60), en la que se condena a la madre a devolver las cantidades percibidas como pensión de alimentos para el hijo. En este caso las necesidades de menor estaban cubiertas y las cantidades abonadas por el actor se iban ingresando en una cuenta a nombre del menor. También condenan a indemnizar el daño patrimonial consistente en el pago de la pensión de alimentos tras la separación las sentencias de la AP Gerona 19 de abril de 2018 (JUR 2018, 114596) y de la AP Cádiz 13 de junio de 2017 (JUR 2017, 221073). Esta última, que ha sido revocada por el TS en la sentencia aquí comentada, no resulta especialmente precisa porque, pese a ser la acción ejercitada la de responsabilidad civil, la AP hace también referencia a la «restitución de lo indebidamente cobrado».

En cuanto a los pronunciamientos que estiman las reclamaciones por cobro de lo indebido, pueden mencionarse la SAP Cádiz 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) o la SAP León 2 de enero de 2007 (2007, 59972). El caso resuelto en esta última sentencia es particular porque tras el divorcio se atribuyó la custodia de los hijos a quien entonces era legalmente el padre, por lo que no tuvo que abonar una pensión de alimentos a la madre. En consecuencia, no se condena a la madre, sino al padre biológico, a restituir lo invertido por el actor en el mantenimiento de la menor. Se aprecia que el progenitor, que era conecedor de esta circunstancia, se enriqueció injustamente y es condenado en virtud del artículo 1895 CC. También se condenó al padre biológico por apreciarse la existencia de un enriquecimiento injusto en la SAP Santa Cruz de Tenerife 16 de octubre de 2009 (JUR 2010, 79320).

⁴⁶ Se desestima la reclamación de responsabilidad civil por el pago de los alimentos en las sentencias de la AP Pontevedra 13 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 38139) y la AP

Eran dos las grandes ventajas de fundar la pretensión de restitución en el artículo 1895 CC: en primer lugar, la acción está sujeta al plazo general de prescripción de 5 años (y no al breve plazo de un año de las acciones de responsabilidad extracontractual) y, en segundo lugar, no se requiere un determinado criterio de imputación subjetiva, de modo que no es necesario acreditar la culpa o el dolo de la demandada. Sin embargo, esta vía fue descartada por el TS mediante sentencia del Pleno de 24 de abril de 2015⁴⁷.

En aquella sentencia el Tribunal rechazó que las cantidades abonadas en cumplimiento de una pensión de alimentos pudiesen ser reclamadas tras el descubrimiento de la ausencia de vínculo biológico seguida de una eventual impugnación del vínculo legal de filiación. Se negó entonces la aplicación del artículo 1895 CC porque, según se argumentó, no resulta indebido el cobro de la pensión de alimentos, en la medida en que existe una obligación legal de pago mientras se mantiene el vínculo legal de filiación. El TS declaró que no cabe exigir la restitución de los alimentos, dada su especial naturaleza, su carácter consumible y el derecho que tenía la hija menor a ser alimentada.

La sentencia se dictó con un voto particular formulado por los Magistrados Excmos. Sres. D. Antonio Salas Carceller y D. Francisco Javier Orduña Moreno, quienes señalaron que no se trataba de una reclamación frente a la hija, ni se reclamaba la restitución de unos alimentos ya consumidos. Por el contrario, la demanda se dirigía contra la madre, a la que se reclamaba la restitución de las cantidades indebidamente satisfechas por el actor. A juicio de los Magistrados, debería haberse estimado la pretensión restitutoria porque los pagos se efectuaron mediando un vicio del consentimiento, como es el error, que resultaba imputable a la demandada.

La división de opiniones sobre la viabilidad de una reclamación de cobro de lo indebido no solo se produjo en la Sala 1.^a del TS, sino también entre la doctrina. Así, mientras que algunos autores criticaron la sentencia y consideraron más acertado el voto particular⁴⁸, otro sector doctrinal se mostró de

Cádiz 16 de mayo de 2014 (JUR 2014, 203955). Ambas entienden que no resulta indemnizable porque el abono de los alimentos estaba justificado por la existencia del vínculo legal de filiación o venía exigido por una resolución judicial. En el segundo caso, la AP considera inadecuado el cauce utilizado y afirma que el actor debería haber instado la nulidad de las resoluciones que impusieron la obligación de pagar alimentos.

Las Audiencias que han desestimado reclamaciones fundadas en la existencia de un cobro indebido han argumentado que sí existía una causa para efectuar la disposición patrimonial. Así, la SAP Baleares 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 279201), niega la existencia de un enriquecimiento injusto y no se pronuncia sobre la responsabilidad civil por estar prescrita la acción. También entiende que existía una causa o título para el pago la SAP Ciudad Real 29 de febrero de 2012 (AC 2012, 359), que declara que la obligación de pago se extingue, con efectos *ex nunc*, al dictarse la sentencia declarativa de la ausencia de filiación legal. En el mismo sentido, consideran que no concurren los requisitos para aplicar el artículo 1895 CC por existir un título de pago las sentencias de la AP Granada 13 de junio de 2014 (AC 2014, 1628), la AP Jaén 9 de marzo de 2015 (JUR 2015, 129380) o la AP Sevilla 30/06/2017 (JUR 2018, 1821). Más confusa resultaba la SAP Toledo 7 de noviembre de 2002 (JUR 2008, 42414), que se remitía a la STS de 22 de julio de 1999 para rechazar la aplicación del artículo 1895 CC por ausencia de dolo: «Existe [...] una apariencia de probidad en el derecho al cobro y en la obligación de pago, que necesitaría [...] que se acreditara la existencia de dolo en la reclamación o mala fe en los momentos periódicos de su percepción para que pudiera operar la posibilidad del reintegro a través del cobro de lo indebido».

⁴⁷ STS de 24 de abril de 2015 (RJ 2015, 1915).

⁴⁸ Se muestra muy crítica con la sentencia MUÑOZ GARCÍA, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, 2015, quien entiende que la argumen-

acuerdo con el criterio del TS y, teniendo en cuenta que se trataba pensiones de alimentos abonadas para el mantenimiento de una menor, consideraron que los pagos estaban justificados por la existencia de un deber legal⁴⁹.

Si bien la estimación o desestimación de una acción de cobro de lo indebido en este grupo de casos plantea importantes dudas, tal y como refleja el debate generado en torno a la sentencia de 24 de abril de 2015, parece que podría resultar menos problemática la aplicación del Derecho de daños. En este sentido, cabe señalar que, por lo general, la doctrina se mostró más favorable respecto de la posible estimación de una acción de responsabilidad extracontractual para reparar el perjuicio patrimonial derivado del mantenimiento de un menor al que se tenía por hijo⁵⁰. Además, al no haberse invocado en aquella ocasión el artículo 1902 CC, el TS no se pronunció sobre esta cuestión, quedando en principio abierta la posibilidad de estimar reclamaciones de responsabilidad en otros supuestos en los que la acción no hubiese prescrito.

En el caso que es aquí objeto de análisis, el hijo había nacido constante matrimonio, por lo que operó la presunción de paternidad, y fue inscrito como hijo matrimonial. Al quedar establecido el vínculo legal de filiación, el

tación resulta poco convincente y el TS pretendió justificar lo injustificable. En su opinión, «las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo [...] quieren buscar una fundamentación jurídica *ad hoc* que justifique lo que querían resolver, que no era otra cosa que la desestimación del reembolso de las cantidades» (p. 642). Entiende, además, que la solución puede contribuir en muchos casos a fomentar que el error subsista el mayor tiempo posible (p. 649). La autora se muestra de acuerdo con el voto particular. En el mismo sentido, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, «La Ley Derecho de Familia». *Revista jurídica sobre familia y menores*, 2016, p. 4, considera que la demanda debería haber sido estimada y precisa que la reclamación no es susceptible de causar un daño a la hija, ni cabe alegar el principio *favor filii*, porque se dirigió exclusivamente frente a la madre.

Años antes de esta sentencia del TS, también RAGEL SÁNCHEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2000, p. 157 y FARNÓS AMORÓS, *Derecho Privado y Constitución*, 2011, p. 49, habían señalado que la percepción de la pensión de alimentos por la madre tras la separación o el divorcio constituiría un cobro indebido. En cambio, lo pagado durante la convivencia supondría, en opinión de estos autores, un enriquecimiento sin causa del padre biológico, que durante ese periodo se habría enriquecido al no tener que pagar la manutención.

⁴⁹ ASÍ, PÉREZ CONESA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, p. 4. En el mismo sentido, ROMERO COLOMA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 85, comparte el razonamiento del TS y señala que no había base jurídica para estimar la acción porque existía una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y la hija que se beneficiaba. También PANIZA FULLANA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015 considera difícil calificar el abono de la pensión como un pago indebido (p. 8) y, dada la especial naturaleza de la obligación de alimentos, manifiesta la necesidad de ser cautos al analizar el tema (p. 6).

⁵⁰ Entre otros, ROMERO COLOMA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 85, y PANIZA FULLANA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, p. 8, consideran que sí podría haber prosperado la acción de responsabilidad extracontractual por el daño patrimonial si se hubiese ejercitado y no hubiese estado prescrita. También MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, 2016, p. 8, entiende que sería viable la reclamación de responsabilidad civil para recuperar las cantidades abonadas, pese a que esta acción plantea dificultades como la mayor brevedad del plazo o la necesidad de acreditar una cierta imputación subjetiva.

Por su parte, MUÑOZ GARCÍA, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, 2015, pp. 644 ss., lamentaba que en aquella ocasión el TS no hubiese aprovechado para delimitar las acciones por cobro de lo indebido de las reclamaciones por responsabilidad extracontractual, pues ambas figuras presentan importantes diferencias y del pronunciamiento del TS parecía desprenderse que habría sido procedente la aplicación del artículo 1902 CC de no haber estado prescrita la acción.

padre asumió las obligaciones legalmente impuestas, tanto de carácter personal como patrimonial. Es una vez descubierta la ausencia de vínculo biológico, y tras impugnar la filiación, cuando el actor interpone demanda fundada en el artículo 1902 CC para reclamar como daño patrimonial exclusivamente lo pagado en cumplimiento de la pensión de alimentos durante la separación y el posterior divorcio.

El TS rechaza la pretensión y señala que el menor tenía derecho a los alimentos y que los pagos se efectuaron por el actor en cumplimiento de sus deberes legales, deberes que son efectivos hasta que se destruye el vínculo legal de filiación. Asimismo, recuerda el TS que la filiación produce efectos desde que tiene lugar y su determinación tiene efectos retroactivos siempre que dicha retroactividad no resulte contraria con la propia naturaleza de tales efectos (art. 112 CC). En el caso de los alimentos, concluye el TS, su carácter consumible resultaría incompatible con la retroactividad, por lo que se no procede su restitución.

Las razones expuestas no parecen adecuadas para resolver una reclamación de responsabilidad civil porque, con el ejercicio de esta acción, en modo alguno se discute el alcance de los deberes paterno-filiales, ni el derecho del menor a recibir alimentos, ni la irretroactividad del deber de prestarlos. Por el contrario, en el caso que se analiza, el deber legal de mantener a los hijos, no solo no se cuestiona, sino que necesariamente se asume al configurarse como un presupuesto de la reclamación. No se reclama a la madre –ni al hijo– la devolución de las cantidades satisfechas sobre la base de que el menor no tenía derecho a ser alimentado, sino que hay una mera constatación de que el demandante sufrió un perjuicio patrimonial al tener que abonar una pensión de alimentos para el hijo desde la separación. Esta merma en su patrimonio se produjo como consecuencia de la conducta de la demandada, quien con su silencio permitió que se mantuviese durante años el error del actor sobre la verdad biológica, de modo que no fue hasta tiempo después cuando pudo impugnar su paternidad y liberarse de la obligación del pago de la pensión.

La sensación de que el TS resuelve sobre una cuestión distinta a la planteada se explica porque se limita a reproducir parte del Fundamento de Derecho segundo de la mencionada sentencia de 24 de abril de 2015, mediante la que se resolvió la reclamación fundada en la existencia de un cobro indebido (1895 CC). Son dos las observaciones que cabría hacer al respecto. La primera es que resulta ciertamente discutible la utilización de los mismos argumentos empleados para desestimar una reclamación por cobro de lo indebido, cuando es evidente que las razones no son trasladables al caso enjuiciado. En segundo lugar, dado que el TS no ofrece argumentos adicionales a los expuestos en la sentencia de 24 de abril de 2015, llama la atención que este nuevo pronunciamiento no se acompañe de algún voto particular, como sí sucedió entonces.

El TS rechaza la pretensión indemnizatoria para reparar los daños patrimoniales sin referirse siquiera a la concurrencia de los requisitos del artículo 1902 CC, por lo que cabe presumir que opta por no aplicar este precepto. No obstante, a diferencia de lo que sucedía respecto de los daños morales, en este caso la inaplicación del artículo 1902 CC no es expresa, de modo que tampoco se contienen argumentos tendentes a justificar dicha inaplicación. La consecuencia es, a mi juicio, que la sentencia incurre en una falta de motivación difícilmente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante.

Debe tenerse en cuenta que las razones que llevan al TS a excluir la responsabilidad respecto del daño moral no serían trasladables para negar la indemnización por las cantidades abonadas como pensión de alimentos tras las sentencias de separación y de divorcio. Poco –o ningún– sentido tendría decirle al actor que el remedio previsto por el Derecho de familia es la separación o el divorcio cuando, precisamente, se reclaman unos daños patrimoniales producidos en un momento en que el actor ya estaba separado y que continuaron tras haberse divorciado. No es ya que el argumento carezca de base normativa, es que ni siquiera resultaría aplicable a los hechos del presente caso.

En definitiva, considero que se deberían haber analizado las cuestiones que plantea la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada, a saber, si la ocultación la verdad biológica constituye un comportamiento culpable o doloso en el sentido del artículo 1902 CC y si el daño patrimonial resultaría objetivamente imputable a dicha conducta. De ser así, y no concurriendo otras circunstancias como la culpa de la propia víctima o alguna causa de justificación, difícilmente podría negarse la indemnización a quien sufrió la merma en su patrimonio.

VI. CONCLUSIONES

1. Con esta sentencia el TS ha dejado pasar la oportunidad de aplicar con normalidad el artículo 1902 CC a estos supuestos y corregir el criterio expuesto en la sentencia de 22 de julio de 1999 que venían siguiendo la mayoría de las Audiencias Provinciales. Lejos de estimar la pretensión indemnizatoria y señalar que el criterio de imputación subjetiva no es el dolo, el TS ha optado por negar en todo caso la indemnización, tanto si concurre dolo como si no.

2. En este nuevo pronunciamiento, el TS niega la aplicación del artículo 1902 CC entre cónyuges cuando la conducta dañosa no es constitutiva de delito ni supone la vulneración de derechos fundamentales. Cabría preguntarse, en primer lugar, cuál es el fundamento legal de esta limitación del ámbito de aplicación del artículo 1902 CC; y, en segundo lugar, si la imposición de una paternidad y las habituales consecuencias que se derivan tras el descubrimiento de la realidad no afectan a derechos fundamentales, como la integridad moral (art. 15 CE).

3. Al desestimar la reclamación relativa al daño moral, el TS dice reiterar lo expuesto en la sentencia de 30 de julio de 1999. En aquella ocasión se resolvió una demanda de responsabilidad contractual (1101 CC), que fue rechazada porque necesariamente debía fundarse en el incumplimiento de un deber indemnizable, no siéndolo la infidelidad. Sin embargo, ese razonamiento no resulta trasladable cuando lo que se plantea es una acción de responsabilidad extracontractual (1902 CC) para cuya estimación no es necesario que el causante del daño hay infringido un concreto deber, sino que se responde por la inobservancia del estándar de diligencia exigible.

4. Por otra parte, la demanda de responsabilidad por imposición de la paternidad se resuelve como si se tratase de una reclamación por infidelidad. El TS asume que la atribución de la paternidad no constituye un daño autónomo y diferenciable de la infidelidad y, de este modo, llega a la conclusión de

que no procede indemnizar, pues del mero incumplimiento de deberes conyugales no se deriva responsabilidad civil.

5. Por lo que respecta a los alimentos, el TS rechaza que las pensiones abonadas por el actor constituyan un daño susceptible de ser indemnizado. No obstante, no se pronuncia expresamente sobre la exclusión del artículo 1902 CC para reparar daños de carácter patrimonial entre familiares, sino que reproduce parte de una sentencia en la que se enjuiciaba, con base en el artículo 1895 CC, si existía un enriquecimiento injusto o un cobro indebido que obligase a la demandada a devolver las pensiones de alimentos abonadas por el actor tras el divorcio.

6. Se echa en falta una clara distinción entre la pretensión de devolución de los alimentos por aplicación del artículo 1895 CC y la acción de responsabilidad civil mediante la que se pretende la reparación del daño patrimonial que ha supuesto el mantenimiento del menor. Dado que se trata de pretensiones que tienen una fundamentación jurídica distinta, el TS debería haber estudiado si concurrían en este caso los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, pues era esta la acción ejercitada, y no la de cobro de lo indebido.

7. Es importante destacar que esta sentencia no sienta jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC, pues el TS no ha mantenido el criterio restrictivo de la sentencia de 22 de julio de 1999, en el que exigía dolo, sino que ha negado la aplicación de la responsabilidad extracontractual. Tampoco cabe entender reiterado el criterio de la sentencia de 30 de julio de 1999, en la que se resolvió sobre responsabilidad contractual, ni el de la sentencia de 24 de abril de 2015, por la que se rechazó una acción de cobro de lo indebido.

8. Con todo, no puede ignorarse que se trata de una sentencia dictada por el Pleno de la Sala 1.^a del TS, de la que cabe esperar que tenga una especial repercusión en la jurisprudencia menor. Queda por ver si, en efecto, tiene lugar un cambio de sentido en los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales o si, lejos lograrse la unificación, simplemente se añade esta nueva doctrina a las diferentes posturas que hasta ahora venían manteniendo las Audiencias.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 9, Cizur Menor, 2011, pp. 25-33.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar», *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Moreno Martínez, J. A. (coord.), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 79-128.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Daños en el matrimonio y las relaciones de pareja», *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, García Amado, J. A. (dir.), Gutiérrez Santiago, P. y Ordás Alonso, M. (coords.), Bosch, Barcelona, 2017, pp. 19-64.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *Diario La Ley*, n.º 6676, 2007, pp. 1658-1669.

- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Remedios jurídicos ante la falsa atribución de paternidad», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 25, enero-diciembre 2011, pp. 9-54.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: «Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad. ¿Dónde está el daño indemnizable?», *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, García Amado, J. A. (dir.), Gutiérrez Santiago, P. y Ordás Alonso, M. (coords.), Bosch, Barcelona, 2017, pp. 87-119.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda y Beamonte, J. M. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 147-177.
- MARTÍN-CASALS, Miquel, y RIBOT IGUALADA, Jordi: «Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo II, 2011, pp. 503-561.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La influencia de la infidelidad en el mantenimiento de la obligación de alimentos a favor de los hijos», *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 9, Cuestiones sobre filiación, Wolters Kluwer, 2016, pp. 1-10.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 (1933/2015). Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declararse la inexistencia de relación paterno filial», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, Yzquierdo Tolsada, M. (coord.), Dykinson, Madrid, 2015, pp. 635-650.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Derecho de familia y Derecho patrimonial: reclamación de alimentos abonados por quien resulta no ser el padre de la menor», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 11, Cizur Menor, 2015, pp. 1-8.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Impugnación de filiación matrimonial y reclamación de pensión de alimentos. (STS de 24 de abril de 2015. Voto particular)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 6, Cizur Menor, 2015, pp. 1-5.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comentario a la Sentencia de 30 julio 1999», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 52, Civitas, 2000, pp. 153-164.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «Responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Moreno Martínez, J. A. (coord.), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 533-563.
- *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «La responsabilidad civil en las relaciones familiares», *Tratado de Derecho de la Familia*, Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M. (dirs.), Vol. VI, Cap. 47, Aranzadi, 2.ª ed., 2017, pp. 841-949.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia», *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 8, Familia y responsabilidad civil, Wolters Kluwer, 2015, pp. 1-20.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Pensiones alimenticias indebidamente pagadas a hijos menores de edad (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, Cizur Menor, 2016, pp. 79-86.

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Profesor Titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Gabriel GARCÍA CANTERO (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Jose María MARTÍN FABÁ (Profesor Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Verónica NEVADO CATALÁN (Profesora Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTANA NAVARRO (Profesor asociado de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.– II. *Derecho Mercantil*.– III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Actos propios. Retraso desleal.—Según el Tribunal Supremo, que la entidad prestamista ejerza una facultad contractual de vencimiento anticipado, prevista para el caso de que el prestatario deje de ser empleado de la entidad, cuatro años y medio después de producirse el despido y que, además, siga pasando al cobro los recibos mensuales y comunicando al prestatario las revisiones del tipo de interés retributivo pactado, va en contra de los propios actos de la prestamista y supone un retraso desleal al ejercitar la facultad de vencimiento anticipado, por lo que el préstamo vencido anticipadamente debe continuar en vigor. **(STS de 26 de abril de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 11 de diciembre de 2006 una Caja de Ahorros y Nicanor celebraron un contrato de trabajo, por tiempo indefinido, por el que este pasó a ser empleado de aquella. El 17 de marzo de 2008 ambas partes suscribieron un contrato de préstamo, por importe de 195.869 €, con una duración de treinta años. La cláusula novena de dicho contrato contemplaba diversas causas de vencimiento anticipado, entre las que se incluía la siguiente: «Igualmente se considerará vencido el préstamo si el prestatario dejase por cualquier concepto de pertenecer a la plantilla activa de la Caja, sin perjuicio de lo establecido en el Estatuto de Empleados, respecto de las situaciones de excedencia». El mismo día 17 de marzo de 2008 las partes celebraron otro contrato de préstamo, por importe de 128.000 €, con un plazo de duración de treinta años. En este contrato no se contenía una cláusula como la anteriormente transcrita. El 11 de junio de 2008, la Caja notificó el despido a Nicanor. En dicha notificación no se hizo mención alguna a los préstamos, que se siguieron cumpliendo con normalidad por ambas partes, puesto que el prestatario continuó abonando las amortizaciones mensuales pactadas sin objeción alguna de la prestamista y esta incluso le fue comunicando las actualizaciones del tipo de interés variable pactado. Los días 30 de enero y 5 de febrero de 2013, la Caja comunicó al prestatario el vencimiento anticipado de ambos préstamos, por la razón de haber causado este baja en la plantilla de la entidad, y requirió la devolución de los capitales pendientes.

Nicanor presentó una demanda contra la Caja, en la que solicitaba, entre otros pedimentos, que se declarase la vigencia de los dos contratos de préstamo. La entidad demandada no contestó a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declaró la vigencia del segundo de los préstamos. Recurrida en apelación por el demandante la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó dicha sentencia.

El demandante interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima el

recurso de casación, anula la sentencia recurrida, estima el recurso de apelación, revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estima en parte la demanda, declarando por consiguiente la vigencia y efectividad de los dos contratos de préstamo. (J. M.^a M. F.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor y libertad de expresión en relación con el derecho de defensa en un contexto de enfrentamiento.—El Tribunal Supremo, siguiendo la sentencia de 30 de septiembre de 2015, señala la importancia del contexto de polémica o enfrentamiento entre las partes para valorar si la manifestación de expresiones ofensivas tiene la gravedad suficiente como para constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Derecho al honor y libertad de expresión: Actuar en defensa de los propios intereses puede atenuar la carga ofensiva de las manifestaciones.—El Tribunal Supremo mantiene lo declarado en la sentencia de 5 de febrero de 2013 respecto de las manifestaciones efectuadas en el seno de un proceso o para la defensa de los propios intereses. En tales circunstancias, se atenúa la carga ofensiva tanto de las expresiones concretas como del tono irónico empleado, pues el derecho de defensa permite explicar las apreciaciones personales de alto grado subjetivista acerca de los hechos que se denuncian. El derecho de defensa puede incluso amparar la información acerca de una conducta sin relación directa con los hechos objeto de la queja, pero que contribuye a reforzar los argumentos expuestos, por ejemplo, al mostrar que no es la primera vez que el demandante actuaba con la falta de ética denunciada.

