

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXIII, FASCÍCULO II

Abril-junio, 2020



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

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 LXXIII, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2020

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2020

<https://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): 090-20-072-9 (edición en papel)
090-20-071-3 (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>
Editorial	
Antonio Manuel MORALES MORENO: «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?»	447
Estudios monográficos	
Beatriz GREGORACI: «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español»	455
Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO: «La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles»	491
Andrea MACÍA MORILLO: «El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos»	559
Gabriel MACANÁS VICENTE: «Presente y futuro del desistimiento del principal en contratos de servicios. Artículo 526-4 PCC»	635
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Por Marta OTERO CRESPO, y Julia AMMERMAN YEBRA	713
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
DÍAZ TEJEIRO, Carlos M.: «La legítima de los descendientes en la ley de Derecho civil de Galicia», por Teodora F. Torres García	783
DURBÁN MARTÍN, Ignacio: «La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles», por María Paz García Rubio	789
GARCÍA GOLDAR, Mónica: «La liquidación de la herencia en el Código civil español», por Belén Sainz-Cantero Caparrós	796
REY MUÑOZ, Francisco Javier: «La responsabilidad contractual por defectos en la edificación», por Judith Solé Resina	803
NOTA CRÍTICA	
Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ: «La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)»	807
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUITIÁN	823
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS	
Emilio V. BLANCO MARTÍNEZ: «Una lectura constitucional del Derecho de contratos (la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de noviembre, sobre el libro sexto del Código civil de Cataluña relativo a las obligaciones y contratos)»	851

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

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, José María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO

El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?*

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático emérito de Derecho civil

Universidad Autónoma de Madrid

1. PROPÓSITO

Nos hallamos ante una de las grandes crisis que le ha tocado vivir a la Humanidad a lo largo de su historia. Esta crisis también está provocando problemas en el ámbito de la contratación. Creo que es importante plantearse si, ante esta situación, son adecuados los instrumentos jurídicos ordinarios del derecho de contratos. En las líneas que siguen trataré de demostrar que no, porque están fundados en criterios de justicia conmutativa y, en las circunstancias actuales, hace falta aplicar a los contratos soluciones excepcionales inspiradas en criterios de justicia distributiva. Defenderé, además,

* Las ideas que expongo corresponden a mi ponencia ante el Pleno virtual de Numerarios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, celebrado el pasado 18 de mayo.

Agradezco a María Paz García Rubio que me haya hecho partícipe de sus preocupaciones durante la elaboración de su interesante trabajo, «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España», publicado en la *Revista de Derecho Civil* [vol. VII, núm. 2, especial (mayo 2020) Ensayos, pp. 15-46]. Igualmente agradezco a Beatriz Gregoraci la información que me ha proporcionado y las reflexiones que me ha trasladado durante la preparación de sus intervenciones en diversos foros y la elaboración del trabajo que publica en este Anuario. Quiero también dar las gracias a Lis Paula San Miguel por sus atinadas observaciones, tras la lectura del texto que ahora publico. Comparto con Beatriz y Lis Paula la condición de investigador en el Proyecto de Investigación DER2017-84947-P, que si bien está orientado a los remedios contractuales en circunstancias ordinarias no puede dejar de tener en cuenta sus límites en circunstancias extraordinarias como las actuales.

que estos criterios los debe concretar el legislador, ponderando adecuadamente todos los intereses en juego.

2. **DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE DERECHO PRIVADO: LA FUERZA MAYOR Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS***

El derecho de contratos cuenta con dos instrumentos jurídicos que, a primera vista, podrían considerarse oportunos en la situación actual. Son, la cláusula *rebus sic stantibus* y la *fuerza mayor*.

La *fuerza mayor* nos sitúa ante el impacto sobre el cumplimiento del contrato de sucesos que no pueden ser controlados por el deudor. Permite repartir ese riesgo extraordinario que aparece en la ejecución del contrato.

La cláusula *rebus sic stantibus* trata de resolver los problemas que sobre la vida del contrato provoca una grave alteración sobrevenida de las circunstancias, imprevisible en el momento de contratar, que provoca una ruptura del equilibrio contractual inicialmente pactado.

Creo que ninguno de estos instrumentos, aplicados con el debido rigor, sirve para lo que exige esta situación, que es distribuir adecuadamente el impacto extraordinario de la pandemia en el conjunto de la sociedad, a través del entramado de relaciones contractuales existentes en ella. Las medidas que hay que adoptar van más allá de la consideración de cada contrato y deben estar inspiradas en principios de justicia distributiva, dentro del orden constitucional. Nada de esto se consigue mediante los resultados que puede proporcionarnos la aplicación de la fuerza mayor o la cláusula *rebus*, como podemos comprobar.

2.1 LA FUERZA MAYOR

La fuerza mayor es un concepto antiguo, acuñado en el Derecho Romano. Describe una situación no habitual, calamitosa como la actual, que puede incidir sobre la ejecución de un contrato.

El concepto de fuerza mayor (como el concepto próximo de caso fortuito, que en ocasiones se considera equivalente), está conectado al incumplimiento de un contrato. Lo justifica en la medida en que el impedimento que lo provoca no puede ser controlado por el deudor. Consecuentemente, la fuerza mayor excluye

normalmente la responsabilidad contractual (el deber de indemnizar). Algo conveniente en las actuales circunstancias.

Pero la fuerza mayor tiene limitaciones en la situación actual. Por un lado, no impide la aplicación de otros efectos del incumplimiento del contrato que podrían dar lugar a consecuencias nada deseables en estos momentos. Por otro, no es aplicable a muchas de las situaciones creadas por la pandemia que reclaman una solución.

Así, la fuerza mayor no impide, por ejemplo, la resolución por incumplimiento del contrato, que en el derecho actual no se basa en la culpa del deudor. La resolución de los contratos (máxime si se produce en cadena) provocaría en estos momentos consecuencias muy adversas, tanto de orden personal (y familiar) como económico. Privaría al sistema económico del entramado de contratos sobre los que el mismo se desenvuelve, cuya conservación facilitará la futura reactivación de la actividad económica. La resolución, por sus efectos, también daría lugar a restituciones en cadena de cantidades anticipadas (reservas), que podrían comprometer la liquidez de los obligados a ellas.

En definitiva, la resolución del contrato por incumplimiento, medida de estricta justicia conmutativa diseñada para situaciones ordinarias, es inadecuada en las actuales circunstancias en las que hay que preservar la supervivencia de los contratos. El legislador debe, por tanto, contribuir a evitarla.

La otra limitación de la fuerza mayor proviene de que la exoneración del incumplimiento que tiene su causa en ella es difícil de aplicar a las obligaciones pecuniarias. En ellas, el cumplimiento rara vez se puede considerar, en sí mismo, imposible. Por lo que el problema se sitúa en la incapacidad económica del deudor para cumplir, por falta de liquidez o solvencia. Problema que, ordinariamente, tiene su tratamiento en el derecho concursal.

2.2 LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

La cláusula *rebus sic stantibus* (incluyendo en ella la alteración sobrevenida de la base del negocio) es otro instrumento del derecho de contratos cuya oportunidad, en las actuales circunstancias, es más que dudosa.

Dejando a un lado las dudas que su reconocimiento haya podido suscitar en otras épocas (también en el Derecho español, reflejadas en el ir y venir de las decisiones de la jurisprudencia), la cláusula *rebus* es objeto de regulación en el moderno derecho de

contratos, y, con diversos nombres, la encontramos suficientemente perfilada.

En situaciones distintas de la actual, en la que el cambio afecta a casi todo el tejido contractual, la cláusula *rebus* puede ser un instrumento jurídico adecuado para repartir entre los contratantes el riesgo de una alteración sobrevenida de las circunstancias sobre las que el negocio se fundamenta, grave, extraordinaria e imprevisible en el momento de contratar. Pero en la situación actual, en la que la alteración es sistémica y de una magnitud desorbitada, la cláusula *rebus* no aporta soluciones de utilidad. Primero, porque está inspirada en criterios de justicia conmutativa (está pensada para cada contrato y no para el conjunto del tejido contractual). Segundo, porque su aplicación es lenta, costosa y puede provocar una gran diversidad de soluciones (según la apreciación de cada juez).

Podemos verificarlo utilizando el modelo de la *rebus* actual, diseñado a partir del derecho comparado, el europeo y la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación.

2.2.1 El supuesto de aplicación de la *rebus*

Sin duda el cambio de circunstancias del momento presente cumple los requisitos de imprevisibilidad y gravedad de la *rebus*. Pero esto no agota todas las exigencias de su supuesto de aplicación.

El supuesto de aplicación propio de la *rebus* (sin perjuicio de que se hayan podido hacer otras utilizaciones de la misma) es la alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato, establecido al celebrarlo (la alteración de la base del negocio o de las presuposiciones). No es, en cambio, la alteración de la capacidad económica o de la liquidez del contratante para cumplir, o su vulnerabilidad. La corrección de esta importante consecuencia de la crisis provocada por la pandemia queda, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la *rebus*, a pesar de su importancia. La *rebus* (aplicada con rigor jurídico) no sirve para resolver todos los problemas que plantea en los contratos la alteración provocada por la pandemia.

2.2.2 La *rebus* no justifica la suspensión del cumplimiento del contrato

En la aplicación de la *rebus*, la alteración sobrevenida de las circunstancias no justifica necesariamente, por sí misma, la paralización del cumplimiento del contrato. Esta solo podrá quedar justificada, posteriormente, si las partes lo acuerdan, si el juez así lo establece (en el caso de que le otorguemos un poder de intervenir en el contrato) o si se retrotrae la resolución que pueda decretar el juez. O puede encontrar justificación, fuera de la *rebus*, en los límites a la pretensión de cumplimiento, ámbito propicio a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, que exigen concreción judicial.

Hay, en la *rebus*, una zona oscura entre el momento en que sobreviene el cambio y el momento en el que se transforma la situación jurídica. De modo que, en el momento más crítico de la pandemia, no estaría justificada la suspensión del cumplimiento de la obligación por la parte afectada. Porque el contratante sigue obligado a cumplir el contrato hasta que culmine el procedimiento que abre la invocación de la cláusula.

Esta es otra de las razones que hacen que sea inadecuada la *rebus* en las actuales circunstancias.

2.2.3 La renegociación del contrato como solución prioritaria

El modelo de la *rebus* que estoy considerando establece, como solución prioritaria, la renegociación del contrato entre las partes. E, incluso, en alguna regulación de la misma, se fuerza esa negociación, conforme a la buena fe. De modo que, posteriormente, si no se alcanza el acuerdo, se permite al juez revisar la conducta de los contratantes y establecer la responsabilidad del que ha impedido el acuerdo.

Es, ciertamente, deseable que las partes lleguen a un acuerdo renegociado libremente. Y hasta podemos imaginar que, si todos los contratos vigentes, afectados por la alteración de las circunstancias, fueran satisfactoriamente renegociados, en condiciones razonables (suponiendo en las partes el mismo poder de negociación), el resultado sería «ideal». Los contratos renegociados reflejarían la valoración que hacen los contratantes de la nueva situación. Pero una cosa es tomar en cuenta los acuerdos que puedan alcanzar las partes, en cada caso, y otra distinta imponer la negociación para alcanzar acuerdos. Imponer la negociación crea dilaciones, permite al contratante no afectado por el cambio de circunstancias operar

con una estrategia oportunista. Prolonga la situación de incertidumbre. Tiene el riesgo de la asimetría en el poder de negociación, lo que no siempre garantiza la corrección del resultado alcanzado.

Y si imponer la renegociación tiene estos inconvenientes, es aún menos oportuno, en las actuales circunstancias, hacer entrar al juez, tras el fracaso, en la valoración de las conductas de los contratantes para decretar una posible indemnización. Esto implicaría una sobrecarga de esfuerzo para los tribunales.

2.2.4 La intervención judicial y sus resultados

El fracaso de la renegociación del contrato deja abierta la puerta a la intervención judicial, a instancia de la parte afectada por la alteración de las circunstancias. Aunque pueden existir variantes en la concreción de la cláusula hay, no obstante, directrices coincidentes.

El papel del juez puede ser, bien adaptar el contrato bajo ciertas pautas para restablecer el equilibrio (dictar un contrato modificado) o bien declararlo resuelto (determinando el momento al que se retrotraen los efectos de la resolución por él decretada). Puede ser también, imponer las sanciones a las que antes me he referido, al contratante que con su conducta contraria a la buena fe ha impedido alcanzar el acuerdo renegociado.

Ninguna de estas soluciones parece adecuada en estos momentos.

A los indeseables efectos de la resolución ya me he referido anteriormente. También me he mostrado contrario a hacer entrar al juez en la valoración de las conductas de los contratantes para decretar una posible indemnización. Solo me queda referirme a la adaptación judicial del contrato.

La adaptación judicial del contrato siempre puede suscitar recelos, si otorga el poder de redactar el contrato y no simplemente el de impedir la aplicación de determinadas cláusulas. Pero, al margen de esto, creo que es una vía inadecuada para resolver los problemas que provoca en un buen número de contratos la crisis actual por otras razones: porque, por su lentitud (lentitud del proceso, ausencia de medios, avalancha de reclamaciones) no permite dar respuesta inmediata a la situación actual; porque es costosa (debido a la sobrecarga de esfuerzo de los tribunales que implicaría generalizar esta solución); porque, además, no garantiza que los criterios aplicados sean uniformes. Es una medida que no permite asignar, bajo criterios uniformes de justicia distributiva los riesgos contractuales de la pandemia. Esto debe hacerlo el legislador.

3. BREVE REFERENCIA A LA BUENA FE

La buena fe es el alma de los contratos. Pero, así como permite excluir la validez de las cláusulas de un contrato, no debe permitir, en cambio, por sí sola, que el juez pueda reescribir el contrato. Salvo que una norma le encomiende esa tarea, bajo pautas precisas.

La buena fe (como la *exceptio doli*) es, también, un límite excepcional al ejercicio de los derechos, presente en la doctrina del abuso del derecho. Pero el uso generalizado de ese límite por los contratantes afectados por la actual situación no es un instrumento adecuado para distribuir el riesgo de esta pandemia. Presupone una judicialización que debe ser evitada.

4. APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 1575 CC

En el CC encontramos una norma que, de modo concreto, prevé los efectos de eventos extraordinarios sobre el contrato de arrendamiento de un predio rústico. Es el artículo 1575 CC, que califica a la peste de caso fortuito extraordinario (fuerza mayor), junto con otras situaciones de extrema gravedad (el incendio, la guerra, la inundación insólita, la langosta, el terremoto). Y en el caso de que provoque una pérdida de las cosechas superior al cincuenta por ciento da derecho al arrendatario a pedir una reducción de la renta.

¿Ofrece el artículo 1575 CC una solución? Creo que no. Además del problema de su vigencia y de la discusión que genere la aplicación analógica de este artículo, a falta de acuerdo entre los contratantes, su utilización conduce de nuevo a la vía judicial, inadecuada en el momento actual por las razones que ya he dicho.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

En estos momentos, en relación con los contratos vivos, creo que es el legislador quien debe adoptar las medidas necesarias para distribuir los riesgos de esta pandemia y mitigar sus efectos desastrosos. Debe hacerlo con criterios de justicia distributiva, respetando los principios constitucionales sobre los que se asienta la contratación. La actuación del legislador debe estar orientada por dos principios: la conservación de los contratos y la protección de la parte vulnerable. La conservación del «conjunto del entramado contractual» (utilizando la expresión de Fernando Gómez Pomar)

es la base del mantenimiento del sistema productivo y facilitará la salida de la crisis actual. Definir la vulnerabilidad económica de un contratante es más tarea del legislador que de la apreciación de cada juez.

Sabemos que el legislador español está actuando, tomando en cuenta la diversidad de situaciones e intereses afectados y aplicando diferentes medidas (aplazamiento de pagos sin devengo de intereses, suspensión de ejecuciones o lanzamientos, etc). La valoración de estas medidas es una tarea que va más allá de lo que pretendo con estas breves reflexiones.

El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español

BEATRIZ GREGORACI

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil (Acreditada TU)
Universidad Autónoma de Madrid

*«[...] Così tra questa
Immensità s'annega il pensier mio:
E il naufragar m'è dolce in questo mare.»*

L'infinito. Giacomo Leopardi (1826)

RESUMEN

El presente trabajo trata de ofrecer un panorama lo más clarificador posible del impacto que la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 ha tenido en el Derecho de contratos español, tanto a nivel legislativo como doctrinal. El artículo se divide en tres partes: tras analizar las instituciones del Derecho general de contratos que pueden estar llamadas a jugar un papel relevante en las circunstancias actuales, se presta atención a las reglas específicamente existentes para algunos contratos y a las normas del Derecho de consumo. El trabajo no solo estudia las medidas que se han adoptado ad hoc, sino también las instituciones con las que ya contaba el Derecho de contratos para hacer frente a esta situación. Todas estas medidas y figuras jurídicas se valoran en unas breves reflexiones finales.

PALABRAS CLAVE

COVID-19. Fuerza mayor. Buena fe. Cláusula rebus sic stantibus. Imposibilidad. Resolución. Prescripción. Arrendamientos. Préstamos. Contratos de consumo.

The impact of COVID-19 on Spanish contract law

ABSTRACT

This paper attempts to provide as clear an overview as possible of the impact that the health emergency caused by COVID-19 has had on Spanish contract law, both on legislative and academic levels. The article is structured in three parts: it begins by referring to general contract law, then moves on to analyze the specific contracts most affected by the pandemic and ends with a reference to consumer law. In each of the parts the paper shows the measures taken by the government ad hoc, as well as the measures that contract law already had in place to deal with this situation. I will assess all these measures in a brief final conclusion.

KEY WORDS

COVID-19. Force majeure. Good faith. Rebus sic stantibus. Impossibility. Termination. Prescription. Leases. Loans. Consumer contracts.

SUMARIO: *Contexto y justificación del trabajo.*–1. *Derecho general de contratos.* 1.1 Fuerza mayor. 1.2 Buena fe. 1.3 La cláusula *rebus sic stantibus*. 1.3.1 Sus presupuestos. 1.3.2 Sus efectos.–2. *Derecho de contratos en particular.* 2.1 Líneas comunes de la normativa aprobada por el legislador de emergencia. 2.2 Especial referencia a los contratos de arrendamiento de local de negocio. 2.2.1 La referencia a la cláusula *rebus sic stantibus* en el RD-Ley 15/2020. 2.2.2 Contratos no cubiertos por las medidas específicamente aprobadas por el legislador de emergencia.–3. *Derecho de consumo.* 3.1 Problemas de liquidez de los consumidores. 3.2 Interrupción del plazo para la devolución de los productos comprados. 3.3 Imposibilidad sobrevinida del cumplimiento de la prestación.–4. *Conclusiones.*–*Bibliografía.*–*Anexo.*

CONTEXTO Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO*

Nada ha escapado a la pandemia provocada por el COVID-19. Ni siquiera el Derecho de contratos. Fuerza mayor, cláusula *rebus sic stantibus* e imposibilidad son, probablemente, las palabras que más

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2017-84947-P «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento: aproximación de dos sistemas», dirigido por los Profesores Nieves FENOY PICÓN y Antonio Manuel MORALES MORENO y financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad; y tiene su origen en la ponencia que presenté, por invitación de los Profesores Hugh BEALE y Karin SEIN, en el *webinar* «Comparative Corona Contract Law. A

se repiten en las decenas de artículos, entradas de blogs y *webinars* que se han estado publicando o celebrando en nuestro país desde que el 14 de marzo entró en vigor el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19¹ (a partir de ahora, Real Decreto 463/2020). Mucho se ha escrito sobre las medidas adoptadas por el legislador de emergencia² que han afectado a la contratación civil. Quedarán en nuestra memoria las apasionantes discusiones doctrinales que el confinamiento ha propiciado y que han ayudado a sobrellevar esta difícil situación a quienes hemos pensado y aprendido estimulados por ellas.

Ante este panorama ¿qué puede aportar un artículo más sobre el mismo tema? Mi objetivo es modesto y, a la vez, atrevido: me gustaría proporcionar al lector interesado en conocer el impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español un ahorro de tiempo y esfuerzo, una guía para no perderse en los miles de árboles que no dejan ver el bosque. En la era del exceso de información, creo que puede ser útil un intento de ordenar las ideas que han surgido de una auténtica (y valiosa) *brainstorming*, insertándolas en una estructura que pretende ser coherente y acompañándolas de algunas reflexiones.

En este sentido, lo primero que, en mi opinión, conviene hacer es recordar las medidas que se han adoptado en la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 y que han impactado en los contratos, así como centrar los tipos de problemas que el Derecho de Contratos estaría llamado a resolver.

Las medidas de contención, adoptadas por el Gobierno en el ya citado Real Decreto 463/2020, que han impactado en los contratos

first academic look at the impact of COVID-19 on contract law across Europe», celebrado el 22 de mayo de 2020.