La valoración de la afectación de derechos fundamentales no se considera una cuestión probatoria.—Al resolver un recurso de casación que afecte a derechos fundamentales, la valoración sobre la afectación a tales derechos no puede considerarse una cuestión probatoria, sino que la sala asume una tarea de calificación jurídica. Se pronuncian en este mismo sentido las sentencias de 17 de marzo de 2016, 10 de octubre de 2010 o 9 de enero de 2018. El único límite que se plantea es la prohibición de desvirtuar el recurso de casación mediante una nueva valoración de la prueba o mediante la corrección de hechos fijados en la sentencia recurrida. (STS de 24 de abril de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El procedimiento por intromisión en el derecho al honor se plantea entre dos abogados que previamente habían actuado en diferentes procesos judiciales. En concreto, se enjuicia si las expresiones vertidas por el demandado, D. Eduardo, en un recurso de queja presentado ante el Colegio de Abogados de Badajoz vulneraron el derecho al honor del actor, D. Leopoldo.

Con anterioridad, D. Leopoldo había asumido la dirección letrada de un antiguo cliente de D. Eduardo, que reclamaba a este y a su compañero de despacho una indemnización por la responsabilidad profesional tras su actuación, supuestamente negligente, en un procedimiento. La reclamación de responsabilidad frente a

ambos fue desestimada por el Juzgado de Primera instancia y la sentencia se confirmó en apelación.

Posteriormente, D. Leopoldo fue el letrado de la parte demandante en un segundo procedimiento, esta vez por cobro de lo indebido, dirigido contra el compañero de despacho de D. Eduardo. También en esta ocasión, la demanda fue desestimada y la decisión ratificada por la Audiencia.

En relación con el mismo asunto del que derivaban los procedimientos anteriores, D. Eduardo inició un tercer pleito para reclamar los honorarios devengados de su intervención profesional, siendo D. Leopoldo el letrado de la parte demandada. Se dictó sentencia íntegramente estimatoria y se desestimó el recurso de apelación formulado por D. Leopoldo.

Fue durante la tramitación de estos procedimientos, tras haber concluido el primero de ellos, cuando D. Eduardo planteó la queja ante el Colegio de Abogados de Badajoz (ICABA), poniendo en su conocimiento algunas de las manifestaciones que D. Leopoldo había empleado contra él y que, a su juicio, podían ser constitutivas de algún tipo de infracción del Código Deontológico. En su escrito de queja señalaba que D. Leopoldo había calificado de «paupérrima» su actuación profesional, había afirmado que cometió una cantidad de «errores de gran bulto, lo que supone una actuación grosera e inadecuada» y que «el recurso de casación, tan defectuosamente presentado por el letrado Eduardo, es digno de figurar en los manuales de Derecho procesal, sobre cómo no hacer un recurso de casación». D. Eduardo consideraba que dichas manifestaciones no estaban en ningún caso justificadas, calificaba de «mezquina» la actuación de D. Leopoldo y señalaba que la demanda de responsabilidad dirigida contra él había sido íntegramente desestimada, declarándose que su actuación no fue negligente, ni inadecuada, ni tenía errores procesales, siendo dicha sentencia ratificada en la apelación. Además de poner en conocimiento del Colegio esa información, D. Eduardo hizo referencia en su escrito de queja a la existencia de un procedimiento penal en el que se hallaba inmerso D. Leopoldo. En este sentido, incluyó expresiones como las siguientes: «la Fiscalía de Badajoz considera que este sujeto debe acabar en la cárcel y es posible que así sea, y por ello le pide, en su escrito de acusación, un par de añitos de prisión», «la acusación particular estima que lo que se merece es que pase 6 años en el talego», «según ambos, Fiscalía y acusación, Leopoldo habría utilizado su profesión –nuestra profesión– para la comisión de esa actividad delictiva por la que le acusa (al parecer, según esas acusaciones, se ha quedado con dinero de una cooperativa cliente suya)», «tenemos que reconocer que la abogacía abre un mundo de posibilidades delictivas», «espero impaciente el resultado del juicio, y que se haga justicia». D. Eduardo terminó señalando que el objeto de la queja era poner en conocimiento del Colegio los comentarios de D. Leopoldo sobre su actuación profesional, y que el resto del escrito «son simples divagaciones mías que espero que al menos os hayan entretenido o divertido. A mí al menos sí».

Por su parte, D. Leopoldo presentó contra D. Eduardo otro escrito de queja ante el ICABA y solicitó la apertura de un expe-

diente sancionador por el contenido de la queja. Seguidamente, D. Leopoldo se querelló también contra D. Eduardo por presuntos delitos de calumnias e injurias. El ICABA abrió expediente a D. Eduardo y, considerándolo responsable de la comisión de una infracción muy grave, le impuso una sanción de tres meses de suspensión en el ejercicio de la abogacía. Esta decisión fue recurrida y finalmente se apreció que la conducta solo era constitutiva de una infracción leve y la sanción se sustituyó por la de apercibimiento por escrito. Por lo que respecta a las actuaciones penales, el Juzgado de Instrucción procedió a archivarlas al no considerar que los hechos fueran constitutivos de infracción penal.

Tras ello, D. Leopoldo interpone la demanda contra D. Eduardo por intromisión ilegítima en su derecho fundamental al honor y solicita una indemnización de 60.000 € por los daños morales.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo también considera correcto el juicio de ponderación realizado y desestima el recurso de casación planteado por el actor. En atención a las circunstancias del enfrentamiento entre las partes, al ejercicio del derecho de defensa, la veracidad de los hechos y la escasa difusión del escrito, el Tribunal Supremo concluye que el contenido del recurso de queja no alcanzó el grado de ilegitimidad exigible para justificar una condena por vulneración del honor. (V. N. C.)

3. Declaración de discapacidad a instancia del Fiscal: Esquizofrenia: Carácter parcial: Curatela.—Por el Ministerio Fiscal se presentó demanda de juicio verbal especial en materia de incapacitación contra D. Augusto, al amparo de los artículos 124.1.º CE, 435-1.º LOPJ, 749 LEC y artículo 1 y 2-6.º y 7.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, interesando se declarara la incapacidad del referido demandado por estar afecto de esquizofrenia, enfermedad que le produce una limitación de sus facultades volitivas e intelectivas, impidiéndole gobernarse por sí mismo, ya que si bien, en el ámbito personal es capaz de realizar las actividades básicas de la vida diaria, no es capaz del control y manejo de la medicación, así como tampoco de la administración de sus bienes en forma adecuada, tal y como se desprende del Informe Médico-Forense obrante en autos.

El Ministerio Fiscal interesó la declaración de incapacidad parcial del demandado respecto del gobierno de su persona y bienes. En cuanto a su persona, la incapacidad se limitará a la sumisión al tratamiento médico, manejo y toma de medicación, mientras que en lo referente a sus bienes, el demandado deberá ser incapacitado para la administración, gestión y disposición de sus bienes y de su patrimonio. Designado como tutor de aquél a la Generalitat Valenciana, la cual se considera idónea para asumir la constitución del organismo tutelar.

La sentencia de primera instancia de 13 de julio de 2015 declaró la incapacidad parcial de D. Augusto para el control y manejo de su medicación, así como para la administración, gestión y disposición de sus bienes y de su patrimonio y, específicamente para otorgar testamento, para la conducción de cualquier clase de vehículos, y para la tenencia y uso de todo tipo de armas. Lo sometió a tutela y nombró tutora de él a la Generalitat Valenciana.

Tuvo por probado que el demandado que padecía esquizofrenia, enfermedad que le produce alteraciones de la inteligencia y voluntad, siendo en el ámbito patrimonial incapaz de obrar con conocimiento en un determinado momento, por lo que precisa ayuda y control constante para la administración de sus bienes, así como precisa control y manejo de la medicación.

D. Augusto interpuso recurso de apelación del que conoció la sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, la cual dictó sentencia de 5 de abril de 2017 por la que desestimaba el recurso. Tras valorar la prueba obrante en autos y, especialmente las manifestaciones de los parientes más próximos y el reconocimiento del demandado en la alzada, concluyó el Tribunal que la sentencia de la primera instancia responde al estado real del demandado y que las medidas que adopta para la protección del mismo, por la modificación de su capacidad, gozan de la adecuada proporcionalidad tanto en el aspecto personal, como en el patrimonial.

El demandado interpone recurso de casación basado en dos motivos, de los cuales solo se admitió el primero, por inaplicación de los artículos 1 y 12 del Convenio de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, y los artículos 199, 2000 y 287 CC, así como la vulneración de los artículos 10 y 14 CE y de la doctrina jurisprudencial contenida en STS de 24 de junio de 2013. En su desarrollo alega que existe desproporcionalidad en las medidas adoptadas en la sentencia recurrida, ya que aunque el demandado pueda necesitar supervisión para algunas cosas, mantiene plenas facultades de discernimiento y decisión sobre cuestiones de la vida ordinaria, controla y administra perfectamente su patrimonio. De ahí que partiendo del principio de plena capacidad de las personas deba revisarse el juicio de capacidad realizado siendo solo necesario una supervisión en cuanto a la toma de medicación y tratamiento médico prescrito acorde con el nombramiento de curador que complementa su capacidad sin limitarla. La Generalitat Valenciana se opuso al recurso y solicitó su desestimación. El Ministerio Fiscal apoyó el recurso en el sentido de considerar como adecuada la institución de la curatela para la protección del discapaz, en vez de la institución tutelar, así como en que no cabe la limitación de capacidad del recurrente para otorgar testamento.

Jurisprudencia de la Sala.—Al quedar inalterada la base fáctica de la sentencia recurrida se ha de estimar, en sintonía con el Ministerio Fiscal, el recurso de casación en el extremo de que es más favorable para la persona demandada, la curatela en vez de la tutela.

La STS de 7 de marzo de 2018, con sustento en numerosas sentencias, sostiene que la tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales, si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención de 2006, por la curatela (SSTS de 11 de octubre de 2011, 30 de junio y 13 de mayo de 2015, entre otras), en el entendimiento que en el Código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad.

Si se atiende a los hechos que han quedado probados la institución que más se adecúa a las limitaciones del recurrente es la curatela. Dijimos en la S. de 16 de mayo de 2017, sintetizando la doctrina de esta Sala, que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español

por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta Sala en los últimos tiempos, tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorios y contrarios a los principios de la Convención (así en SSTs de 15 de julio de 2015 y 27 de septiembre de 2017).

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria 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. En efecto, dice el artículo 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).

Como ya decidió la Sala en supuesto extrapolable al presente, en STS de 24 de junio de 2013, los hechos que en síntesis se han expuesto, fruto de la valoración de la prueba practicada, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTs de 29 de abril y 11 de octubre de 2009). Es lo que más se compadece con la distinción que respecto a la procedencia de la tutela o la curatela hicimos en la sentencia de 1 de julio de 2014. De ahí que se considere estimar este extremo del motivo para que la sentencia se acomode a la doctrina de la Sala.

No se extenderá la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no se especificase por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador, según se ha pronunciado la Sala en STS de 8 de noviembre de 2017.

De conformidad con los artículos 394.1 y 398.1 de LEC no se impone al recurrente las costas del recurso de casación. **(STS de 15 de junio de 2018; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—La labor de la Sala 1.^a, mediante reiterada doctrina para incorporar a nuestro ordenamiento las reglas básicas del Convenio de la ONU de 2006, ha sido merecedora de aprobación casi generalizada, pero no siempre su aplicación en la casuística despeja todas las dudas. En el presente caso no consta de modo expreso el cumplimiento del artículo 759.1 LEC en lo relativo al reconocimiento del presunto incapaz por parte del Tribunal —regla habitual de nuestro ordenamiento—, que podría así valorar más comprensivamente la invocada enfermedad de esquizofrenia que genéricamente se atribuye al mismo por el Fiscal como fundamento de su demanda. (G. G. C.)

4. El contenido esencial de los derechos fundamentales.—La regulación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución debe hacerse siempre respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE) y sin imponerles limitaciones que hagan irreconocible el derecho fundamental en cuestión. Ese «contenido esencial» establece un núcleo duro del derecho fundamental que no puede ser afectado por los límites que se establezcan en la legislación orgánica que lo desarrolle o, con carácter general, en las leyes que de un modo u otro puedan afectar al derecho fundamental en cuestión. El contenido esencial es un límite de los límites de estos derechos.

El contenido esencial no limita la tutela que todo ciudadano puede recabar de sus derechos fundamentales ante los tribunales. La idea de que los sujetos sólo pueden invocar el contenido esencial del derecho fundamental cuando pretenden su protección jurisdiccional es errónea. También es errónea la idea de que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental se circunscribe a lo previsto literalmente en la Constitución y que los contenidos adicionales que establecen las leyes orgánicas que los desarrollan son derechos infraconstitucionales, por lo que su tutela ha de solicitarse mediante los procedimientos ordinarios, pero tienen vedado el acceso a los pronunciamientos especiales de protección de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales se regulan en la Constitución mediante preceptos abiertos y de perfiles difusos, que precisan, por lo general, de un desarrollo legislativo para lograr una mayor eficacia. Su contenido protegible no puede fijarse exclusivamente con la Constitución sin acudir a otras normas. Constitución y ley colaboran a la hora de determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, bajo la supremacía de la primera.

Contenido esencial del derecho de asociación.—El hecho de que las facultades derivadas del derecho de asociación tengan expreso reconocimiento en la Ley Orgánica del Derecho de Asociación (LODA), concretamente en el derecho de participación en las actividades y en la estructura de la asociación que el artículo 21.a) reconoce a los socios, no supone que estén ejercitando pretensiones que no tienen su fundamento en el derecho fundamental de asociación. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho es el delimitado por el precepto constitucional y por la ley orgánica que lo desarrolla en aquellas cuestiones que no son meramente accesorias y desconectadas del sentido y finalidad de dicho derecho fundamental. **(STS de 3 de abril de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Varios asociados y colaboradores del Teléfono de la Esperanza de Murcia interpusieron demanda contra la Asociación Internacional del Teléfono de la Esperanza (Asites), ejercitando su derecho fundamental de asociación. Solicitaban la anulación de ciertos preceptos de los estatutos, por ser contrarios al principio democrático, y del reglamento de estructura territorial y funcional de Asites. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la mayoría de los demandantes recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación, declarando, entre otras cosas, la nulidad parcial del citado reglamento porque algunas de sus previsiones suponían modificar los estatutos en materias muy trascendentes.

Asites formuló recurso de casación, alegando, básicamente, la aplicación indebida del derecho fundamental de asociación, pues el artículo 22 CE no contiene la exigencia de funcionamiento demo-

crático interno que le ha sido aplicado, ya que dicha exigencia deriva de normas posteriores meramente legales y, por tanto, su protección no puede acogerse al procedimiento especial de los derechos fundamentales (el principio de funcionamiento democrático no forma parte del contenido esencial del derecho de asociación). El Alto Tribunal desestima el recurso de casación. Señala, en primer lugar, que las previsiones del reglamento de estructura territorial y funcional anuladas lo fueron por afectar a materias reguladas por los estatutos que, por tanto, solo podían recibir una regulación distinta en virtud de una reforma estatutaria, pero no por un reglamento interno. Lo que ha apreciado la Audiencia es que se han realizado reformas reglamentarias contrarias a los estatutos, por lo que se trata de una cuestión de reserva o jerarquía normativa de las normas internas de las que se ha dotado a sí misma la asociación, que resultaría de aplicación incluso en el caso de que no rigiera el principio democrático del artículo 2.5 LODA, con base en el respeto al propio principio de autoorganización de la asociación.

En segundo lugar, la recurrente alega que se ha violado el derecho fundamental de autoorganización, por haberse decretado la nulidad parcial del reglamento. La decisión de la Audiencia anula la capacidad de gestión del órgano autorizado. A esto contesta el Alto Tribunal señalando que la anulación de unos preceptos de un reglamento de ese tipo porque vulneran los estatutos de la asociación no afecta negativamente a la capacidad de gestión de ningún órgano de la asociación, pues la actuación de esos órganos debe respetar las propias reglas de autoorganización de las que la asociación se ha dotado.

Finalmente, la recurrente plantea que el principio democrático impuesto al funcionamiento interno de las asociaciones por el artículo 2.5 LODA es inconstitucional por violación del derecho fundamental de autoorganización de la asociación ex artículo 22.1 CE. Por tanto, solicita que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad de la LODA ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo considera que no concurren las circunstancias que justifican el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad y, en particular, el requisito de la relevancia, en el sentido de que el fallo del recurso dependa de la validez de esa norma. La sentencia de la Audiencia fundó los pronunciamientos impugnados en razones ajenas al llamado principio democrático, por lo que incluso en el caso de que, planteada la cuestión, el Tribunal Constitucional declarara la inconstitucionalidad de aquel precepto de la LODA, la sentencia de la Audiencia debería ser confirmada. En base a todo esto, el Tribunal Supremo terminó desestimando el recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Constitucional, ya desde 1988, señaló que el derecho fundamental se integra no solo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho. *Vid.* su sentencia 51/1988, de 22 de marzo. Sobre el principio democrático de funcionamiento de una asociación como una limitación del principio de autoorganización, *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional 135/2006, de 27 de abril. (*S. L. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

5. Error en el consentimiento por incumplimiento de los deberes de información en la contratación de un producto financiero complejo donde previamente se ha practicado un test de conveniencia de resultado negativo.—La práctica de un test de conveniencia y la firma de un documento predispuesto en el que se reconoce, por el cliente del banco, que es consciente del resultado del test y del riesgo que se asume no eximen a la entidad financiera del exacto cumplimiento de sus deberes de información ni de la prueba de su cumplimiento en los términos legalmente exigidos. (STS de 17 de abril de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Las sociedades mercantiles A, B, C, D y E, dedicadas a la construcción y explotación de plantas fotovoltaicas, suscribieron respectivamente cinco contratos de permuta financiera de tipos de interés con Banco Santander. Cada contrato tenía un nominal de 600.000 euros, su fecha de inicio era el 2 de junio de 2008 y la de finalización el 26 de mayo de 2010. En el Anexo del contrato se indicaba que las partes podían cancelar anticipadamente el swap, pero soportando los costes que resultaran a precios de mercado. Banco Santander, en cumplimiento de la normativa, realizó los test de conveniencia MiFiD que rechazaban la conveniencia del producto financiero para las sociedades, en atención a sus conocimientos y experiencia sobre el producto. Las sociedades suscribieron un documento donde se daban por informadas de esta vicisitud y declarando ser conocedoras del riesgo que asumían. A partir de 2009 se comenzaron a girar liquidaciones negativas a las sociedades suscriptoras. El 23 de septiembre de 2009, las cinco sociedades demandaron a Banco Santander solicitando la nulidad, por error en el consentimiento de los contratos con restitución de las prestaciones y la condena al demandado al pago de la diferencia entre las liquidaciones positivas y negativas practicadas.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y ordenó la restitución de prestaciones instada por las demandantes. Para su fallo, estimó que no habían sido las demandantes quienes habían solicitado el contrato; que el resultado negativo del test de conveniencia no permitía deducir que el Banco no había incumplido sus deberes de información; y que el error era excusable, pues los representantes de las sociedades no leyeron la información y, si lo hicieron, no la comprendieron.

La Audiencia Provincial, estimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda. A su juicio, la confianza de las demandantes en el Banco no les podía eximir de actuar con la diligencia debida en ese ámbito.

Contra dicha sentencia, las cinco demandantes interpusieron recurso de casación.

NOTA.—La Sentencia cuenta con el voto particular del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. (A. I. R. A.)

6. Contratos.—Condiciones generales de la contratación.—Control de incorporación y control de transparencia. Diferencias. Funciones. Aplicabilidad del control de incorporación a cualquier clase de contratos con condiciones generales, intervenga o no un consumidor.—El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato (arts. 5 y 7 LCGC). A tal fin, para superar este control será suficiente con que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas, independientemente de que el adherente o el consumidor las haya conocido y entendido, pues esto tiene que ver más con el control de transparencia y no con el de incorporación (STS de 9 de mayo de 2013). En este sentido, será necesario que se trate de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocerla al tiempo de la celebración del contrato, sin que por ello éste pierda matizaciones o complejidad derivadas de la propia naturaleza de la relación contractual. Siendo exigible que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.

Condiciones generales de la contratación.—Control de transparencia. Significado. Aplicabilidad exclusivamente a los contratos en los que el adherente es un consumidor.—El control de transparencia implica un plus respecto del de incorporación, pues no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas (SSTJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove). El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula. A diferencia de los controles de incorporación, los de transparencia y abusividad están reservados a los contratos celebrados con consumidores (SSTS de 3 de junio de 2016; 18 de enero; 20 de enero; 30 de enero; 2 de noviembre y 23 de noviembre de 2017; y 10 de enero 2018).

Contrato de fianza en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato principal. Pluralidad de contratantes. Necesidad de que la condición de consumidor se aprecie no solo respecto a los sujetos del contrato principal sino también a los que intervienen en el contrato accesorio de garantía o fianza. No concurre la cualidad de consumidor si existe vinculación funcional entre los fiadores y el contratante profesional.—Si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal,

lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. En consecuencia, la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza. Con lo cual, la protección frente a las cláusulas abusivas puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad (ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15, Tarcâu, con cita de la STJUE de 17 de marzo de 1998, asunto *Diezinger*). Existe el vínculo funcional si los fiadores, como sucede en el presente caso, son los administradores sociales de la mercantil prestataria y, a la par, ostentan una participación en el capital social de la misma que les otorga una posición de preeminencia, con una influencia decisiva en la toma de decisiones de la entidad, de manera que, de facto, su voluntad y la del ente social son coincidentes. (STS de 28 de mayo de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En 2010 la mercantil HAE, S. L. suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad ACB, S. A., entre cuyas estipulaciones se insertó una cláusula limitativa de la variabilidad del interés según la cual el tipo nominal aplicable no podría ser inferior al 5% ni superior al 15%. En esta operación intervinieron como fiadores solidarios don C., don V., don E., don G. y doña R. A la sazón, los cuatro primeros eran hermanos y se repartían la titularidad del capital social de la prestataria a razón de un 25% cada uno. Además de ello, don E. y don G. eran los administradores de la sociedad. En 2014 la sociedad en su propio nombre y los fiadores presentaron demanda contra la prestamista, solicitando se declarara la nulidad de la cláusula suelo por causar grave desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de ambas partes y no haber sido informados debidamente los demandantes de las consecuencias de su inclusión. Se pidió además la devolución de las cantidades indebidamente cobradas. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la cláusula y desestimó el resto de peticiones. La Audiencia Provincial de Lugo desestimó el recurso de apelación interpuesto por la prestamista. El Tribunal Supremo dio lugar parcialmente al recurso de casación de esta última y declaró la nulidad de la cláusula suelo solo respecto de doña R., al considerar que el resto de demandantes no tenía la condición de consumidor. (*I. D. -L.*)

7. Contratos. Cumplimiento. Imposibilidad sobrevenida de la prestación. Concorre cuando la obligación de pago del tomador del seguro no puede ser cumplida por haber quedado prohibida por la ley.—Al excluir la ley autonómica de presupuestos cualquier fuente obligacional que comporte gastos de acción social, como los que se incluyen en la póliza colectiva de seguro suscrita, y siendo aplicable dicha norma a la relación contractual pese al carácter de mercantil de la tomadora del seguro, dado que estamos ante una sociedad anónima de capital público, ha de concluirse que

nos encontramos con un supuesto de imposibilidad legal de cumplimiento del contrato, en cuanto al pago de la prima, por la tomadora del seguro, que nos reconduce a las previsiones de los artículos 1272, 1182 y 1184 CC. Este último precepto, pese a referirse a las obligaciones de hacer, es también aplicable por analogía a las obligaciones de dar, según una inveterada doctrina jurisprudencial de la que son muestras las SSTS de 17 de enero de 2013, de 19 de mayo de 2015 y de 20 de julio de 2017. Se trata de la manifestación del principio de que no existe obligación respecto de prestaciones imposibles, cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor, que incluso guarda estrecha relación con el caso fortuito (STS de 17 de enero de 2014).

Efectos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en el contrato.—Resolución contractual. Devolución de lo que se hubiera recibido durante la existencia del contrato.—La imposibilidad sobrevenida lleva inexorablemente al incumplimiento contractual y, en consecuencia, cuando la relación obligatoria sea sinalagmática, 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 otro caso, los propios de la resolución (devolución de la cosa con sus frutos, y del precio con los intereses). En tal sentido, puesto que la imposibilidad sobrevenida determina la extinción de la obligación, ello no significa que el deudor quede absolutamente liberado sin coste alguno cuando ya había ingresado en su patrimonio alguna contraprestación de la otra parte. Es decir, no puede serle exigido al deudor un cumplimiento que ha devenido imposible pero, en aras de la buena fe y de la equidad, y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto, sí le incumbe devolver las prestaciones que con anterioridad hubiese recibido del otro contratante. **(STS de 26 de abril de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La sociedad mercantil de titularidad pública M. M., S. A. suscribió en 2010 un contrato de seguro, en su modalidad de póliza colectiva sobre las personas, con la compañía G., en la que aseguraba a los empleados de la tomadora para determinados riesgos. Este contrato se fue prorrogando y en abril de 2013 la aseguradora emitió el recibo de la prima anual por importe de 369.824 €. Sin embargo, en julio de dicho año M. M., S. A. le comunicó su decisión de no renovar la póliza con efectos retroactivos al 1 de enero, a la vista de que la nueva legislación prohibía que se pudieran llevar a cabo gastos de acción social, como eran los derivados del seguro. No obstante, durante ese mismo año, y hasta esta comunicación, la tomadora había tramitado diversos siniestros que habían sido atendidos por la aseguradora por un importe total de 75.000 €. La compañía aseguradora demandó a la tomadora reclamando el pago de la prima anual y, subsidiariamente, que se le abonase al menos los gastos de gestión del seguro generados durante aquel año. La demandada se opuso a la primera pretensión y se allanó a la subsidiaria. El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión principal y condenó a la tomadora al abono de la prima anual reclamada. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la tomadora del seguro. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y, con ello, desestimó la pretensión principal

y acogió la subsidiaria a la que se había allanado la demandada en la instancia. (L. A. G. D.)

8. Dación en pago. Concepto: jurisprudencia.—La jurisprudencia entiende que la dación en pago supone un concierto de voluntades entre deudor y acreedor por el que este consiente recibir, con carácter solutorio, *un aliud pro alio* (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria.

Dación en pago. Naturaleza jurídica: negocio complejo.—Se trata de un negocio complejo, pues participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: concepto y presupuestos.—El perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa, y, además, debe carecer de justificación.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: apreciación.—La concurrencia del perjuicio debe juzgarse de acuerdo con las circunstancias existentes al tiempo de ser realizados los actos de disposición objeto de rescisión.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: ha de ser a la totalidad.—El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: inexistencia.—No sería un perjuicio si el sacrificio patrimonial no era injustificado, como cuando extinguen pasivos por mayor valor de los derechos cedidos, con lo cual no existiría un detrimento de la masa activa.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: relación con principio de paridad de trato.—Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, no cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par condicio creditorum*, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: pago en periodo sospechoso.—En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que el crédito esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la natu-

raleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum*. (STS de 10 de mayo de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), como acreedor concursal de O., S. A., interpeló a la administración concursal para que ejercitara acciones rescisorias concursales sobre determinadas cesiones en pago. Ante la inactividad de la administración concursal, la AEAT presentó demanda en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 en la que ejercitaba acciones rescisorias respecto de las cesiones de plazas garaje en pago de deudas contraídas con distintos acreedores, solicitando la rescisión concursal de la cesión de los derechos sobre las plazas de garaje en pago de los créditos de M. T., S. L., alegando el perjuicio para la masa activa ocasionado por esa dación en pago, en cuanto que vulneraba la *par condicio creditorum*, así como que se dejara sin efecto la cesión, que se ordenara la restitución de los derechos cedidos y que se incluyera el crédito de la cesionaria en la lista de acreedores de O., S. A. La sentencia de instancia desestimó la demanda por entender que con la operación realizada, si bien se había minorado la masa activa del concurso, a su vez se había reducido el pasivo en el importe de las cuotas y gastos de mantenimiento, además de que el precio fijado para la cesión del uso de cada plaza de garaje había sido muy superior al precio de mercado, lo que supone una quita superior a la establecida en la propuesta anticipada de convenio para la que la concursada contaba con más adhesiones que las necesarias para su aprobación. Recurrida en apelación por la AEAT, estimó el recurso y rescindió la cesión en pago de deudas de otorgada por la concursada O., S. A. y la demandada M. T., S. L., entidad esta que habrá de figurar en la masa pasiva del concurso con un crédito ordinario determinado, debiendo reintegrar a la masa activa los derechos cedidos relativos a las plazas de garaje objeto de la *litis*. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

9. Concurso de acreedores. Secciones de calificación: irretroactividad.—La jurisprudencia considera que el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, convalidado y ratificado en por la Ley 17/2014 de 30 de septiembre, añadió un inciso final al precepto legal regulador de la responsabilidad concursal, que a partir de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ya no era el artículo 172.3, sino el artículo 172 bis de la Ley Concursal (LC), el nuevo régimen es aplicable en las secciones de calificación que hayan sido abiertas estando en vigor la reforma legal, pero no de modo retroactivo en las secciones abiertas con anterioridad, en las que regirá el régimen general de derecho transitorio conforme al cual las normas no tienen eficacia retroactiva.

Concurso de acreedores. Responsabilidad concursal: naturaleza.—La naturaleza del régimen de responsabilidad concursal establecido en el artículo 172.3 LC no puede considerarse como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria sino como un régimen agravado de responsabilidad civil por el que, concurriendo determinados requisitos, el coste del daño derivado de la insolvencia podía hacerse recaer, en todo o en parte, en el administrador o

liquidador social al que son imputables determinadas conductas antijurídicas, y no en los acreedores sociales, y en la que no se exigía la concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador o liquidador determinante de la calificación del concurso como culpable y el déficit concursal del que se hacía responsable a dicho administrador o liquidador (o, por decirlo en otras palabras, no era necesario otro enlace causal distinto del que resulta *ex lege* de la calificación del concurso como culpable según el régimen de los artículos 164 y 165 LC y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada), y que había sido encuadrada por la jurisprudencia entre los mecanismos que modulaban la heteropersonalidad de las sociedades respecto de sus administradores en la exigencia de responsabilidad por sus acreedores.

Concurso de acreedores. Responsabilidad concursal: nuevo inciso no es norma interpretativa o aclaratoria.—La introducción de un inciso en el régimen de responsabilidad concursal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. **(STS de 5 de abril de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—En el concurso de la entidad una vez abierta la sección de calificación del concurso de acreedores de la entidad A. C., S. A., la administración concursal emitió un informe en el que solicitó que el concurso se calificara como culpable por la realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia, por la comisión de irregularidades relevantes en la contabilidad y por el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso. El citado informe señaló como personas afectadas por la calificación, a don T., don C., don G. y a los herederos de don P. para quienes solicitó la condena a la inhabilitación, a indemnizar a la masa activa del concurso con determinada cantidad y a pagar a los acreedores concursales el 50% del importe de los créditos que no percibieran en la liquidación de la masa activa. El Ministerio Fiscal se adhirió al informe de la administración concursal. La sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca calificó el concurso como culpable por la concurrencia de las causas de calificación consistentes en la realización de actos jurídicos dirigidos a simular una situación patrimonial ficticia y la comisión de irregularidades relevantes en la contabilidad, pero rechazó la concurrencia de la causa consistente en el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, y condenó a don T. y a don C. a tres años de inhabilitación y a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa, así como a pagar solidariamente a los acreedores concursales la mitad del importe de los créditos que no percibieran en la liquidación, respecto de este último pronunciamiento, la sentencia condenaba tam-

bién, solidariamente con los anteriores, a los herederos de don P. si bien en este caso el límite de responsabilidad de estos sería del 30% del importe de tales créditos no percibidos en la liquidación. Recurrida en apelación por la representación procesal de don T., don C., don G., los herederos de don P. y por la entidad concursada A. C., S. A., la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestimó los recursos, salvo el planteado por los herederos de don P. que estimó parcialmente al rebajar su responsabilidad desde el 30% del importe de los créditos no percibidos en la liquidación hasta el 15%. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

10. Contrato de permuta. Calificación. Permuta de solar por obra futura recibiendo el dueño del solar participaciones sociales que serían amortizadas cuando fueran adjudicadas las viviendas descritas en el contrato.—Para la interpretación de la voluntad de las partes y la calificación del contrato, es preciso buscar la intención común y el propósito negocial querido por las partes y valorar en qué tipo de contrato encaja el acuerdo vinculante alcanzado, en función precisamente del propósito empírico querido por aquellas. En el presente caso parece evidente que la operación entre el cedente del solar y la sociedad promotora responde a la causa propia de una permuta de solar por obra futura que se articuló mediante la aportación de la finca a otra sociedad a cambio de lo cual recibió unas participaciones que serían amortizadas cuando le fueran adjudicadas las viviendas. En realidad, las partes pretendía un intercambio de prestaciones (solar por obra futura), y toda operación societaria relacionada con la sociedad promotora respondía a una finalidad de garantía de los derechos del propietario del solar. La continua referencia a la permuta que se contiene en el documento, y el hecho de que se previera la amortización de las participaciones adjudicadas al cedente del suelo cuando recibiera las viviendas que les correspondía refuerzan esta interpretación.

La determinabilidad del objeto como requisito del contrato. No hay indeterminación del objeto de un contrato de permuta de solar por obra futura en el que la prestación se fija por un porcentaje de los pisos locales y garajes a construir.—Para los contratos de permuta de solar por obra futura, la Sentencia de esta sala 196/2010, de 13 de abril, declaró que: «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1273 CC, el objeto del contrato debe ser cierto y se considera que tiene esta cualidad cuando pueda ser determinado sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes contratantes. Esta regla es perfectamente aplicable al caso en que el objeto del contrato lo constituyan cosas futuras. La Sentencia de esta Sala de 31 diciembre 1999 ha considerado como tales los locales o viviendas de un edificio en construcción y esta doctrina debe ser aplicada al presente contrato».

«En consecuencia, deben examinarse las cláusulas contractuales específicas para determinar si nos hallamos ante un supuesto de indeterminación relativa o determinabilidad, o bien queda absolutamente indeterminado el objeto; éste es un problema de interpretación. Examinando la cláusula A) de las del contrato de 1995, que rige las relaciones entre las partes, debe concluirse que el sentido dado por la sentencia recurrida a lo acordado es absolutamente correcto y adecuado a los términos contractuales, puesto que la aportación de los solares recibe en compensación el 29% «de los metros cuadrados de la totalidad de los pisos, locales comerciales y garajes que se han de cons-

truir», y, además, la cantidad de 70 millones de pesetas. Tratándose de una cosa que aún no existe, la concreción del objeto es muy clara y no incurre en la prohibición del nuevo convenio contenida en el artículo 1273 CC, al ser éste absolutamente necesario por tratarse de cosa futura, aun no existente ni tan solo en el momento actual, puesto que el nuevo convenio solo fijará las concretas unidades que se incluyen en el 29% atribuido en el contrato».

Aplicando esta doctrina al presente caso, el motivo debe ser desestimado. Puesto que en el contrato se fijaron criterios que permitían concretar las viviendas que debían ser objeto de entrega una vez terminada la construcción. El objeto era determinable y no puede decirse que adoleciera de una indeterminación susceptible de dar lugar a la nulidad de la obligación de una de las partes y, en consecuencia, del contrato. (STS de 21 de junio de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los demandantes impugnan el contrato de permuta de solar por obra futura celebrado por su padre (propietario del solar) con una sociedad mercantil. En el negocio jurídico se pactó que se entregaba un solar a una sociedad promotora, que se comprometía a edificarlo y a cambio se recibiría un porcentaje de la obra futura (278 metros cuadrados de la obra construida, que corresponderán a entre 4 y 5 viviendas de distintos tipos y alturas). Dicho contrato se articuló en forma societaria de manera que el solar se aportó mediante la ampliación del capital social de una sociedad preexistente, recibiendo a cambio el aportante participaciones sociales que representaban el valor de la aportación; dichas participaciones serían amortizadas, mediante reducción del capital, una vez se procediera a la adjudicación de las viviendas. Fallecido el padre, hay un nuevo acuerdo entre el albacea universal de la herencia y la sociedad por el que, ante el desplome inmobiliario generado por la crisis financiera, la sociedad mercantil se comprometía a reducir el capital social mediante la compra de las participaciones sociales propiedad de la herencia yacente conviniéndose como precio el importe de las viviendas y locales que se debían entregar en virtud del contrato de permuta o, en caso de que no se hubieran vendido las casas a terceros, la entrega directa de las fincas.

Los hijos demandaron pidiendo la nulidad del contrato en sus dos formas: nulidad (por indeterminación del objeto) y anulabilidad (por vicio de consentimiento); subsidiariamente solicitaron su resolución por diversos incumplimientos contractuales. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia se pronuncia sobre la validez del contrato de permuta de solar por obra futura desde la perspectiva del artículo 1173 CC. Esto es, lo que se resuelve es si el objeto del contrato cumple con los requisitos de determinabilidad. En algunos supuestos los términos en los que se fija la prestación que debe realizar el cesionario a favor del cedente del solar son tan imprecisos que sirve de motivo a una de las partes para impugnar el contrato. Son los casos en los que la obligación de entrega se designa en base a un porcentaje sobre lo edificado, sin especificar a priori, el número de pisos o locales a entregar, ni sus linderos, superficie, ubicación o tipo de construcción o calidades. El problema se resuel-

ve cuando las partes han previsto el modo de determinar la prestación, aunque sea atribuyendo la facultad de elección a una de las partes, como admite la STS de 10 de marzo de 1990. A falta de previsión, para algunos autores habría indeterminación si las viviendas resultantes son tan distintas y singulares que el comprador no puede considerarse legitimado para realizar la especificación a su voluntad, como si se tratara de un género (en este sentido, CARRASCO PERERA, A; *Derecho de Contratos*. Aranzadi. Pamplona, 2010, p. 286). En contra de la determinación del objeto por medio de porcentajes se pronunció la STS de 10 de octubre de 1997 que declaró nulo el negocio jurídico al entender que no era determinable el objeto del contrato en el que únicamente se había fijado la obligación del cesionario en la entrega del 25% de los bajos construidos y el 10 % de los pisos. Sin embargo, a partir de la STS de 20 de noviembre de 2009 se cambia de criterio y se admite la validez de los contratos en los que no se señalan viviendas concretas, pero sí porcentajes de superficies. El razonamiento es el siguiente: «Del contrato se desprende la determinabilidad de viviendas y locales de negocio que se dan a cambio de unos terrenos –do ut des– que quedan determinados definitivamente al ejecutar el contrato con un criterio de buena fe y racionalidad». Asimismo, en la STS de 13 de abril de 2010 se admite su validez porque «tratándose de una cosa que aún no existe, la concreción del objeto es muy clara y no incurre en la prohibición del nuevo convenio contenida en el artículo 1273 CC, al ser éste absolutamente necesario por tratarse de cosa futura, aun no existente ni tan solo en el momento actual, puesto que el nuevo convenio solo fijara las concretas unidades que se incluyen en el 29% atribuido en el contrato». No resulta problemática la aplicación de esta doctrina jurisprudencial cuando todos los pisos o locales tengan unas características similares o idénticas, de forma que solo se trate de especificar los pisos concretos que hay que entregar de acuerdo con el porcentaje pactado. Ahora bien, en caso que no sea así, se puede pensar que lo que ha habido es un incumplimiento contractual del cesionario, puesto que cuando las partes fijan la prestación por medio de un porcentaje están presuponiendo que todos los pisos o locales son homogéneos. Para terminar, hay que tener presente como, señala DÍAZ MARTÍNEZ, A. *Cesión de solar por obra futura y determinación del objeto*, RDACN, núm. 2/2010, que la cuestión cambia en los casos en que fuera aplicable la legislación de protección de consumidores, que contiene una exigencia rigurosa sobre la información a proporcionar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, como entendió la SAP de Murcia de 11 de diciembre de 2002 al declarar nulo un contrato de permuta de solar por obra futura por indeterminación del objeto al contravenir la normativa de consumo. Aunque posiblemente sea difícil de concebir al cedente del solar como destinatario final del producto cuando en virtud del contrato de permuta del solar por obra futura sea acreedor de la entrega de un porcentaje de las fincas edificadas. (C. O. M.)

11. Condición del consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.—Dentro del concepto de «adquirente» a que aludía la Ley 42/1998 estaba incluido quien actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, aunque tenga ánimo de lucro, siempre que no realice tales actividades con regularidad o asiduidad porque, en tal caso, dada la habitualidad, podría considerarse que realiza una actividad comercial. Así se deriva del artículo 2 de la Directiva 94/47/CE, que fue transpuesta por la citada ley.

La falta de ánimo de lucro ni se exigía en la LGDCU 1984 ni en el artículo 3 TRLGDCU, tras la reforma operada por la Ley 3/2014. Así, se entiende que, con carácter general, en el marco europeo, el consumidor es alguien que actúa al margen o con un propósito ajeno a su actividad profesional. El Tribunal de Justicia ha declarado que la intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de «consumidor». Por tanto, la mera posibilidad de que el sujeto pueda lucrarse con el traspaso o reventa de los derechos de aprovechamiento por turno no excluye su condición de adquirente en el sentido de la Ley 42/1998.

Consecuencias de la falta de fijación del plazo en los contratos de transmisión de derechos de aprovechamiento por turno.—La fijación de un plazo en estos contratos es un elemento esencial de los mismos, exigida por el artículo 3. Su falta determina la nulidad del contrato, por aplicación del artículo 1.7 Ley 42/1998. Esta exigencia de determinación de la duración es aplicable a los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la ley.

El artículo 1.7 Ley 42/1998 establecía que, en caso de nulidad de pleno derecho, serían devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. Se trataba con ello de dejar indemne al contratante de buena fe que resultaba sorprendido por el contenido de un contrato —normalmente de adhesión— que no cumplía con las prescripciones legales. Sin embargo, a esas cantidades había que restar la equivalente al tiempo de disfrute de los inmuebles por parte de los adquirentes. Cuando la parte actora ha podido disfrutar durante años de los alojamientos que los contratos le ofrecían, por lo que el reintegro del precio satisfecho no debe ser total, sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia, teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años. (**STS de 18 de mayo de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los demandantes, a través de varios contratos, adquirieron un certificado de licencia de vacaciones, por el que tenían derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por períodos vacacionales en unos complejos, previo pago del precio, con posibilidad de revender el derecho adquirido. Los actores demandaron a SV Resort, alegando: 1) que la falta de límite temporal en los contratos hace que proceda su nulidad; 2) su condición de consumidores; 3) la aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos litigiosos. Solicitaban la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de los referidos contratos más los intereses devengados desde la interposición de la demanda.

El Juez de Primera Instancia declaró la nulidad absoluta de los contratos suscritos, con la obligación de restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, debiendo devolver la demandada a los actores las cantidades satisfechas en concepto de pagos deri-

vados de dichos contratos, más los intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda, debiendo los actores abonar a la demandada el precio o valor de las semanas de aprovechamiento disfrutadas.

La demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Ésta entendió que los actores no eran destinatarios finales de los derechos adquiridos, por lo que no eran consumidores. En consecuencia, no cabía aplicarles la Ley 42/1998 y, derivado de esto, no podía decretarse la nulidad con base en la misma, que en este caso se regía por las normas generales del Código civil. Descartó la procedencia de la nulidad de los contratos porque considero la Audiencia que sí hubo información.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, insistiendo en las alegaciones formuladas en primera instancia, que fue estimado por el Tribunal Supremo. Éste comienza afirmando que, dada la fecha de firma de los contratos, la norma aplicable es la Ley 42/1998. Además, afirma la condición de adquirentes de los demandantes, en el sentido de esta norma, en la medida en que no realizan habitualmente operaciones de reventa de derechos de aprovechamiento por turno. La mera posibilidad de lucrarse no los convierte en empresarios. Por otro lado, la falta de indicación del plazo de duración hace que proceda la declaración de nulidad de los contratos. Ahora bien, respecto a las cantidades a devolver, el Tribunal Supremo señala que el objetivo del artículo 1.7 de la Ley 42/1998 es dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato que no cumple con las prescripciones legales. Sin embargo, en el presente caso los demandantes han podido disfrutar durante algunos años de los alojamientos que el contrato les ofrecía, por lo que el reintegro de las cantidades satisfechas no ha de ser total, sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia, teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años. No procede la condena a la devolución de los gastos de mantenimiento, dado que los demandantes tuvieron a su disposición los referidos inmuebles para usarlos. De ahí que el Alto Tribunal acabe estimando el recurso de casación.

NOTA.—Sobre la condición de consumidor del adquirente a los efectos de la legislación sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico, *vid.* la STS de 16 de enero de 2017. En relación al criterio del ánimo de lucro aplicado al consumidor, *vid.* las sentencias del TJUE de 10 de abril de 2008, de 25 de octubre de 2005 y de 3 de septiembre de 2015. La obligación de determinar la duración en los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la Ley 42/1998, también se ha aplicado en las SSTS de 29 de marzo de 2016, 22 de septiembre y 21 de noviembre de 2017. Finalmente, la devolución proporcional de las cantidades pagadas en función del tiempo disfrutado de los apartamentos también ha sido objeto de estudio en las SSTS de 29 de marzo de 2016, 25 de octubre, 31 de octubre y 21 de noviembre de 2016, 20 de enero y 15 de febrero de 2017. (S. L. M.)

12. Contrato de encargo y profesional con el abogado: Incumplimiento.—D. Alexander interpone demanda de juicio ordinario contra D. Augusto ejercitando acción de incumplimiento contractual para que se declare que el demandado ha incumplido el contrato de encargo de servicios profesionales suscrito el 9 de abril 2009 con el actor al excederse en su actuación del encargo encomendado; en consecuencia no tiene derecho a percibir los honorarios devengados y reclamados por los procedimientos judiciales y recursos de apelación descritos en el hecho tercero de la demanda al haberse realizado tales procedimientos y recursos sin el conocimiento ni consentimiento del actor. El demandado ha actuado de forma negligente y por tanto es responsable de los daños y perjuicios causados a D. Alexander con la desestimación de tales procedimientos y recursos de apelación igualmente descritos. Todo ello con imposición de costas.