Deseo dejar constancia de mi agradecimiento a los dos revisores anónimos de la revista por sus atinadas observaciones y sugerencias, que han contribuido, indudablemente, a mejorar la calidad del trabajo. Las imperfecciones que puedan quedar en el mismo son, naturalmente, responsabilidad mía.

Quiero dedicar este trabajo a todos aquellos que lo han hecho posible, permitiéndome pensarlo y escribirlo con la paz que toda investigación requiere. Me refiero a aquellas personas anónimas, sanitarios y no sanitarios, que siguieron trabajando en servicios esenciales para nuestra supervivencia en los momentos más terribles de la pandemia; a los compañeros de mi Universidad que, desde sus puestos de gestión, hicieron posible que la docencia y la investigación pudieran seguir desarrollándose a pesar de todas las dificultades; a mis Maestros y a mis *hermanos de Escuela* que, sabiendo en qué estaba enfrascada, me llamaron amablemente la atención sobre los *papers* que me ayudarían a orientarme en el inmenso mar de información y que no dudaron en dedicar su tiempo a debatir conmigo cuando mi mente se ofuscaba.

¹ BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

² Que se contraponen al «legislador ordinario». Me permito emplear esta expresión, que escuché utilizar al Profesor GÓMEZ POMAR en un *webinar* organizado por la Fundación FIDE el pasado 6 de mayo de 2020.

han sido la suspensión o la reducción de la actividad comercial (dependiendo de la actividad concreta) y la restricción a la libertad de circulación de las personas. A lo anterior hay que añadir las medidas que han adoptado otros países de nuestro entorno y que impactan también en los contratos (piénsese, a título de ejemplo, en el cierre de fronteras decretado por los Estados Unidos).

A mi modo de ver, es posible agrupar las consecuencias de tales medidas en los contratos del siguiente modo: por un lado, se producen incumplimientos por imposibilidad sobrevenida, definitiva o temporal (por ejemplo, se cancela un viaje o un concierto, se suspende una actividad industrial o deviene imposible entregar unas mercancías); por otro lado, surgen problemas de liquidez que dificultan enormemente a algunos deudores de obligaciones monetarias el cumplimiento de sus obligaciones³ (fundamentalmente, arrendatarios de vivienda que ven drásticamente reducidos sus ingresos como consecuencia de la suspensión o reducción de la actividad económica en la que están empleados, o arrendatarios de locales de comercio cuyos ingresos desaparecen o se reducen drásticamente; pero también prestatarios con dificultades para el pago, algunos de ellos, con hipotecas que pesan sobre sus viviendas o sobre los locales afectos a la actividad económica que desarrollan).

No conviene perder de vista estos grupos de casos a la hora de analizar los instrumentos de Derecho de contratos que están llamados a jugar un papel relevante en este contexto y que pueden ser, según el supuesto, figuras del Derecho general de Contratos (*vid. infra* 1), reglas específicamente existentes para algunos contratos (*vid. infra* 2) o reglas del Derecho de consumo (*vid. infra* 3). En las líneas que siguen me referiré a cada una de ellas incluyendo, no solo las medidas que el legislador de emergencia ha adoptado *ad hoc*, sino también las instituciones con las que ya contaba el Derecho de contratos para hacer frente a esta situación. Valoraré todas estas medidas en una breve conclusión.

1. DERECHO GENERAL DE CONTRATOS

Las figuras generales de Derecho contractual que podrían estar llamadas a jugar un papel en el contexto actual son, fundamentalmente, tres: la fuerza mayor, la buena fe y la cláusula *rebus sic stantibus*.

³ En opinión de GANUZA y GÓMEZ POMAR (*InDret*, 2.2020, p. 559) el «agudo y grave problema de liquidez para los agentes económicos, consumidores y también empresas de todo tipo y en todas las posiciones de la cadena contractual es, en esencia lo que supone a corto plazo esta crisis para las relaciones contractuales».

1.1 FUERZA MAYOR

No hay ninguna duda, afirman muchos de los que se han ocupado de escribir en estos meses, que estamos ante una situación de fuerza mayor⁴. La imprevisibilidad e inevitabilidad de la pandemia queda fuera de duda, lo que, además, hace muy poco probable que las partes hayan previsto en sus contratos un pacto que distribuya el riesgo para la situación que estamos viviendo⁵. El legislador de emergencia se ha ocupado de definir lo que constituye fuerza mayor en el ámbito de los contratos de trabajo⁶, pero no en el de la contratación civil⁷. A mi modo de ver la pregunta clave es la siguiente: ¿qué constituye fuerza mayor? ¿La pandemia en sí?⁸. En mi opinión, la pregunta planteada no puede recibir una respuesta generalizada, sino que en

⁴ Por todos, GÓMEZ LIGÜERRE, *InDret*, 2.2020, p. i. Hasta donde llega mi conocimiento, en el contexto del COVID-19 no se ha planteado la discusión relativa a la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, probablemente porque una construcción objetiva del caso fortuito, entendido como suceso externo a la esfera de control del deudor, difumina la diferencia entre ambas figuras en el ámbito de la responsabilidad contractual (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2008, p. 727; ASÚA GONZÁLEZ, 2013, p. 8102). Véase, no obstante, la definición de fuerza mayor que propone el *Diccionario jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (2016): «Es un límite de la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, que opera en supuestos en los que la responsabilidad es objetiva (no se funda en la culpa). Aunque, con frecuencia, se utiliza este término como sinónimo de caso fortuito (pues ambos tienen en cuenta un obstáculo o impedimento imprevisible e inevitable) el origen histórico de uno y otro y los vestigios existentes en el código civil hacen que existan ciertas diferencias entre ellos. La fuerza mayor es un límite (absoluto) de la responsabilidad objetiva (no toma en cuenta la diligencia exigible)».

⁵ Sobre la posible asignación de los riesgos asociados a la pandemia vuelvo más adelante, a propósito del cambio de circunstancias (*vid. infra* 1.3). Baste apuntar aquí que, en cualquier caso, a partir de ahora, es muy probable que las partes prevean en sus contratos la posibilidad de que se produzca una situación como la provocada por el COVID-19 y puedan llegar a pactar que el deudor no se exonera de responsabilidad ni siquiera en estos supuestos (GÓMEZ LIGÜERRE, *InDret*, 2.2020, p. i, entre otros).

⁶ En el artículo 22 del Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 [BOE núm. 73, de 18 de marzo], en cuyo apartado 1 podemos leer que: «Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor [...]».

⁷ En el ámbito civil se ha limitado a aludir a la figura de la fuerza mayor de manera algo confusa en el preámbulo del RD 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo [BOE núm. 112, de 22 de abril de 2020], sobre el que volveré más adelante (*vid. infra* 2.2.1).

⁸ En relación con el cambio de circunstancias, ALFARO y GARICANO (*Almacén de Derecho*, 3 de abril de 2020) apuntan que «El cambio en las circunstancias no es la epidemia. El cambio en las circunstancias es la orden del gobierno emitida en virtud de la declaración del estado de alarma de cerrar los establecimientos». Esta afirmación creo que es extrapolable a la fuerza mayor.

cada contrato habrá que valorar qué es lo que ha constituido un impedimento al cumplimiento⁹: y así, por ejemplo, en algunos casos serán las medidas adoptadas por el gobierno (por ejemplo, el evento musical que se cancela por suspensión de las actividades culturales), en otros casos lo que impide el cumplimiento de la prestación son las medidas adoptadas por otros Estados (por ejemplo, las mercancías que no llegan porque Estados Unidos ha cerrado las fronteras). Es posible, pues, afirmar, que lo que en cada contrato podrá llegar a constituir fuerza mayor serán las medidas concretas adoptadas como consecuencia de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia¹⁰.

Una vez que se define lo que puede llegar a constituir fuerza mayor en las actuales circunstancias, la pregunta que hay que plantearse es la siguiente: ¿qué consecuencias tendrá que un contrato se incumpla por fuerza mayor? En otras palabras, ¿de qué remedios dispondrá el acreedor en estos casos? No contará con el remedio indemnizatorio, ya que la fuerza mayor en nuestro Ordenamiento jurídico implica la exoneración de responsabilidad por incumplimiento [salvo que la ley disponga otra cosa para el caso concreto o que las partes hayan establecido un pacto en contrario (art. 1105 CC)]. Pero el acreedor sí podrá resolver el contrato¹¹ o suspender el cumplimiento

⁹ Cuando el incumplimiento no ha devenido imposible no procede invocar la fuerza mayor. Por ello creo que no está acertadamente enfocado el problema cuando se pretende justificar por la vía de la fuerza mayor la suspensión del cumplimiento de una obligación monetaria (que no puede nunca devenir imposible con carácter general y absoluto, cuando lo debido es una deuda de suma [DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 293]). Lo defiende, a propósito de los préstamos hipotecarios, MARTÍN FUSTER, *Diario La Ley*, núm. 9605, de 1 de abril de 2020, p. 5.

¹⁰ La inmensa mayoría de los casos serán, entonces, supuestos de los denominados *factum principis*, entendidos como modificaciones legislativas o resoluciones administrativas o de los poderes públicos que impiden al deudor cumplir (por todos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Código Civil comentado*, 2016 y SÁNCHEZ ARISTI, *Comentarios del CC*, 2013).

CARRASCO PERERA (*Cesco*, 17 de abril de 2020, pp. 6 y 7) distingue entre contingencias Covid propias de fuerza mayor y contingencias impropias:

Entre las primeras sitúa los siguientes eventos: «Prohibición normativa de que (por causa del COVID-19) se pueda realizar en sus propios términos la prestación convenida. (2) Prohibición normativa de que (por causa del COVID-19) se pueda realizar una actividad que es *instrumental* necesariamente para la consecución de la prestación comprometida. (3) Imposibilidad absoluta individual de cumplir sin culpa propia. Por ejemplo, una prestación personal de servicios, habiendo sido infectado por el virus el obligado a prestar el servicio. (4) Imposibilidad absoluta genérica de cumplir por parte de cualquier deudor que estuviera situado en las condiciones obligaciones del deudor determinados (por ejemplo, todos los proveedores de esa clase)».

Serían contingencias impropias de fuerza mayor: «(1) Inexigibilidad de una conducta de cumplimiento, porque éste comprometería recursos personales del deudor con “exposición a la infección COVID-19” con una razonable probabilidad. (2) Inexigibilidad de una conducta de cumplimiento, porque éste comprometería recursos personales de la contraparte, por exposición a la infección con una razonable probabilidad. (3) Inexigibilidad de una conducta de cumplimiento que comportaría un sobre coste extraordinario no compensado por el precio del contrato. (4) Imposibilidad no absoluta, pero singular del deudor, de cumplir en tiempo y forma. (5) Desaparición sobrevenida de la causa».

¹¹ Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8225, y CLEMENTE MEORO (2016), quien, con cita de la STS de 9 de octubre de 2006, informa de que la jurisprudencia consi-

de su propia prestación (siempre y cuando todavía no se haya producido el traspaso del riesgo de la pérdida o deterioro fortuito de la cosa al acreedor¹²), ya que entre los requisitos de aplicación de ambos remedios no se encuentra la imputabilidad del incumplimiento. Y si tenemos en cuenta que son muchos los contratos que, en las circunstancias actuales, se encuentran en la situación que acabo de describir, se entenderá el enorme riesgo que existe de que se produzcan resoluciones en cadena, cuyos efectos adversos ya han sido advertidos por varios autores¹³. Pero sobre este tema volveré más adelante¹⁴.

1.2 BUENA FE

La segunda figura del Derecho general de contratos que podría estar llamada a jugar un papel relevante en una situación como la provocada por la crisis del COVID-19 es la buena fe. En concreto, el principio general de la buena fe puede llegar a resultar de utilidad en tres ámbitos distintos.

En primer lugar, como fundamento del deber de mitigar el daño¹⁵, que en nuestro ordenamiento se prevé expresamente únicamente en el ámbito del contrato de seguro (art. 17 Ley de Contrato de Seguro¹⁶) y de la compraventa internacional de mercaderías (art. 77 Con-

dera aplicable el artículo 1124 CC a los supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación.

¹² PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, pp. 1732 y 1733.

¹³ MORALES MORENO los sintetiza en la editorial a este mismo número de la *ADC* así: «La resolución de los contratos (máxime si se produce en cadena) provocaría en estos momentos consecuencias muy adversas, tanto de orden personal (y familiar) como económico. Privaría al sistema económico del entramado de contratos sobre los que el mismo se desenvuelve, cuya conservación facilitarían la futura reactivación de la actividad económica. La resolución, por sus efectos, también daría lugar a restituciones en serie de cantidades anticipadas (reservas), que podrían comprometer la liquidez del obligado.

En definitiva, la resolución del contrato por incumplimiento, medida de estricta justicia conmutativa diseñada para situaciones ordinarias, es inadecuada en las actuales circunstancias en las que hay que preservar la supervivencia de los contratos. El legislador debe, por tanto, contribuir a evitarla».

En un sentido similar se han expresado GANUZA y GÓMEZ POMAR (*InDret*, 2.2020, p. 572) cuando afirman lo siguiente: «Parece, pues, que recurrir a la resolución y extinción de contratos no solo no se nos representa como una alternativa atractiva. Al contrario, todo indica que es muy conveniente evitar que los costes asociados a la resolución y extinción de los contratos se incurran [*sic*] a consecuencia de incumplimientos o impagos en los contratos que deriven o se asocien a la emergencia de salud pública que, se presume, será transitoria y de duración breve. Incurrir en la pérdida social que supone la extinción de los contratos en vigor como consecuencia de una perturbación pasajera parece una mala estrategia para un sistema jurídico y una sociedad».

¹⁴ *Vid. infra*. Epígrafe 2.1.

¹⁵ SOLER PRESAS, *ADC*, 1995, p. 964. Se refiere también al papel de la buena fe en el ámbito del deber de mitigar el daño y en el contexto del COVID-19, GÓMEZ LIGÜERRE, *InDret*, 2.2020, p. iv.

¹⁶ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980).

vención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías¹⁷)¹⁸. Hoy, más que nunca, cuando los incumplimientos pueden llegar a multiplicarse exponencialmente, adquiere especial relevancia que los acreedores cumplan su carga de parar la extensión del daño causado por la conducta del deudor, que hagan lo que «toda persona sensata procuraría en interés propio y lo que demanda también el interés general, impidiendo que desplacemos el resultado –en términos de incremento del daño– de nuestro comportamiento antieconómico a los demás a través de la pretensión indemnizatoria»¹⁹.

La segunda función de la buena fe que conviene poner en valor actualmente es la de límite al ejercicio de los remedios²⁰, fundamentalmente, de la pretensión de cumplimiento²¹ o de la resolución²². Esta función del principio general de la buena fe puede, a mi modo de ver, ser de gran importancia en las circunstancias actuales, pues permite amortiguar los posibles efectos adversos de la resolución en el presente contexto²³ o de la imposición del cumplimiento cuando este resulta excesivamente oneroso²⁴.

Y *last, but not least*, la buena fe es el fundamento utilizado en el Derecho español para tratar los supuestos de excesiva onerosidad

¹⁷ Hecha en Viena el 11 de abril de 1980. Instrumento de adhesión de España publicado en el BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991.

¹⁸ Si bien, tal y como recuerda SOLER PRESAS (*Practicum 2019*, p. 305), la Propuesta para la Modernización del Código Civil, elaborada por la Comisión General de Codificación, lo recoge expresamente en el artículo 1211, siguiendo los postulados de los *Principles of European Contract Law* (a partir de ahora, PECL) y del *Draft Common Frame of Reference* (a partir de ahora, DCFR).

¹⁹ SOLER PRESAS, *Practicum 2019*, p. 305.

²⁰ Probablemente a ello se refiere GÓMEZ LIGÜERRE (*InDret*, 2.2020, pp. iv y v) cuando afirma que «[c]onforme a él [principio de la buena fe] y puesto que muchas de las contingencias económicas provocadas por la crisis sanitaria pueden ser temporales, la respuesta contractual más adecuada puede ser la suspensión de las obligaciones y derechos respectivos. No es tiempo de comportamientos oportunistas».

²¹ No sobraría recordar aquí las palabras de PANTALEÓN PRIETO (*ADC*, 1991, p. 1046): «el deudor podrá oponerse con éxito a esa pretensión [la de cumplimiento] cuando, conforme a la buena fe (art. 7.º1 CC), el cumplimiento en las condiciones pactadas no le sea exigible, por concurrir los requisitos de la figura de la excesiva onerosidad de la prestación [...] o cuando el ejercicio de la pretensión de cumplimiento deba considerarse abusivo (art. 7.º2 CC), porque el coste del cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor, en comparación con los otros posibles remedios». Y en el año 1993 (*ADC*, p. 1730) reafirmaba su idea así: «No es necesario codificar los casos en que el ejercicio de la pretensión de cumplimiento será abusivo: básicamente, cuando el muy elevado coste del cumplimiento resulte desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor en comparación con otros posibles remedios».

²² Y así, por ejemplo, situados en un contrato de arrendamiento de industria cuya actividad ha sido suspendida como consecuencia de la declaración del estado de alarma, el arrendador no podrá resolver de buena fe por incumplimiento del arrendatario de su obligación de mantener la industria en funcionamiento, incumplimiento que no le es imputable por causa de fuerza mayor, ya que el remedio no serviría para satisfacer el interés del arrendador en el continuado funcionamiento de la empresa arrendada (PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020).

²³ A los que ya me he referido (*vid. supra*, nota 13).

²⁴ Sobre este tema vuelvo más adelante (*vid. infra*. 1.3).

por cambio de circunstancias. Esta institución es, probablemente, una de las que ha generado más debate doctrinal en el Derecho de contratos español a raíz del COVID-19, por lo que merece una atención específica. A ella dedico el siguiente epígrafe.

1.3 LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Conviene comenzar recordando que en nuestro Ordenamiento jurídico carecemos de una regulación general de los efectos del cambio de circunstancias en los contratos²⁵, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno²⁶. Han sido los tribunales quienes han desarrollado la posibilidad de desplazar los efectos del *pacta sunt servanda* por un cambio extraordinario de circunstancias²⁷ a través de la elaboración jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. Cabe subdividir esta jurisprudencia en tres etapas: tras una amplia primera etapa en la que el reconocimiento de la *rebus* era muy restrictivo (por todas, STS de 17 de mayo de 1957²⁸), en el año 2014 el TS flexibilizó su reconocimiento (por todas, SSTS de 30 de junio²⁹ y 15 de octubre de 2014³⁰) a raíz del impacto de la crisis económica en los contratos, inclinándose por una aplicación normalizada de la cláusula³¹; pero desde el 2019 puede

²⁵ Sí se regula en el Fuero Navarro (Ley 498) y aparece en todas las propuestas de reforma de nuestro Derecho de Contratos (art. 1213 de la Propuesta de modernización del CC elaborada por la Comisión General de Codificación, art. 416.2 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil y art. 526.5 de la Propuesta de CC elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil).

²⁶ Como el alemán (§ 313 BGB), el italiano (art. 1467 CC) y, recientemente, el francés (art. 1195 CC).

²⁷ Tomo la expresión de SAN MIGUEL PRADERA, 2018, p. 898.

²⁸ RJ 1957, 2164. Se trata de la sentencia que recogió el enunciado originario de la doctrina, que se ha sintetizado por la más reciente STS de 25 de enero de 2007 (RJ 2007, 592) del siguiente modo: «A) [...] la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; B) [...] sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) [...] es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) [...] su admisión [...] requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles».

²⁹ RJ 2014/3526.

³⁰ RJ 2014/6129.

³¹ GARCÍA CARACUEL (2014, pp. 322 y 323), tras un estudio detallado de la jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus* lo explica así: «En resumen, desde los años cuarenta del siglo pasado, y a pesar de crisis económicas de distinto grado (1972, 1992 y 2008 en adelante), el Tribunal Supremo ha mantenido firme su criterio restrictivo en torno a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, exigiendo una altísima intensidad en los requisitos necesarios, tanto en la ruptura de la equivalencia de las prestaciones como en la radical imprevisibilidad del cambio sobrevenido. No obstante, en los dos últimos años, y a

afirmarse que el Alto Tribunal ha vuelto a la primera etapa (por todas, SSTs de 6 de marzo de 2020³² y 18 de julio de 2019³³) con un reconocimiento restrictivo de su aplicación.

Ha habido un auténtico «renacimiento» de la *rebus* como consecuencia de la crisis provocada por el COVID-19³⁴: además de los numerosos trabajos que han proliferado sobre la *rebus*³⁵, existen diversas iniciativas dirigidas a los legisladores nacionales para llamar su atención sobre la conveniencia de este instrumento para el contexto actual. Hasta donde llega mi conocimiento, hay, al menos, una propuesta de regulación para el legislador de emergencia proveniente de la fundación FIDE, propuesta que, en lo sustantivo, sigue casi literalmente el artículo 1213 de la Propuesta de modernización del CC elaborada por la Comisión General de Codificación y que recoge, además, algunas medidas de tipo procesal³⁶; del mismo modo, el *European Law Institute* incluye entre los princi-

propósito de la crisis económica iniciada en 2008, el Tribunal Supremo ha hecho patente una intención clara de modernizar la regla. Mediante una progresiva objetivación de su fundamento técnico –con apoyo en las teorías de la causa y de la base del negocio– y acompañada de los principios de conmutatividad y buena fe, ha puesto al día la doctrina *rebus sic stantibus*, a fin de integrarla plenamente en el ordenamiento contractual, como expediente a disposición del intérprete para la revisión de contratos de larga duración o con ejecución diferida que se vean afectados en su equilibrio contractual».