D. Augusto, bajo su propia dirección letrada, contestó a la demanda y, oponiéndose a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, solicitó que se desestimen íntegramente las pretensiones del actor y se absuelva al demandado.

La sentencia de 10 de febrero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan desestimó íntegramente la demanda, con imposición de costas.

La sentencia de 9 de noviembre de 2015 de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real estima parcialmente el recurso de apelación y estimando en parte la demanda declara la negligencia profesional del demandado en relación a los procedimientos ordinario núm. 599/09 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan y verbal núm. 1343/09 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan, debiendo responder de los daños y perjuicios derivados de estos procedimientos, sin obligación por el actor de abonar los honorarios derivados de los mismos, debiendo cada parte abonar las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad, y sin hacer declaración en cuanto a las costas de la alzada.

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.^o del artículo 477.2 LEC, por oposición a la doctrina jurisprudencial, y se estructura en dos motivos: 1.^o Por infracción del artículos 1101, 1104, y 1258, en relación con los artículos 1542 y 1544 CC, y artículos, 42, 44 y 78 del RD 658/2001, de 22 diciembre y la doctrina jurisprudencial que los interpreta. 2.^o Por infracción de los mismos preceptos del Código civil en relación con los artículos 42, 44 y 78 del RD 658/2001 de 22 diciembre y la doctrina jurisprudencial que los interpreta, con relación al carácter instrumental de los procedimientos de suspensión de obra y acción reivindicatoria respecto al procedimiento principal de reclamación de daños.

Hechos probados declarados en la sentencia de la Audiencia Provincial.

Es una cuestión no controvertida que el demandante celebró un llamado contrato de permuta con la constructora Alcancons SL en septiembre de 2007, por el que permutaba un terreno de su propiedad a cambio de otro de esta constructora, que a la sazón estaba construyendo un edificio junto a la casa del demandante, y la entrega de 25.000 euros. De estos pactos parece que recibió 6.000 euros, debido al cambio de la constructora pues la constructora Cervantes Martínez SL asumió la continuación de la edificación, y se dejaron de cumplir con el resto de compromisos que inicialmente Alcancons SL asumió en el contrato de permuta. Ello es lo que dio lugar a la contratación como abogado del demandado, firmando un contrato de encargo, en el que literalmente

se dice que esa contratación lo es para «la resolución del contrato de permuta de fecha 2 de septiembre de 2007 signado con Alcancons SL.»

Como consecuencia de esta contratación de servicios profesionales, el Abogado demandado, además de remitir una carta a la administración concursal de Alcancons para incluir dentro del pasivo los 19.000 euros que restaban por pagar, entabló un procedimiento ordinario en reclamación de daños, un procedimiento ordinario ejercitando una acción reivindicatoria y un juicio verbal de suspensión de obra nueva, estos dos últimos, ante la desestimación en primera instancia, con los correspondientes recursos de apelación.

Con los anteriores datos, y los que después se analizarán, la cuestión controvertida es si podemos considerar correctamente realizado el encargo, teniendo en cuenta que estamos ante un arrendamiento de servicios donde la corrección de ese cumplimiento no puede medirse por el éxito final de las pretensiones del cliente, sino por el correcto trabajo profesional desarrollado, ello desde las varias perspectivas que eso implica, tales como la correcta información al cliente, la elección razonable de las acciones entabladas y otras actuaciones no judiciales para el buen fin del encargo, y la corrección en el seguimiento y actuación dentro de los procedimientos entablados.

Naturaleza y efectos del contrato de encargo de servicios profesionales y procedimientos dirigidos por el letrado.—Augusto y Remigio, abogados del I. C. de Ciudad Real, con despacho profesional en dicha ciudad, de una parte. Y de otra, en calidad de cliente, D. Alexander, casado y de profesión transportista, vecino de Alcázar de San Juan convienen en firmar un contrato, con fecha 6 de abril de 2009, incluyendo siete cláusulas de las que destacan las siguientes: 1.^a D. Alexander encarga a Augusto y a Remigio la dirección técnica de la resolución del contrato de permuta de 2 de noviembre de 2007 signado con Alcancons SL. 2.^a En concepto de provisión de fondos el Sr. Alexander ingresará a los letrados firmantes en el concepto de provisión de fondos la cantidad de 500 euros. 6.^a Se hace constar que para interponer los recursos de apelación, revisión o amparo constitucional, eventualmente dimanantes todos ellos del asunto encomendado, los letrados firmantes deberán recabar previamente del Sr. Alexander, autorización previa. 7.^a Cualquier duda, cuestión o diferencia que pueda surgir para determinar en definitiva el importe de los honorarios devengados, con motivo del asunto objeto del presente contrato, será sometida a arbitraje de equidad.

El Letrado demandado inició los siguientes procedimientos: a) Procedimiento ordinario 1347/2009 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan sobre reclamación de daños, fijados en la cuantía de 55.418, 61 euros. b) Procedimiento ordinario 599/2009 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan sobre acción reivindicatoria, fijando la cuantía en 44.535, 40 euros. c) Recurso de apelación seguido ante la Audiencia Provincial de Ciudad Real dimanante de los autos citados. d) Procedimiento verbal 1343/2009 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan sobre suspensión de obra nueva, fijando la cuantía en 92.904, 96 euros. El procedimiento por reclamación de daños terminó con un acuerdo de pago de 28.000 euros al ahora demandante. El procedimiento relativo a la acción reivindicatoria terminó con la desestimación de la demanda, al no probarse que la obra ejecutada por la demandada hubiese ocupado terreno perteneciente al demandante. En el procedimiento verbal de suspensión de obra nueva fue desestimada la demanda y estimado parcialmente el recurso de apelación, exclusivamente en cuanto a las costas.

El letrado cursó las siguientes reclamaciones de honorarios: a) Por el ejercicio de la acción reivindicatoria las sumas de 7.823,70 euros en primera instancia, y 4.411,02 euros en apelación. b) Por la suspensión de obra nueva, 11.723,63 euros en primera instancia y 7.369,58 euros en apelación. c) por la reclamación de daños juró honorarios por importe de 5.358,56 euros.

Doctrina jurisprudencial sobre la relación jurídica abogado-cliente.-

La sentencia de 12 de mayo de 2009 declara que: «El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. La responsabilidad por negligencia o morosidad concurre cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado de cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos». La sentencia de 22 de abril de 2013 declara. «La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato. El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, a las que son consecuencias necesarias de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual. El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos. La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios. La sentencia de 23 de mayo de 2006 declara que «la calificación jurídica de la relación contractual entre Abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos, salvo muy concretas excepciones, de contrato de prestación de servicios que define el artículo 1544 CC. La prestación de servicios, como relación personal *intuitu personae* incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 CC. y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento deficiente de la obligación que corresponde al profesional que da lugar a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que en ellos traigan su causa».

Decisión de la Sala sobre el deber de información al cliente por el abogado.—Ha lugar a estimar ambos motivos. En la sentencia recurrida se declara que «ciertamente no se puede afirmar que del ejercicio de esas acciones no tuviera conocimiento el demandante, pero sí puede afirmarse el desconocimiento de las concretas acciones, sus significados y finalidad». Añadiendo que: «Por tanto, no se trata de que el demandante no conociera que se estaban entablado acciones, de hecho otorgó poder y pagó peritos, provisiones de fondos, etc., sino que lo que desconocía era la finalidad de tales acciones». A ello cabe añadir que el demandante declaró como parte, tanto en el procedimiento relativo a la acción reivindicatoria como en el que se solicitaba la suspensión de la obra.

Esta Sala debe declarar que habiéndose concertado un contrato de encargo de servicios profesionales, relativo a la resolución del contrato de permuta, ello conlleva extremar el celo interpretativo en relación con otras acciones ejercitadas por el letrado al margen de dicho encargo profesional (art. 1544 CC), pudiendo acreditarse que el encargo efectuado al abogado es más amplio que el contenido en el contrato escrito (art. 1278 CC).

En el presente litigio consta por ser un hecho probado, que el cliente conocía todos los procedimientos entablados por su abogado, los cuales guardan relación de causa a efecto entre lo solicitado procesalmente por el abogado y lo encomendado por el cliente, por lo que la obligación de información del abogado con su cliente quedó plenamente cumplida (art. 42 del RD de 22 de diciembre de 2001). En este sentido consta que el cliente entendió que se le habían usurpado metros cuadrados, lo que motivó la acción reivindicatoria y que se produjeron fisuras continuadas en la vivienda del demandante como consecuencia de obra nueva, basado ello en el informe pericial encargado por el demandante.

Por todo ello, debe declararse que el demandado Sr. Augusto no incumplió las obligaciones contratadas, dado que éste respetó el compromiso de defender los intereses de su cliente al que tuvo informado de las acciones ejercitadas, las que se plantearon con el conocimiento y consentimiento del cliente, concurriendo conexión entre las pretensiones del cliente y las demandas y recursos interpuestos, cuya dirección se desarrolló bajo el dictado de la *lex artis*, es decir con arreglo a una adecuada práctica profesional de la abogacía.

De lo expuesto cabe concluir que el demandante conocía todas las acciones ejercitadas, los procesos pendientes y la finalidad de las mismas, a través de la información facilitada por su abogado, por lo que procede estimar el recurso de casación y asumiendo la instancia confirmamos la sentencia de 10 de febrero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcázar de San Juan. No procede imponer las costas de la casación, con devolución del depósito para recurrir. Se imponen al actor las costas de su recurso de apelación. **(STS de 6 de junio de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—En la normativa de las relaciones jurídicas entre el abogado en ejercicio y su cliente, además del régimen que cada Colegio profesional dispone para sus inscritos, es ineludible tener en cuenta las reglas procesales aplicables a cada una de sus intervenciones ante los Tribunales. Resulta de ello una inevitable complejidad que, en ocasiones, puede originar dudas interpretativas. La solución adoptada en este caso es plenamente de aceptar ante una pretensión, un tanto singular del cliente demandante. (G. G. C.)

13. Préstamo mercantil no documentado: fijación del plazo de devolución del principal y devengo de intereses moratorios conforme a la norma especial del artículo 313 CCO. Significado del requerimiento de pago previsto en el precepto.—La determinación del plazo de vencimiento de un préstamo mercantil concedido sin plazo de devolución se realiza atendiendo a si concurre el requerimiento de pago previsto en el artículo 313 CCO, norma especial que desplaza al artículo 1128 CC. Por ello, no se precisa que el acreedor solicite del Tribunal, conforme al último precepto, la fijación del plazo de exigibilidad de la devolución. De acuerdo con el artículo 313 CCO, los préstamos mercantiles en los que no se haya acordado un plazo de devolución serán exigibles desde que transcurran 30 días a contar desde la fecha en que el prestamista requiera de pago al prestatario. Aunque este precepto se refiere a un requerimiento notarial, se admite cualquier otra forma de requerimiento de pago que permita acreditar su existencia y momento de realización (STS de 5 de octubre de 1957). No constituye requerimiento de pago la convocatoria del prestatario a una junta de la sociedad prestamista que tenía por objeto acordar sobre la reclamación de la deuda. En cambio, la notificación de la demanda al prestatario sí comporta un requerimiento de pago a los efectos del artículo 313 CCO. La morosidad y el devengo de intereses de demora en los préstamos mercantiles sin plazo de devolución acordado se produce transcurrido el referido plazo de 30 días, al ser el artículo 313 CCO una norma especial respecto del artículo 63 del mismo cuerpo que, con carácter general, vincula a la interpelación judicial, sin espera adicional, los efectos de la morosidad de las obligaciones mercantiles sin plazo acordado. (STS de 5 de abril de 2018; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Una entidad mercantil concedió dos préstamos de 50.000.-€ cada uno a un socio y administrador en ese momento de la sociedad. Tales préstamos no se documentaron por escrito ni se fijó plazo de devolución. Al cabo de cuatro años se convocó al prestatario, mediante burofax, a una junta que tenía como orden del día la reclamación de deudas de los socios. Un año después la entidad mercantil interpone demanda en reclamación de la restitución del préstamo más los intereses de demora devengados hasta ese momento. El demandado opuso que el préstamo no resultaba exigible al no haber sido requerido conforme al artículo 313 CCo. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó a la devolución del principal por apreciar su exigibilidad desde el emplazamiento judicial y, por idéntica razón, a los intereses devengados a partir de entonces. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia Provincial confirmó que el préstamo se convirtió en exigible con la intimación judicial. El demandado interpone recursos por infracción procesal y de casación. El primero es desestimado con fundamento en que no cabe impugnar, sino por vía de casación, la valoración jurídica realizada por la Audiencia Provincial sobre el requisito del requerimiento de pago; y en que no hubo incongruencia *extra petita* al concederse intereses moratorios desde la interpelación judicial, dado que la actora solicitó en su suplico «los intereses que se devenguen hasta el completo pago». El recurso de casación se estima en parte en el único extremo de fijar la exigibilidad del préstamo y el consecuen-

te devengo de intereses moratorios a partir del transcurso del plazo de 30 días desde el requerimiento realizado al notificarse la demanda. (F. S. N.)

14. Reclamación de gastos de asistencia sanitaria a un paciente a los terceros obligados al pago.—Una intervención médica del sistema público de salud a un ciudadano del Espacio Económico Europeo realizada bajo la cobertura de una póliza de seguro de salud privado —y no de la Tarjeta Sanitaria Europea— justifica la reclamación de los gastos inherentes al servicio sanitario por parte de la Administración de sanidad, pues la prestación que se recibe es de naturaleza privada y no se realiza en el ámbito del sistema de cobertura público europeo (arts. 83 Ley 14/196, de 25 de abril, General de Sanidad y 105 LCS). (**STS de 11 de abril de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Un ciudadano de nacionalidad holandesa recibió diferentes servicios médicos por parte del sistema español público de salud en el hospital del Mar de Barcelona, en virtud de un convenio con la empresa Gestiusa Catalunya, S. L. Los servicios generaron una factura de unos 15.458,46 euros. La prestación de tales servicios tuvo lugar sobre la base de una póliza de seguro privada que el ciudadano holandés tenía suscrita con la compañía IZNV.

Gestiusa formuló demanda contra IZNV reclamando la condena al pago de la cantidad de 8.678,64 euros, como diferencia entre el total facturado y la cantidad abonada extrajudicialmente por la demandada holandesa. A juicio de esta última, la cobertura había sido de carácter público, por lo que solamente le correspondía abonar el precio de las tarifas públicas, esto es, la suma pagada extrajudicialmente.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la reclamación de cantidad de Gestiusa, al considerar que la prestación no fue de naturaleza pública, ni estaba acogida a la normativa europea sobre asistencia sanitaria, sino que fue una relación jurídica privada entre un centro médico y la compañía de seguros de paciente.

Ante ello, IZNV interpuso recurso de apelación que la Audiencia Provincial estimó en su integridad, habida cuenta de que la relación entre IZNV era de carácter privado pero impuesta por la legislación holandesa y su sistema de seguridad social.

Gestiusa interpuso recurso de casación frente al fallo de la Audiencia. (A. I. R. A.)

15. Seguro de vida: posible suscripción a través de mandatario del tomador. Carácter personalísimo de la declaración sobre el estado de salud del asegurado. Deber de declaración del riesgo (art. 10 LCS): dolo del asegurado.—Resulta posible la suscripción de un seguro de vida a través de representante (art. 1727 CC) sin que ello suponga un seguro sobre la vida de un tercero, cuya validez exigiría la concurrencia de interés del asegurado conforme al artículo 83 LCS, dado que la condición de tomador y asegurado recae sobre el representado. Por este motivo, tampoco resulta aplicable el artículo 7 LCS que para el supuesto de que asegurado y tomador sean perso-

nas distintas, impone a éste «las obligaciones y deberes que derivan del contrato» (...) «salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado». Así, el deber de declaración del riesgo (art. 10 LCS) recae sobre el representado que concentra las condiciones de asegurado y tomador. No obstante, la cumplimentación del cuestionario de salud no puede realizarse a través de representante al constituir un acto personalísimo del asegurado puesto que los datos de salud son privados y, además, de carácter personal especialmente protegidos de acuerdo con el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. A pesar de la inexistencia de cuestionario de salud por ser cumplimentado por el representante, las especiales circunstancias concurrentes no excluyen el dolo del asegurado (art. 10 LCS) que es lo relevante al impedir a la aseguradora valorar adecuadamente el riesgo, por lo que carece de relevancia que la cláusula de exclusión de cobertura por enfermedades preexistentes sea calificada como limitativa de los derechos del asegurado o como delimitadora del riesgo cubierto. **(STS de 10 de mayo de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Dos hermanas que vivían juntas suscribieron con una entidad bancaria un contrato de préstamo por importe conjunto de 200.000.-€, y en la misma fecha un seguro de vida con una compañía de seguros del mismo grupo empresarial con cobertura de fallecimiento y un capital asegurado de 100.000.-€ en cada caso. La póliza que aseguraba la vida de la hermana premuerta fue firmada por su hermana en virtud de un poder notarial general que le autorizaba a concertar contratos de seguro. Esta misma apoderada rellenó el cuestionario de salud de su hermana en el que respondió negativamente a las preguntas referentes al padecimiento de enfermedades del corazón y hospitalizaciones previas, cuando lo cierto es que padecía desde hacía años una patología cardiovascular. Mediante una condición particular de la póliza se excluyeron «*los siniestros a consecuencia de enfermedades o accidentes originados con anterioridad a la entrada en vigor de este contrato*». La asegurada falleció a los pocos meses tras someterse a una intervención quirúrgica para paliar su patología cardiovascular. La madre y hermana de la fallecida, como beneficiarias, interponen demanda frente a la compañía aseguradora en reclamación de la suma asegurada más intereses del artículo 20 LCS. Se alega que el seguro estaba vinculado al préstamo y fue una exigencia de la entidad bancaria; no se había ocultado el riesgo porque las patologías cardiovasculares se mostraron asintomáticas, y que el cuestionario de salud era genérico, había sido cumplimentado por la entidad aseguradora y no se había presentado a la asegurada. La aseguradora se opuso a los argumentos anteriores. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial apreciaron la validez del contrato de seguro suscrito por medio de la hermana apoderada y la cumplimentación del cuestionario de salud por ésta; que el cuestionario fue suficiente y que se incumplió el deber de declarar el riesgo. Se interpone recurso por infracción procesal que es desestimado al centrarse en cuestionar la pertinencia de la valoración por la sentencia recurrida de una determinada prueba, y en una falta de motivación que en realidad es una cuestión de fondo. El recurso de casación interpues-

to se articula en dos motivos por existencia de interés casacional, tanto en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala como en la de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. El primero se funda en la infracción de los artículos 10 y 89 LCS sobre el carácter genérico del cuestionario de salud, la ineficacia del cumplimentado por persona distinta del asegurado, el deber de declarar el riesgo cuando el seguro está vinculado al préstamo, y el carácter personalísimo del cuestionario de salud. El segundo motivo se apoya en la infracción de los artículos 3 y 91 LCS al considerarse que no se cumplen los requisitos del primero al poseer carácter limitativo la cláusula de exclusión de cobertura por enfermedades preexistentes, que por ello debía ser aceptada expresamente por la asegurada, lo que no ocurrió. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación).

NOTA.—La sentencia resuelve los casos frecuentes en los se opone frente a la reclamación del pago de la suma asegurada el incumplimiento del deber precontractual de declarar el riesgo (art. 10 LCS), el cual de producirse por dolo o culpa grave libera al asegurador del pago [sobre la aludida naturaleza precontractual, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro*, (dir. F. Sánchez Calero) Navarra, 2001, p. 214]. Concretamente, la sentencia deslinda la suscripción del seguro a través de representante, del seguro sobre la vida de un tercero, distinción también secundada por VEIGA COPO, A. B., *Contratos de Seguro*, en *Tratado de Contratos*, vol. 5, (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano; N. I. Moralejo Imbernón, y M. S. Quicios Molina), Valencia, 2013, p. 6544. Algunos autores han rechazado el carácter personalísimo del deber de declarar el riesgo y cumplimentar el cuestionario de salud [*vid.* SÁNCHEZ CALERO, op. cit., p. 216, quien lo califica como una declaración de ciencia, por lo que puede realizarse por tercero; y LATORRE CHINER, N., *Comentario al artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro*, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (coord. por J. Boquera Matarredona; J. Bataller Grau, y J. Olavarría Iglesia), Valencia, 2002, p. 165, quien observa que la declaración del riesgo por tercero cumple con la finalidad perseguida por la norma que es el conocimiento por el asegurador del estado del riesgo para poder valorarlo de forma adecuada]. El Tribunal Supremo ha calificado tal deber como personalísimo en los casos en que un agente de la aseguradora rellena el cuestionario de salud (cfr. SSTs de 31 de mayo de 1997 y 17 de septiembre de 2007). (*F. S. N.*)

16. Hipoteca inmobiliaria. Cláusula suelo. Transacción. Cosa juzgada.—El Pleno del Tribunal Supremo considera que el acuerdo suscrito entre una entidad de crédito y un prestatario consumidor por el que aquella se compromete a reducir la cláusula suelo y este a renunciar a las acciones que pudiera tener relativas al tiempo en que se aplicó la cláusula, es un contrato de transacción, pues las partes, mediante recíprocas concesiones, tratan de evitar una controversia judicial sobre la cláusula controvertida. Además, el Pleno del Tribunal Supremo señala que las transacciones que enjuicia en el presente caso cumplen las exigencias de la transparencia, pues los consumidores conocieron las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación,

esto es, que se reducía el límite mínimo de interés y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en los contratos originarios. En este sentido, el Pleno del Alto Tribunal sostiene que, debido a la difusión en la opinión pública general de la STS de 9 de mayo de 2013, los consumidores conocían que las cláusulas suelo podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia. Por último, el Pleno del Tribunal Supremo pone de relieve que la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de la cosa juzgada previsto en el artículo 222 LEC, por lo que no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos. (STS de 11 de abril de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 11 de septiembre de 2007 Carolina y Marcial compraron a una Promotora una vivienda, subrogándose en el préstamo hipotecario que había sido concedido a esta por la Caja de Ahorros el 4 de abril de 2006. Ese mismo día 11 de septiembre de 2007 Carolina y Marcial, por una parte, y la Caja, por otro, otorgaron otras dos escrituras públicas. En la primera (núm. 3.787) se novaba y ampliaba el préstamo hipotecario. Se pactaba un tipo de interés del 5,20% para el primer año, y posteriormente un tipo variable, referido al Euribor más un diferencial del 0,50%. En la página 19 de la escritura, bajo la rúbrica «instrumento de cobertura de tipos de interés», se establecía un límite inferior a la variabilidad del interés de 4,25% y un límite superior de 9,50%. En la segunda escritura (núm. 3.788) se otorgaba otro préstamo para financiar la vivienda de 40.584 euros. Se pactaba un tipo de interés del 5,50% para el primer año, y posteriormente un tipo variable, referido al Euribor más un diferencial del 0,70%. En la página 15 de la escritura, bajo la rúbrica «instrumento de cobertura de tipos de interés», se establecían un límite inferior a la variabilidad del interés de 4,50% y un límite superior de 9,75%.

El 28 de enero de 2014, después de que la Sala Primera hubiera dictado la STS de 9 de mayo de 2013, la Caja concertó con Carolina y Marcial sendos contratos privados que modificaban los contratos documentados en las escrituras núms. 3.787 y 3.788. En ambos casos en la primera estipulación se incluyó la siguiente cláusula: «PRIMERO.— Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25%, en sustitución del convenido inicialmente. En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,25%, ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último». Y la estipulación tercera es del siguiente tenor: «Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». En ambos documentos, que tienen dos hojas escritas en el anverso, se contiene la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto: «Soy

consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

Carolina y Marcial presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en las escrituras públicas núms. 3.787 y 3.788, así como la nulidad de su posterior rebaja al 2,25% mediante documento privado. Además, solicitaron la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda.

Recurrida en apelación por la demandada la sentencia del Juzgado Primera Instancia, la Audiencia Provincial desestima el recurso, confirma la nulidad de las dos cláusulas suelo iniciales y también la de los contratos de 11 de septiembre de 2007 por los que la Caja se compromete a reducir las cláusulas suelo al 2,25% y los prestatarios a renunciar al ejercicio de las eventuales acciones de nulidad. Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial, la Caja interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, revoca la sentencia de la Audiencia Provincial, estima el recurso de apelación, revoca la sentencia Juzgado de Primera Instancia y desestima la demanda interpuesta por los prestatarios contra la Caja, a quien absuelve de las pretensiones contenidas en dicha demanda.

NOTA.—Téngase en cuenta que la sentencia anotada contiene un voto particular discrepante [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno] en el sentido de considerar que los contratos de transacción referenciados no superan las exigencias de la transparencia, pues la Caja justificó la modificación operada en el cambio de la coyuntura económica financiera, ocultando así el carácter litigioso de las cláusulas suelo y la posibilidad de denunciar su abusividad y reclamar la restitución procedente, de manera que la renuncia al consumidor se le presenta de un modo inocuo, sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte. (*J. M.ª M. F.*)

17. Hipoteca inmobiliaria. Medidas de reestructuración de la deuda. Código de buenas prácticas. Ámbito de aplicación.—A juicio del Tribunal Supremo, para que el hipotecante consumidor pueda exigir a la entidad de crédito la aplicación de las medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria previstas en el Código de buenas prácticas, incorporado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, aquel debe encontrarse situado en el umbral de exclusión y esta debe estar adherida al mencionado Código. Además, el Tribunal Supremo sostiene que el consumidor hipotecante podrá exigir la aplicación de las medidas de protección (reestructuración, quita o dación en pago) aunque el préstamo hipotecario haya sido resuelto antes de la entrada en vigor del RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, siempre que a tenor de la regulación de tales medidas el solicitante estuviera a tiempo de acogerse a alguna de ellas. Por último, el Tribunal Supremo recuerda que en el caso de que los hipotecantes sean dos deudores solidarios que hipotecan la vivienda en garantía de la devolución del préstamo, debe acreditarse que ambos se encuentran en el umbral de exclusión para que puedan ser exigibles las medidas previstas en el Código de buenas prácticas, aunque, como es el caso, después de la separación y el divorcio, hayan dejado de formar parte de una

unidad familiar. **(STS de 26 de abril de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 25 de marzo de 2002, Plácido y Adela concertaron con una Caja de Ahorros un préstamo hipotecario de 49.522 euros, para la adquisición de una vivienda. El 26 de junio de 2004, ambos contrajeron matrimonio en régimen de gananciales. El 5 de diciembre de 2006, el matrimonio solicitó un segundo préstamo hipotecario, que gravaba la misma finca, por un importe de 65.500 euros. El 12 de septiembre de 2011, tras la impago de seis cuotas mensuales de cada uno de estos dos préstamos hipotecarios, la Caja los venció anticipadamente e instó su ejecución hipotecaria. La ejecución hipotecaria del primer contrato se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcorcón y la del segundo contrato se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alcorcón. En la actualidad, Plácido y Adela se encuentran divorciados y el régimen de gananciales extinguido.

La representación de Plácido interpone una demanda en la que solicita, después de aducir que se encuentra en una situación de exclusión conforme a lo regulado en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, que se condene a la entidad a aplicar las medidas previstas Código de buenas prácticas al que esta se adhirió.

El juzgado de Primera Instancia desestima la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por el demandante contra la sentencia del juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial lo desestima.

La sentencia de la Audiencia Provincial es recurrida en casación por el demandante. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

18. Cobro de lo indebido. Falta de uso de una deducción por el *solvens* en una relación contractual.—El enriquecimiento injusto es requisito indispensable para apreciar la existencia de cobro indebido en el seno de una relación contractual. No está carente de causa ni supone un enriquecimiento injusto la retribución por unos servicios prestados cuando el *solvens* efectúa el pago sin hacer uso, por falta de diligencia, de una deducción que le podía corresponder y que no era conocida por el *accipiens*. **(STS de 3 de abril de 2018;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Empresa Municipal d'Aigües i Clavegueram S. A. (EMAYA) prestaba el servicio de suministro de agua a una comunidad de propietarios, siendo un criterio de facturación de las cuotas fijas el número de locales del edificio. En el año 1999, debido a la ocupación de parte de estos locales por la Consejería de Educación, se produjo una agrupación de los mismos, que pasaron de ser 73 a 25. Esta circunstancia no fue comunicada por la comunidad de propietarios a EMAYA hasta el año 2012, fecha en que la empresa de suministro de agua rectificó los criterios de facturación. La comunidad de propietarios interpuso demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción restitutoria por cobro de lo indebido frente a EMAYA, reclamando la suma de 205.551,55 € correspondiente a

las cantidades que la demandada habría cobrado en exceso, por error, entre 1999 y 2012.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y, estimando parcialmente la demanda, declara la existencia de un cobro indebido de la demandada. La Audiencia declara que EMAYA facturó en exceso a la comunidad actora y condena a restituir las cantidades cobradas indebidamente durante los 5 años anteriores a la primera factura rectificadora. Ambas partes recurren en casación y el Tribunal Supremo estima el recurso formulado por la demandada, casa la sentencia de la Audiencia y confirma la dictada en primera instancia. (V. N. C.)

19. Culpa extracontractual: Explosión por acumulación de gas en una vivienda: Fallecimiento de varias personas y otros daños.—Según el relato de hechos de la sentencia impugnada, el 10 de noviembre de 2005 sobre las 23,09 horas se produjo una explosión en un edificio situado en la Rambla xxx de Tarragona, motivado por una acumulación de gas que se produjo en una vivienda del piso situado en la dirección citada, a consecuencia de la cual fallecieron cinco personas, cuatro de ellas familiares de D. Valentín, moradores del piso núm. 2, y el Sr. Gustavo morador del piso núm. 3 donde se produjo el siniestro. También resultó lesionado D. Aurelio que transitaba por la calle en inmediaciones del inmueble, a causa de los cascotes que se desprendieron por la explosión ocurrida en el inmueble, resultando también dañados tres vehículos estacionados en la vía pública propiedad respectivamente de D.^a Inmaculada, D. Fidel y Hertz de España, SA.

Se siguieron varios procesos por reclamación de los distintos perjudicados, los cuales fueron acumulados. Por lo que se refiere a los ahora recurrentes, formularon en su día las siguientes reclamaciones:

1) D. Valentín solicitó la condena de Gas Natural y Mapfre al pago de la cantidad de 1.120.961 euros más intereses legales y de la LCS., con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC y normativa protectora de los consumidores y usuarios, afirmando que ha de operar una responsabilidad objetiva por riesgo. En el siniestro fallecieron su esposa de 37 años, y sus tres hijos de 4, 3 y veinte días respectivamente.

2) AXA solicitó la condena de Gas Natural y Mapfre al pago de la cantidad de 517.106,88 euros más intereses legales y de la LCS, con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC y, subsidiariamente, del artículo 1101 y concordantes del Código civil, y normativa reguladora del suministro de gas.

3) D. Aurelio solicitó la condena de Gas Natural y Mapfre al pago de la cantidad de 4.999.883, 36 euros más intereses legales y de la LCS. con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC. El citado paseaba por la calle en el momento de ocurrir el siniestro y sufrió lesiones de consideración.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tarragona dictó sentencia por la que consideró que ninguna responsabilidad puede imputarse a la sociedad Gas Natural SA, ni a la Comunidad de propietarios, ni a sus respectivas aseguradoras, Mapfre Industrial SA y AXA Seguros Generales SA, ya que sólo se debe responder por lo acontecido en el piso núm. 3 donde se produjo la fuga de gas que dio lugar a la posterior explosión, declarando la responsabilidad de la aseguradora de dicha vivienda, Liberty Seguros, en relación con los vehículos pro-

piedad de la Sr.^a Inmaculada y del Sr. Fidel y de Hertz de España SA, que habían dirigido su demanda contra ésta, con desestimación de las pretensiones formuladas por el Sr. Valentín respecto del fallecimiento de su esposa e hijos y la formulada por el Sr. Aurelio en relación con las lesiones que padeció a causa del mencionado siniestro, al no haber dirigido su demanda contra dicha aseguradora de la vivienda del piso núm. 3, sino contra otros presuntos responsables, respecto de los que no consideró que existiera tal responsabilidad.

Recurrida esta sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Tarragona (sección 1.^a) dictó la sentencia de 27 de abril de 2015 por la que confirmó la dictada en primera instancia. Niega la responsabilidad de Gas Natural porque, aun cuando se desconoce cómo se formó la nube de gas que dio lugar a la explosión, no se ha acreditado que la fuga se debiera a defecto en la instalación que Gas Natural hubiera debido detectar. Concluye que no es posible una imputación objetiva del siniestro a la Compañía suministradora, presumiendo que el accidente es imputable a quien está en contacto directo con la causa del mismo, esto es, quien ocupaba la vivienda en el momento de la explosión. Afirma (Fundamento de Derecho 4.^o) que «no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiera producido», de lo que deduce que los demandantes no han probado la existencia de una relación de causalidad que permitiría atribuir responsabilidad a Gas Natural».

Contra dicha sentencia han recurrido por infracción procesal y en casación D. Valentín y Axa Seguros Generales SA, recurriendo sólo en casación D. Aurelio.

Estimación de los recursos por infracción procesal.—Los recursos por infracción procesal en nombre de D. Valentín y de Axa Seguros Generales SA, coinciden en la denuncia, en su primer motivo de la infracción del artículo 217 LEC. Se formulan ambos al amparo del artículo 469.1.2.^o LEC, por vulneración de dicha norma procesal reguladora de la sentencia, afirmando que la resolución recurrida prescinde de los criterios de atribución de la carga de la prueba establecidos jurisprudencialmente e infringe lo dispuesto por la norma en relación con la disponibilidad y facilidad probatoria. Se alega —salvo los casos en que así ha de regir la inversión de la carga de la prueba sobre el origen del suceso, que ha de recaer en Gas Natural SA, como prestadora del servicio, no solo por razón del riesgo que se crea, sino también en atención a la facilidad probatoria que ha de tener frente a quienes simplemente, sin relación con el suceso, sufren los daños causados por éste. Se considera que al tratarse de un supuesto de inversión de la carga de la prueba nacido fundamentalmente de la propia jurisprudencia, relacionada en estos casos con el artículo 28 de la Ley de 19 de julio de 1984, en su redacción vigente en la fecha del suceso, existe una clara conexión entre la infracción procesal que se denuncia y el fondo de la cuestión debatida a que se refiere el recurso de casación.

El motivo se estima por cuanto la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que «no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiera producido», contradice el principio de la carga probatoria, trasladándola a quien carece de medios para probar lo contrario además de no tener en cuenta el principio de responsabilidad por riesgo, el cual si bien no es de carácter plenamente objetivo, salvo los casos en que así venga establecido por la ley, produce precisamente el efecto de obligar a quien presta el servicio generador del riesgo a acreditar el verdadero origen del siniestro. Dice la sentencia de esta Sala de 5 de abril de 2010 que: «La jurisprudencia no ha llegado al extre-

mo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902, y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole». En este caso las circunstancias profesionales del prestador del servicio le obligan a asumir activamente la carga de acreditar el verdadero origen del siniestro, lo que la sentencia impugnada viene a reconocer que no ha hecho.

La estimación de dicha infracción procesal lleva directamente –sin necesidad de examinar los restantes motivos de dicho recurso– a la aplicación de la regla 7.ª del apartado 1 de la Disposición final 16.º LEC, dictando nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiera alegado como fundamento del recurso de casación.

Estimación de los recursos de casación.—Los recursos de casación se formulan por un solo motivo, y en lo esencial coinciden en su fundamentación alegando la infracción del artículo 1902 CC. y la jurisprudencia.

El recurso del Sr. Valentín invoca varias sentencias que aplican la teoría de la responsabilidad por riesgo en casos similares, en especial la STS de 16 de diciembre de 2008, en un supuesto que considera análogo en el que no cabía imputar con certeza acción u omisión negligente al fallecido, ni podía afirmarse que la instalación estuviera en mal estado y se derivó hacia la empresa suministradora la carga de acreditar que el resultado dañoso no era consecuencia de su actuación. Combate los argumentos de la sentencia impugnada por entender que la jurisprudencia en que se apoya recayó sobre supuestos que no eran análogos, pues en aquéllos casos se acreditaba una conducta negligente del propietario o de la víctima, lo que no ocurre en el presente caso. El recurso de AXA expone que concurren los requisitos exigidos por la Sala para la aplicación de la doctrina de la objetivación de la responsabilidad por riesgo, citando las SSTS de 30 de julio de 1998, 29 de octubre de 2004, 29 de marzo de 2006, y 30 de marzo de 2007. Igualmente considera que la sentencia no valora las consecuencias de la falta de diligencia de Gas Natural que ha quedado acreditada por el hecho de no haber verificado las revisiones de la instalación en plazo, infringiendo la doctrina contenida en las sentencias citadas. Insiste en que la sentencia recurrida se fundamenta en una aplicación errónea de la doctrina de esta Sala dictada a propósito de supuestos diferentes del que era objeto del proceso. El recurso de D. Aurelio pone de manifiesto que la suministradora, según resulta de la propia base fáctica de la sentencia recurrida, no ha acreditado haber agotado la diligencia que le era exigible para la reducción del riesgo, siendo además un hecho probado que no había cumplido con el régimen de inspecciones a que venía obligada, invocando sentencias anteriores de esta Sala desde las de 28 de abril de 1997 y 30 de julio de 1998, hasta las más recientes de 25 de noviembre de 2010 y 20 de diciembre de 2011.

Aun cuando existen sentencias de la Sala que consideran que en determinados supuestos de explosiones de gas no se aplica la doctrina de la responsabilidad por creación de riesgo, no se trata de supuestos análogos al presente. Así la sentencia de 19 de febrero de 2009, se refiere a la explosión de una bombona de gas y no de un suministro continuado de gas en una instalación, como es el presente caso, y declaró probado que en la bombona suministrada

no existía defecto, mientras que en este caso no se ha declarado que la instalación estuviera en buen estado, ni que la explosión se debiera a un acto intencionado del vecino del piso núm. 3, sino que ante la falta de prueba de la verdadera causa del siniestro se ha hecho recaer sobre los demandantes la carga de acreditar la responsabilidad. La sentencia de 25 de noviembre de 2010, afirma que el nexo causal debe ser acreditado por el actor, pero en el supuesto se había declarado probada una negligencia en la instalación de las gomas de salida del gas desde la bombona a la cocina, instalación realizada por el demandado, por lo que existía una persona a la que imputar la negligencia, que era ajena a la suministradora.

En definitiva, la incertidumbre sobre la causa o las causas del siniestro implica que no puede quedar exonerada de responsabilidad la suministradora y su aseguradora, cuando aquélla era quien contaba con los medios y conocimientos adecuados para dar certeza sobre tales causas y no lo ha hecho, según viene a reconocer la propia sentencia recurrida.

Como consecuencia ha de estimarse en su integridad las demandas interpuestas por los hoy recurrentes D. Valentín y D. Aurelio contra Gas Natural y Mapfre, y de Axa Seguros SA contra Gas Natural, dado que no se ha discutido la procedencia de las cantidades reclamadas, habiendo acreditado las demandantes su procedencia por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del siniestro.

Así Gas Natural y Mapfre, dentro de los límites establecidos en el contrato de seguro, han de indemnizar a D. Valentín en la cantidad de 1.000.000 de euros en concepto de indemnización por el fallecimiento de su esposa y sus tres hijos y 120.961 euros por gastos debidamente acreditados, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la demanda, sin que proceda la imposición de los intereses del artículo 20 LCS a cargo de Mapfre, dadas las circunstancias en que se produjo el suceso y las razonables dudas surgidas sobre la responsabilidad de la asegurada que determinaron su absolución en ambas instancias.

Del mismo modo, y sujeta al pago de los mismos intereses, dichas demandas habrán de indemnizar al perjudicado D. Aurelio en la cantidad de 499.883,36 euros por las muy graves lesiones sufridas con ocasión del siniestro.

Gas Natural, con aplicación de los mismos intereses, indemnizará a Axa Seguros Generales SA en la cantidad de 517.106,06 euros, que dicha demandante acredita como satisfecha a distintos perjudicados como consecuencia del mismo siniestro.

Estimados los recursos, no procede condena al pago de las costas causadas por los mismos, con devolución de los depósitos constituidos, así como por los recursos de apelación formulados por los ahora recurrentes. Procede condenar a Gas Natural y Mapfre al pago de las costas causadas por los mismos en primera instancia. (STS de 24 de mayo de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—Dada la característica catastrófica de los daños causados por la descrita explosión de gas en una vivienda, no dejan de sorprender las soluciones adoptadas en ambas instancias que, en cierto modo, implican circunstancias que parecen haber influido para que la Sala se constituyese en Pleno, obligando a una minuciosa descripción de los hechos y a profundizar en la jurisprudencia aplicable el caso. Sin duda esta notable decisión jurisprudencial está destinada mercedamente a sentar doctrina en casos análogos. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

20. Propiedad horizontal. Previsión de limitaciones y prohibiciones de uso en el título constitutivo o los estatutos.—El derecho a la propiedad privada está constitucionalmente reconocido (art. 33 CE) y se concibe de manera amplia, sin más limitaciones que las establecidas legal y convencionalmente y que, en todo caso, deben interpretarse de modo restrictivo. Por lo que respecta al ámbito de la propiedad horizontal, es posible establecer prohibiciones o limitaciones a la propiedad en atención al interés general de la comunidad, siempre y cuando se hagan constar de modo expreso en el título constitutivo o en los estatutos. Así, cabe prohibir la realización de determinadas actividades o el cambio de uso del inmueble. En cualquier caso, para que las limitaciones tengan eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad.

Propiedad horizontal. Interpretación restrictiva de las limitaciones de uso. La mera descripción del inmueble no supone una prohibición de cambio de destino.—El Tribunal Supremo, reiterando lo ya establecido en las sentencias de 30 de diciembre de 2010, 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008, señala que la mera descripción del inmueble no puede interpretarse como una limitación del uso o de las facultades dominicales. Por el contrario, las prohibiciones o limitaciones deben haberse estipulado de manera clara, precisa y expresa (STS de 24 de octubre de 2011). Además, estas limitaciones o prohibiciones, así como como cualquier menoscabo del derecho de propiedad, deben ser interpretadas de modo restrictivo (SSTS de 6 de febrero de 1989, 7 de febrero de 1989, 24 de julio de 1992, 29 de febrero de 2000, 21 de abril de 1997). No obstante, como se declaró en la sentencia de 9 de octubre de 2009, el derecho de cambio de uso no incluye un derecho a realizar obras en elementos comunes, pues para ello se requiere que la autorización sea concedida por la Junta de Propietarios, a salvo de lo que se prevea en el título constitutivo o los Estatutos. **(STS de 15 de junio de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Dña. Francisca interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil Gestión de Empresas, SLU por haber modificado el destino del local sito en la planta baja del edificio en que Dña. Francisca tenía su vivienda. En la nota simple registral de división horizontal constaba que «la planta baja se destina a local de oficina» y, a efectos de su constitución en régimen de propiedad horizontal, se aludía a un «local para oficina en planta baja de la casa». En consecuencia, la actora suplicó al Juzgado que ordenase a la demandada la inmediata reposición de la finca a su destino de oficina, de conformidad con el título constitutivo de la división horizontal, cesando en la realización de otra actividad distinta.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y condena a Gestión de Empresas, SLU a reponer la finca a su destino de oficina y a cesar cualquier otra actividad distinta. Indica el Juzgado que, según el título constitutivo, la planta baja está destinada a oficina y, si bien nada impediría cambiar el uso del local, dicha modificación debería hacerse mediante la modificación del título constitutivo, no siendo válida la alteración del uso efectuada de forma unilateral por la demandada. Pese a no haberse recogido

en el suplico de la demanda ningún extremo sobre los elementos comunes, el Juzgado afirma que la instalación del cartel luminoso «Seuruga Cervecería» en la fachada requería la autorización mediante acuerdo unánime.

La Audiencia desestima el recurso de apelación planteado por la demandada y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. No obstante, respecto del cartel luminoso, la Audiencia reconoce que su retirada es una consecuencia que deriva de la ilicitud del cambio en el uso del local.

La mercantil Gestión de Empresas, SLU interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que aprecia que la Audiencia realizó una interpretación extensiva y forzada al deducir de la mera descripción del inmueble una prohibición de uso que no se había previsto de manera expresa. Por ello, casa la sentencia recurrida y, con estimación del recurso de apelación, revoca la sentencia de la instancia y desestima íntegramente la demanda. (V. N. C.)

DERECHO DE FAMILIA

21. Ley aplicable a la determinación de la filiación natural. Norma de conflicto aplicable a demandas planteadas antes de la modificación del artículo 9.4 CC por la Ley 26/2015.—Hasta la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la determinación y el carácter de la filiación natural se regía, de conformidad con el artículo 9.4 CC, por la ley personal del hijo y, si ésta no podía determinarse, por su residencia habitual. Esta regulación, que había sido objeto de críticas por no considerarse la nacionalidad un criterio de conexión lo suficientemente fuerte, fue reformada en 2015 para hacer depender la ley aplicable de la residencia habitual del hijo, por ser una conexión social más relevante. Así, en la actualidad, tras la modificación del artículo 9.4 CC, la ley aplicable a la filiación viene determinada, en primer lugar, por la residencia habitual del hijo. Subsidiariamente, a falta de residencia habitual, o si la ley de la residencia habitual no permitiese establecer la filiación, es aplicable la ley nacional del hijo. Por último, y solo en caso de que tampoco tuviese ley nacional o, teniéndola, no permitiese establecer la filiación, el artículo 9.4 CC remite a la ley española.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha declarado que a las reclamaciones de filiación natural planteadas antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 también les es de aplicación el artículo 9.4 CC en su redacción actual. No obstante, el Tribunal Supremo indica que, por razones de seguridad jurídica y en aras de evitar la aplicación sorpresiva de un derecho que pudiese resultar imprevisible para alguna de las partes, la aplicación del actual artículo 9.4 CC debe limitarse a aquellos supuestos que, tras la entrada en vigor la norma, estuvieran pendientes de resolución en primera instancia. Señala el Tribunal Supremo que la aplicación de la nueva ley no supone atribuirle un efecto retroactivo, puesto que el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus efectos. Por otra parte, esta interpretación es coherente con lo que hubiera podido resultar del comportamiento del propio demandante. En efecto, una vez producido el cambio legislativo y antes de dictarse sentencia en primera instancia, si el actor hubiera

optado por el desistimiento y el planteamiento de una nueva acción, el asunto se habría resuelto de conformidad con la nueva regulación. Por lo tanto, concluye el Tribunal Supremo, la aplicación rigurosa de la norma vigente cuando se presentó la demanda carecería de buen sentido. **(STS de 17 de abril de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En 2013, D. Dámaso interpuso demanda de juicio declarativo verbal ejercitando acción de determinación legal de la filiación paterna no matrimonial respecto de D. Landelino. El actor sostuvo que su nacimiento fue fruto de la relación sentimental mantenida entre 1937 y 1947 por su madre, Dña. Nuria, nacida en Burdeos y de nacionalidad francesa, con D. Landelino, quien durante aquellos años instaló su negocio en Burdeos. Dado que este último había fallecido en 1995, la demanda se planteó contra los hijos matrimoniales de D. Landelino (Dña. Luz, Dña. Elisenda y D. José Carlos) y contra dos nietos, por ser los hijos de una hija premuerta (D. Abilio y Dña. Tamara). Como D. Landelino había sido incinerado, el actor solicitaba la práctica de las pruebas biológicas a los demandados.