³² Núm. 791/2020.

³³ Núm. 455/2019.

³⁴ «Renacimiento» que no debe sorprender pues, tal y como recuerda PARRA LUCÁN (*Indret*, 4.2015, p. 12) «la *rebus*, como advierten la generalidad de los autores, dentro y fuera de nuestro país, es una figura que renace en épocas de crisis».

³⁵ Como muestra, cabe citar los siguientes trabajos: CABRERA PADRÓN, «El arrendamiento de los locales de negocio en la crisis del coronavirus: la «cláusula *rebus sic stantibus*» un invitado que ha llegado para quedarse», en *Diario La Ley*, núm. 9637, de 21 de mayo de 2020; FERNÁNDEZ SEIJO, «Devolver la espada al acreedor enajenado: sobre la aplicación práctica de la cláusula *rebus sic stantibus* en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Diario La Ley*, núm. 9607, de 3 de abril de 2020; SERRANO NICOLÁS, «Fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus* entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad por el confinamiento derivado del COVID-19», en *Guía Práctica efectos del coronavirus (Covid 19)*; DURÁN VARGAS y BLANCO GONZÁLEZ, «Las relaciones contractuales en los tiempos del COVID-19. Incidencia de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos tras el impacto de la pandemia y el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo», en *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2020; FUENTES-LOJO RIUS (Coord.), «Cláusula *rebus sic stantibus* y arrendamiento de local de negocio. La posible suspensión del contrato», en *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2020).

³⁶ En concreto, la propuesta reza como sigue:

«Artículo único. Excesiva onerosidad de la prestación o frustración del fin del contrato.

1. Sin perjuicio de lo que pueda disponerse en normas especiales, si como consecuencia de la pandemia del COVID-19 o de la situación económica causada por ella, las circunstancias que sirvieron de base a un contrato civil o mercantil hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, tendrá el derecho y la carga de solicitar la renegociación del contrato. Las partes deberán negociar objetivamente de buena fe durante un plazo prudencial.

pios que ha elaborado para la crisis del COVID-19 uno específico sobre el cambio de circunstancias³⁷.

Este «renacimiento» de la *rebus sic stantibus* debe valorarse, a mi modo de ver, con frialdad³⁸. En este sentido, creo que son dos las preguntas que procede plantearse: en primer lugar, ¿cuáles son los casos a los que la *rebus* realmente da respuesta? Esta pregunta exige precisar cuáles son sus presupuestos de aplicación a la luz de la situación provocada por la pandemia. Y, en segundo lugar, en el contexto actual, ¿es la *rebus* la figura adecuada para paliar los graves problemas que actualmente asolan a los contratos? Esta segunda cuestión está conectada directamente con los efectos de la *rebus*.

1.3.1 Sus presupuestos

Aunque a primera vista pudiera parecer que son muchos los contratos que, en las circunstancias actuales, van a cumplir los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*³⁹, una

2. En caso de no llegarse a un acuerdo la parte perjudicada por el mantenimiento del contrato podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

3. La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

4. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda la revisión o la resolución de un contrato con base en lo dispuesto en los apartados anteriores si a la misma no se acompaña un principio de prueba del intento de negociación.

5. Si entablado un litigio una de las partes obtuviera por sentencia o resolución análoga un resultado menos favorable que el de una oferta de transacción formulada por la otra parte, tanto antes como durante el pleito, será condenada al pago de las costas devenidas con posterioridad al rechazo de la oferta.

6. El rechazo de mala fe por una parte de una oferta de renegociación del contrato formulada por la contraria dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados, tanto si finalmente se revisa como si se resuelve el contrato».

³⁷ El *Principle* 13.2, en virtud del cual:

«Where, as a consequence of the COVID-19 crisis and the measures taken during the pandemic, performance has become excessively difficult (hardship principle), including where the cost of performance has risen significantly, States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into renegotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation».

³⁸ En la línea de lo que RODRÍGUEZ ROSADO y RUIZ ARRANZ (*Almacén de Derecho*, entrada del 16 de abril de 2020), han expresado muy elegantemente con las siguientes palabras: «[L]os civilistas hemos de ser lo suficientemente laicos como para reconocer la insuficiencia de estas instituciones ahora».

³⁹ Que podrían sintetizarse del siguiente modo:

Aunque la *rebus* está pensada fundamentalmente para contratos de tracto sucesivo, también puede llegar a aplicarse en contratos de tracto único pero pendientes de ejecución. Dicho lo anterior, son presupuestos de su aplicación los siguientes dos:

Primero: que se produzca una alteración de circunstancias. No cualquier alteración de circunstancias justifica su aplicación. Debe tratarse de una alteración extraordinaria, sobrevenida, imprevisible y cuyo riesgo de acaecimiento no haya sido asumido por ninguna de las partes expresa o implícitamente en el contrato.

mirada más atenta pone de manifiesto que esto no es necesariamente así. De los presupuestos de aplicación de la cláusula, a mi modo de ver, debe prestarse especial atención a dos aspectos: la atribución del riesgo de la alteración de las circunstancias a alguna de las partes y el concepto de excesiva onerosidad.

La jurisprudencia del TS de los últimos dos años ha insistido especialmente en que la *rebus sic stantibus* no puede entrar en juego cuando el riesgo ha sido asumido expresa o implícitamente en el contrato por una de las partes, idea que ya se vislumbraba en sentencias anteriores⁴⁰ y que ya había plasmado la ahora Magistrada del Tribunal Supremo María Ángeles Parra Lucán cuando en el año 2015 se mostró crítica con la flexibilización de la *rebus* por la que, en ese momento, abogaba el Alto Tribunal⁴¹. Aunque, probablemente con razón, se ha dicho que «[s]e debe partir de que los riesgos derivados del coronavirus no están asignados en los contratos que se celebraron con anterioridad al estallido de la crisis»⁴², no hay que descartar la posibilidad de que algunos contratos contemplen cláusulas de asignación de riesgos redactadas en términos muy amplios, dando entrada a cualquier tipo de evento (incluido el COVID-19)⁴³. En tales casos una cuidadosa interpretación de tales cláusulas será la que determinará si efectivamente puede considerarse asignado a alguna de las partes el riesgo de una situación como la que se ha producido a consecuencia de la presente pandemia; en otras palabras, si

Segundo: Esta alteración de circunstancias provoca una alteración esencial del equilibrio económico del contrato, en el sentido de que tiene que haberse producido una ruptura del equilibrio inicialmente alcanzado por las partes en el momento de la celebración del contrato. Es en este contexto en el que se habla de que el cumplimiento deviene excesivamente oneroso para una de las partes.

⁴⁰ Vid. STS de 30 de abril de 2015, RJ. 2019/2015.

⁴¹ PARRA LUCÁN, *InDret*, 4.2015, p. 23, donde podemos leer: «En particular, en la jurisprudencia española, las SSTS, 1.ª, 30 de junio de 2014 y 15 de octubre de 2014 consideran la crisis económica como una circunstancia imprevisible. Es discutible tal afirmación, pero sobre todo es dudoso que de los contratos no resultara ya una distribución de los riesgos en caso de evolución a la baja de los precios».

⁴² RODRÍGUEZ ROSADO y RUIZ ARRANZ (*Almacén de Derecho*, entrada del 16 de abril de 2020), quienes continúan: «los contratantes pudieron pensar y asumir otros riesgos, riesgos, digámoslo así, menores e individuales, tales como enfermedades, imposibilidades derivadas de accidentes fortuitos o culpables, e incluso reveses económicos o financieros inesperados (piénsese en contratos de corte especulativo, como puede ser el de *swap*) ¡pero no que la actividad económica y social se paralizase por entero!».

⁴³ Fundamentalmente en los denominados «contratos a medida», a propósito de los cuales GANUZA y GÓMEZ POMAR (*InDret*, 2.2020, pp. 580 y 581) afirman que «los contratos cuentan con instrumentos internos al contrato para afrontar el problema. Sin duda, esos instrumentos y los términos contractuales que los insertan en el texto del contrato no estaban pensando en la pandemia y sus consecuencias. [Sin embargo] [p]arece más prudente dejar que los instrumentos específicos tengan preferencia sobre los generales que podamos idear, aunque es de esperar que su aplicación en la situación de emergencia no se podrá sustraer, o no del todo, al vértigo y las exigencias del momento».

Creo que también habrá que prestar especial atención a los contratos de seguro (sobre la cobertura del seguro en situaciones de pandemia, véase BADILLO, *Revista de responsabilidad civil*, abril 2020, p. 3).

cabe razonablemente entender que las partes, cuando redactaron esa cláusula, estaban incluyendo un evento como el actual⁴⁴.

La excesiva onerosidad parte de la existencia de una ruptura del equilibrio contractual que, además, es fundamental.

Los textos del Derecho Privado Europeo y Uniforme reflejan esta idea claramente. En los comentarios oficiales de los PECL al artículo 6:111 PECL (titulado «Change of circumstances») podemos leer: «The majority of countries in the European Community have introduced into their law some mechanism intended to correct any injustice which results from an **imbalance in the contract** caused by supervening events which the parties could not reasonably have foreseen when they made the contract» [la negrita es mía]⁴⁵.

El artículo 6.2.2. PICC, por su parte, reza como sigue: «There is hardship where the occurrence of events fundamentally **alters the equilibrium of the contract** either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished [...]» [la negrita es mía]. En la misma línea, véase los arts. III.-1:110 DCFR y 89.1 CESL.

Esta ruptura del equilibrio puede manifestarse de dos maneras⁴⁶: por un aumento de los costes de ejecución de la prestación (por ejemplo, el aumento del precio de la materia prima utilizada para fabricar el bien vendido⁴⁷) o una disminución del valor de la contraprestación que se recibe. Por ello, no creo que en el concepto de excesiva onerosidad haya que entender necesariamente comprendidos los problemas de liquidez que sufre una de las partes, que le dificultan enormemente el cumplimiento de la prestación, pero que nada tienen que ver con el equilibrio del contrato⁴⁸ (como sucede, por ejemplo, en el caso del deudor hipotecario o del arrendatario de vivienda que ven drásticamente reducidos sus ingresos⁴⁹). Téngase en cuenta, además, que la falta de liquidez es un riesgo que corre a cargo del deudor (por lo que fallaría también el requisito de aplicación de la *rebus* relativo a la necesidad de que el riesgo no esté asumido por alguna de las partes).

⁴⁴ En opinión de CARRASCO PERERA (*Cesco*, 17 de abril de 2020), sin embargo, si una cláusula asigna o reparte *todos los riesgos en general*, «el COVID-19 es uno de ellos».

⁴⁵ LANDO y BEALE (ed.), 2002, p. 323; la expresión que he resaltado vuelve a emplearse más adelante en la p. 324.

⁴⁶ PARRA LUCÁN, *InDret* 4.2015, p. 25, con cita de los textos del Derecho Privado Europeo y Uniforme a los que acabo de referirme.

⁴⁷ Ejemplo extraído de los comentarios oficiales a los UNIDROIT *Principles* 2016.

⁴⁸ En un sentido similar, CARRASCO PERERA, *Cesco*, 26 de mayo de 2020, p. 4.

⁴⁹ Por supuesto que en este caso existe un problema, pero no creo que la *rebus sic stantibus* sea la institución llamada a resolverlo. Como apunta GARCÍA RUBIO [*RDC*, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020), p. 20, nota 13] recogiendo una reflexión de MORALES MORENO, en los casos de arrendamientos de vivienda, se plantea de modo principal un problema de «asistencia social».

El planteamiento es completamente distinto en los contratos de arrendamiento de local de negocio, sobre los que volveré específicamente más adelante (*vid. infra* 2.2).

En definitiva, no creo que la *rebus* sea la institución jurídica aplicable a muchos de los contratos cuyos problemas debemos tratar de resolver en las circunstancias actuales. Quedan fuera, en particular, todos aquellos (y son muchos ahora) en los que el deudor tiene dificultades para pagar.

Y en mi opinión ni siquiera en aquellos supuestos en que la *rebus* resulte aplicable, por cumplirse sus presupuestos, las soluciones que nos proporciona son las más adecuadas al contexto actual. Pero esto exige detenernos en sus efectos, a los que me refiero en el siguiente epígrafe.

1.3.2 Sus efectos

A fin de valorar si la cláusula *rebus sic stantibus* es la institución adecuada para paliar los graves problemas que, como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria, sufren los contratos, creo que debe llamarse la atención sobre los siguientes aspectos de los efectos de esta doctrina: el deber de renegociar (derivado del principio general de la buena fe) y el papel de los tribunales en su aplicación.

La renegociación de los contratos es, ciertamente, la opción ideal en el contexto actual⁵⁰, como demuestra el hecho de que, incluso en países con ordenamientos jurídicos nada proclives al reconocimiento del principio general de la buena fe, como Reino Unido, sea esta la medida promovida por el Gobierno⁵¹. Pero la efectividad del deber de negociar puede verse seriamente comprometida si, como hacen algunos textos⁵², se impone el cumplimiento a la parte afectada por el cambio de circunstancias mientras no se llegue a un acuerdo, esto es, en el momento más crítico para ella⁵³. Hay, sin embargo, al menos, dos caminos para justificar la suspensión del cumplimiento. Por un lado, entendiendo que la parte afectada por el cambio de circunstancias puede suspender el cumplimiento a su propio riesgo, ofreciendo una prestación ajustada a la nueva situación⁵⁴: habrá que esperar, sin

⁵⁰ En el mismo sentido, MORALES MORENO, *ADC*, 2020, II.

⁵¹ Véase, a esta propósitos, la *Guidance on responsible contractual behaviour in the performance and enforcement of contracts impacted by the COVID-19 emergency*, publicada el 7 de mayo por el Cabinet Office y disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-responsible-contractual-behaviour-in-the-performance-and-enforcement-of-contracts-impacted-by-the-COVID-19-emergency>

⁵² Y así, el artículo 6.2.3 UNIDROIT *Principles* establece expresamente en su apartado (2) que «The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance». También, en el artículo 1195 del CC francés.

⁵³ Así, MORALES MORENO, *ADC*, 2020, II. Parecen sostener esta misma idea GANUZA y GÓMEZ POMAR, *InDret* 2.2020, p. 561, en particular, nota 2.

⁵⁴ En la línea de lo que recogen los PECL en los comentarios [«The victim who withholds its performance on the grounds that it is excessively onerous (for instance during renegotiations) does so at its own risk», 2002, p. 324] y que ha sido defendido entre noso-

embargo, a lo que finalmente digan los tribunales para verificar si la suspensión estaba ajustada a Derecho⁵⁵. Por otro lado, cabe llegar al resultado buscado (suspensión del cumplimiento) por la vía de la limitación del ejercicio de la pretensión de cumplimiento en virtud del principio general de la buena fe, al que ya me he referido⁵⁶.

Aunque con la cláusula *rebus sic stantibus* se busque una solución negociada de las partes y se quiera evitar con ello el recurso a los tribunales⁵⁷, lo cierto es que es poco probable que dicho objetivo se consiga, pues, tal y como Rodríguez Rosado y Ruiz Arranz han puesto de manifiesto «[l]a *rebus* es una regla general, casi un principio general del Derecho cuya aplicación práctica sin concreción a los casos del COVID-19 llevaría a un colapso de los tribunales; por lo menos, hasta que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo esclareciese (¿tres años después?) su aplicación a esta situación concreta»⁵⁸. No son los únicos que han puesto en duda la oportunidad de encomendar a la *rebus* la tarea de resolver el problema que afecta a miles de contratos; son especialmente elocuentes las palabras de Ganuza y Gómez Pomar que, por ello, paso a reproducir:

«No es este [el de la cláusula *rebus*], pensamos, un mecanismo útil en la emergencia actual. No lo es por su falta de inmediatez, por lo impredecible del resultado y por el coste global para el sistema judicial y la sociedad en su conjunto que supone sujetar cientos de miles, tal vez millones de contratos a una incierta y lejana decisión judicial en la materia. No permite siquiera, en la mayor parte de los casos, acotar un terreno de negociación suficientemente claro para que las partes tengan más fácil llegar a un acuerdo mutuamente satis-

tros por DEL OLMO (2003, pp. 158 y 159 y 2016, p. 421) cuando distingue entre situaciones de intimidación que dan lugar a la anulación del contrato modificado a resultados de la amenaza de incumplir, de aquellas otras en que, por concurrir los requisitos de la cláusula *rebus*, ese contrato así modificado es válido.

⁵⁵ Es en este contexto en el que creo que hay que leer las palabras de MORALES MORENO (ADC, 2020, II): «En la aplicación de la *rebus*, la alteración sobrevenida de las circunstancias no justifica necesariamente, por sí misma, la paralización del cumplimiento del contrato. Esta solo podrá quedar justificada, posteriormente, si las partes lo acuerdan, si el juez así lo establece (en el caso de que le otorguemos un poder de intervenir en el contrato) o si se retrotrae la resolución que pueda decretar el juez.

[...] Hay, en la *rebus*, una zona oscura entre el momento en que sobreviene el cambio y el momento en el que se transforma la situación jurídica. De modo que en el momento más crítico de la pandemia no estaría justificada la suspensión del cumplimiento de la obligación por la parte afectada. Porque el contratante sigue obligado a cumplir el contrato hasta que culmine el procedimiento que abre la invocación de la cláusula».

⁵⁶ Y que el BGB recoge expresamente en el §275 (2), como señala SAN MIGUEL PRADERA (ADC, 2002, p. 1127).

⁵⁷ En la propuesta de regulación presentada por FIDE a la que me he referido anteriormente (*vid. supra* nota 36) se prevé expresamente la inadmisión a trámite de la demanda en que se pretenda la revisión o la resolución de un contrato con base en la cláusula *rebus sic stantibus* si a la misma no se acompaña un principio de prueba del intento de negociación.

⁵⁸ RODRÍGUEZ ROSADO y RUIZ ARRANZ, *Almacén de Derecho*, entrada del 16 de abril de 2020.

factorio de reajuste del contrato, menos aún en un escenario como el actual de alarmante incertidumbre acerca de la duración y alcance de las perturbaciones sobre los contratos existentes. En definitiva, la *rebus* no resulta factible, ni conveniente, para abordar eventos sistémicos y *shocks* macro que impactan de forma súbita una economía». ⁵⁹

A los argumentos anteriores se añaden dos más: frente a las soluciones de justicia distributiva que deben imponerse en la situación actual, las soluciones que ofrece la *rebus* son de justicia conmutativa⁶⁰; en fin, los países que cuentan ya con una regulación general del cambio de circunstancias, como Alemania e Italia, han aprobado medidas generales de adaptación de contratos en vigor a la emergencia, porque el § 313 BGB y el artículo 1467 CC italiano no han sido vistos como la solución efectiva en estos momentos⁶¹.

2. DERECHO DE CONTRATOS EN PARTICULAR

El legislador de emergencia ha decidido ocuparse específicamente de los contratos de arrendamiento (de vivienda y de uso distinto de vivienda) y de los contratos de préstamo con y sin garantía hipotecaria. Los contratos de consumo también han sido objeto de atención; a ellos dedico la tercera parte de este trabajo.

En las tablas situadas en el anexo el lector puede encontrar un intento de síntesis de las medidas aprobadas por el legislador de emergencia. Como decía al comienzo del trabajo, no es mi propósito analizar pormenorizadamente cada una de estas medidas. Existen ya trabajos que han llevado a cabo esa labor de manera impecable y a ellos me remito⁶². Me parece que, a estas alturas, lo que procede es poner de manifiesto cuáles son las ideas comunes que pueden extraerse de la normativa aprobada y centrarse en los contratos de arrendamiento de local de negocio, por ser los que han provocado el mayor debate entre nosotros.

⁵⁹ GANUZA y GÓMEZ POMAR, *InDret* 2.2020, p. 561.

⁶⁰ MORALES MORENO, ADC, 2020 II. En el mismo sentido, salvo error por mi parte, se pronunció Cándido PAZ-ARES en un *webinar* celebrado por la Fundación FIDE el pasado 6 de mayo de 2020.

⁶¹ GANUZA y GÓMEZ POMAR, *InDret* 2.2020, pp. 561 y 562. De hecho, en el *webinar* organizado por los Profesores Hugh BEALE y Karin SEIN, titulado «Comparative *Corona* Contract Law. A first academic look at the impact of COVID-19 on contract law across Europe» y celebrado el 22 de mayo de 2020 el profesor Peter ROTT subrayó la escasa utilización del §313 BGB en la situación actual, dado su carácter subsidiario y la existencia de medidas aprobadas en Alemania *ad hoc* para las consecuencias del COVID-19 en los contratos.

⁶² En mi opinión, la más clara y ordenada síntesis de todas estas medidas se encuentra en GARCÍA RUBIO, *RDC*, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020), pp. 15 a 46.

2.1 LÍNEAS COMUNES DE LA NORMATIVA APROBADA POR EL LEGISLADOR DE EMERGENCIA

Creo que es posible extraer unas ideas comunes que recorren la normativa específicamente aprobada en el ámbito de los contratos como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19.

En primer lugar, la normativa específicamente aprobada no cubre todos los contratos de arrendamiento, ni todos los contratos de préstamo. El legislador ha decidido intervenir solo en aquellos contratos en los que el arrendatario o el prestatario, según el caso, se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica⁶³ causada por la crisis del COVID-19⁶⁴. La única medida que se separa de esta tendencia es la prórroga extraordinaria del contrato de arrendamiento de vivienda habitual sin subida de la renta, que se aplica a solicitud del arrendatario a todos aquellos contratos que se extingan durante el plazo que dure el estado de alarma (pero después de la entrada en vigor del RD-Ley 11/2020⁶⁵, esto es, a partir del 2 de

⁶³ Conviene llamar la atención sobre tres extremos relativos a la regulación del requisito de la vulnerabilidad económica.

En primer lugar, una cuestión de técnica legislativa: a pesar de que lo deseable habría sido una única disposición que definiera la vulnerabilidad económica y recogiera los requisitos que son comunes (muchos) y los que difieren para cada uno de los casos, lo cierto es que las condiciones de vulnerabilidad exigidas para cada uno de los contratos deben buscarse en disposiciones separadas (para las disposiciones concretas, me remito a las tablas). Avanza una reflexión similar GARCÍA RUBIO [RDC, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020) p. 32]. Véase, a este propósito, MARTÍNEZ GÓMEZ, *Cesco*, 28 de mayo de 2020.

En segundo lugar, merece la pena detenerse también en las consecuencias de quienes hayan hecho uso de manera fraudulenta de las medidas previstas para los contratantes (arrendatarios, prestatarios, fiadores o avalistas, según el caso) en situación de vulnerabilidad económica. Estas disposiciones (*vid.* tablas) padecen lagunas en su regulación (no se entiende bien quién es el sujeto frente al que se responde, si frente a la contraparte o frente a la Administración) y adolecen de falta de precisión dogmática (pues aparecen mezcladas ideas propias de la responsabilidad civil, con el enriquecimiento injusto o el cobro de lo indebido de mala fe). *Vid.* para más detalle, en relación con la disposición aplicable en materia de arrendamientos de vivienda GARCÍA RUBIO, *RDC*, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020), p. 32 y QUICIOS MOLINA, *Cesco*, 3 de abril de 2020, pp. 9 y 10.

En tercer lugar, creo que no debe pasarse por alto la excesiva burocratización a la que se ha sometido la acreditación de los requisitos exigidos para poder ser beneficiario de las medidas específicamente adoptadas [para más detalle, GARCÍA RUBIO, *RDC*, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020), p. 33]. En el ámbito de los préstamos personales, también se ha criticado la resistencia del legislador español a liberarse de los formalismos excesivos (*vid.* GANUZA y GÓMEZ POMAR, *Indret*, 2.2020, p. 562, en particular, nota 6).

⁶⁴ En palabras de GARCÍA RUBIO [RDC, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020), p. 32] «[l]a decisión de política jurídica del legislador español ante la pandemia ha sido la de limitar subjetivamente la mayor parte de las medidas contractuales destinadas a paliar los efectos de la crisis del COVID-19 [...]».

⁶⁵ Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020).

abril de 2020⁶⁶) y hasta dos meses después (*vid.* tablas). Pero, además, en el caso de los préstamos hipotecarios, para poder beneficiarse de la medida, es necesario que la hipoteca recaiga sobre alguno de los bienes inmuebles especificados por el legislador (*vid.* tablas)⁶⁷.

Por lo que se refiere a las medidas específicamente aprobadas por el legislador de emergencia y dejando aparte las ayudas públicas y los avales del Estado, se ha tomado la decisión de trasladar a la contraparte las dificultades de pago de los deudores de obligaciones de carácter monetario. En concreto, estas medidas han consistido en moratorias sin devengo de intereses (para todos los casos)⁶⁸, reducción del 50 % de la renta (solo en el caso de los contratos de arrendamiento de vivienda) y suspensiones de pago⁶⁹ (para los préstamos personales⁷⁰).

⁶⁶ QUICIOS MOLINA (*Cesco*, 3 de abril de 2020, pp. 6 y 7) llama la atención sobre la situación de aquellos contratos de arrendamiento que se hayan extinguido antes del 2 de abril de 2020 y considera que la medida debería haber tenido cierto carácter retroactivo: «Los arrendatarios que han dejado de serlo ya declarado el estado de alarma, pero no han podido abandonar la vivienda por la fuerza mayor que supone la pandemia por COVID-19, ¿siguen obligados a pagar la renta mientras ocupen la vivienda? Están incumpliendo su obligación de devolver la vivienda al arrendador al término del arrendamiento, pero sin culpa ninguna. Demanda interesante, si se diese el caso. Y por otra parte, atentos a la posibilidad de que se produzca una tática reconducción (art. 1566 CC)».

En opinión de LYCZKOWSKA (*Cesco*, 28 de mayo de 2020, pp. 1 y 2) el derecho del arrendador a recuperar la vivienda (art. 9.3 LAU), prevalecerá en cualquier caso frente al derecho a la prórroga extraordinaria del contrato reconocida por el legislador de emergencia al arrendatario.

⁶⁷ GARCÍA RUBIO [*RDC*, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020) p. 30] ha criticado que queden fuera de la norma otros préstamos hipotecarios cuyo pago puede suponer un agobio familiar mucho mayor que en algunos de los casos cubiertos por la norma.

⁶⁸ En el ámbito de los préstamos hipotecarios, CORDERO LOBATO (*Cesco*, 28 de mayo de 2020, p. 3) ha observado que la moratoria legal atribuye a los deudores hipotecarios un «derecho subjetivo que es de ejercicio discrecional por su titular, y cuyo contenido es precisamente solicitar la aplicación de la moratoria legal». Consideran que la solicitud provoca de manera automática la moratoria AGÜERO ORTIZ (*Cesco*, 28 de mayo de 2020, p. 2, tanto para los préstamos hipotecarios como para los personales) y ALBÍEZ DOHRMANN (*Cesco*, 28 de mayo de 2020, p. 1, para los préstamos hipotecarios).

⁶⁹ GANUZA y GÓMEZ POMAR (*InDret*, 2.2020, p. 578) ponen de manifiesto las diferencias existentes entre la suspensión y la moratoria: «[...] la suspensión del contrato equivale a una quita del 100 %, y no es asimilable a una moratoria. En la moratoria, lo que ocurre es que la contraparte [...] financia el importe objeto de la moratoria al deudor por el plazo de duración de esta. Pero nada asume de la pérdida subyacente que ha generado la dificultad de liquidez del deudor. El efecto de la moratoria es puramente financiero [...]».

⁷⁰ CARRASCO PERERA (*Cesco*, 28 de mayo de 2020) ha llamado la atención sobre la literalidad del artículo 21 RD-Ley 11/2020, que declara la suspensión de las obligaciones contractuales en su conjunto y no solo la del deber de pago del prestatario, lo que, a su juicio, tiene dos importantes consecuencias: por un lado, implica que también se suspenden las obligaciones de la contraparte cuando nos encontremos ante contratos de crédito al consumo de carácter bilateral y sinalagmático (como cuando el crédito se ha proveído mediante tarjetas de crédito *revolving*); por otro lado, la suspensión no se aplicará cuando el crédito se canalice a través de tipos contractuales bilaterales que habilitan al deudor para la tenencia de un bien que se financia (por ejemplo, la compraventa mobiliaria con reserva de dominio o el *leasing* mobiliario).

Ahora bien, las medidas indicadas se imponen a la contraparte solo si esta es, a juicio del legislador, una contraparte «fuerte»⁷¹: empresas, entidades públicas de vivienda o grandes tenedores⁷² (para el caso de los arrendamientos) y entidades financieras (en el caso de los préstamos). En estos supuestos, el arrendador o el prestamista, según el caso, estará obligado a aceptar la moratoria o la suspensión, según el contrato ante el que nos encontremos; en el caso del arrendamiento de vivienda, el arrendador puede optar entre la moratoria o la quita⁷³. Si la contraparte no es, a juicio del legislador, «fuerte» (sería el caso del arrendador pequeño propietario), a falta de acuerdo entre las partes, el arrendatario seguirá obligado a pagar la renta en las condiciones pactadas en el contrato⁷⁴.

Nótese que el legislador de emergencia no ha optado por suspender la posibilidad de resolver el contrato por impago, como han hecho otros países de nuestro entorno⁷⁵. Es cierto que las moratorias evitan de manera indirecta las resoluciones por impago⁷⁶, pero,

⁷¹ Tomo esta expresión de PANTALEÓN PRIETO, que la emplea en relación con los arrendamientos de local de negocio (*Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020).

⁷² Concepto que se introduce por primera vez en nuestro Ordenamiento (QUICIOS MOLINA, *Cesco*, 3 de abril de 2020, p. 8 y nota 3).

⁷³ PERTÍÑEZ VILCHEZ (*Cesco*, 28 de mayo de 2020) considera que aunque la quita sea la opción más costosa para el arrendador, también es la más segura.

QUICIOS MOLINA (*Cesco*, 3 de abril de 2020, p. 9) apunta que en caso de que el arrendador no comunique en plazo su decisión, será el arrendatario el que decida cuál de las dos medidas se adopta.

⁷⁴ Aunque en el caso de los arrendamientos de local de negocio la norma no establece claramente lo que sucede en caso de falta de acuerdo, creo que la consecuencia no puede ser otra más que la que he apuntado (subsistencia de la obligación del pago de la renta). En el mismo sentido, aunque quizás menos contundente, GARCÍA RUBIO [RDC, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020) pp. 25 y 26].

En el caso de los arrendamientos de vivienda, el arrendatario podrá solicitar un préstamo con el que pagar la renta y cuya devolución avalará el Gobierno, lo que ha sido muy duramente criticado por ALFARO y GARICANO (*Almacén de Derecho*, entrada del 3 de abril de 2020): «El Gobierno ha dejado a la intemperie a los más débiles y ha destrozado los lazos de confianza entre los contratantes induciéndolos a comportarse antisocialmente, esto es, a despreocuparse por el bienestar de la contraparte.

No estamos exagerando. El artículo 8 del RD-Ley establece que si el inquilino (cuyo arrendador sea otro particular) no puede pagar la renta como consecuencia de la emergencia, se lo diga al arrendador. Pero el arrendador no tiene ninguna obligación de aceptar la propuesta del inquilino de aplazar el pago y mucho menos de condonar la renta. Y, si no lo hace, al legislador-gobierno no se le ha ocurrido otra cosa que decir al inquilino que, si se encuentra en una situación de vulnerabilidad definida muy estrictamente, pida un préstamo a un banco ¡de hasta 6 años de duración! con el que pagar la renta y cuya devolución avalará el Gobierno (art. 9).

¿Qué incentivos está generando este Gobierno en los arrendadores? Comportarse antisocialmente; en contra de las exigencias de la buena fe; como no lo haría alguien decente (1258 CC): “Pide un préstamo” –dirá el arrendador– “que el Gobierno te avala. Luego, te bastará con no devolver el préstamo al banco y que pague el Gobierno”. Todo ello al margen de la impracticabilidad de los préstamos previstos en el artículo 9 en los que no se hace referencia a que el banco puede cobrar intereses».

⁷⁵ Francia, Alemania y Reino Unido, por ejemplo. *Vid.*, para las medidas concretas, GANUZA y GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2.2020, p. 572.

⁷⁶ En el mismo sentido, GANUZA y GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2.2020, p. 573.

como acaba de comprobarse, las moratorias se han previsto únicamente para los contratos de arrendamiento y de préstamo y solo para aquellos que cumplan los requisitos previstos por la norma. Por ello, me parece criticable que el legislador no haya procedido a desactivar de manera generalizada, durante el estado de alarma e incluso hasta algunos meses después de su finalización, la facultad de resolución, en general, y las cláusulas resolutorias, en particular. Pero vayamos por partes.

Es muy difícil, incluso en las circunstancias actuales, encontrar límites al ejercicio de este remedio sinalagmático que, como ya he tenido ocasión de recordar⁷⁷, opera al margen de la imputabilidad del incumplimiento al deudor. Se dirá que los límites al ejercicio de la facultad resolutoria se encuentran en las exigencias que debe reunir el incumplimiento, que deber ser grave⁷⁸, así como en la concesión del plazo adicional previsto en el artículo 1124 III CC y, con carácter específico para la compraventa de bienes muebles a plazos, en el artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio⁷⁹, cuya aplicación analógica a otros supuestos no sería descabellada en las circunstancias actuales. Obsérvese, no obstante, que en la contratación mercantil los límites se reducen a uno (la entidad del incumplimiento), ya que, como es bien sabido, el CCO impide otorgar plazos de gracia (art. 61 CCO); y que cuando el ejercicio de la facultad resolutoria se funda en una cláusula resolutoria expresa negociada por las partes sus límites se reducen hasta tender a cero⁸⁰, ya que en estos casos «el respeto a la autonomía privada [...] y la función que cumple el Derecho dispositivo en el ámbito de la contratación negociada impide al tribunal enjuiciar la justicia de la cláusula a partir del artículo 1124 y, en concreto, le impide entrar a valorar si el incumplimiento reviste las características exigidas por dicho precepto y la jurisprudencia que lo desarrolla»⁸¹.

En fin, la desactivación generalizada de la resolución resulta deseable, no solo porque evita los efectos adversos que puede tener

⁷⁷ *Vid. supra* epígrafe 1.1.

⁷⁸ Por todos, CLEMENTE MEORO, 2016.

⁷⁹ Que en su párrafo I.º establece: «Los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago».

⁸⁰ Pues «[e]l juez debe limitarse a constatar que en el caso concreto se ha producido el incumplimiento previsto por la cláusula resolutoria; que éste no se debe a una lícita aplicación del remedio consistente en la suspensión del propio cumplimiento; que el tenor de la cláusula no vulnera ninguno de los límites generales recogidos en el artículo 1255 CC; y que el ejercicio de la facultad resolutoria no contradice la buena fe (art. 7.1 CC). Si todo lo anterior se cumple, la resolución debe ser declarada» (GREGORACI, 2015, p. 119).

⁸¹ Como ya tuve ocasión de demostrar en 2015 (GREGORACI, 2015, pp. 118 y 119).

la resolución en el contexto actual⁸², sino también porque supondría un incentivo a la negociación entre las partes, opción esta que, como ya he tenido ocasión de señalar⁸³, es la ideal en las actuales circunstancias.

2.2 ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO

Deseo resaltar aquí las dos cuestiones que, a mi modo de ver, revisten mayor interés en relación con los contratos de arrendamiento de local de negocio y el COVID-19: la primera de ellas está relacionada con la referencia a la cláusula *rebus sic stantibus* que cabe encontrar en el preámbulo del RD-Ley 15/2020; la segunda desplaza nuestra atención hacia los contratos de arrendamiento de local de negocio que no están cubiertos por dicha norma.

2.2.1 La referencia a la cláusula *rebus sic stantibus* en el RD-Ley 15/2020

En el preámbulo de la norma que introduce las medidas específicas para los contratos de arrendamiento de local de negocio⁸⁴, el legislador alude a la cláusula *rebus sic stantibus*, como queriendo indicar que las medidas adoptadas son una aplicación específica de esta doctrina⁸⁵. Esto ha conducido a plantear dos preguntas⁸⁶: en

⁸² A los que ya me he referido. *Vid. supra* 1.1. y 1.2.

⁸³ *Vid. supra* 1.3.2.

⁸⁴ Se trata del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE núm. 1112, de 22 de abril de 2020).

⁸⁵ Aunque, como observa PANTALEÓN PRIETO (*Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020), lo haga mezclando varias ideas. En la parte que aquí interesa, el preámbulo dice: «A falta de acuerdo entre las partes, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos no prevé causa alguna de exclusión del pago de la renta por fuerza mayor o por declaración de estado de alarma u otras causas, salvo en lo referido en su artículo 26, relativo a la habitabilidad de la vivienda derivada de la ejecución de obras, que puede ser aplicable a los locales de negocio vía artículo 30 de esta Ley.

Asimismo, si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves.

Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual.

Se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales».

⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020.

primer lugar, si la decisión del legislador excluye la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para aquellos casos en los que el arrendatario no cumple los requisitos para beneficiarse de las medidas establecidas en la norma; en segundo lugar, si no cabe ninguna otra aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, distinta a la establecida por el legislador, para aquellos casos en los que el arrendatario cumpla los requisitos para ampararse en la norma.

Los autores que, hasta donde llega mi conocimiento, se han pronunciado por escrito en relación con la primera pregunta⁸⁷, consideran más ajustado no excluir la aplicación de la *rebus* a los arrendatarios que no reúnan los requisitos para que la norma les sea aplicable. En relación con la segunda pregunta, Pantaleón Prieto interpreta la norma como una protección mínima ofrecida al arrendatario que cumple los requisitos de vulnerabilidad, lo que no excluye la posibilidad de conceder una protección mayor a través de otra aplicación de la *rebus*⁸⁸.

2.2.2 Contratos no cubiertos por las medidas aprobadas por el legislador de emergencia

Son muchos los contratos de arrendamiento de local de negocio no cubiertos por el RD-Ley 15/2020. Lo que significa que hay muchos arrendatarios de locales de negocio que pueden tener problemas de liquidez y, sin embargo, no estar protegidos por estas medidas, bien porque no llegan a reunir los requisitos exigidos por el legislador para ser considerados económicamente vulnerables, bien

⁸⁷ PANTALEÓN PRIETO (*Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020), para quien: «[l]a regulación que se ha instaurado, aunque de algún modo pueda afirmarse “en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*”, se separa de ella con claridad, en cuanto refleja una lógica redistributiva de ayuda a los arrendatarios típicamente más débiles, sin sacrificar a los arrendadores típicamente más débiles, que es extraña a la lógica de justicia o equidad conmutativa característica de la referida doctrina».

En otro sentido, salvo error por mi parte, se pronunció Cándido PAZ-ARES, en un *webinar* celebrado por la Fundación FIDE el pasado 6 de mayo de 2020. En su opinión, permitir que alguien que no está protegido por la norma pueda apelar a la *rebus*, significaría situar al juez por encima del legislador.

Plantea sus dudas, aunque finalmente parece alinearse con PANTALEÓN PRIETO, GARCÍA RUBIO [*RDC*, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020), pp. 26 y 27].

⁸⁸ PANTALEÓN PRIETO (*Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020), quien, no obstante, advierte: «[Q]ue nadie se engañe al respecto. A no ser que las características del caso concreto que se presente ante el tribunal difieran palmariamente, por la evolución futura de la pandemia y/o del sector económico del que se trate, de las que razonablemente pudo contemplar el legislador de 21 de abril de 2020, el tribunal no dejará de tener en cuenta que ese legislador, contemplando un escenario de arrendatarios débiles frente a arrendadores fuertes, exigió a estos pérdidas de ingresos de al menos el 75 por 100, y se limitó a concederles moratorias en el pago de las rentas: no quitas».

También considera que se trata de una protección mínima, ÁLVAREZ, *Diario La Ley*, 20 de abril de 2020.

porque, a pesar de reunirlos, su arrendador no es «fuerte» y no han llegado a un acuerdo. ¿Qué ofrece el Derecho de contratos en estos casos? La pregunta clave que se plantea en estos supuestos es: ¿sigue obligado al pago de la renta el arrendatario de local de negocio que ha visto disminuidos sus ingresos como consecuencia de las medidas de contención del coronavirus? O, lo que es lo mismo, ¿quién soporta los riesgos de la (falta de) rentabilidad del local arrendado?

Para algunos autores⁸⁹ el arrendatario tiene derecho a suspender el pago de la renta. Y ello por dos razones. Se alude, por un lado, a un incumplimiento del arrendador de la obligación de proporcionar al arrendatario el goce útil de la cosa arrendada⁹⁰, obligación que estaría recogida en el artículo 1554.3.º CC como obligación de proporcionar el goce pacífico de la cosa⁹¹ y cuyo incumplimiento podría incluso llegar a justificar la resolución del contrato si la imposibilidad de gozar de la cosa arrendada se prolonga durante un tiempo razonable⁹²; por otro lado, se invoca la aplicación analógica del artículo 26 Ley 26/1994, de Arrendamientos Urbanos, que permite suspender el pago de la renta al arrendatario cuando se llevan a cabo obras de conservación o decretadas por la autoridad, que la hagan inhabitable⁹³. En definitiva, según este grupo de autores, el riesgo de la falta de rentabilidad del local arrendado está asignado por ley al arrendador⁹⁴.