Los demandados opusieron la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, lo que dio lugar a la ampliación de la demanda a los dos hermanos por parte de madre del demandante, que no se opusieron a la demanda en la medida en que los hechos coincidían con lo que siempre les había contado su madre. Por lo que respecta al fondo, los demandados negaron que hubiese habido una relación afectiva entre D. Landelino y Dña. Nuria y afirmaron la existencia de una relación de amistad entre ambas familias. También destacaron que el ejercicio de la acción era contrario a la buena fe, dado el tiempo transcurrido desde que D. Dámaso pudo conocer la supuesta paternidad y el tiempo transcurrido desde el fallecimiento de D. Landelino (17 años) y Dña. Nuria (15 años). Asimismo, al ser el actor de nacionalidad francesa, invocaron la aplicación del Derecho francés, que llevaría a declarar prescrita la acción por haber transcurrido más de 10 años desde la mayoría de edad del hijo. Por último, los demandados se negaron a someterse a la prueba biológica solicitada por el actor.

El Juzgado de Primera Instancia considera aplicable el artículo 9.4 CC en la redacción dada por la Ley 26/2015 y, teniendo en cuenta que la acción de filiación estaría prescrita de aplicarse el Derecho francés, concluye que, con independencia del lugar de residencia del actor, corresponde aplicar el Derecho español. Ante la negativa de los demandados a someterse a la prueba biológica, el Juzgado estima la demanda.

La Audiencia Provincial, pese a que considera aplicable el artículo 9.4 CC en su redacción vigente en el momento de interponerse la demanda, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de la instancia. A juicio de la Audiencia, aunque la ley aplicable no dependería de la residencia habitual del actor, sino de su ley personal, es aplicable el Derecho español porque, de tener éxito la acción de filiación, el demandante podría optar por la nacionalidad española al ser nacido de padre español.

En contra del criterio de la Audiencia, el Tribunal Supremo considera aplicable el artículo 9.4 CC en su redacción dada por la Ley 26/2015. Sin embargo, al resultar aplicable el Derecho español, de conformidad con la doctrina del efecto útil, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandantes. Pese a que los motivos que sustentan el recurso pueden encontrar fundamento, el fallo se mantiene con otros argumentos. (V. N. C.)

22. Reclamación de filiación por posesión de estado.—El artículo 131 CC extiende la legitimación para reclamar una filiación manifestada por constante posesión de estado a cualquier persona con interés legítimo, y no solo a los implicados directos en la relación. Esta amplitud se justifica en el tenor literal de la norma, no solo por la presencia de un interés legítimo en quien litiga (que puede reconocerse sin dificultad cuando la relación de filiación repercute en su propio estado civil familiar), sino también en la existencia de una constante posesión de estado.

La determinación de si los hechos acreditados son constitutivos o no del concepto de posesión de estado es una *quaestio iuris*. La apreciación del concepto que establece la ley como presupuesto para la legitimación de cualquier interesado requiere la presencia de hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado (*nomen, tractatus* y fama), de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes, una apariencia de una relación de filiación. Es preciso, por tanto, que consten hechos públicos, repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de esta relación.

No obstante, resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos. Cuando se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto de que el supuesto hijo usara los apellidos del progenitor, pero sí resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*. Es decir, los actos del progenitor (a los que pueden sumarse los de su familia) que den credibilidad a la situación posesoria, actos de atención y asistencia al hijo. E igualmente es necesario que concurra la fama, entendida como notoriedad y reflejo de la naturaleza del fenómeno posesorio. Es preciso que concurra una exteriorización constante de la relación de estado. (STS de 9 de mayo de 2018; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Se plantea una acción de reclamación de la filiación extramatrimonial ejercitada al amparo del artículo 131 CC. Los demandantes presentaron demanda para que se declarase que su padre era hijo del demandado. El Juez de Primera Instancia declaró la paternidad reclamada, motivo por el cual el demandado planteó recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia. En casación, alega: 1) la infracción del artículo 131. I CC, en relación con los artículos 132. II y 133. II CC, al no apreciar la sentencia recurrida la caducidad o prescripción de la acción de declaración de filiación ejercitada en la demanda; 2) la infracción del artículo 131. I CC porque considera que no quedó acreditada la constante posesión de estado exigida por dicho precepto.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, al entender que, de los hechos probados, no cabe valorar la existencia de una constante posesión de estado de filiación entre el demandado y el padre de los demandantes. Los hechos no permiten afirmar que existiera una relación de filiación vivida, que el demandado tuviera al padre de los demandantes como hijo, ni que lo hubiera tratado como tal, observando un comportamiento congruente con los deberes de padre. Cuando el artículo 131 CC exige que la posesión de estado sea constante, no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, que en el caso no se dan.

Puesto que, en este caso, la acción ejercitada es la del artículo 131. I CC, en ausencia de posesión de estado, la legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación no matrimonial vendría determinada por lo dispuesto en el artículo 133 CC. Este precepto atribuye la acción al hijo durante toda su vida y a sus herederos, para el caso de que fallezca antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare la mayoría de edad o recobrar la capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. En consecuencia, a falta de posesión de estado, los demandantes, hijos del presunto hijo del demandado, carecen de legitimación.

NOTA.—Sobre la determinación de la filiación con posesión de estado, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, 15 de enero, 3 de diciembre de 2014 y 30 de junio de 2016. (*S. L. M.*)

23. Ley aplicable a los efectos del matrimonio contraído en el extranjero.—La ley aplicable a dos ciudadanos extranjeros que contrajeron matrimonio en su país de origen antes de venir a España es la de aquel país (art. 9.2 CC), según el principio de imperatividad de las normas de conflicto (art 12.6 CC).

Prueba del Derecho extranjero.—Cuando la comprobación de la existencia y contenido de las normas del Derecho extranjero viene facilitada por la sencilla consulta de la página web oficial del gobierno del Estado al que pertenece el Derecho en cuestión o de la página web del Consejo General del Poder Judicial, no se plantea un problema de prueba del Derecho extranjero ni la oportunidad de que el tribunal supla la prueba de este; ello sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (arts. 281.2, 282 LEC y 33 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional). (**STS de 3 de abril de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 31 de octubre de 2001 A, de origen colombiano, resultado agraciada con un cuantioso premio de lotería en España (Bonoloto). A estaba casada con B y el matrimonio se venía rigiendo por el régimen de gananciales desde su celebración, ambos tenían la nacionalidad española, y durante la estancia en nuestro país se habían mantenido separados de hecho largo tiempo hasta la reanudación de su convivencia a principios de 2002. El 23 de julio de 2002 otorgaron escritura de separación de bienes ante Notario en

España. Tiempo después, A decidió divorciarse y ambos cónyuges apoderaron a un letrado en Colombia para que realizase la operación. El 15 de mayo de 2003 otorgaron escritura de liquidación de la sociedad conyugal en el Juzgado de Familia de Pererira Risaralda (Colombia), el cual decretó el divorcio de mutuo acuerdo. Mucho tiempo después, a primeros de 2012, B descubrió que a A le había tocado la lotería en 2001,

Alegando que A había ocultado a su familia y, en particular, a B el premio de lotería, B interpuso demanda –alegando su condición de esposo en la fecha en que A resultó agraciada– por la que recaaba el 50% del premio, que a su juicio le correspondía por ser un bien ganancial.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, porque la norma colombiana aplicable no contenía un precepto análogo al artículo 1351 CC y solo contempla que no tienen carácter común las adquisiciones constante matrimonio de un cónyuge hechas por donación, herencia o legado (art. 1782 CC Colombia); y la prueba practicada acreditaba que el boleto premiado fue el regalo de una amiga.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación de B, revocó la sentencia impugnada y estimó la demanda. A su entender, la compra de un billete de lotería es un negocio oneroso y, en ese caso, al haber sido adquirido por quien estaba casada en régimen de gananciales, se presume ganancial de acuerdo con el artículo 1351 CC. Rechazaba la Audiencia la aplicación del Derecho colombiano y, en especial, del artículo 1782 CC Colombia, porque no concurría ninguno de los títulos de adquisición que preveía (donación, herencia o legado).

Frente a la sentencia de la Audiencia, A interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

24. Divorcio contencioso: Custodia compartida: Interés de los menores: Valoración del informe psicosocial.—Son hechos relevantes los siguientes: D. Belarmino interpuso demanda de divorcio contencioso, solicitando la disolución del matrimonio, contra D.^a Ruth, centrándose la cuestión objeto de debate en la atribución de la guarda y custodia de los dos hijos menores, pues el padre solicitaba la guarda y custodia compartida y la madre que se le atribuyese en exclusiva a ella, renunciando el demandante a que se le atribuyese el uso de la vivienda familiar.

El 3 de diciembre de 2015 emitió informe psicosocial el equipo adscrito al Juzgado, alcanzando las siguientes conclusiones: (i) Los menores tienen su referente afectivo en su padre y en su madre, a la que identifican como su principal cuidadora; (ii) La madre tiene vivienda, trabajo y cuenta con el apoyo de su madre en todo lo que necesita respecto al cuidado de los menores; (iii) El padre está presente en la vida de los menores; (iv) Los menores piensan que en casa de su madre hay más normas; (v) La madre presenta las habilidades necesarias para ocuparse del cuidado y educación de sus hijos; (vi) Los menores Evaristo y Epifanio presentan un desarrollo evolutivo adecuado a su edad cronológica; (vii) Los menores presentan un buen desarrollo, personal, escolar y social; (viii) La madre tiene mayor disponibilidad horaria y su vida estructurada en relación a la atención y cuidado de sus hijos. (ix) El

padre vive en el domicilio de los abuelos cuando tiene a sus hijos y comparte dormitorio con ellos; (x) Hay comunicación interparental.

Finalmente aconseja la guarda y custodia para la madre estableciendo un amplio régimen de visitas padre-hijos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 10 de mayo de 2016. En su motivación expone el contexto normativo aplicable a la cuestión, así como la jurisprudencia de la Sala sobre la materia, en la que se tiene presente el interés del menor. Acude al Informe psicosocial, con cita de las conclusiones más relevantes del mismos. En atención a dicho informe y a las declaraciones de las propias partes en cuya valoración se detiene, alcanza la conclusión de desestimar la guarda y custodia compartida, pero con un amplio régimen de visitas para el padre, por ser «más beneficioso para el interés de los menores que la custodia sea ejercida por la madre», que tiene mayor disponibilidad horaria que el Sr. Belarmino a causa de las exigencias de la profesión de cada uno de ellos.

La sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia el 9 de junio de 2017 por la que se desestimaba el recurso del padre y se confirmaba la sentencia de primera instancia. La Audiencia acude como *ratio decidendi* de su decisión, a la sentencia de primera instancia a la que se remite. Sólo añade, en contra de lo que en éste se recoge y motiva, que no se sabe el tiempo que padre y madre tienen para estar con los hijos, pero sin motivar lo que, a efectos de disponibilidad, motiva la sentencia que revisa; por lo que la confirmación de ésta queda fuera de razones propias de la Audiencia Provincial y hay que atender a las del Juzgado, según la remisión con la que comienza la fundamentación de aquella.

La parte demandante y apelante interpone recurso de casación contra la anterior sentencia, por interés casacional, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC. y se estructura en el siguiente motivo: El artículo 92.5,6 y 7 CC, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas, y los artículos 2 y 11.2 a) LOPJM, y 39 CE, y ello al negarse a la custodia compartida aplicando de forma incorrecta el principio de protección del menor. Cita como infringidas las SSTS de 29 de abril y 19 de julio de 2013 y 9 de marzo de 2016. El Ministerio Fiscal apoya la estimación del recurso porque, con cita de la doctrina de esta Sala, niega que las sentencias de instancia hayan llevado a cabo un juicio de ponderación adecuado a las circunstancias del caso ni acorde con la prueba practicada, pues en la sentencia de primera instancia solo se analiza la disponibilidad horaria de los progenitores y en la segunda instancia no se analiza nada.

Valoración legal de la custodia compartida.—La Sala viene reiterando (así en SSTS de 12 de mayo y 13 de julio, entre las más recientes) la bondad del sistema de guarda y custodia compartida. Por tanto no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema tras la constante y uniforme doctrina de esta Sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional (STC de 17 de octubre de 2012). Consecuencia de lo expuesto es que se haya de partir de que este régimen debe ser el normal y deseable, señalando la jurisprudencia de esta Sala que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea. Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de «seguir» ejercien-

do sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

Con el sistema de custodia compartida, dicen las SSTS de 25 de noviembre de 2013, 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Protección del interés del menor.—A partir de la bondad del sistema la cuestión a dilucidar en cada caso será si ha primado el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia.

Este interés que ni el artículo 92 CC ni el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, desarrollada en la Ley de 22 de julio de 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de éstos con aquél (SSTS de 19 de julio de 2013, 2 de julio de 2014 y de 9 septiembre de 2015). Esta doctrina es la que refleja la sentencia de primera instancia, a la que remite la de la Audiencia Provincial al poner el acento para dilucidar el debate en el interés del menor; por lo que no puede decirse que contradiga la doctrina de esta Sala.

La STS 30 de diciembre de 2015 afirma que: «La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda. La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste» (STS de 27 de abril de 2012). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

La sentencia recurrida —por remisión— ha valorado el interés de los menores a partir del Informe psicosocial que obra en autos y manifestaciones de las partes vertidas en el acto de la vista, y no sólo en estas últimas como parece sugerirse.

Tiene declarado la Sala que las conclusiones del Informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el Tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (SSTS 8 de enero de 2011, 9 de septiembre de 2015 y 28 de febrero de 2017). Así ha obrado la sentencia recurrida pues ha valorado el Informe psicosocial a fin de indagar y motivar el interés de los menores, en conjunción con la manifestaciones de las partes, y ha hecho suyas las conclusiones de aquel. Cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un Informe psicosocial que auxilie al Tribunal en su decisión, no puede obviarse éste sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología

tan precisa como la obrante en autos. Conviene destacar que el Equipo psicosocial ha llevado a cabo una entrevista individual semiestructurada con los menores. Lo anterior se compadece con lo que afirmábamos en la STS de 15 de enero de 2018, pues por la edad de los menores no es aconsejable la exploración judicial de ellos, pero sí estar a la llevada a cabo por un experto, que es el caso (STC 29 de junio de 2009). Por todo ello la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de las pruebas practicadas, la conveniencia de que se establezca o no el sistema de guarda y custodia compartida. Ha de insistirse en la no conveniencia de convertir en estos casos el recurso de casación en una tercera instancia, a salvo que la revisión venga impuesta porque el Tribunal *a quo* haya llevado a cabo una protección del interés del menor solo aparente, puramente formalista y estereotipada, que no es el caso. Por todo lo expuesto no cabe la estimación del recurso.

No obstante, y si la Sala entrase en valoraciones jurídicas relativas al tema debatido, la solución coincidiría con la sentencia recurrida al ponderarse las circunstancias del caso. Ha de quedar claro que no cabe reproche alguno a ninguno de los progenitores en el plano afectivo o de entrega a sus hijos, pero el interés de estos aconseja el régimen elegido, en el que la comunicación y visitas con el padre es tan intenso que se acerca mucho al de guarda y custodia compartida. Será el que propicie una mayor estabilidad a los menores, pues su madre, por trabajo, tiene mayor disponibilidad horaria, sin depender tanto de terceros, en relación a la atención y cuidado de los hijos. A ello se une, lo que no sucede con la madre, que cuando el padre tiene a sus hijos vive en el domicilio de sus padres, abuelos de los menores, y tiene que compartir dormitorio con ellos. De ahí que se infiera que los menores, que tienen presente al padre en sus vidas, tengan una vida más normalizada en casa de su madre. De conformidad con los artículos 394.1 y 398.1 LEC, se imponen a la parte recurrente las costas del recurso. (STS de 6 de abril de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Parece indudable que la figura de la guarda conjunta, recibida en nuestro ordenamiento, tiene amplio futuro en la realidad fáctica siendo buena prueba de ello las recientes decisiones del Tribunal Supremo sobre aspectos dudosos. Son muchas las variables que pueden intervenir en el caso: finalidad que persigue el progenitor que la solicita, medios materiales de que puede disponer, domicilio en que se cumple, lugar en que van a habitar los progenitores etc. En el presente caso parece que el padre la consideró esencial para su vida de cónyuge divorciado y para lograrlo renunció a otros beneficios legales. La propia Sala llega a admitir que, en la práctica, un régimen de guarda materna se aproximaría al de guarda conjunta cuando el régimen de visitas y vacaciones resulta muy generoso con el otro progenitor (como resulta en el caso). De ello puede deducirse la sentencia extractada es modélica en la utilización instrumental en el proceso, pero no tanto en la solución definitiva. (G. G. C.)

25. Divorcio contencioso: Cargas: Préstamo hipotecario.—Ambos cónyuges, D Edmundo y D.^a Delfina, formularon separadamente demanda de divorcio, operándose la acumulación de procesos. En lo que se refiere a los recursos ahora interpuestos por la esposa, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Aranjuez, resolvió que ambos esposos contri-

buirán al levantamiento de las cargas familiares al 50% satisfaciendo en tal proporción los gastos e impuestos que deriven de la propiedad de la vivienda familiar que es privativa del esposo, cuyo uso y disfrute se atribuye a la esposa y madre del hijo común menor de edad. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.ª) dictó sentencia por la que –con desestimación de ambos recursos– confirmó la de primera instancia. La esposa recurre por infracción procesal y en casación.

El recurso por infracción procesal se compone de un solo motivo que alega la infracción del artículo 461 en relación con el artículo 24 CE, ya que la sentencia recurrida resuelve dejando vacía de contenido la impugnación que formuló la recurrente una vez formulado recurso de apelación por la parte contraria. Entiende que este recurso ha de ser desestimado porque la sentencia impugnada contiene una referencia mínima a dicha impugnación, confirmando lo resuelto por el Juzgado respecto de la cuestión ahora debatida al considerar que las «cargas» familiares han de ser atendidas al 50% por ambas partes (FD 3.º) sin que haya de atribuirse trascendencia alguna al razonamiento del siguiente FD sobre la justificación de la impugnación formulada ya que tal modalidad –que integra una auténtica y autónoma apelación– está reconocida por el artículo 461 LEC. En definitiva la sentencia recurrida ha desestimado la impugnación en cuanto ha considerado que determinados gastos constituyen cargas familiares comunes a ambos litigantes.

Doctrina jurisprudencial sobre cargas del matrimonio.–El recurso de casación se compone de dos motivos.

En el primero se alega infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que interpreta los artículos 90 d) y 91 CC sobre las cargas de matrimonio en relación con el pago de las cuotas del préstamo hipotecario. Afirma la recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se aparta de la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias de 31 de mayo de 2006, 28 de marzo de 2011, 26 de noviembre de 2012, 20 de marzo de 2013, 17 de febrero de 2014 y de 21 julio de 2016 que disponen que el pago de las cuotas hipotecarias no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los citados artículos. Por ello, siendo un hecho no discutido que la vivienda familiar fue adquirida por Edmundo con anterioridad a contraer matrimonio y que él es el único obligado por el préstamo hipotecario que grava la vivienda, el importe de las cuotas de amortización del mismo es de cargo exclusivo de D. Edmundo.

En consecuencia el motivo se estima ya que esta Sala se ha pronunciado reiteradamente excluyendo del concepto de «cargas matrimoniales» los pagos correspondiente a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda, de suerte que el importe de las cuotas de amortización del mismo es de cargo exclusivo de D. Edmundo. Pues del préstamo habrá de responder quien lo suscribió pero por razón de dicha obligación así contraída y no por la existencia de matrimonio entre los prestatarios. Además en este caso la vivienda es de propiedad del esposo –único prestatario– por lo que habrá de ser él quien quede obligado.

La STS de 21 de julio de 2016 resume los pronunciamientos anteriores de esta Sala al respecto en el siguiente sentido: «En la sentencia de 31 de mayo de 2006, este Tribunal declaró que la cuestión cardinal que queda así planteada, que es sobre la que en realidad versa el recurso (...) radica en la determinación de si el concepto de cargas del matrimonio a que se refiere el artículo 1438 CC para establecer la forma de su sostenimiento cuando rige el sistema de separación de bienes, comprende los conceptos que se discu-

ten en este proceso referidos a gastos producidos por bienes de carácter común a efectos de que pueda resultar obligado uno de los cónyuges a una mayor contribución al contar personalmente con mayores recursos económicos. La noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103, 3.º CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues en el año 2004 otorgaron los esposos la correspondiente escritura de capitulaciones matrimoniales y se acogieron al régimen de separación de bienes y la vivienda familiar que está gravada con la hipoteca la adquirieron por compra en el año 2006. En consecuencia, la normativa aplicable a tal bien era la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el artículo 393 CC, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales».

En la sentencia de 28 de marzo 2011, esta Sala formuló la siguiente doctrina: «El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales, y como tal incluida en el artículo 1362, 2.º CC y no constituye carga de matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 CC.».

Igualmente en la STS de 26 de noviembre de 2012:» No cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia (...) la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el artículo 393 CC, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales».

En el mismo sentido la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 31 de mayo de 2006, 5 de noviembre de 2008, 28 de marzo y 29 de abril de 2011 y 26 de noviembre de 2012), según las cuales la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título sobre el dominio de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesto a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio.

En la más reciente STS de 17 de febrero de 2014, se declara: «La descripción más ajustada de lo que puede considerarse cargas del matrimonio la encontramos en el artículo 1362, 1.ª CC, mencionando los gastos relativos al sostenimiento de la familia, alimentación y educación de hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia, que se limita a los esposos y sus hijos».

En el motivo segundo se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial que interpreta los artículos 90 d) y 91 sobre las cargas del matrimonio en relación con el pago de los impuestos y gastos de la vivienda privativa del esposo. Considera la recurrente que la sentencia impugnada se aparta de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que dispone que el impuesto sobre bienes inmuebles es un gravamen que recae sobre la propiedad, no sobre la posesión, de ahí que no quepa imponer su pago al 50% ya que la vivienda familiar fue adquirida por D. Edmundo con anterioridad a contraer matrimonio y él es el único titular de la misma.