Para otros autores⁹⁵, sin embargo, el arrendatario sigue obligado a pagar la renta, porque el riesgo de la falta de rentabilidad del local arrendado no está asignado por ley al arrendador. Los argumentos,

⁸⁹ GARCÍA VICENTE, *Blog de la APDC*, 22 de marzo de 2020; ORTI VALLEJO, *Cesco*, 23 de marzo de 2020; CARRASCO PERERA, *Cesco*, 17 y 25 de abril de 2020.

⁹⁰ CARRASCO PERERA, *Cesco*, 17 de abril de 2020, p. 9.

⁹¹ CARRASCO PERERA, *Cesco*, 25 de abril de 2020, p. 3. Concluye, por ello, el autor que «[e]s evidente para cualquiera [...] que la clausura obligatoria de establecimientos mercantiles por el RD 463/2020 es un riesgo que “primero” cae en el arrendatario (que no hace negocio), pero que “definitivamente” cae sobre el arrendador, porque la contingencia ha hecho imposible (sin culpa del arrendador) que pueda seguir prestando su obligación. “Jurídicamente”, lo que resulta imposible “es que el arrendador cumpla con su obligación, no que el arrendatario no pueda ejercer su negocio”. En consecuencia, el arrendatario puede suspender el pago de la renta o resolver, si la cosa va para largo» (*Cesco*, 25 de abril de 2020, p. 4).

⁹² GARCÍA VICENTE, *Blog de la APDC*, 26 de marzo de 2020.

⁹³ GARCÍA VICENTE, *Blog de la APDC*, 26 de marzo de 2020: «regla aplicable a los arrendamientos para uso distinto de la vivienda (art. 30 LAU) en la que la imposibilidad de satisfacer el destino previsto (art. 3 LAU) es equiparable a “inhabitable”».

⁹⁴ Precisamente por ello, CARRASCO PERERA (*Cesco*, 25 de abril de 2020, p. 6) critica duramente la opción legislativa plasmada en el tantas veces citado RD-Ley 15/2020, de imponer al arrendatario de local de negocio el deber de pagar la renta y concluye que los arrendatarios que cumplan los requisitos exigidos por la norma «mientras dure el estado de alarma, no deben nada y no deben pagar, y pidan la moratoria para los cuatro meses siguientes al estado de alarma. En eso consiste su privilegio».

⁹⁵ PANTALEÓN PRIETO *Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020 y ÁLVAREZ, *Diario La Ley*, 20 de abril de 2020.

que han sido elaborados por Pantaleón Prieto⁹⁶, podrían resumirse del siguiente modo: hay que distinguir entre los riesgos afectantes a la cosa arrendada en sí (aquellos que afectan a la estructura, los elementos constructivos, la habitabilidad o la funcionalidad del local en sí), de los que afectan a la utilidad a extraer por el arrendatario del goce de dicho local. Los primeros, los soporta el arrendador y son los que cabe entender incluidos en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1554.3.º CC (por ejemplo, la autoridad competente prohíbe el uso del local de negocio por descubrirse la presencia de amianto en su estructura o instalaciones) y del artículo 26 LAU (por ejemplo, se produce un terremoto que afecta seriamente a la estructura del local de negocio). Los segundos, los soporta el arrendatario, salvo que la posibilidad de que el arrendatario pueda desarrollar su actividad se eleve a causa concreta del negocio; ahora bien, en este caso, que Pantaleón Prieto⁹⁷ califica de altamente improbable, la desaparición sobrevinida de la causa podría justificar la resolución del contrato, pero no su suspensión.

Coincido con Pantaleón Prieto⁹⁸ cuando subraya que el problema no es de un posible incumplimiento por parte del arrendador o del arrendatario, sino de una posible excesiva onerosidad sobrevinida que se produce cuando el uso del local de negocio ha dejado de generar ingresos o se han reducido drásticamente. A este respecto, se ha invocado la aplicación analógica del artículo 1575 CC⁹⁹, por su conexión con la cláusula *rebus sic stantibus*, más claramente predicable, sin embargo, de sus antecedentes romanos¹⁰⁰.

3. DERECHO DE CONSUMO

¿Cómo está impactando el COVID-19 en los contratos con consumidores? Creo que la respuesta puede sintetizarse en tres

⁹⁶ PANTALEÓN PRIETO *Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020.

⁹⁷ PANTALEÓN PRIETO *Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020 (en una de las respuestas a los comentarios que suscitó su entrada).

⁹⁸ PANTALEÓN PRIETO *Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020.

⁹⁹ Que, situado en sede de arrendamientos rústicos, concede al arrendatario el derecho a una rebaja de la renta cuando haya perdido más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios, entre los que se menciona expresamente a la peste, claramente asimilable a la pandemia provocada por el COVID-19.

El precepto ha sido traído a colación por varios autores. Baste citar aquí, además de a PANTALEÓN PRIETO *Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020 y al propio CARRASCO PERERA (aunque para cuando el estado de alarma se acabe, *Cesco*, 25 de abril de 2020, p. 3), a CUENA CASAS, *El Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2020 y a GÓMEZ LIGÜERRE, *InDret*, 2.2020, p. iv.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2006, pp. 173 a 177 (cit. por PANTALEÓN PRIETO *Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020, en una de las respuestas a los comentarios que suscitó su entrada).

grupos de problemas. En primer lugar, algunos consumidores están sufriendo problemas de liquidez que les dificultan enormemente el cumplimiento de determinados contratos. En segundo lugar, la situación de confinamiento dificulta el ejercicio en plazo de determinados derechos, como, por ejemplo, el de desistimiento. En tercer lugar, muchos contratos celebrados con consumidores han devenido imposibles de cumplir, debido a las medidas adoptadas como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria.

3.1 PROBLEMAS DE LIQUIDEZ DE LOS CONSUMIDORES

Ya me he referido a las medidas que el legislador ha tomado para proteger a los consumidores vulnerables económicamente, tanto en el ámbito de los préstamos hipotecarios, como en el de los préstamos personales¹⁰¹. Baste añadir aquí que el legislador de emergencia ha modificado determinados preceptos de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito¹⁰².

Además de las medidas anteriores, se ha prohibido la suspensión de servicios esenciales como el agua, la energía, internet o telecomunicaciones a los consumidores vulnerables¹⁰³ (*vid.* tablas).

Por último, no sobraría recordar que, en el ámbito de la venta a plazo de bienes muebles, nuestra legislación (ordinaria) permite al juez que modifique el contenido del contrato atendiendo a circunstancias personales sobrevenidas del deudor¹⁰⁴.

¹⁰¹ *Vid. supra* 2.1.

¹⁰² Algo que GÓMEZ LIGÜERRE (*InDret*, 2.2020, p. iii) critica, invocando el artículo 4.2 CC, no tanto por el contenido, como por su carácter definitivo: a su modo de ver, «las medidas incluidas en la modificación se podrían haber adoptado solo con carácter de urgencia y dejar la reforma de la ley para un momento de mayor estabilidad política, social y económica».

¹⁰³ Téngase en cuenta que el legislador de emergencia ha decidido también garantizar el suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo, gas natural y agua a los consumidores personas físicas en su vivienda habitual, aunque no sean vulnerables económicamente, mientras esté en vigor el estado de alarma (art. 29 RD-Ley 11/2020).

¹⁰⁴ Me refiero al ya citado (*vid. supra* 2.1) artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles.

3.2 INTERRUPCIÓN DEL PLAZO PARA LA DEVOLUCIÓN DE LOS PRODUCTOS COMPRADOS

El artículo 21 del RD-Ley 8/2020¹⁰⁵ establece lo siguiente:

«Durante la vigencia del Estado de Alarma o sus posibles prórrogas, se interrumpen los plazos para la devolución de los productos comprados por cualquier modalidad, bien presencial bien *on-line*. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma o, en su caso, las prórrogas del mismo»¹⁰⁶.

Además de la confusión terminológica empleada en el precepto (si el plazo se interrumpe, el plazo no se reanuda, pues, como bien explica Del Olmo García, «la interrupción [...] pone el reloj a cero»¹⁰⁷) me parece importante distinguir esta disposición de la contenida en la DA 4.^a del RD-Ley 463/2020, que establece la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos, durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adopten¹⁰⁸. Cada una de las disposiciones opera en planos distintos. La DA 4.^a del RD-Ley 463/2020 se aplica al plazo para ejercer el derecho de desistimiento reconocido al consumidor en el artículo 71 TRLGDCU, mientras que el artículo 21 RD-Ley 8/2020 se aplica al plazo que el artículo 108.1 TRLGDCU establece para que el consumidor proceda a la devolución de los bienes, una vez que ha ejercido el derecho de desistimiento, plazo, este, que no es de ejercicio de una acción y que, por tanto, no estaría cubierto por la tantas veces

¹⁰⁵ Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020).

¹⁰⁶ En la Exposición de Motivos del mencionado RD-Ley encontramos la justificación de esta medida:

«En último lugar a efectos de poder garantizar el cumplimiento por parte de los consumidores de lo previsto en el artículo 7 del Real Decreto 467/2020 [*sic*], de 14 de marzo, y que limita su libertad de circulación y, por tanto, sus desplazamientos y en coherencia con la interrupción de plazos procesales y administrativos previstos en sus disposiciones adicionales segunda y tercera, se decreta la medida excepcional de interrupción de los plazos de devolución de los productos comprados por cualquier modalidad, presencial u *on-line*. Dado que el derecho de desistimiento de los consumidores respecto de productos adquiridos suele estar sujeto a un límite temporal, se deben interrumpir los plazos de devolución para garantizar que puedan ejercerlo sin contravenir el Real Decreto 463/2020.»

¹⁰⁷ DEL OLMO GARCÍA, *Almacén de Derecho*, 18 de marzo de 2020.

¹⁰⁸ Nótese que esta disposición queda derogada con efectos desde el 4 de junio de 2020, en virtud de la Disposición Derogatoria única del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 145, de 23 de mayo).

citada DA 4.^a¹⁰⁹. No me parece, por ello, superflua, la norma contenida en el artículo 21 RD-Ley 8/2020¹¹⁰.

3.3 IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DEL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

El artículo 36 del RD-Ley 11/2020 ha previsto una serie de medidas para el caso en que sea imposible¹¹¹ el cumplimiento de los contratos suscritos entre un profesional y un consumidor¹¹². En el mencionado precepto se ha limitado el ejercicio del derecho a la resolución, ya que el consumidor dispone de tan solo 14 días para resolver el contrato; antes de que la resolución pueda ejecutarse, el consumidor está obligado a renegociar con el profesional¹¹³; la restitución de las prestaciones se demora y ni siquiera se asegura que el reembolso al consumidor vaya a ser completo. En definitiva, el precepto mencionado limita el ejercicio de la resolución desde varias perspectivas: en cuanto al tiempo para su ejercicio, en cuanto a los requisitos para ejercerla (pues se impone una obligación previa de renegociar)¹¹⁴ y en cuanto a la demora en el efecto restitutorio que, además, puede no traducirse en la restitución de todas las cantidades entregadas por el consumidor. Cuando la imposibili-

¹⁰⁹ Como bien explican DÍEZ-PICAZO y GULLÓN al referirse a la acción como objeto de la prescripción extintiva «hay que considerarla aquí como la facultad o poder de exigir a otro un comportamiento, activo o positivo, para la satisfacción de nuestro interés» (2016, p. 367). El plazo para la devolución de los bienes comprados no es, por tanto, un plazo de prescripción, ni de caducidad.

¹¹⁰ Sí se lo parece a CARRASCO PERERA, *GA_P Publicaciones*, 23 de marzo de 2020, a quien le sigue DEL SAZ DOMÍNGUEZ, *Cesco*, 16 de abril de 2020, p. 4.

¹¹¹ Según observa DÍEZ GARCÍA (*Cesco*, 28 de mayo de 2020) el precepto no se aplicará a las prestaciones de servicios que se pueden seguir prestando online y «el servicio así prestado resulta adecuado al fin contractual y proporciona la utilidad razonable y objetivamente esperable».

¹¹² El precepto se aplica tanto a los contratos de tracto único como a los contratos de tracto sucesivo. En opinión de ÁLVAREZ OLALLA (*Cesco*, 28 de mayo de 2020, pp. 2 y 3) el precepto debería haber omitido la mención a estos últimos, ya que, cuando su duración es indefinida el consumidor tiene un derecho de desistimiento, mientras que cuando la duración del contrato es determinada, el consumidor solo podría suspender el contrato mientras dure la imposibilidad.

¹¹³ Lo que, según subraya GARCÍA RUBIO [*RDC*, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020) pp. 37 y 38], responde a la lógica de la *rebus sic stantibus*. En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA (*Cesco*, 28 de mayo de 2020, 1); GARCÍA VICENTE (*Cesco*, 28 de mayo de 2020, p. 1) vincula el artículo 36.1 RD-Ley 11/2020 con el ya citado artículo 1213 Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, relativo al régimen de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. En opinión de PEÑA LÓPEZ (*Cesco*, 28 de mayo de 2020, p. 2), sin embargo, aunque a primera vista pueda parecer una *rebus*, lo que el legislador ha querido hacer ha sido someter a una moratoria de 60 días el ejercicio de la facultad resolutoria.

¹¹⁴ MARÍN LÓPEZ (*Cesco*, 28 de mayo de 2020) considera que la resolución se somete a la condición suspensiva de que las partes no lleguen a un acuerdo en el plazo establecido por la norma.

dad es temporal, se consagra legalmente el derecho a suspender el pago del precio, mientras esta dure¹¹⁵.

El legislador de emergencia ha prestado especial atención al contrato de viaje combinado, plasmando, para este contrato, el mismo tipo de soluciones a las que acabo de referirme. Y así, cancelado un viaje combinado como consecuencia del COVID-19 el profesional tiene la posibilidad de entregar un bono al consumidor por una cantidad igual al reembolso que le hubiera correspondido, para ser utilizado en el plazo de un año desde la finalización del estado de alarma. El consumidor podrá solicitar el reembolso del pago realizado una vez que haya transcurrido el periodo de validez del bono sin haberlo utilizado. En caso de que el consumidor resuelva el contrato en la redacción original del precepto se condicionaba la restitución de las cantidades pagadas a que los proveedores hubieran procedido a su vez a la devolución total o parcial del importe al profesional.¹¹⁶

Las críticas¹¹⁷ que ha recibido el artículo 36 RD-Ley 11/2020 han sido muy numerosas y se han basado, fundamentalmente, en dos razones: (1) el precepto protege al profesional a costa del consumidor, pues, *de facto*, supone una financiación a las empresas soportada por los consumidores, sin tener en cuenta la posible vulnerabilidad de este último; y (2) es posible que el legislador nacional esté quebrantando el Derecho de la Unión Europea¹¹⁸. Pero no faltan quienes se muestran, en cambio, favorables a la medida observando que «[l]a preocupación que subyace a la misma es bien

¹¹⁵ Como bien observa GARCÍA RUBIO [RDC, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020), p. 40].

¹¹⁶ El precepto ha sufrido varias modificaciones, la última por Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio.

¹¹⁷ MARÍN LÓPEZ, *Cesco*, 11 de abril de 2020. También, GARCÍA RUBIO [RDC, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020) p. 43].

¹¹⁸ En concreto, la Directiva 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. Para AGÜERO ORTIZ (*Hay Derecho*, entrada del 3 de abril de 2020) la medida sería nula por violación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea. En contra, RODRÍGUEZ ROSADO y RUIZ ARRANZ, para quienes «[b]ien es verdad que el artículo 18 Directiva 2011/83 obliga al comerciante a reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas, pero lo hace en un supuesto de incumplimiento de la obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado y tras la concesión de un plazo adicional (*Nachfrist*), salvo que aquel plazo fuera esencial. Sin olvidar tampoco que el artículo 16 Directiva 2019/771 no armoniza la facultad de los Estados de regular las modalidades del reembolso del precio al consumidor, ni la facultad de establecer determinados plazos para el reembolso del precio o la devolución de los bienes (cfr. Cdo. 60 Directiva 2019/771)».

En cualquier caso, tal y como observa GARCÍA RUBIO [RDC, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020), p. 44, nota 85], de momento la normativa es aplicable y habrá que esperar a que el TJUE se pronuncie al respecto y «decida si la situación de excepcionalidad tiene o no relevancia a los efectos de la violación de las Directivas, no pensadas, evidentemente, para esta».

real y el mecanismo del bono aparece como interesante para mantener el contrato y evitar una acumulación de reclamaciones de reembolso en un plazo muy corto contra una misma empresa. En la situación de emergencia presente, la protección del consumidor, entendida como conservación íntegra de los derechos del período normal nos parece que ha de permitir modulaciones conducentes a cumplir objetivos de urgencia máxima, como es la conservación del tejido productivo en el sector turístico y de transporte-entre otros-, y la reducción del riesgo de insolvencias y procesos de espiral de impagos en los mismos»¹¹⁹.

4. CONCLUSIONES

Son varias las reflexiones que me ha suscitado la actividad legislativa y doctrinal que el COVID-19 ha provocado en el Derecho de contratos español. Trataré de sintetizarlas en las líneas que siguen.

Primera. Observo una tendencia a mezclar figuras del Derecho de contratos. Si se me permite el paralelismo con la medicina, falta en muchas ocasiones un *diagnóstico* correcto del tipo de problema jurídico que el *contrato enfermo* padece, lo que puede llevar a la aplicación de una *medicina jurídica* inadecuada. Sirva como ejemplo la invocación de la fuerza mayor para casos que nada tienen que ver con el incumplimiento de los contratos o para tratar de proteger a deudores de obligaciones de suma de dinero (que, por definición, nunca devienen imposibles) con problemas de liquidez.

Segunda. En muchos supuestos, subyacen problemas que el Derecho de contratos no puede solucionar. Piénsese en los casos en que el arrendatario de vivienda o el deudor hipotecario tiene dificultades económicas para pagar. Dudo mucho que la cláusula *rebus sic stantibus* esté pensada para este tipo de supuestos y que, por tanto, podamos imponer al arrendador o al prestamista la necesaria renegociación del contrato con base en esta institución.

Tercera. Las consecuencias del COVID-19 en el Derecho de la contratación no han impactado únicamente a algunos contratos o a un sector específico de la contratación. Retomando el paralelismo con la medicina, no hay solo algunos contratos *enfermos*, sino que hay una auténtica *pandemia* en los contratos. Esta realidad debería tenerse en cuenta a la hora de valorar los remedios disponibles para el acreedor y las soluciones a implementar por el legisla-

¹¹⁹ GANUZA y GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2.2020, p. 575.

dor de emergencia. Y así, no hay que olvidar las consecuencias adversas que puede tener la resolución de los contratos, fundamentalmente por el efecto restitutorio que, en estas circunstancias, puede comprometer la liquidez del deudor, y porque, en último extremo, podría llegar a privar al sistema económico de la red de contratos, esencial en la futura reactivación de la economía¹²⁰; habría sido, por ello, conveniente que el legislador hubiera decretado una desactivación generalizada de la facultad resolutoria en general y de las cláusulas resolutorias, en particular. El legislador, sin embargo, ha optado por trasladar a la contraparte las dificultades que tiene una parte para cumplir prestaciones dinerarias por falta de liquidez (recuérdense las moratorias y las quitas en el ámbito de los arrendamientos, o las limitaciones que sufren los consumidores en el ejercicio de la resolución); pero, no hay garantías de que la contraparte contractual esté bien situada para ofrecer esa liquidez sin desencadenar sucesivos incumplimientos¹²¹.

Cuarta. En el *Hospital* de nuestro Ordenamiento Jurídico, los *doctores iusprivatistas* nos empeñamos en tratar de *sanar* los contratos afectados por la pandemia. Pero es probable que las *medicinas* más efectivas y el *tratamiento* más adecuado no estén (solo) en nuestro *servicio*. Sin perjuicio de la conveniencia de tomar medidas específicas en el ámbito del Derecho de contratos, estoy también convencida de que se impone un *abordaje multidisciplinar y holístico de los pacientes* y que, por tanto, estas medidas deben ir acompañadas y coordinadas con las que puedan adoptarse en el ámbito del Derecho Público.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «¿Cuándo se tienen que “implementar” las moratorias en los préstamos?», *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- «Reduciendo los derechos de los consumidores en tiempos del COVID-19: limitaciones al derecho de reembolso de viajes combinados violando el Derecho de la Unión Europea», en *Hay Derecho*, entrada del 3 de abril de 2020.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «¿Adiós a la información y transparencia en la escritura de suspensión de la deuda hipotecaria?», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- ALFARO, Jesús y GARICANO, Luis: «El legislador bondadoso en la epidemia», en *Almacén de Derecho*, entrada del 3 de abril de 2020.

¹²⁰ Lo explican muy bien GANUZA y GÓMEZ POMAR (*InDret*, 2.020, p. 572) y MORALES MORENO, *ADC*, 2020, II.