Este motivo ha de ser acogido por las mismas razones que el anterior. Se trata de obligaciones *propter rem* derivadas de la titularidad del bien que, por ello, corresponde satisfacer al propietario, sin perjuicio de que en el conjunto de las medidas derivadas de la ruptura matrimonial se tenga en cuenta la situación creada por el hecho de que dicha carga recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges-propietario de la vivienda— mientras no puede hacer uso de la misma por haber sido reconocido éste a favor del hijo menor y de la madre a la que se atribuye la guarda y custodia. La estimación del recurso de casación comporta que no se impongan las costas causadas por el mismo (arts. 394 y 308 LEC), con devolución del depósito constituido para su interposición. La desestimación del recurso por infracción procesal supone que se impongan las costas causadas por el mismo a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido. (STS de 24 de abril de 2018; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

26. Pactos prematrimoniales.—Las partes, él nacido en el año 1950 y ella en el año 1971, ambos divorciados, él abogado y ella, según manifiesta, con trabajo en el Ministerio de Hacienda de Rusia y madre de una hija, se conocieron en las redes sociales, viniendo la Sra. Gloria, con su hija, a España e iniciando una convivencia con el Sr. José Miguel, en el año 2006. El 18 de junio de 2009 comparecieron ante notario, manifestando, entre otras cosas, que en caso de separación o divorcio, ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal cuyo uso corresponderá al esposo. El 18 de diciembre de 2009 contrajeron matrimonio. Se interpuso demanda de divorcio el 4 de enero de 2016 por la Sr.^a Gloria, en la que solicita pensión compensatoria, y litis expensas, proceso al que se acumuló el iniciado por el Sr. José Miguel en otro Juzgado de Valencia.

La sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Valencia, estima parcialmente la demanda, acuerda el divorcio y fija una pensión compensatoria para la demandante de 400 euros al mes durante dos años y le concede 3.000 euros de litis expensas. Para la temporalidad tiene en cuenta la edad y la formación de la demandante.

En cuanto a la validez del pacto prematrimonial, la sentencia dictada en primera instancia, con invocación de la jurisprudencia de esta Sala centra la cuestión en determinar si el pacto limita la igualdad o dignidad de alguno de los cónyuges: «Se trata de analizar si lo pactado lesionaba el derecho a la igualdad de la Sr.^a Gloria, por el sometimiento que implicaba, ya que ésta al momento no sólo de la firma sino incluso también al momento de la ruptura carecía de recursos económicos, de cualquier tipo de ingresos, de autonomía económica». Acude a la STS de 24 de junio de 2015, en el que ambas personas eran también instruidas y preparadas, como en el presente caso, y resalta que resulta de la sentencia que «solo si se parte de un estado de necesidad de

uno de los cónyuges, en el cual el otro tiene una economía saneada, de forma que la separación o divorcio causante un importante desequilibrio puede considerarse conculcando el derecho a la igualdad de los cónyuges y con ello contrario el pacto a la ley, en aras a lo establecido en el artículo 1328». Con base a la citada argumentación concluye que la renuncia de la parte actora a la pensión compensatoria fue nula, por contraria al derecho a la igualdad y no por estar viciado su consentimiento. La sentencia refiere absoluta precariedad de la demandante.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, revoca la de instancia y ante los antecedentes fácticos expuestos tiene en cuenta el carácter disponible de la pensión compensatoria, de puro contenido económico, la autonomía de la voluntad y entiende que es un negocio jurídico válido y que «no existe conculcación del derecho de igualdad de ambos cónyuges, pues como se desprende los autos ambos por edad, profesión y experiencia anterior, eran plenamente conscientes del acuerdo a que habían llegado de tipo económico, entre lo dos, ante Notario, afectando sólo y exclusivamente a los mismos en el orden económico, dada la inexistencia de hijos comunes».

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC y se estructura en dos motivos. 1.º) Se denuncia la infracción de los artículos 97, 1328 y 1255 CC, en relación con el artículo 90.2 CC y los artículos 24.1 y 39 CE y aplicación indebida de la doctrina del TS sobre la validez de los pactos prematrimoniales y los límites a los mismos. 2.º) Infracción de los artículos 103.3 y 1318 CC., por falta de aplicación, en relación con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

Prueba de los hechos.—El FD 1.º de la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida dice: «Debe tenerse en cuenta para resolver los presentes autos que: 1) Se trata de personas nacidas en 1950 y 1971, es decir que cuentan actualmente con 67 y 46 años; 2) Se casaron el 18 de diciembre de 2009, es decir, hace casi ocho años; 3) Al casarse tenían respectivamente 67 y 46 años de edad; 4) Ambos eran divorciados de matrimonio anterior; 5) El esposo es abogado y la esposa trabajaba en el Ministerio de Hacienda en Rusia, según manifiesta la misma; 6) La esposa vino a España tras contactar a través de las redes sociales, en el año 2006; 7) El 18 de junio de 2009 comparecieron ambos ante el Notario realizando las manifestaciones que se contienen en el doc. núm. 13 obrante en autos; 8) Posteriormente, unos seis meses más tarde, el 18 de diciembre de 2009 contrajeron matrimonio; 9) El 21 diciembre 2011 otorgó testamento en los términos que figuran en el doc. núm. 3 que consta en autos.

En el acta notarial de 18 de junio de 2009 se hace constar: 1) Que es intención de los comparecientes contraer matrimonio civil. 2) Que realizarán ante los Registros Civiles correspondientes los trámites para que D.ª Gloria adopte el apellido o los apellidos de su futuro esposo, por lo que pasará a llamarse Elisa. 3) Que para el supuesto de separación o divorcio ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal que se fije en Valencia xxx, cuyo uso corresponderá al Sr. José Miguel, renunciando expresamente D.ª Gloria al uso y posesión del mismo en el supuesto de separación o divorcio, al tener carácter privativo del esposo, compensando, si fuera procedente, la atribución del uso con el alquiler de una vivienda adecuada, en el caso de que hubiera hijos comunes de los que se le atribuyera la custodia para su ocupación por D.ª Gloria, y los menores a su cargo. 4) En cuanto a las disposiciones testamentarias, una vez contraído matrimonio, el Sr. José Miguel, otorga-

rá testamento a favor de su esposa, en tanto no pueda, por la legislación vigente ampliarle el caudal. En idéntica medida se hará lo mismo a favor del esposo en el testamento otorgado por Gloria. El Notario advierte a los comparecientes de los efectos limitados de las manifestaciones efectuadas que constituyen simplemente una manifestación de intenciones.

Validez de los pactos prematrimoniales.—El motivo se funda en la infracción de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la sentencia de 24 de junio de 2015, partiendo de que la renuncia a la pensión compensatoria lo fue sin conocer la trascendencia de lo efectuado y sin conocimiento de la lengua española, encontrándose en una situación de precariedad. Sobre estas alegaciones la Sala declara: 1. Ambos cónyuges habían contraído matrimonios previos, de los que habían obtenido el divorcio. 2. D.^a Gloria se desplazó desde Rusia, para luego traer a su hija, con consentimiento de D. José Miguel. 3. Convivieron desde 2006 y el acta notarial de manifestaciones se otorga en 2009, seis meses antes de contraer matrimonio. La demanda de divorcio se interpone seis años después. 4. En la sentencia de instancia, no contradicha en este aspecto por la de apelación, consta que D.^a Gloria conocía el idioma castellano cuando firmó el acta de manifestaciones, como lo garantiza la presencia del fedatario público. 5. D. José Miguel otorgó testamento el 21 de diciembre de 2011 instituyendo heredera a D.^a Gloria y mejorándola. Igualmente la nombró beneficiaria en las prestaciones de la Mutua- lidad de la Abogacía. De lo expuesto cabe razonar que D.^a Gloria conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa, y por la posibilidad de obtener explicaciones del Notario. El suficiente conocimiento del idioma es un hecho probado, que no puede cuestionarse en casación.

Pactos prematrimoniales y orden público.—Fijado este extremo, cabe analizar si los pactos prematrimoniales son contrarios al orden público. Debemos declarar que la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que posibilitan un marco económico fluido, por lo que no consta alteración del orden público. Es más, los cursos desarrollados por D.^a Gloria, en España, en la Escuela Oficial de Idiomas, homologando su conocimiento del ruso y cursando estudios de español para extranjeros y de inglés, le facultan para una rápida inserción laboral que no hace aconsejable la fijación de una pensión compensatoria y por ello no puede entenderse cuestionado el orden público (art. 1255 CC). Estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz. Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14, 17, y 19 CE). En base a todo ello no puede considerarse infringida la doctrina jurisprudencial recogida en STS de 24 de junio de 2015.

El recurso basado en la infracción de los artículos 103.3 y 1318. 3, CC., sobre denegación de *litis expensas*, se desestima por carencia manifiesta de fundamento en cuanto mezcla cuestiones heterogéneas en el mismo motivo, plantea cuestiones ajenas al recurso de casación y altera la base fáctica de la sentencia afirmando cuestiones que no forman parte del supuesto de hecho

que contempla la sentencia recurrida como resultado de la valoración de la prueba (art. 483.2.4.º LEC).

Esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Gloria contra sentencia dictada en apelación por la Sec. 16.^a de la Audiencia Provincial de Valencia. confirmando la sentencia recurrida en todos sus términos, con imposición de las costas a la recurrente, con pérdida del depósito. **(STS de 30 de mayo de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—Es notorio que se incrementan los matrimonios entre ciudadanos españoles y extranjeros, creciendo así su litigiosidad, aunque el aquí contemplado entre español y rusa no es de los más exóticos o singulares por razón de la nacionalidad. Tratándose de adultos con previa experiencia conyugal en sus respectivos países, cabe plantear, sin embargo, algunos puntos menos claros y dudosos abordados en esta sentencia: Al margen de omitirse en la sentencia el régimen económico del matrimonio al que se sujetó la pareja en España —presumiblemente el de separación—, ¿Es plenamente convincente que, probado el conocimiento de la lengua española por la esposa rusa permite deducir de ello el suficiente y adecuado conocimiento del derecho matrimonial español al que la interesada se somete? ¿Debe el Notario ante la pareja, que comparece voluntariamente, cerciorarse de que la parte extranjera conoce eficazmente la legislación española a que se refiere el acta? ¿No debiera considerarse, más bien, indicio negativo la advertencia final del propio Notario? Consecuentemente, con base en los hechos probados no parece indubitable que la esposa rusa conocía suficientemente el derecho económico matrimonial español al renunciarlo preventivamente. Añádase, con carácter general, la conveniencia de regular este tipo de contratos en el Código civil. (*G. G. C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

27. Sucesión intestada: Incapacidad para suceder a un hijo por indignidad.—Son hechos relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

D.^a Mari Juana presentó demanda en la que solicitaba que se declarase la incapacidad para suceder de D. Hilario, respecto de su hijo fallecido Miguel por causa de indignidad, con invocación del artículo 756.1.º y 7.º CC. La demandante alegó que el demandado como padre, había desatendido completamente al hijo de ambos, que a los quince meses fue ingresado por urgencias por un meningitis, quedándole como secuela una parálisis cerebral con plena dependencia de otra persona. Alega que pese a los reiterados ingresos hospitalarios ignoró a su hijo sin preocuparse por su estado o evolución de su enfermedad, sin volver a ver al niño, y abonando únicamente 5000 euros de los alimentos impuestos por sentencia (desde el año 2007 al 2013), cuando debieron ser 33.200 euros y sin comparecer en el proceso iniciado para privarle de patria potestad, que no terminó por fallecimiento del menor. La demandante entiende ante esos hechos que concurre causa de indignidad del demandado para suceder a su fallecido hijo, por abandono sin remordimiento alguno de un menor con parálisis cerebral, dependiente total para todas las

actividades de la vida, que requirió constante atención médica e ingresos, sin visitarlo ni contribuir pese a conocer la precariedad económica, incumpliendo gravemente el deber de asistencia moral y económica de su hijo.

Frente a la pretensión formulada en su contra, el demandado alega no haber existido abandono alguno, respondiendo la demanda a una estrategia de la actora para que el demandado no reciba nada de la herencia de su hijo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Avilés dictó sentencia el 9 de septiembre de 2015 desestimó la demanda porque, a su juicio, la actora, a quien incumbe probar los hechos, no ha conseguido acreditar la concurrencia de la causa de indignidad. Entiende que: «Al margen de valoraciones subjetivas o éticas, no se aprecia, ni se ha objetivado, el grado de abandono para que entre en juego o pueda apreciarse, la causa de indignidad alegada, conforme constante jurisprudencia». En síntesis desestima la demanda por las siguientes razones: El demandado cumplió parcialmente la obligación de pagar alimentos acordados en convenio regulador en el año 2007, pagó ciertas deudas comunes, no hubo reclamación judicial o extrajudicial por impago de pensión alimenticia, ambos progenitores de forma conjunta en el año 2008 demandaron indemnización para el hijo (que consiguieron por sentencia firme en 2011), contribución por el abuelo paterno al pago de la provisión de fondos de 1500 euros, desplazamientos permanentes a Asturias del demandado según vida laboral que dificultan un régimen de visitas normalizado. Añade la sentencia que la firma del documento n.º 4, dada la índole de las afirmaciones que contiene carece de validez alguna.

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la demandante por infracción de los artículos 319 y 326 LEC y consiguiente error en la valoración de la prueba, pues la sentencia no solo prescindía de un documento reconocido, que además había sido firmado con pleno conocimiento de causa en tanto le fue entregado con antelación más que suficiente y tras haber recibido el cliente asesoramiento letrado y de su familia, sino también del resto de la prueba, de documentos acreditativa de que a los pocos meses del cese de la convivencia el demandado se había desatendido del pago de la pensión de alimentos pactada para el hijo común, no obstante haber tenido trabajo durante todo ese tiempo e incluso mejorado sus condiciones respecto de las que tenía al tiempo del convenio regulador y ser perfectamente consciente de que el importantísimo quebranto de su salud sufrido por su hijo cuando apenas si tenía un año había comportado, que durante toda su corta y desgraciada vida exigiera atención constante y cuidados médicos especializados, incluidas ocho operaciones quirúrgicas y tratamientos de fisioterapia y rehabilitación que no siempre podía ser prestados por el sistema público de salud; y en segundo lugar prescindía igualmente del hecho reconocido en la contestación de nula implicación del demandado en el cuidado del niño, de manera que su falta de colaboración tenía que ser suplida por la extraordinaria y abnegada dedicación del otro progenitor, a costa de comprometer su propio desempeño laboral.

Correspondió conocer del recurso a la sección num. 6 de la Audiencia Provincial de Oviedo que dictó sentencia el 9 de mayo de 2016 por la que estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia, y declaró al demandado D. Hilario incapaz por indignidad para suceder a su fallecido hijo Miguel. Comienza su motivación la sentencia de la Audiencia Provincial con una exposición legal y doctrinal sobre la cuestión a decidir. El artículo 756 CC, en la redacción vigente al tiempo del fallecimiento del menor acaecido el 10 de diciembre de 2013, indicaba que son incapaces de suceder por causa

de indignidad los padres que abandonaren a sus hijos y también que tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 CC. El concepto legal de abandono va más allá de la simple exposición incluyendo también el rompimiento absoluto, por toda la vida, de la relación paterno filial desde la infancia del hijo, desentendiéndose de las obligaciones de alimentarle, acompañarle, educarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas (SSTS de 3 de diciembre de 1946 y 28 de febrero de 1947), sin que por el contrario requiera que el menor haya quedado desamparado si ello ocurrió. A continuación la sentencia afirma literalmente: «El desapego paterno y la delegación en el otro progenitor de los extenuantes cuidados que precisaba el menor son cuestiones igualmente reconocidas y, de no ser así, se habrían considerado igualmente acreditadas con la prueba practicada en la instancia porque ni siquiera los familiares directos propuestos como testigos por el demandado osaron calificarle como buen padre, oscilando entre los que señalaron que sin duda podría haberlo sido mejor y los que simplemente optaron por descartar que se hubiera desentendido absolutamente de su hijo, refiriéndose en esencia al menguado auxilio económico que le había prestado pues en lo personal ninguno osó rebatir la mínima implicación paterna en relación a un hijo, particularmente desvalido; por el contrario los demás testigos examinados confirmaron el lamentable olvido paterno, que igualmente traslucirían las certificaciones expedidas por los profesionales que desde distintas perspectivas habrían prestado atención al niño, como su pediatra, directora del centro escolar o presidente de la asociación de padres del mismo; y no puede el demandado excusar su falta de implicación familiar en razones laborales porque, en primer término, su absentismo familiar se dio tanto cuando estaba trabajando fuera del territorio como cuando regresó al mismo, y en segundo lugar porque consta que visitaba Corvera con cierta frecuencia y sin embargo nunca dedicó sus periodos de descanso laboral a cosa distinta de su propio disfrute y esparcimiento sin colaborar en absoluto en el cuidado del niño; tampoco le exonera de dicho reproche que, al parecer, tuviera una pésima relación personal con la abuela materna con la que convivían su pareja e hijo pues no consta que, pese a ello, le hubiera sido negado relacionarse con este y participar de su cuidado. En todo caso, aunque prescindiéramos del reproche que suscita el desapego paterno, reiteramos que bastará constatar que en efecto había incumplido su obligación de dar alimentos para considerarlo incapaz para suceder a su hijo».

Como corolario de su motivación fáctica respecto a los alimentos concluye que: «Debe entenderse que el incumplimiento de la obligación de dar alimentos fue absolutamente voluntario y constituye causa de incapacidad por indignidad para suceder a su hijo, que es también lo que se deducía del documento litigioso reconocido; a mayor abundamiento, por sorpresivo que parezca, consta en autos que la firma del mismo fue precedida de consultas con su abogado y con otros miembros de la familia que le desaconsejaron vivamente hacerlo, no obstante lo cual el apelado decidió suscribirlo para así cobrar la cantidad que la sentencia había reconocido como daño a cada progenitor, sesenta mil euros, una vez deducidos los gastos que había comportado el pleito, evidenciando con ello una vez más que, lejos de cualquier altruismo, lo único que le importaba en ese punto era su propio y personal interés».

La representación procesal de la parte demandada interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

En relación con el primero, la sentencia recurrida no da prioridad al documento privado sobre el resto de medios probatorios, sino que lo valora en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (SSTS de 30 de junio de 2009 y 15 de noviembre de 2010), pues conoce y cita, la doctrina de la Sala de que el contenido del documento puede ser sometido a apreciación con otras pruebas, así como que corresponde al demandado destruir la presunción de veracidad de sus manifestaciones. A esa labor dedica el Tribunal su motivación, de forma minuciosa, pues la sentencia de primera instancia se limitó a decir, sin más, que por la índole de las afirmaciones que contiene el documento la firma del mismo carece de validez alguna. El documento reconoce la grave discapacidad del hijo y, aunque no es objeto de debate, el Tribunal recoge en qué consiste ésta y su entidad, de acuerdo con la documental venida a autos. El documento, que es sencillo y claro en sus expresiones, sin términos o construcciones gramaticales poco comprensibles para legos en materias jurídicas, afirma que «nunca fue para mí un hijo querido ni deseado», así como que «nunca he actuado como padre, olvidándome y desentendiéndome completamente de él», absteniéndose de invitarle y de cubrir sus necesidades económicas. No se aprecia, por tanto, error patente ni incontrovertible. El recurrente, consciente de la claridad de lo que reconoce en el documento alega que obedeció a motivos espurios de la autora. Pero como también es consciente de que lo suscribió con asesoramiento de letrado, pone en entredicho el buen hacer profesional de éste, aunque sin llamarlo a testificar relevándole del secreto profesional hacia él, a fin de que explicase que no justificaba que se suscribiese ese contenido «impresentable», en palabras del recurrente, así como para que el letrado en cuestión no viene criticada su labor sin poderse defender. Concluimos que si los incumplimientos fueron o no graves, a efectos de indignidad para suceder, excede del aspecto fáctico de este recurso, y como valoración jurídica es propia del ámbito del recurso de casación.

El motivo único del recurso de casación tiene idénticas carencias formales que el recurso extraordinario por infracción procesal pues se estructura como un escrito de alegaciones, se invoca la oposición o desconocimiento en la sentencia de apelación de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, interpretativa de las causas de desheredación por ingratitud previstas en el artículo 756 CC, invocando algunas sentencias de aquel. Estas últimas coinciden en que la jurisprudencia exige una interpretación restrictiva en la aplicación de las causas de carácter claramente sancionador señaladas en el artículo 756 CC, sin embargo deciden sobre supuestos que en nada coinciden con el que aquí se enjuicia. La STS de 11 de febrero de 1946 se refiere a la omisión por el heredero de la obligación de denunciar la muerte violenta del testador. La STS de 26 de marzo de 1993 conoce del abandono del padre a la hija, a la que no prestaba ayuda alguna, ni pasaba pensión alimenticia, si bien con la matización de que la hija era mayor de edad y sin prueba de padecer necesidades perentorias insatisfechas, sino más bien al contrario. La STS de 28 de junio de 1993 tiene por objeto la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, al que abandonó sentimentalmente durante su última enfermedad, y, además, es sobre causa de desheredación.

El supuesto objeto del presente litigio se circunscribe al abandono por su padre de un menor de edad con parálisis cerebral y al incumplimiento hacia él por el demandado de la obligación de darle alimentos (art. 756.7 CC.

vigente al tiempo del fallecimiento del menor acaecido el 10 de diciembre) lo que evidentemente se separa sustancialmente de lo decidido en las sentencias citadas en las que el recurrente funda el interés casacional. Para ofrecer respuesta al recurso, y una vez que se ha desestimado el extraordinario por infracción procesal, hemos de partir del escrupuloso respeto a los datos fácticos que se tienen por probados; de forma que solo merecerá nuestra atención las valoraciones jurídicas de la sentencia recurrida. La discapacidad del hijo puede ser un factor relevante para valorar la gravedad de la desatención hacia él, pero no es relevante para considerar aplicable la causa 7.^a del artículo 756 CC., pues la atención que es debida lo sería en su calidad de menor de edad sujeto a la patria potestad, y no al amparo de los artículos 142 a 146 CC por su discapacidad. La doctrina de la Sala, que trae a colación la sentencia de 20 de julio de 2017, por remisión a la sentencia de 17 de febrero de 2015, contiene las siguientes declaraciones: De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre y 8 de noviembre de 2013). De ahí que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención. De ahí que lo que merezca nuestra atención sea el abandono del hijo, previsto como causa de indignidad en el núm. 1.º del artículo 756 CC en la redacción vigente a la fecha del fallecimiento del menor.

A juicio de la sentencia recurrida el concepto legal de abandono va más allá de la simple exposición, incluyendo también «el rompimiento absoluto, por toda la vida, de la relación paterno-filial desde la infancia del hijo, desentendiéndose de las obligaciones de alimentarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas (sentencias de 3 de diciembre de 1946 y 28 de febrero de 1947)». Coincide en ello autorizada doctrina que sienta que la expresión de abandono ha de entenderse en sentido amplio, como falta de cumplimiento de deberes de asistencia y protección, tanto físicos como morales y económicos. El abandono vendría referido al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad: velar por los hijos, tener los en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154.2, 1.º CC). Así lo viene reafirmando las resoluciones dictadas al respecto por Audiencias Provinciales, y es que una cosa es que las causas de indignidad sean de interpretación restrictiva, exigiéndose que se constate casos claros y graves, y otra que sea restrictiva la interpretación o entendimiento de la concreta causa (STS de 30 de enero de 2015), excluyendo del abandono el incumplimiento de deberes familiares impuestos por el ejercicio de la patria potestad, lo que no se compadecería con la naturaleza de la previsión legal.

Si se aplica a la causa de indignidad que nos ocupa las valoraciones jurídicas que hace la sentencia recurrida sobre los hechos probados, el recurso no puede ser estimado, pues no suponen una interpretación extensiva sobre la existencia de la causa, ya que tiene por demostrado el abandono grave y absoluto del hijo por el padre, sin atenuante o paliativo que lo justifique. De tales valoraciones, y teniendo en cuenta la grave discapacidad del hijo, el incumplimiento de los deberes familiares personales del padre hacia aquél no merecen otra calificación que la de graves y absolutos, y otro tanto cabría

decir de los patrimoniales, pues aunque hayan mediado algunos pagos de la obligación alimenticia convenida, sustancialmente no se ha cumplido ésta, y como se razona no se valora como involuntario tal incumplimiento. No deja de ser llamativo que el demandado, aquí recurrente, ante una demanda en su contra de pérdida de patria potestad, con la gravedad que ello supone en las relaciones paterno filiales, no se personase y fuese declarado en rebeldía, pues si la demanda hubiese prosperado, lo que no sucedió por fallecer el menor en el curso del proceso, la causa de indignidad no ofrecería duda, como expresamente se prevé en el pár. 3.º del núm. 2.º del artículo 756 CC en la redacción actual por Ley de 2 de julio de 2015 de Jurisdicción Voluntaria.