¹²¹ En el mismo sentido, GANUZA y GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2.2020, p. 575.

- ÁLVAREZ, Segismundo: «Pandemia, fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus* a la luz de la jurisprudencia», en *Diario la Ley*, núm. 9619, Sección doctrina, 20 de abril de 2020.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «¿Está el consumidor obligado a aceptar una oferta alternativa razonable?», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «No me cobrarás devengos futuros de contratos de tracto sucesivo. Pero ¿tengo que haber resuelto antes?», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara: «Art. 1105», en *Comentarios al CC*, dir. Rodrigo Bercovitiz Rodríguez-Cano, ed. Tirant lo Blanch, T. VI, Valencia, 2013, pp. 8096 a 8102.
- BADILLO, Antonio: «Cobertura del seguro en situaciones de pandemia», en *Revisita de responsabilidad civil y seguro*, abril 2020, p. 3.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Préstamos no hipotecarios cuyo pago el deudor no puede suspender», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- «Al fin la madre de todas las batallas del Covid 19: *rebus sic stantibus*. Con ocasión de una reciente propuesta institucional», en *Cesco*, 26 de mayo de 2020.
- «Un modelo contractual para COVID-19: las moratorias como bonos a la vista», en *Cesco*, 2 de mayo de 2020.
- «Locales de negocio cerrados por COVID: la barbarie o el lobby hacen su agosto (segunda versión, reforzada para los incrédulos)», en *Cesco*, 25 de abril de 2020.
- «Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor», en *Cesco*, 17 de abril de 2020.
- «Devolución de productos por consumidores durante el estado de alarma», en *GA_P Publicaciones*, 23 de marzo de 2020.
- CLEMENTE MEORO, Mario: «Comentario al art. 1124 CC», en *Código Civil comentado*, V. III (Libro IV-De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)), Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Rosario Valpuesta Fernández y Javier Orduña Moreno (Dir.), 2.ª ed., mayo 2016.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «¿La moratoria hipotecaria es imperativa o puede pactarse una novación alternativa?», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- CUENA CASAS, Matilde: «Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. Propuestas de solución», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 90, marzo-abril 2020.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «¿Y si el servicio contratado se sigue prestando o puede o debe seguir prestándose de forma *online* durante el estado de alarma ¿se aplica el artículo 36 RD-Ley 11/2020?», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «Comentario al art. 1105 CC», en *Código Civil comentado*, V. III, (Libro IV-De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)), Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Rosario Valpuesta Fernández y Javier Orduña Moreno (Dir.), 2.ª ed., mayo 2016.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2008.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil, V. I*, ed. Tecnos, Madrid, 2016 (13.ª ed.).
- EUROPEAN LAW INSTITUTE: *ELI PRINCIPLES FOR THE COVID-19 CRISIS*, 2020, disponibles en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico: *Deductio mercedis, forma alternativa de «garantía» del conductor*, disponible en <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2006/Bujan3.pdf>
- GANUZA, Juan José y GÓMEZ POMAR, Fernando: «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», en *Indret*, 2.2020, pp. 558 a 584.
- GARCÍA CARACUEL, Manuel: *La alteración sobrevinida de las circunstancias contractuales*, ed. Dykinson, Madrid, 2014.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España», en *Revista de Derecho Civil*, v. VII, núm. 2, especial (mayo 2020), pp. 15 a 46.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «“Restaurar la reciprocidad” en el artículo 36.1 del RDL 11/2020», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- «Arrendamientos y pandemia (2)», en *Blog de la APDC*, 26 de marzo de 2020.
- «Arrendamientos y pandemia (1)», en *Blog de la APDC*, 22 de marzo de 2020.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: «Editorial. Fuerza mayor», en *Indret*, 2.2020, pp. i a xi.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Art. 1124 CC», en *Comentarios al CC*, dir. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, T. VI, ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 8214 a 8262.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*, ed. BOE, Colección de Derecho Privado, Madrid, 2015.
- LANDO, Ole y BEALE, Hugh (Ed.): *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- LYCZKOWSKA, Karolina: «La prórroga extraordinaria del contrato de arrendamiento de vivienda habitual frente al derecho de recuperar la vivienda por parte del arrendador», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Resolver el contrato para después tener que negociar (art. 36 RD-Ley 11/2020)», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- «Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-Ley 11/2020», en *Cesco*, 11 de abril de 2020.
- MARTÍN FUSTER, Jesús: «Suspensión del pago del préstamo hipotecario a causa del coronavirus: supuestos dentro y fuera del ámbito del Real Decreto-Ley 8/2020 y problemas prácticos», en *Diario La Ley*, núm. 9605, de 1 de abril de 2020.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, Sheila: «¿Cuántas clases de consumidores vulnerables hay en las normas del COVID-19?», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- MORALES MORENO, Antonio-Manuel: «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», en *ADC*, 2020, II (en prensa, amablemente facilitado por su autor).
- OLMO GARCÍA, Pedro del: «Silencio, la prescripción duerme», en *Almacén de Derecho*, entrada del 18 de marzo de 2020.
- *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- «La cláusula *rebus*, la renegociación de los contratos y la intimidación/vicio: tres lados de un triángulo», en C. Hornero, M. Espejo y F. Oliva (dirs.) *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 421 a 436.
- ORTI VALLEJO, Antonio: «Apunte sobre la suspensión de la obligación de pago de la renta de los locales de negocio a los que les ha sido prohibida la apertu-

- ra de sus establecimientos como consecuencia de la declaración del estado de alarma por el COVID-19», en *Cesco*, 23 de marzo de 2020.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales», en *Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *ADC*, 1993, pp. 1719 a 1745.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *ADC*, 1991, pp. 1019 a 1091.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», en *Indret*, 4.2015.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «En busca de la reciprocidad perdida, ¿pero para qué tomarse la molestia?», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco: «El perverso artículo 4.2) del Real Decreto-ley 11/2020 y la estrategia del arrendador», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «El COVID-19 y los arrendamientos de vivienda: medidas excepcionales del Real Decreto-Ley 11/2020», en *Cesco*, 3 de abril de 2020.
- RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno y RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y COVID-19», en *Almacén de Derecho*, entrada del 16 de abril de 2020.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «El cambio de circunstancias y sus efectos en el contrato: especial atención a la propuesta de regulación de los principios latinoamericanos de derecho de los contratos», en *Estudios de Derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Álvaro Vidal Olivares (Dir.), Gonzal Severín Fuster (coord.), ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, pp. 897 a 931.
- «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», en *ADC*, 2002, pp. 1115 a 1132.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Comentario al art. 1105 CC», en *Comentarios al CC*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), ed. Aranzadi, Navarra, 2013.
- SAZ DOMÍNGUEZ, Lucía del: «Se suspende el plazo de devolución durante el estado de alarma», en *Cesco*, 16 de abril de 2020.
- SOLER PRESAS, Ana: «El deber de mitigar el daño», en *Practicum Daños 2019*, Ana Soler Presas y Pedro Del Olmo García (Coord.), ed. Thomson Reuters, Navarra, 2019, pp. 304 a 310.
- «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1.ª de 15-11-1994)», en *ADC*, 1995, pp. 951-970.
- VVAA: *Diccionario jurídico (Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)*, ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

ANEXO

CONTRATO	DISPOSICIÓN NORMATIVA	SUJETO PROTEGIDO	EFFECTOS	REQUISITOS	PLAZO DE DURACIÓN
Todos.	RD-Ley 463/2020 (DA 4.ª).	Acreedores.	Suspensión plazos prescripción y caducidad.		Hasta el 4 de junio de 2020.
	RD-Ley 11/2020 (art. 2).	Todos los arrendatarios que lo soliciten.	Prórroga extraordinaria del contrato.	Contrato finaliza durante el estado de alarma y hasta dos meses después de su finalización.	6 meses (máx.).
De vivienda.			Suspensión lanzamientos y procedimientos desahucio.		Período máximo de 6 meses desde la entrada en vigor del RD-Ley 11/2020
	RD-Ley 11/2020 (arts. 1, 4 y 8).	Arrendatarios vulnerables económicamente (arts. 5 y 6).	Acuerdo. Falta de acuerdo: moratoria automática sin intereses; o (a elección del arrendador) reducción 50 % renta.	Arrendador: Empresa/entidad pública de vivienda/ gran tenedor.	Duración estado de alarma y mensualidades siguientes (si exigido por la situación de vulnerabilidad) con un máximo de 4 meses más o, en el caso de las moratorias, hasta que el arrendatario tenga acceso a los mecanismos transitorios de financiación.
Arrendamientos			Acuerdo. Falta de acuerdo: mecanismos transitorios de financiación (art. 9).	Arrendador: Persona física pequeño propietario	
	RD-Ley 15/2020 (arts. 1 y 2).	Arrendatario (persona física o PYME) especialmente afectado por la crisis (arts. 3 y 4), Fraude (art. 5).	Acuerdo. Falta de acuerdo: moratoria automática sin intereses. Acuerdo. Falta de acuerdo: arrendatario deberá seguir pagando (aunque falta de claridad de la norma).	Arrendador: Empresa/entidad pública de vivienda/ gran tenedor Arrendador: Persona física pequeño propietario	Duración del estado de alarma y mensualidades siguientes con un máximo de 4 meses.

Préstamos	Hipotecarios.	RD-Ley 8/2020 (arts. 7 a 16).	Deudores hipotecarios, fiadores y avalistas económicamente vulnerables (art. 9). Fraude (art. 16).	Moratoria sin intereses remuneratorios ni moratorios y consiguiente inaplicación de la cláusula de vencimiento anticipado.	Hipoteca sobre la vivienda habitual. Hipoteca sobre inmueble afecto a la actividad económica. Hipoteca sobre vivienda en la que el arrendador deja de percibir la renta.	3 meses.
	Personales.	RD-Ley 11/2020 (arts. 21 a 27).	Deudor, fiador, avalista persona física vulnerable económicamente (arts. 16 y 18). Fraude (art. 26).	Suspensión automática del pago de la deuda con ampliación de la fecha del vencimiento acordado en el contrato.		3 meses.
Contratos de consumo	Prestación de servicios, compraventa de bienes.			Resolución por el consumidor (14 días desde la imposible ejecución). Propuesta de revisión (60 días desde la solicitud de resolución). Resolución si no se llega a un acuerdo; restitución salvo gastos incurridos.		
	Viaje combinado.	RD-Ley 11/2020 (art. 36).	Profesional.	Posibilidad de ofrecer un bono a utilizar en el plazo de un año (reembolso si no se usa). Resolución conforme al art. 160.2 TRLGDCU; restitución dependiente de los proveedores del organizador o minorista.	Imposibilidad de cumplimiento.	
	Compraventa.	RD-Ley 8/2020 (art. 21).	Consumidor.	Interrupción del plazo para la devolución de los productos.		Vigencia del estado de alarma.
	Servicios básicos.	RD-Ley 8/2020 (art. 4).	Consumidores vulnerables.	Prohibición de suspensión de servicios básicos.		Mes siguiente a la entrada en vigor del RD-Ley 8/2020.

La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles*

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

RESUMEN

El pacto de reserva de dominio se ha convertido en una de las instituciones más controvertidas de nuestro Derecho de contratos. Entre las diversas construcciones que intentan explicar la figura, la de la condición suspensiva de la transmisión es la que mejor responde, no solo a la voluntad de las partes y a su declaración, sino también a la defensa de sus intereses. La posible debilidad que esa explicación puede producir en la posición del comprador se debe corregir fortaleciendo su titularidad mediante la protección de los derechos en expectativa. Así se consigue que tanto el vendedor como el comprador gocen de una adecuada protección en caso de embargo o concurso de la otra parte o transmisión del bien a un tercero.

PALABRAS CLAVE

Reserva de dominio. Remedios al incumplimiento. Embargo. Concurso. Enajenación a un tercero.

* El presente estudio se enmarca en el Proyecto de investigación I+D+I del MINECO DER2016-77053-P (AEI/FEDER, UE), denominado «Reserva de dominio y transmisión de propiedad en garantía: eficacia nacional y transnacional», del que son IP la Dra. Rocío Caro Gándara y el propio autor de este trabajo. Agradezco a la mencionada profesora Caro Gándara las valiosas observaciones e información suministrada.

Retention of title: nature and effects on movable and immovable Property

ABSTRACT

The retention of title clause has become one of the most controversial institutions of our Contract Law. Among the various constructions that try to explain the figure, the suspensive condition of the transfer is the one which responds best, not only to the will of the parties and to their declaration, but also to the protection of their interests. The possible weakness that for the buyer can derive from that explanation must be corrected by strengthening his position through the protection of rights in expectation. This ensures that both the seller and the buyer enjoy adequate protection in case of enforcement or bankruptcy of the other party or transmission of the property to a third person.

KEYWORDS

Retention of title. Remedies for breach of contract. Bankruptcy. Seizure. Transfer to a third person.

SUMARIO: 1. *Planteamiento: tres interpretaciones diversas de la misma figura.* 1.1 La tesis clásica o de la condición suspensiva de la transmisión. 1.2 La tesis de la reserva de dominio como condición resolutoria. 1.3 La tesis de la reserva de dominio como derecho real de garantía.-2. *Algún apunte histórico relevante.* 2.1 En Roma, la reserva de dominio era la regla general. 2.2 Los juristas romanos no confundieron reserva de dominio y venta sometida a condición resolutoria. 2.3 La prohibición del pacto comisorio en Roma se refería a las garantías y no tuvo nada que ver con el pacto de *lex commissoria* de la compraventa ni con la reserva de dominio. 2.4 El pacto de reserva de dominio como figura típica de la Edad Media. 2.5 La recepción española del pacto de reserva de dominio.-3. *Dos ejemplos de reserva de dominio en nuestro entorno.* 3.1 La construcción alemana de la reserva de dominio. 3.2 La regulación francesa de la reserva de dominio.-4. *Valoración y crítica de las diversas explicaciones de la reserva de dominio.* 4.1 Fortalezas y debilidades de la concepción clásica de la reserva de dominio. 4.2 El intento de corrección mediante la tesis de la condición resolutoria. 4.3 La tesis del derecho real de garantía en cosa ajena.-5. *Una propuesta de solución que va consolidándose.* 5.1 La necesidad de ciertas aclaraciones antes de tomar postura. 5.2 La corrección de la tesis clásica a través de los derechos en expectativa como solución coherente.-6. *Régimen de la reserva de dominio mobiliaria no sujeta a ley especial.* 6.1 Ámbito de aplicación. 6.2 Eficacia *inter partes*. 6.3 Eficacia en caso de embargo del bien por acreedores del comprador. 6.4 Eficacia en caso de embargo del bien por acreedores del vendedor. 6.5 Eficacia en caso de concurso del comprador. 6.6 Eficacia en caso de concurso del vendedor. 6.7 Efi-

encia en caso de enajenación por el comprador. 6.8 Eficacia en caso de enajenación por el vendedor.—7. *Régimen de la reserva de dominio inmobiliaria.* 7.1 Ámbito de aplicación. 7.2 Eficacia *inter partes*. 7.3 Eficacia en caso de embargo del bien por acreedores del comprador. 7.4 Eficacia en caso de embargo del bien por acreedores del vendedor. 7.5 Eficacia en caso de concurso del comprador. 7.6 Eficacia en caso de concurso del vendedor. 7.7 Eficacia en caso de enajenación por el comprador. 7.8 Eficacia en caso de enajenación por el vendedor.—8. *Régimen de la reserva de dominio mobiliaria sujeta a la Ley de venta a plazos de bienes muebles.* 8.1 Ámbito de aplicación. 8.2 Eficacia *inter partes*. 8.3 Eficacia en caso de embargo del bien por acreedores del comprador. 8.4 Eficacia en caso de embargo del bien por acreedores del vendedor. 8.5 Eficacia en caso de concurso del comprador. 8.6 Eficacia en caso de concurso del vendedor. 8.7 Eficacia en caso de enajenación por el comprador. 8.8 Eficacia en caso de enajenación por el vendedor.—9. *Diez tesis a modo de conclusión.—Bibliografía.*

1. PLANTEAMIENTO: TRES INTERPRETACIONES DIVERSAS DE LA MISMA FIGURA

La reserva de dominio es quizá la institución más controvertida del panorama del Derecho de contratos. De modo un tanto sorprendente, esta aparentemente apromblemática figura ha desatado entre nuestros autores uno de los más animados debates de los últimos cincuenta años, en el que ha llegado a discutirse prácticamente todo: su admisibilidad en nuestro ordenamiento, su existencia misma como figura autónoma, su configuración, y lógicamente sus efectos. Debate, dicho sea de paso, que no ha tenido parangón en los sistemas de nuestro entorno, en los que, a lo sumo, la discusión se ha centrado en los efectos del acuerdo en casos de ejecución forzosa y concurso.

1.1 LA TESIS CLÁSICA O DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA DE LA TRANSMISIÓN

La postura tradicional, desarrollada en el Derecho histórico y absolutamente dominante en los ordenamientos de nuestros países vecinos, entiende que el pacto de reserva de dominio constituye una condición suspensiva de la transmisión de la propiedad en la compraventa. Su efecto fundamental será preservar la bilateralidad estructural del contrato de compraventa, haciendo que ésta se man-

tenga también en la fase de cumplimiento: el comprador no adquirirá la propiedad del bien en tanto no haya completado el pago del precio. La posición de dueño del vendedor hasta el íntegro pago garantizará su posición, evitando que la transmisión del dominio a un tercero, el embargo del bien por deudas del comprador o el concurso de éste puedan perjudicarlo, ya que su titularidad le defenderá frente a cualquier riesgo de impago. Es la explicación absolutamente preponderante en la jurisprudencia y la que sigue buena parte de la doctrina¹.

1.2 LA TESIS DE LA RESERVA DE DOMINIO COMO CONDICIÓN RESOLUTORIA

Según esta explicación, el pacto de reserva de dominio dota en realidad de estructura a una condición resolutoria de la transmisión, de forma que la propiedad se transmite al comprador con el contrato de compraventa, para revertir al vendedor en caso de impago del precio. Los defensores de esta interpretación consideran que, dado que la finalidad de la reserva de dominio es garantizar el pago, esa función queda perfectamente amparada por una condición resolutoria, sin que haya necesidad de suspender la transmisión. Y con esta concepción creen explicar mejor algunos perfiles de la figura, como que los riesgos de la cosa vendida correspondan al comprador, a la vez que intentan distribuir mejor los instrumentos de protección entre comprador y vendedor. Se piensa así equilibrar las posiciones de las partes contractuales, que en la tesis clásica parecían desproporcionadamente descompensadas a favor del vendedor. La tesis cuenta con el apoyo de un buen grupo de autores, por más que apenas haya sido recibida por la jurisprudencia².

¹ Entre los autores más recientes, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988, pp. 106 ss.; BLASCO GASCÓ, 2000, p. 86; MARTÍNEZ ROSADO, 2005, pp. 101 ss. (aunque restringiendo en parte su postura en pp. 152 ss.); ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2006, pp. 55 ss., ampliamente; MIQUEL GONZÁLEZ, 2012, pp. 139 ss.; ARANA DE LA FUENTE, 2014, pp. 309 ss., 314 ss. También recientemente, desde una perspectiva de Derecho internacional privado, CARO GÁNDARA, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 36 (2018), pp. 22 ss. En la jurisprudencia, la amplia mayoría de declaraciones teóricas se inclinan por esta concepción: *vid.*, entre las más recientes, la de 14 de octubre de 2003 (Sent. núm. 924/2003), la de 16 de marzo de 2007 (Sent. núm. 321/2007) y la de 8 de noviembre de 2007 (Sent. núm. 1175/2007). También la de 24 de julio de 2012 (Sent. núm. 498/2012), a pesar de que, como se menciona en la nota siguiente, alguna frase aislada pudiese llevar a otra conclusión.

² En la doctrina más reciente es la posición defendida por CASAS VALLÉS, *RJC*, 1986-3, pp. 51 ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, pp. 435 ss.; OCAÑA RODRÍGUEZ, 2001, pp. 117 ss.; DIEZ-PICAZO, 2008, pp. 878 ss.; QUICIOS MOLINA, 2009, pp. 191 ss. En la jurisprudencia parecía dar apoyo a esta teoría la Sentencia de Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012 (Sent. núm. 498/2012), sobre la que volveré más adelante, que rechaza la reivindicatoria de un vendedor con reserva de dominio no resuelta, explicando que «en

1.3 LA TESIS DE LA RESERVA DE DOMINIO COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA

Según esta explicación, lanzada por Rodrigo Bercovitz en los años setenta del siglo pasado, la reserva de dominio representa en realidad un derecho limitado de garantía, equivalente en los bienes muebles a una garantía pignoratícia sin traspaso posesorio –asimilable a una prenda sin desplazamiento–, y en los inmuebles a una garantía hipotecaria³. Con esta estructura se pretende hacer una interpretación de la figura más coherente a los intereses de los contratantes, distribuyendo simultáneamente las defensas para casos de insolvencia o enajenación por la otra parte, y adecuando la figura a la finalidad de garantía perseguida. En ese sentido, la tesis se encuentra emparentada con la crítica realizada por de Castro a los negocios fiduciarios: si en ellos, se dice, la finalidad de garantía no justifica la transmisión de la propiedad, aquí la finalidad de garantía tampoco puede justificar su retención por el vendedor. La tesis ha encontrado el respaldo de un buen grupo de autores, aunque no ha encontrado acogida en la jurisprudencia⁴.

realidad el comprador adquiere un derecho aunque de carácter resoluble»; pero el apoyo no es tal, y ese derecho resoluble más bien parece posesorio, pues justo antes se puede leer que las partes «con finalidad de garantía, supeditan la plenitud del efecto transmisivo al momento en que se complete el pago del precio». En la jurisprudencia registral pareció apoyarla la RDGRN de 4 de diciembre de 2010 (*BOE* de 10 de enero de 2011), al declarar que «sin necesidad de entrar en la determinación de la naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio en la compraventa y de la titularidad registral que ostenta el comprador es indudable que ésta tiene alcance jurídico real y que en nuestro ordenamiento aquella estipulación, por la cual, pese a la inmediata entrega (que en el presente caso se realiza mediante el otorgamiento de la escritura –artículo 1462 del Código Civil–), se supedita o aplaza el traspaso dominical pleno del bien vendido a la íntegra realización del pago del precio convenido y aplazado, origina una situación que equivale sustancialmente, en los efectos prácticos, a las que crea la denominada condición resolutoria explícita». Pero las posteriores Resoluciones de 28 de noviembre de 2017 (*BOE* 14 de diciembre de 2017) y 10 de enero de 2018 (*BOE* de 26 de enero de 2018) rectificaron y limitaron dicha afirmación, declarando la segunda de ellas que «como ha puesto de relieve la Resolución de 28 de noviembre de 2017, no puede afirmarse que el pacto de reserva de dominio no es más que una condición o causa resolutoria de las contempladas en el artículo 1504 del Código Civil. A pesar de que en la Resolución de 4 de diciembre de 2010 se afirmó la identidad práctica entre pacto de reserva de dominio y condición resolutoria, esa identidad que no tuvo otra finalidad que aplicar el régimen jurídico previsto para esta última (artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario), con el fin de no dejar desprotegidos ni al adquirente ni al acreedor embargante de su derecho».

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1971, pp. 17-47. Con todo, en un comentario jurisprudencial posterior («Comentario STS 11 de julio de 1983», *CCJC*, 3, p. 876), admite que en inmuebles puede equipararse a una hipoteca o a una condición resolutoria explícita.

⁴ Entre los autores más recientes, GARCÍA-RIPOLL MONTUANO, 2013, pp. 597 ss., 603 ss.; GALICIA AIZPURUA, 2014, pp. 95 ss.; CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, 2015, pp. 497 ss. (en capítulo escrito por MARÍN). Un precedente de esta doctrina se encuentra en la Sentencia de 13 de diciembre de 1911 (*JC* 122, 1911-3, núm. 162), a cuyo criterio, dado «que la cláusula que dejaba en suspenso la adquisición del dominio, por no ser natural del aludido contrato, que tiene sus caracteres, condiciones y efectos señalados en la ley, no puede desnaturalizarse, hay que convenir en que estableció no una limitación del

2. ALGÚN APUNTE HISTÓRICO RELEVANTE

2.1 EN ROMA, LA RESERVA DE DOMINIO ERA LA REGLA GENERAL

Es algo bien conocido por la doctrina, pero conviene tal vez poner de manifiesto este dato: en el Derecho romano, la regla general era que el comprador no adquiría la propiedad hasta el completo pago del precio. Así lo expresa con claridad el *Corpus Iuris Civilis* (Inst. II, 1, 41; Pomp. D. 18,1,19), y así lo admite la doctrina romanista unánime⁵. La peculiaridad de la regulación romana, lógica si no se omite su consideración diacrónica, es que a lo largo de su desarrollo histórico evolucionó desde una posición bastante estricta, en la que la exigencia del pago del precio para la transmisión solo podía ser suplida por su promesa estipulatoria, a otra mucho más flexible, en que, pese a la falta de pago, la transmisión de la propiedad se producía siempre que el comprador prestaba garantía o, más sencillamente aún, en cualquier caso que el vendedor pusiese su confianza en el comprador⁶. La amplitud de esas excepciones provocó que se introdujesen pactos expresos estableciendo que la

dominio y sí una especie de prenda o garantía para asegurar el total cobro del precio». También parece apoyar esa doctrina la Sentencia de Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2005 (Sent. núm. 301/2005), al decir que «la reserva de dominio solo alcanza los meros efectos de garantía, sin que aparezca la exigencia de que revierta de nuevo en el propietario en el momento en que la obligación de que se trata fuera hecha efectiva»; pero en realidad esa declaración no pretende oponerse a la tesis clásica de la reserva de dominio, sino combatir la interpretación de la Audiencia, que había entendido que la reserva de dominio a favor del financiador se construía como un negocio fiduciario con transmisión de propiedad.

⁵ Por todos, KASER, 1971, p. 418; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, 1987, p. 162; ZIMMERMANN, 1996, pp. 272 ss.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, 2017, marg. 24.13.

⁶ El texto de Inst. II, 1, 41, podría traducirse del siguiente modo: «ciertamente, si fueren entregadas [las fincas] por causa de donación o de dote, o por otra cualquiera, sin duda quedan transferidas; mas las cosas vendidas y entregadas no se adquieren por el comprador salvo que él pagase el precio al vendedor, o de otra manera le diese satisfacción, como por ejemplo, dándole una prenda o alguien que pagase por él. Lo que ya en verdad establecían las XII tablas, y con razón se dice que también es de Derecho de gentes, es decir, de Derecho natural. Pero si el que vendió se hubiera fiado del comprador, hay que decir que la cosa se hace inmediatamente del comprador». La mención que hace Inst. II, 1, 41 a que la exigencia de pago del precio para la transmisión de la propiedad proviene de las XII Tablas (7,11) no parece creíble, pues esa norma se refería probablemente a la *mancipatio*, y no a la *traditio* (así, KASER, 1971, p. 418; D'ORS, 1997, § 171). Sí que es más lógico, como dice Kaser, que la necesidad de pago del precio se tomase de la *mancipatio* y se extendiese a la *traditio*. En cualquier caso, dicho requisito para el traspaso del dominio en la compraventa parece consolidado en la época clásica, y así aparece citado por Varro (en *De re rustica*, 2, 1, 15: *emptio pecorum [...] neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem dominii*), que solo equipara al pago efectivo la promesa estipulatoria. Es muy probable que la admisión de la transmisión del dominio en cualquier caso en que el vendedor concediese crédito al comprador sea una flexibilización de la propia época clásica, aunque hay autores que la atribuyen a Justiniano (sobre la diversidad de posturas en la doctrina, *vid.* ZIMMERMANN, 1996, p. 274, que aboga por la claridad de la regla que equipara, a efectos de la transmisión, la concesión de crédito al comprador al pago del precio).

toma de posesión por el comprador se producía como simple precarista o arrendatario, excluyendo por tanto la transmisión de la propiedad en tanto el precio no fuese efectivamente pagado (Paul./Iav. D. 19, 2, 20, 2-22, pr.; Ulp. D. 43, 26, 20)⁷.

2.2. LOS JURISTAS ROMANOS NO CONFUNDIERON RESERVA DE DOMINIO Y VENTA SOMETIDA A CONDICIÓN RESOLUTORIA

Afirmado que en Roma la regla general, por más que sometida a amplias excepciones, era la reserva de dominio hasta el completo pago del precio, vale la pena destacar que la vigencia de esa regla no excluyó que el Derecho romano construyese como institución distinta el pacto de resolución expresa en caso de impago del precio, el llamado pacto de *lex commissoria* de la compraventa. Dato histórico que, por sí solo, debiera ser bastante para rechazar la tesis de la equiparación de la reserva de dominio a la condición resolutoria.

En efecto, a pesar de que la regla general de la compraventa romana era la conservación del dominio por el vendedor hasta el total pago del precio, y de que las atemperaciones de dicha regla podían ser excluidas por un pacto que especificase el carácter no dominical de la posesión adquirida por el comprador, los juristas romanos construyeron como pacto distinto y diverso de éste aquél que facultaba al vendedor para readquirir la cosa en caso de que el comprador no pagase en determinado plazo. En un principio, parece que ese pacto de *lex commissoria* se configuró como una condición suspensiva de la compraventa, para evolucionar luego hacia la forma de un pacto de resolución cuya eficacia quedaba suspensivamente condicionada al impago del precio⁸. En cualquier caso, su eficacia no era automática, sino que daba al vendedor la posibilidad de optar por la resolución o por exigir el precio (Ulp. D. 18, 3, 3; Pomp. D. 18, 3, 2). Esa estructura de la resolución de efectos no automáticos determinaba que el impago no produjese una revocación *ipso iure* y con efectos retroactivos de la transmisión, sino una readquisición *ex nunc* de la cosa vendida, haciendo surgir para comprador y vendedor la obligación de devolver los frutos percibidos e indemnizar los gastos⁹.

⁷ Vid. al respecto STAGL, SZ, 132 (2015), pp. 181 ss.

⁸ Vid. Ulp. D. 18, 3, 1; Sab./Paul. D. 41, 4, 2, 3; Pomp. D. 18, 3, 2. Entre los autores, KASER, 1971, p. 541; D'ORS, 1997, § 489, nota 4; EFFER-ÜHE, 2008, pp. 125 ss; KASER/KNÜTEL/LÖHSSE, 2017, marg. 10.13.

⁹ Sobre el efecto readquisitivo real y *ex nunc*, vid. Ulp. D. 6, 1, 41, pr., D. 18, 2, 4, 3; Ulp. D. 18, 1, 41; Fragmentos Vaticanos 283; pero cfr. en cambio C. 4, 54, 3. Sobre la devo-

2.3 LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO EN ROMA SE REFERÍA A LAS GARANTÍAS Y NO TUVO NADA QUE VER CON EL PACTO DE *LEX COMMISSORIA* DE LA COMPRAVENTA NI CON LA RESERVA DE DOMINIO

Es una idea básica, perfectamente conocida por cualquier romanista, pero que vale la pena poner de manifiesto, ya que no deja a veces de argumentarse que la reserva de dominio constituiría hoy un negocio que incurre en la prohibición del pacto comisorio. Los romanos denominaron pacto de *lex commissoria* a dos figuras diferentes, con cierta similitud de fondo, pero de estructura claramente diversa: el pacto analizado en el epígrafe anterior, verdadera facultad resolutoria de la compraventa establecida en interés del vendedor, que nunca planteó problema alguno en cuanto a su admisibilidad, y cuya vigencia se ha prolongado hasta el tiempo presente, encontrando su plasmación actual en los artículos 1504 y 1505 del Código civil; y el pacto comisorio de las garantías reales, forma de ejecución particular de éstas, que permitía al acreedor satisfacer su crédito adjudicándose en pago la garantía y dando con ello por extinguida la deuda¹⁰. Este último pacto podía dar lugar a un resultado usurario, ya que con frecuencia el valor de la garantía real (fiducia, prenda, hipoteca) era muy superior al del crédito. En consecuencia, Constantino prohibió dicho pacto de las garantías reales (C. Th. 3, 2, 1, del 326, reiterado luego en C. 8, 34, 3). Y esa prohibición se ha perpetuado desde entonces, apareciendo recogida hoy en los artículos 1859 y 1884 del Código civil, aplicables en general a todos los derechos reales de garantía.

2.4 EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO COMO FIGURA TÍPICA DE LA EDAD MEDIA

El pacto de reserva de dominio, tal como hoy lo conocemos, como cláusula específica del contrato de compraventa que determi-

lución de frutos y gastos, Nerat., D. 18, 3, 5; Ulp. D. 18, 3, 4 pr.; y Fragmentos Vaticanos 14. Sobre estas cuestiones, PETERS, 1973, pp. 215 s., pp. 232 ss., 293; KASER, 1971, pp. 561 s.

¹⁰ Resulta muy difícil explicar la relación entre la *lex commissoria* de la compraventa y la de las garantías reales. BURDESE (1949, pp. 12 ss., 111) sugiere que en ambos casos se produce un condicionamiento de los efectos del negocio en el que se incluye: en la compraventa, según la doctrina tradicional romana, expuesta por Sabino, se suspenden las obligaciones de las partes hasta el pago del precio, mientras que en las garantías reales se suspende la obligación de devolver la cosa hasta el pago de la deuda. BISCARDI (1962, pp. 573 ss.) ve en la *lex commissoria* de las garantías una derivación de la de la compraventa en virtud de la cual, llegado un plazo, si no se ha pagado el precio, se considera comprada la cosa; al contrario de la *lex commissoria* de la compraventa, donde la falta de pago del precio lleva consigo que no se considere comprada la cosa.

na la falta de efecto transmisivo de la entrega en tanto el comprador no haya procedido al completo pago del precio, nació realmente en la Edad Media, ligado a una serie de desarrollos del Derecho romano medieval. Así, en primer lugar, los juristas medievales interpretaron la regla de la necesidad del pago del precio en la compraventa para la adquisición de la propiedad como una excepción al principio general de suficiencia de título y modo para la transmisión del dominio. En consecuencia, esa regla de necesidad del pago era interpretada restrictivamente, y sus excepciones, recogidas en los textos justinianos –prestación de garantía por el comprador, concesión de crédito por el vendedor– ampliadas hasta desvirtuarla, obligando por tanto al contratante que quería mantenerla en vigor a pactarla expresamente¹¹. Por otra parte, si en el Derecho romano clásico y justiniano ese efecto se instrumentaba, según lo dicho, a través de un acuerdo de cesión de la posesión en arrendamiento o en precario, la práctica medieval entendió suficiente un acuerdo abstracto de retención del dominio por el vendedor, sin necesidad de instituir una concreta relación contractual que justificase la toma de posesión no dominical por el comprador¹².

La eficacia del pacto de reserva de dominio así configurado, como cláusula expresa de la compraventa que, pese a la entrega de la posesión, excluía el efecto transmisivo que podía deducirse del sistema de título y modo, fue consagrado por Baldo, que le dio carta de naturaleza doctrinal¹³. No es coincidencia que el mismo autor fuese el primero que sistematizase el rango de los acreedores concursales,

¹¹ Así, COING, 1996, p. 389 s. Sobre el desarrollo medieval que llevó a convertir en principio general el de transmisión general del dominio por título y modo, *vid.* KUPISCH, 1991, pp. 433 ss.

¹² STAGL, SZ, 132 (2015), pp. 181 ss. A mi juicio, esta admisión de una reserva de dominio autónoma, es decir, desprendida de una relación contractual que justifique la retención de la propiedad por el vendedor y la transferencia de la posesión al comprador, es coherente con otro desarrollo en una figura en cierto modo inversa, el *constituto posesorio*, en el que los autores medievales aceptaron que se diese retención de la posesión y transferencia de la propiedad sin necesidad de acordar una concreta relación contractual que justifique el mantenimiento de la posesión por el vendedor (como sí sucedía en Derecho romano). *Vid.* al respecto LEVY, 1951, p. 150 s.; GORDON, 1970, pp. 77, 106 y 141.

¹³ El texto de Baldo aparece en su comentario general a la rúbrica de C. 4,28, en el número 23, razonando que el pacto es conforme a Derecho natural, y conforme con otras prácticas admitidas para garantizar la posición del vendedor, cómo es aquella de reservarse el vendedor la *manus iniectio* para el caso de que el comprador no pague el precio: «quæro, venditor tradidit rem hoc pacto quod non transeat dominium donec pretium integraliter persolvatur, numquid tenet illud pactum? [...]. In primum vere, quod istum pactum est naturale, ut Instit. De rer. divisio § venditæ [Inst. 2,1,41] imo plus quia et si esset translato dominium, potest venditor sibi reservare manus iniectio, si pretium non solvat, vel si pacta non servent» (BALDUS DE UBALDIS, 1599, reimpr. 2004, vol. 6, p. 107). Una mención de dicho pacto aparecía ya antes en Juan Andrés, pero sin realizar explicación o tratamiento de él: *vid.* SANDMANN, 1977, p. 16. Según él mismo Sandmann, los autores anteriores a Baldo, así como la *Glossa*, habían seguido articulando el efecto de retención del dominio al modo romano, es decir, a través de un pacto expreso de que la posesión se cedía al comprador como precarista, arrendatario etc (*ibidem.*, pp. 13 ss.).

estableciendo en primer lugar el derecho de separación del propietario¹⁴. Bien puede decirse que, una vez más, los desarrollos medievales delinearon la figura tal como ha llegado a la práctica actual.

2.5 LA RECEPCIÓN ESPAÑOLA DEL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

Las partidas acogieron el sistema romano-medieval tal como ha quedado descrito. Partidas 3, 28, 46 estableció la regla de que la transmisión del dominio por compraventa exigía el pago del precio, pero acogió igualmente las excepciones que figuraban en los textos romanos y que se habían ampliado en el Derecho medieval: la presentación de un fiador, o la constitución de garantía real, o incluso la mera concesión de plazo, bastaban para que se entendiese transmitida la propiedad vendida a crédito¹⁵.

El pacto de reserva de dominio no aparecía citado en Las Partidas, ni en otros textos legislativos castellanos. Pero la doctrina lo recibió muy prontamente, atribuyéndole las virtualidades con que estaba siendo configurado en el *Ius Commune*. Gregorio López, autor del clásico comentario a las Partidas, en su comentario a Partida 5, 13, 28, texto que trata de la preferencia del crédito refaccionario, y de como éste se antepone al resto de créditos y preferencias, explica que de esto solo se exceptúa la dote, que se antepone a todos los créditos; pero matiza inmediatamente que, incluso frente a ese preferencia, triunfa la reserva de dominio, a la que atribuye por tanto el rango de superprivilegio¹⁶. Antonio Gómez reitera la

¹⁴ El texto de Baldo, en el que apoyándose en D. 42,5,24.2, se coloca en primer lugar el derecho de separación del propietario, luego el crédito del vendedor y luego al acreedor hipotecario aparece en su comentario ad D. 7,72,6, número 1 (1599, reimpr. 2004, vol. 8, p. 119 r). Dicho texto es, además, el que crea el privilegio del vendedor sobre las mercaderías vendidas. Sobre esto y la función del pacto de reserva de dominio en el naciente derecho concursal, SCHIEMANN, SZ, 93 (1976), pp. 161 ss., 195 ss.

¹⁵ El texto de la citada Ley, que lleva por título «Que el señorío de la cosa pasa a aquel que apoderan della cuando la ha por compra o por otra razón derecho», dice «apoderan los hombres unos a otros en sus cosas vendiéndoselas, o dándolas en dote o en otra manera, o cambiándolas o por alguna otra razón derecha. E por ende decimos que por tal apoderamiento como este que haga un hombre a otro en alguna su cosa, o que lo haga otro alguno por su mandado, que pasa el señorío de la cosa a aquel que apoderan de ella: empero el que así hubiese vendido su cosa a otro y le apoderase de ella, si el comprador no hubiese pagado el precio, o dado fiador o peños o tomado plazo cierto para pagar, por tal apoderamiento como este no pasará el señorío de la cosa a él hasta que el precio pagase. Mas si fiador o peños hubiese dado, o tomado plazo para pagar, o si el vendedor se fiase en el comprador del precio, entonces pasaría el señorío de la cosa a él por el apoderamiento, aunque el precio no hubiese pagado. Empero sería tenido de lo pagar» (tomo el texto, con leves modificaciones, de la edición de «Las siete Partidas del Rey don Alfonso el sabio», publicadas por la Real Academia de la Historia, Madrid, 1807).

¹⁶ El texto establece que «hay un medio para que el vendedor de la cosa sea preferido por el precio a la dote [...] y consiste en que el vendedor se reserve el dominio, mientras

misma idea configurando la reserva de dominio como un pacto lícito y de especial valor, pues hace que se anteponga a todos los acreedores *tamquam in re propria* (como quien ejecuta en cosa propia)¹⁷. Y la influencia de la doctrina medieval sobre ese pacto llega hasta el siglo XVIII, cuando Hevia Bolaños y Febrero lo recogen como un privilegio que hace que el vendedor con él garantizado se anteponga a todo el resto de acreedores¹⁸.

Los autores del siglo XIX, en cambio, descuidaron el tratamiento de este pacto de reserva de dominio, al que no hacía referencia explícita el Código Napoleón, y que no fue mencionado ni por el Proyecto de 1851 ni por nuestro Código civil. Ninguno de esos textos, como es sabido, recoge ya la exigencia del pago del precio para la transmisión de la propiedad. Si en los tratados españoles de Derecho civil se seguía haciendo alusión a ese requisito de la transmisión, era solo como un cierto homenaje al Derecho histórico español aún en vigor, pues la realidad es que la práctica hacía tiempo que había superado la idea de que la adquisición de la propiedad en la compraventa exigía el pago del precio¹⁹.

no se le haya satisfecho completamente el precio: de otra suerte sería postergado a la mujer, aunque en el acto de la venta se estipulase hipoteca» (tomo la traducción de Saponts y Barba, Martí de Eixala y Ferrer y Subirana, Las siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX [sic], con las variaciones de más interés y con la glosa de Gregorio López vertida al castellano, tomo III, Barcelona, 1843, p. 323).