Como corolario cabe concluir que, partiendo de los hechos probados, es grave y digno de reproche que el menor desde el año 2007 hasta su fallecimiento en el año 2013 careciese de una referencia paterna, de un padre que comunicase con él, le visitase y le proporcionase cariño, afectos y cuidados, obligaciones familiares de naturaleza personal de indudable trascendencia en las relaciones paterno filiales, y todo ello sin causa que lo justificase. Pero aun es más grave y más reprochable si el menor, a causa de padecer una enfermedad a los 16 meses de edad, sufría una severa discapacidad que exigía cuidados especiales. Fruto de la gravedad de esa conducta paterna es que la reprochabilidad de la misma tenga suficiente entidad para acarrear, como sanción civil, su incapacidad por indignidad para suceder al menor. Tal reproche se implementa con el incumplimiento sustancial por parte del padre de las obligaciones alimenticias convenidas para el menor. La sentencia recurrida razona por qué los pagos parciales que se hicieron por el padre, en determinadas épocas, de tal obligación patrimonial no excluyen el incumplimiento sustancial de la misma, así como también razona por qué no acoge las justificaciones que ofrece la parte en su defensa. Tales razonamientos no pueden tacharse de ilógicos, absurdos o arbitrarios y, por ende, tal incumplimiento patrimonial coadyuva al personal, que es el esencial, para calificar la gravedad de la conducta del demandado, aquí recurrente, con la consecuencia en el orden sucesorio.

Según lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC, se impone a la parte recurrente las costas de ambos recursos. **(STS de 23 de abril de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Supuesto de hecho singular por la existencia de una declaración escrita del progenitor incumplidor, previamente deliberada que, incluso podría calificarse hasta de provocadora frente a la madre que asumió de hecho el cuidado y atención del hijo común gravemente enfermo y fallecido a los seis años. Por razón de la fecha en que ocurrieron los hechos, la Sala aplica el texto anterior a la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y es plenamente de aprobar, superando las deficiencias técnicas de los recursos. (G. G. C.)

28. Sucesiones. Desheredación. El maltrato psicológico como manifestación del maltrato de obra reiterado que es causa de la desheredación. No lo integran las duras opiniones vertidas puntualmente en las redes sociales.—La jurisprudencia de la Sala ha insertado el maltrato psicológico reiterado dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del artículo 853.2.º CC, al entender que es una acción que puede lesionar la salud mental de la víctima (SSTS de 3 de junio de 2014 y de 3 de enero de 2015). Sin embargo, los hechos referidos no son susceptibles de ser valorados como

maltrato psicológico, en tanto la dureza de las opiniones sobre el padre vertidas en las redes sociales constituye un hecho puntual que no integra un maltrato reiterado y su eficacia como causa desheredatoria queda desvirtuada por el posterior intercambio de mensajes familiares con su padre y por el hecho de que el causante, que se suicidó al día siguiente de otorgar testamento, no hizo mención alguna a esta causa de desheredación en su testamento, sino, de forma genérica, a la ausencia de falta de comunicación.

La desatención afectiva como causa de desheredación.—Para que la falta de relación familiar afectiva pueda integrar una causa de desheredación sería necesario que dicha desatención fuera causante de daños psicológicos que pudieran encajar en la modalidad de maltrato antes señalado. Pero, además, solo la falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como tal; lo que no acontece en el caso, toda vez que dicha ausencia de relación tiene su origen en las profundas desavenencias y la mala relación con el testador, que se originaron durante la infancia de la hija desheredada, que llevó a la autoridad judicial a suprimir las visitas a las que aquél tenía derecho con respecto a esta última. Por consiguiente, no es imputable a la hija, que era una niña, la mala relación y el distanciamiento con su padre. (STS de 27 de junio de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El testador desheredó a la hija habida de un anterior matrimonio, con la que no mantenía buenas relaciones, hasta el punto de que, siendo menor de edad, se había acordado por la autoridad judicial la supresión del derecho de visita que el padre tenía para relacionarse con la hija, a la vista de las fuertes desavenencias y mala relación que ésta mantenía con su progenitor y la nueva compañera de éste. Transcurridos los años, y habiéndose retomado los contactos, con acercamientos positivos y también con algún episodio de enfrentamientos entre padre e hija, aquél otorgó testamento declarándola desheredada, pero sin especificar la causa de dicha desheredación y aportando al testamento varios documentos de los que podría inferirse una posible causa. Fallecido el padre y abierta la sucesión, la hija demandó a la compañera de su padre, al hijo habido con ésta y al albacea, solicitando se declarase la nulidad de la desheredación y se le reconociera su derecho a obtener por legítima lo que le correspondía. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al entender que no se había expresado la causa de la desheredación, además de quedar probada la existencia de una reconciliación entre padre e hija. Consideró también que el comportamiento contradictorio del causante había generado una falta de comunicación y entendimiento entre el testador y la heredera, que no eran causa suficiente para desheredar y, menos aún, le era imputable a la hija toda vez que se habrían producido durante su minoría de edad. La Audiencia Provincial de Santander desestimó el recurso de apelación de los demandados al entender que no había quedado acreditado el maltrato de obra derivado de las desavenencias entre padre e hija, ni tampoco un daño psicológico provocado por la presunta desafección emocional. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

29. Derecho de sucesiones: Institución a favor de hermana, sin descendientes, con carga modal.—El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la calificación jurídica de la obligación impuesta por la testadora a la instituida heredera, bien como condición suspensiva, o bien como carga modal. En el testamento otorgado el 2 de febrero de 2012, la testadora D.^a Socorro, viuda y sin descendientes, dispuso lo siguiente:

«Segunda: Instituye como heredera universal en todos sus bienes, derechos y acciones a D.^a Reyes, vecina de Villafranca del Bierzo, con la obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento, dispensándole toda clase de cuidados, sustituida vulgarmente, para los casos de premoriencia, o de no poder o no querer aceptar la herencia, por aquel de sus descendientes que esté dispuesto a cumplir o seguir cumpliendo la obligación impuesta. Si a la heredera le sobreviniesen circunstancias personales o familiares que le imposibilitaran seguir cumpliendo la condición o falleciese antes de la testadora será compensada por el que ocupe su lugar, con un porcentaje del valor de los bienes dejados en proporción a los años en que cuidó y atendió a la testadora. Tercera: Designa a sus vecinos D.^a Carmen y D. Armando, como personas encargadas de determinar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación impuesta a la institución de heredero. Plazo para el ejercicio del encargo un año a contar desde el fallecimiento de la testadora.»

D. Simón interpuso una demanda en la que solicitaba la nulidad del testamento por incumplimiento de la instituida heredera, su hermana D.^a Reyes, de la condición impuesta por la testadora por la que venía obligada a cuidarla y asistirle hasta el momento de su fallecimiento, por lo que debía procederse, en consecuencia a la apertura de la sucesión intestada de la causante. La instituida heredera se opuso a la demanda. Alegó que la testadora no había previsto una propia condición testamentaria, sino una carga modal que había sido cumplido por su parte.

La sentencia de 19 de julio de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Ponferrada desestimó la demanda. Consideró que para la resolución de la controversia planteada resultaba indiferente la calificación jurídica de la obligación impuesta por la testadora, pues lo relevante era si dicha obligación había sido o no cumplida. Tras la prueba practicada, y ante la existencia de versiones contradictorias por los testigos que comparecieron en el juicio, prefirió la versión ofrecida por los testigos que la propia testadora había designado en su testamento como personas encargadas de determinar el cumplimiento de la obligación. Además resaltó, como dato objetivo incontestable, que desde la fecha en que se produjo el incidente que provocó la intervención de la Guardia Civil, con la salida voluntaria de la testadora de la casa de la instituida heredera, y la posterior firma del documento por el que se procedió a la liquidación de los gastos por los cuidados dispensados, habían transcurrido 6 meses durante los cuales la testadora, en pleno uso de sus facultades mentales, ni dirigió requerimiento alguno a la instituida heredera para que cumplierse con la referida obligación, ni tampoco realizó la revocación del testamento otorgado.

El 31 de julio de 2015, la sección 1.^º de la Audiencia Provincial de León estimó el recurso de apelación, revocando la de primera instancia, estimando la demanda y declarando ineficaz la institución de heredera a favor de la demandada, así como la procedencia de abrir la sucesión intestada de la causante, así como que la obligación impuesta a la instituida heredera, de cuidarla y asistirle hasta su fallecimiento, debía ser calificada como condición suspensiva de carácter potestativo, cuyo cumplimiento debía realizarse en

vida de la testadora, de forma que el incumplimiento de la condición impediría la adquisición del derecho testamentario. Con relación al incumplimiento de la condición, y aunque resultó acreditado tanto el cuidado que prestó la instituida heredera durante la estancia hospitalaria de la testadora, meses de enero a marzo de 2012, como la marcha voluntaria de la testadora durante el referido mes de marzo para residir en su casa, de la valoración conjunta de la prueba practicada destacó como hechos relevantes que la instituida heredera conocía la disposición testamentaria y que la testadora y la heredera, el 24 de marzo de 2012, suscribieron un documento privado en el que la testadora liquidaba los gastos ocasionados por la atención dispensada por la heredera durante su periodo de convalecencia, dando por terminada su relación y sin dejar nada pendiente de reclamar. Sin que constase que tras la firma de dicho documento fuera requerida la heredera para prestar algún tipo de atención. Por último restó importancia al hecho de que la testadora, pese al incumplimiento de la condición, no revocase el testamento, pues precisamente el carácter condicional de la obligación impuesta le hacía confiar razonablemente en la ineficacia de la institución de heredera contemplada en su testamento.

La demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima por plantear cuestiones de naturaleza o índole sustantivas propias del recurso de casación, como son las relativas a la interpretación y ejecución del testamento.

Modo y condición en testamento: Doctrina jurisprudencial.—La demandante al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos:

En el primer motivo la demandada denuncia la infracción de los artículos 797 y 759 CC y de la jurisprudencia que los interpreta. Argumenta que la obligación impuesta a la instituida heredera debe ser calificada de carga modal tanto desde la interpretación del testamento, como desde la interpretación de los citados preceptos, pues la testadora no establece expresamente el carácter de condición suspensiva de la obligación impuesta y además prevé la sustitución vulgar de la instituida heredera por sus descendientes. El motivo debe ser desestimado. Como expresamente reconoce la sentencia recurrida, la cuestión de la calificación jurídica de esta obligación en el marco de la voluntad testamentaria, cuya utilización suele ser típica en numerosos testamentos, es una cuestión compleja y controvertida. Sin duda, la complejidad de la calificación jurídica responde a la deficiente regulación de nuestro Código civil sobre esta materia. Recordemos que a la ausencia de regulación de la carga modal en la sucesión testamentaria se suma la incompleta regulación de la condición suspensiva en las disposiciones testamentarias (arts. 790 ss. CC), así como el peculiar contenido condicional de la obligación impuesta, de carácter potestativo para el favorecido y de realización o cumplimiento en vida del testador, por lo que solo tangencialmente viene contemplada en el seno de la obligación condicional (art. 795 CC). No resulta extraño, por tanto, que la cuestión planteada haya tenido, y tenga, un carácter controvertido tanto para la doctrina científica, como para la doctrina jurisprudencial, tal y como resulta demostrativa la dispar calificación que se le da a esta figura en las SSTs de 21 de enero de 2003 y 18 de julio de 2011. Por lo que interesa que esta Sala fije los criterios de interpretación de la cuestión planteada.

En este sentido, la calificación jurídica que corresponde a la obligación impuesta por la testadora debe realizarse, necesariamente, desde la interpretación del testamento tanto en su vertiente, primordial, de búsqueda o preponderancia de la voluntad realmente querida por el testador (art. 675 CC),

como de su necesaria correspondencia con la declaración formal testamentaria realizada. Desde el primer plano de análisis indicado, la obligación de cuidar y asistir a la testadora hasta su fallecimiento tiene el carácter de condición suspensiva cuando el contenido de dicha obligación responde, en esencia, a la fijación de la voluntad o finalidad querida por el testador, esto es, suponga la razón decisiva y determinante del otorgamiento de la disposición testamentaria relativa a la institución de heredero. Desde el segundo plano indicado, esta fijación de la voluntad realmente querida por el testador tiene que estar proyectada, de forma principal, en la declaración formal testamentaria, en su interpretación lógica y sistemática. En el presente caso, ambos planos de análisis concurren en favor de la calificación de la obligación impuesta como una condición suspensiva. En efecto, desde la voluntad realmente querida por la testadora la institución de la heredera solo cobra sentido, o razón de ser, en atención a su carácter condicional, esto es, a que la instituida la cuide y la asista hasta su fallecimiento. En esta línea, su proyección como condición también encuentra una clara correspondencia o base en la declaración formal testamentaria, en donde de forma principal dicha condición vertebrada la interpretación lógica y sistemática acerca de la eficacia de la institución de heredero establecida y, en su caso, de la sustitución vulgar prevista, por lo que su incumplimiento condiciona directamente la eficacia misma de la institución de heredero en toda su extensión (cláusulas 2.^a y 3.^a del testamento). En este contexto, debe señalarse que la aplicación del alegado artículo 797 CC para nada obsta o se contrapone a lo ya expuesto, pues el propio precepto, en la línea de lo argumentado, subordina el criterio interpretativo en favor de la calificación modal de la obligación a la voluntad realmente querida por testador («a no parecer que ésta era su voluntad»).

En el segundo motivo la demandada denuncia la infracción del artículo 798 CC. Argumenta que, en todo caso, la circunstancia que da lugar al supuesto incumplimiento de la obligación, esto es, la salida voluntaria de la testadora del domicilio de la instituida heredera, impide que se le pueda imputar dicho incumplimiento a no mediar culpa alguna por su parte, por lo que en atención al citado precepto debe considerarse cumplida la obligación. Cita en su tesis las SSTs de 10 de julio de 1991 y 18 de julio de 2011. El motivo debe ser desestimado. Aun siendo cierto el hecho alegado por la recurrente, es decir, la salida voluntaria de la testadora de su domicilio, no resulta determinante para la aplicación del citado artículo 798 CC. El fundamento de esta conclusión radica, conforme a la valoración de la prueba en que la instituida heredera, al concluir voluntariamente el cuidado y asistencia de la testadora, realizó un «hecho propio frontalmente contrario al cumplimiento de la condición establecida, tal y como prevé el segundo párrafo del citado precepto. En efecto, en este sentido hay que destacar que la sentencia recurrida considera acreditado que la instituida heredera tenía conocimiento cabal de la disposición testamentaria, esto es, de que la obligación impuesta alcanzaba los cuidados y asistencia hasta el fallecimiento de la testadora y no solo al periodo de convalecencia. Pese a ello, no tuvo reparo, con asistencia letrada, en suscribir con la testadora un documento privado mediante el cual se liquidaban los gastos ocasionados por la atención dispensada, poniendo fin de esta forma a la relación de cuidados y asistencia que existía entre ambas partes y, con ello, al posible cumplimiento de la condición testamentaria.

Por último, en el motivo 3.º la demandada denuncia la infracción del artículo 675 CC. Argumenta que dicha infracción se produce cuando la sentencia recurrida, dada la claridad de la disposición testamentaria, no se sujeta

al testimonio realizado por las dos personas designadas en el testamento para confirmar el cumplimiento de la obligación impuesta. Con cita, entre otras, de la STS de 8 de junio de 1982. El motivo debe ser desestimado. Precisamente, por la voluntad querida y manifestada por la testadora (art. 675 CC) de condicionar la propia eficacia de la institución de heredera al cumplimiento de una relevancia determinante conexas a la misma esencia o razón de ser de la institución contemplada. En el presente caso, ambas instancias han considerado necesario acudir a la prueba extrínseca al testamento para determinar el cumplimiento de la condición impuesta por la testadora, si bien con distinto resultado en la valoración conjunta de la prueba, particularmente tras el análisis crítico del testimonio de las personas designadas en el testamento que realiza la Audiencia. Por lo que la conclusión interpretativa que alcanza la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser respetada en casación al no ser ilógica o contraria a la voluntad querida por la testadora.

La desestimación de ambos recursos comporta que las costas causadas por dichos recursos se impongan a la parte recurrente (art. 398.1 LEC). Procede asimismo ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de los mismos (DA 15.ª LOPJ). (**STS de 30 de mayo de 2018**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Sentencia de aprobar después de una minuciosa argumentación sobre esta figura, escasamente regulada en el Código civil. Una persona que no tiene más parientes consanguíneos que hermanas, encarga testamentariamente a una de ellas que la cuide y la asista en los últimos años de su vida. Si lo cumple adecuadamente la heredará (sucesión voluntaria) en la totalidad de sus bienes. Nombra a dos personas ajenas que examinen si ha cumplido la obligación impuesta; asimismo si ocurren incidencias antes del óbito, en cuyo caso debe liquidarse la asistencia prestada y negociarse otro asistente. Fallecida la testadora, una hermana no beneficiaria, solicita que se anule el testamento por incumplimiento de la obligación impuesta a la heredera. Hay unos hechos poco claros en los autos (intervención de la Guardia Civil) e internamiento temporal en una clínica de la testadora. Asimismo queda probado que en cierto momento la testadora abandona el domicilio de la heredera, abonándose a ésta los gastos que le había ocasionado la prestación de asistencia. Fallecida la testadora, la hermana no heredera solicita la declaración de nulidad del testamento por incumplimiento de la obligación de asistencia, lo que dará origen a la sucesión intestada. Sentencia plenamente de aprobar. (G. G. C.)

30. Liquidación de la sociedad de gananciales con carácter previo a la partición de la herencia y liquidación extrajudicial de la sociedad.— Cuando la sociedad de gananciales se disuelve por el fallecimiento de un cónyuge, la liquidación de la comunidad se presenta como un acto previo necesario para fijar el haber partible, integrado por los bienes privativos y los que corresponden al causante en virtud de la liquidación de la comunidad. Solo se admite la partición sin liquidación de la sociedad, cuando los intereses en presencia no se vean vulnerados.

La liquidación de la sociedad de gananciales extrajudicial, en este contexto, requiere el consentimiento unánime de todos los partícipes.

Por tanto, cabe que el contador partidor designado por ambos cónyuges practique la partición e ambas herencias sin liquidar previamente los gananciales adjudicando bienes concretos cuando según las circunstancias del caso no se vulneren intereses en presencia y no se produzcan alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes a adjudicar a cada heredero.

Si se disuelve una sociedad de gananciales por muerte del esposo y en la herencia posterior de la esposa se declaraba que se partirían conjuntamente ambas herencias, en atención a que el contador designado por el esposo había fallecido sin realizar ninguna operación y en atención a que los bienes del difunto marido eran esencialmente gananciales, resulta necesaria la intervención en la partición de los herederos del esposo. Ello, por cuanto ocupan su puesto y el esposo no confiere facultad alguna al albacea designado por la esposa.

Actos propios y legitimación para impugnar el testamento y la partición.—El rechazo a la firma del cuaderno de partición hereditaria realizado por el albacea sobre la base de que existen errores en la valoración de algunos bienes de la herencia equivale a un reconocimiento de la eficacia del testamento y la partición realizada conforme a él. Por eso, actúa contra sus propios actos quien después acciona para que se declare la ineficacia del testamento y la partición y queda privado de legitimación activa. **(STS de 25 de abril de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—A falleció el 13 de mayo de 1985, bajo testamento otorgado el año anterior por el que concedía el usufructo universal y vitalicio a su esposa B, y nombraba herederos a partes iguales a sus dos hijos C y D. A y B estaban casados en régimen de gananciales, pero al fallecimiento de A no se liquidó la sociedad de gananciales. Asimismo, A nombró albacea a E, para el caso en que alguno de los herederos lo solicitara.

B falleció el 31 de julio de 2004. Su testamento, de 2003, nombraba herederos por mitad a su hijo C y, sus nietos F y G, hijos de su hijo D, premuerto en 2002. En su testamento, B declaró albaceas-comisarios-contadores-partidores a H y I, para que liquidaran la sociedad conyugal. Dado que el primer albacea, E, había fallecido sin realizar ninguna operación, B expresó su voluntad en el testamento de que la partición de ambas herencias, la suya y la de su marido A, se practicase conjuntamente. En el testamento de B se contenía también una cláusula que sancionaba al heredero que no aceptase la presente disposición testamentaria, fuere promotor de intervención judicial o perturbador del normal cumplimiento de las demás disposiciones testamentarias a la reducción de sus derechos sucesorios al tercio de legítima estricta, los cuales pasarían, por igual, a los que acataren la voluntad del testador en la parte de los tercios de mejora y libre disposición.

D, el hijo premuerto de B (y a) había fallecido sin testamento en 2002; el 29 de abril de 2004 se otorgó acta de notoriedad por el que se declaraba herederos abintestato de D a sus dos hijos, F y G sin perjuicio de los derechos que correspondieren a la cónyuge de D, J.

El 21 de julio de 2004, F, G y su madre, J, interpusieron demanda de división judicial de la herencia de A, abuelo de F y G, y suegro de J. Señalaron, como interesados en la herencia, a su tío, C y a

su abuela, B. Después del fallecimiento de B, diez días después de la demanda, desistieron frente a ella y más tarde desistieron del procedimiento.

El 29 de julio de 2009, F, G y J recibieron un requerimiento notarial para protocolizar la partición de la herencia realizada por H. El 24 de julio comparecieron los tres en la notaría y declararon no estar de acuerdo con los términos del cuaderno, ni con alguna de las valoraciones que se atribuían a las fincas, por lo que rehusaron firmarlo. El 29 de julio, C, hijo de A y B, compareció en la notaría y declaró su conformidad con la herencia.

El 9 de diciembre de 2010, C falleció y dejó dos hijos, L y M, y una viuda, N.

El partidor H falleció en 2013, dejando dos hijos y mujer.

El 15 de mayo de 2013, la nieta F, interpuso demanda contra su hermano, G y su madre J, contra sus primos L y M, su tía, N, y los herederos del albacea H.

En la demanda solicitó la nulidad de tres cláusulas del testamento de su abuela, B: la que atribuía al albacea-contador la facultad de liquidar la sociedad conyugal con A; la que encomendaba al albacea-contador la partición conjunta de ambas herencias; la que contenía la *cautela socini* y sancionaba a los herederos que promovieran intervención judicial.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda y su sentencia fue confirmada por la Audiencia. (A. I. R. A.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Román en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y setenta páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Las palabras clave irán separadas por un punto, tanto si son palabra, frase o expresión. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura.

Referencias bibliográficas: las citas se harán del siguiente modo:

- Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- Capítulo de libro: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.
- Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 967-1086.

Si se incluye una bibliografía al final del artículo (lo que es preferible), las referencias en nota a pie de página solo incluirán los apellidos del autor o de la autora, fecha de publicación (si es un libro) y abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.). Si no se incluye la bibliografía, la primera referencia será completa y las sucesivas deberán incluir los apellidos del autor o de la autora, seguidos de *op. cit.* y la/s página/s.

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

- Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.
- Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.
- Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.