¹⁷ El texto dice que «commune doctrina et idem disponit l. 38, tit. 5, part. 5 ex quo singulariter infertur quod venditor postest apponere pactum in contractu venditionis, quod non transferatur dominium in emptorem, donec pretium solvatur» Y tras negar una preferencia general al vendedor por el precio de la cosa vendida, establece que «secum vero si pactum et conditio posita, ut non transferatur dominium donec pretium sibi solvatur, quia tunc preferatur omnibus aliis creditoribus, tanquam in re propria» (GÓMEZ, A., 1562, tomo II, caput II, núm. 30, p. 13 r).

¹⁸ Dice de él HEVIA BOLAÑOS, tratando de las prelacións, que primero es preferido el propietario que cedió la posesión de la cosa, «y lo mismo se entiende por la misma razón en el precio de las tales cosas, conforme a una ley de Partidas. De lo cual se sigue tener la dicha prelación del dominio, la deuda del precio de la cosa vendida, sin haber fe del, o a pagar de contado en ella misma, o su precio, aunque sea después de la posesión o tradición hecha en el comprador, puesta hasta que se pague, no se le transfiera su dominio, y así de ella el vendedor ha de ser pagado y preferido, como de cosa propia, según una ley de Partida, Baldo y Angelo. Y pagando se retrotrae al tiempo de la tradición» (1725, tomo 2, libro 2, cap. 12, núms. 5-6, p. 141). Y en parecidos términos Febrero, que primeramente admite el pacto expresamente atribuyéndole el carácter de una condición añadida a la venta, y luego lo trata como un privilegio que se antepone a todos los demás (FEBRERO, 1789, parte primera, II, p. 361; y 1790, parte segunda, III-2, p. 128 donde declara, tratando del privilegio de reserva de dominio que «si el vendedor no la fio, ni el comprador le dio prenda, ni fiador, ni tomo plazo para satisfacerla, y solo por accidente se suspendió el pago; aunque le haya dado su posesión el vendedor, será preferido en ella por la acción venditoria por el precio no pagado a todos los acreedores del comprador [...]. Y para que el comprador no adquiera su dominio, aunque sea después de la tradición, o posesión, debe prevenirse en la venta: que hasta que pague el precio no se le ha de transferir el de la alhaja vendida, sino antes bien ser visto que la tiene en arrendamiento»).

¹⁹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, 1871, pp. 321 s.; SÁNCHEZ ROMÁN, IV, Madrid, 1889, p. 562.

3. DOS EJEMPLOS DE RESERVA DE DOMINIO EN NUESTRO ENTORNO

3.1 LA CONSTRUCCIÓN ALEMANA DE LA RESERVA DE DOMINIO

Alemania ha sido probablemente el país donde la reserva de dominio ha gozado de mayor extensión en su uso, fomentado por una construcción legal y doctrinal bien acabada, que articula la figura conforme a los intereses de las partes. Su regulación se halla actualmente en el § 449 BGB, así como en el § 107 de la Ordenanza sobre insolvencia (InsO)²⁰.

Conforme con el propio texto del § 449 BGB, la venta con reserva de dominio se considera como un contrato obligatorio en que la transmisión de la propiedad queda suspensivamente condicionada al pago del precio²¹. Dado que la condición afecta al acuerdo transmisivo-real –el célebre acuerdo abstracto que en su sistema cumple la función de causa de la transmisión–, y que el § 925 II BGB excluye que pueda condicionarse dicho acuerdo, si se refiere a inmuebles, la reserva de dominio, como tal, solo se da en muebles. Con todo, la práctica ha creado algunos expedientes para alcanzar un resultado similar en inmuebles, aunque la realidad es que el uso de la figura es casi exclusivamente mobiliario²². Su extensión se ha visto desarrollada en este ámbito por la facilidad de

²⁰ La redacción originaria del BGB, anterior a la modernización del Derecho de obligaciones de 2002, recogía la reserva de dominio en el § 455. La regulación actual y la original no difiere en lo esencial, aunque la actual es más extensa: el párrafo tercero se le añadió al aprobar la Ordenanza de insolvencia que entró en vigor en 1999. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ordenanza de insolvencia, donde la reserva de dominio se reguló en el § 107, la doctrina y la jurisprudencia habían ido aproximándose a las soluciones ahora admitidas para los casos de concurso sobre la base de la regulación de la previamente en vigor Ordenanza concursal (KO). Una exposición de la figura que ya recoge la regulación de la Ordenanza de insolvencia puede verse en WESTERMANN, 2008, pp. 493 ss. También CARO GÁNDARA, *REELI*, 36 (2018), pp. 13 ss.

²¹ El texto, que lleva el ladillo «reserva de dominio» establece en tres párrafos que «1. Si el vendedor de una cosa se ha reservado el dominio de una cosa mueble hasta el pago del precio, hay que entender en caso de duda que la propiedad se transferirá al comprador sometida a la condición suspensiva de que el precio sea completamente pagado. 2. El vendedor solo puede exigir la restitución de la cosa apoyándose en la reserva de dominio una vez que haya resuelto el contrato. 3. El acuerdo de una reserva de dominio será nulo cuando la transmisión del dominio se haga depender de que el comprador satisfaga la deuda que tiene con un tercero, como puede ser típicamente una empresa ligada al vendedor».

²² Básicamente, el resultado se alcanza realizando una transmisión incondicionada, pero con un pacto que retrasa la inscripción de la transmisión del dominio hasta el completo pago del precio. Sobre esta estructura y otras paralelas, PRÜTTING, 2017, marg. 357.

su constitución, meramente obligatoria, pues en Alemania no existe ningún Registro de bienes o garantías mobiliarias.

Las facultades jurídicas se distribuyen entre el vendedor y el comprador, pues si el primero se considera aún propietario, al segundo se le atribuye una expectativa que, como vocación al derecho real, cuenta con una especial protección²³. En tal sentido, la posición del comprador se encuentra protegida por la normativa de la condición, ya que el § 161 I BGB priva de eficacia frente al comprador sometido a condición al negocio dispositivo emprendido por el vendedor; sin que el tercero que recibe de él pueda invocar siquiera una adquisición *a non domino* por vía de cesión de la acción posesoria (§ 931), pues el § 936 III impide ese resultado frente a quien, como el comprador con reserva de dominio, está normalmente en posesión de la cosa²⁴. Pese a retener el dominio, la posición del vendedor es en cambio más débil, porque la amplia admisión que hace el BGB de las adquisiciones mobiliarias *a non domino* (§ 932) determina que su derecho pueda verse defraudado en caso de que el comprador enajene a un tercero de buena fe²⁵; no se trata, como bien se entiende, de un problema de la reserva de dominio, sino de la quizá irreflexiva admisión que hizo el BGB de las adquisiciones mobiliarias *a non domino*, tan criticada en la doctrina alemana de los últimos cincuenta años²⁶.

Ambos contratantes, en cambio, gozan de perfecta protección en caso de embargo del bien por acreedores de la otra parte. Así, la doctrina mayoritaria atribuye al vendedor la tercería de dominio en caso de embargo del bien por deudas del comprador —donde una opinión minoritaria quiere, en cambio, darle una tercería de mejor derecho—²⁷. El comprador, por su parte, también cuenta con la tercería de dominio, basada en su expectativa adquisitiva, para el caso de que el bien sea embargado por deudas del vendedor: el supues-

²³ De hecho, la posición del comprador con reserva de dominio es tomada como modelo de la categoría de los derechos en expectativa (*Antwortschaftrecht*): *vid.* BAUR/STÜRNER, 2009, § 3 marg 44 s. A juicio de Prütting, ese derecho en expectativa del comprador sujeto a reserva de dominio, posición intermedia entre los derechos reales y de crédito, no choca con el *numerus clausus* de derechos reales, pues no es de creación por los particulares, que es lo vetado en tal sistema, sino de configuración consuetudinaria y jurisprudencial (2017, marg. 20).

²⁴ Sobre esa protección de la posición del comprador frente a posibles enajenaciones por parte del vendedor, *vid.* PRÜTTING, 2017, marg. 389a; MÜLLER/GRÜBER, 2016, marg. 1552 ss.

²⁵ BAUR/STÜRNER, 2009, § 59 marg. 13a; PRÜTTING, 2017, marg. 395; BÜLOW, 2017, marg. 766. Con todo, hay que tener en cuenta que, en muchos casos, puede ser considerado de mala fe el tercero que no investiga sobre la existencia de una reserva de dominio sobre un bien, cuando se trata de bienes normalmente sometidos a este régimen adquisitivo (*vid.*, con cierto detenimiento, BAUR/STÜRNER, 2009, § 52 marg 26).

²⁶ *Vid.* por ejemplo, recopilando críticas de otros muchos autores, ERNST, 1993, pp. 95 ss.; también QUANTZ, 2005, pp. 256 ss.

²⁷ *Vid.* PRÜTTING, 2017, marg. 397; MÜLLER/GRUBER, 2016, marg. 1623 s.

to, con todo, es menos común, pues los §§ 808 y siguiente de la Ordenanza procesal alemana (ZPO) solo prevén el embargo cuando el bien está en manos del deudor, y aquí el poseedor es normalmente el comprador²⁸.

También en caso de concurso ambas partes gozan de especial protección. En caso de concurso del comprador, se aplica la regla prevista en el § 103 de la Ordenanza de insolvencia para los contratos pendientes de cumplimiento para ambas partes –como es, sin lugar a dudas para la doctrina alemana, la venta con reserva de dominio–, de forma que el administrador concursal puede optar entre el cumplimiento, pagando la parte del precio pendiente como deuda a cargo de la masa (§ 55 InsO) y adquiriendo entonces la propiedad, o negarse a dicho cumplimiento, en cuyo caso el vendedor podrá ejercitar un derecho de separación sobre el bien vendido (§ 47 InsO), restituyendo al concurso el precio cobrado. En este caso de opción por el no cumplimiento contractual, corresponderá al vendedor un derecho a la indemnización de daños y perjuicios, pero que tendrá el carácter de crédito concursal (§ 103 II 1 InsO)²⁹. En caso de concurso del vendedor, en cambio, el § 107 de la Ordenanza concursal excluye la facultad de opción entre el cumplimiento y el no cumplimiento que según el § 103 correspondería al administrador concursal, admitiendo directamente que el comprador, siempre que haya recibido posesión de la cosa, continúe el plan de pagos y complete la adquisición de la propiedad³⁰.

Más allá de lo hasta ahora expuesto, la doctrina y la práctica alemana han desarrollado los acuerdos referentes a la reserva de dominio, facilitando que el comprador pueda enajenar el bien objeto de la reserva subrogando en su lugar el crédito o los bienes que recibe en contraprestación (reserva de dominio prolongada), y que la reserva pueda garantizar otros créditos que el vendedor tenga contra el comprador (reserva de dominio ampliada). Y ha ido integrando el haz de facultades que constituyen el derecho de expectativa del comprador hasta dotarle del tratamiento propio de un derecho real. Pero estas son elaboraciones basadas en los conceptos ya expuestos que exceden de este trabajo³¹.

²⁸ PRÜTTING, 2017, marg. 397; BAUR/STÜRNER, 2009, § 59 marg 48; BREHM/BERGER, 2014, § 31 marg. 18. En general, con detalle, sobre las posiciones de comprador y vendedor sometido a reserva en caso de embargo del bien, WESTERMANN, 2008, pp. 504 ss.

²⁹ Vid. PRÜTTING, 2017, marg. 397; MÜLLER/GRUBER, 2016, marg. 1627; BÜLOW, 2017, marg. 824.

³⁰ PRÜTTING, 2017, marg. 397; MÜLLER/GRUBER, 2016, marg. 1629; BÜLOW, 2017, marg. 827.

³¹ Sobre todo ello, me remito en la bibliografía en castellano al libro ya citado de WESTERMANN, 2008, pp. 512 ss. En la bibliografía alemana, con particular detalle, BÜLOW, 2017, marg. 771 ss., 1456 ss.

3.2 LA REGULACIÓN FRANCESA DE LA RESERVA DE DOMINIO

La reserva de dominio no contaba con mención alguna en el Código civil francés hasta que la Ordenanza de 23 de marzo de 2006, que reagrupó todas las garantías en un nuevo libro IV, aprovechó la ocasión para regularla. Los artículos 2367 a 2372 recogen ahora un régimen relativamente completo de la reserva de dominio mobiliaria, mientras que el artículo 2373 prevé la posibilidad de pactarla en relación con la compraventa inmobiliaria. Esa misma asimetría regulativa –en la que a la versión mobiliaria le corresponde una regulación bastante completa, mientras que para los inmuebles no se pasa apenas de su mención legal– muestra ya a las claras que el legislador la prevé como una figura de amplia aplicación a la venta de bienes muebles, y de empleo mucho más restringido con relación a los inmuebles³².

La doctrina francesa centra el origen del movimiento tendente a la regulación de la reserva de dominio en una voluntad de aproximarse a las soluciones alemanas, en particular a la protección que allí se concede al vendedor en caso de concurso del comprador, alejándose así de la primitiva posición de sus tribunales, favorables a proteger a los acreedores del comprador³³. La construcción adoptada es la de un contrato obligatorio ya perfecto, pero con una transmisión de propiedad diferida por efecto de una condición suspensiva, que sirve así para alterar la regla general de la transmisión consensual instantánea propia del sistema francés³⁴. A juicio de la doctrina, esa eficacia debe provocar que el riesgo de la cosa vendida corresponda al vendedor hasta el pago del precio, conforme con la regla *res perit domino*³⁵.

³² Sobre los orígenes de la regulación de la *clause de réserve de propriété*, y la diferente previsión de su regulación en muebles e inmuebles, BOURASSÍN/BREMOND, 2018, núm. 729 y 1097; también, sobre la reserva de dominio inmobiliaria, que consideran en cierto modo superflua dada la existencia de otras formas de garantía, SIMLER/DELEBECQUE, 2016, núm. 382. Una exposición en castellano de la regulación francesa de la reserva de dominio puede verse en ARANA DE LA FUENTE, 2014, pp. 326 s.; y en CARO GÁNDARA, REEI, 36 (2018), pp. 15 ss.

³³ Así, AYNÈS/CROCQ, 2015, núm. 800; CABRILLAC/MOULY/CABRILLAC/PÉTEL, 2015, núm. 598; BOURASSÍN/BREMOND, 2018, núm. 735.

³⁴ CABRILLAC/MOULY/CABRILLAC/PÉTEL, 2015, núm. 856; SIMLER/DELEBECQUE, 2016, núm. 748; PICOD, 2016, núm. 394.

³⁵ AYNÈS/CROCQ, 2015, núm. 805; SIMLER/DELEBECQUE, 2016, núm. 748; CABRILLAC/MOULY/CABRILLAC/PÉTEL, 2015, núm. 856. A mi juicio, sin embargo, esta solución proviene de una confusión de los autores franceses desde la época de la codificación, que adoptaron el sistema consensual precisamente para poner de acuerdo la regla «res perit domino» y «periculum est emptoris», sin darse cuenta de que sus ámbitos de aplicación son diversos: sobre ello, con detenido análisis histórico, BUCHER, ZEuP, 1998, pp. 615 ss.

Entrando ya en la concreta regulación de la reserva de dominio mobiliaria, hay que destacar que su constitución no exige de inscripción en ningún Registro, sino solo de la celebración por escrito del pacto que la recoja (art. 2368 *Code civil*); en caso de concurso sí parece exigirse que esa documentación escrita se haya producido antes de la entrega del bien (art. L. 624-16 *Code de commerce*). Cabe incluso pactar la reserva de dominio sobre bienes fungibles, siendo entonces efectiva la reserva sobre los bienes de la misma naturaleza que se encuentren en manos del deudor (art. 2369 *Code civil*)³⁶. El talón de Aquiles de la reserva de dominio francesa viene dado por la amplia admisión que hace el Código civil de las adquisiciones de buena fe mobiliarias (cfr. art. 2276, antiguo 2279), pues el vendedor puede verse privado de su derecho en caso de adquisición del bien por un tercero: el artículo 2372 trata de paliar el problema sustituyendo como objeto de la reserva el bien vendido por el crédito que pueda adquirir el comprador-transmitente³⁷.

La eficacia de la reserva de dominio mobiliaria en caso de incumplimiento del comprador está trazada con cierta confusión, pues el artículo 2371 del *Code civil*, que regula la cuestión, no distingue las acciones de cumplimiento y resolución, y solo parece prever una acción de cumplimiento mediante apropiación por el vendedor del bien vendido, imputando su valor a su crédito y exigiendo el resto o devolviendo el sobrante. Ciertamente, la doctrina mantiene la posibilidad de emplear también una acción de resolución para caso de incumplimiento, pero la relación entre la acción de cumplimiento prevista por la ley y esa posibilidad de resolver queda en cierta penumbra³⁸.

En cuanto a las situaciones de concurso del comprador, los artículos L. 624-9 y L.624-16 del *Code de commerce* prevén la posibilidad de que el vendedor recupere el bien en virtud de su derecho de propiedad en tanto no transcurran tres meses desde la apertura del procedimiento. Parece que podrá igualmente levantar un embargo sobre el bien. Y si el deudor concursado hubiese enajenado el bien, pero aún no hubiese cobrado el precio, ese crédito se subrogará en la posición del bien vendido con reserva de dominio (art. L. 624-18 *Code de commerce*)³⁹. La posición del comprador en caso de concurso del vendedor, en cambio, no es objeto de previsión alguna, y puede en general decirse que el silencio normativo

³⁶ Sobre todos estos puntos, SIMLER/DELEBECQUE, 2016, núm. 750.

³⁷ BOURASSIN/BREMOND, 2018, núm. 734; CABRILLAC/MOULY/CABRILLAC/PÉTEL, 2015, núm. 856; PICOD, 2016, núm. 397.

³⁸ SIMLER/DELEBECQUE, 2016, núm. 752; AYNÈS/CROCO, 2015, núm. 802; CABRILLAC/MOULY/CABRILLAC/PÉTEL, 2015, núm. 860.

³⁹ Sobre la eficacia de la reserva de dominio en el concurso, SIMLER/DELEBECQUE, 2016, núm. 749 y 751; MIGNOT, 2017, núm. 1547 s., 1554.

sobre la situación del comprador sometido a reserva es la mayor crítica que cabe hacer a la regulación francesa de la figura.

4. VALORACIÓN Y CRÍTICA DE LAS DIVERSAS EXPLICACIONES DE LA RESERVA DE DOMINIO

4.1 FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA DE LA RESERVA DE DOMINIO

Una vez expuestos los datos de Derecho histórico y comparado, es la hora de retornar al Derecho español y tomar postura entre las tres tesis en su momento descritas, analizando sus fundamentos teóricos y legales, y su recepción jurisprudencial. Comenzando por la explicación más antigua, la de la condición suspensiva, puede decirse que sus apoyos giran en torno a tres elementos. Por una parte, responde a la propia terminología de la cláusula, que normalmente, en su nombre y forma de expresión, alude a la idea de un dominio reservado en poder del vendedor, que solo lo transmitirá una vez que el precio sea íntegramente satisfecho. En consecuencia, y por otra parte, también la voluntad de las partes parece tender a esa configuración, pues la exteriorización de su voluntad así lo manifiesta. Además, y en tercer lugar, esa explicación es la que mejor atiende a la protección del vendedor, en cuyo favor se estableció la cláusula: el hecho de que la reserva se constituya como condición suspensiva de la venta permite atribuirle, como hace la jurisprudencia, una tercería de dominio o una *separatio ex iure domini* en caso de embargo o concurso del bien en manos del comprador, al igual que le impide a éste transmitir el bien a un tercero que, por adquirir de propietario, adquiera una posición inatacable⁴⁰.

⁴⁰ Son muy numerosas las Sentencias que, tanto en materia de reserva de dominio mobiliaria como inmobiliaria, atribuyen una tercería de dominio al vendedor en caso de embargo del bien por un acreedor del comprador y por deudas de éste: *vid.*, entre otras, y prescindiendo ahora de la necesidad o no de inscripción de la reserva, de la que trataré luego, las Sentencias de Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1915 (JC tomo 134, 1915-3, núm. 119), 10 de enero de 1929 (JC 187, 1929-1, núm. 20), 14 de enero de 1929 (JC 187, 1929-1, núm. 36), 20 de marzo de 1930 (RJ 1930/781), 10 de junio de 1958 (RJ 1958/2142), 23 de enero de 1970 (RJ 1970/500), 17 de mayo de 1974 (RJ 1974/3221), 26 de enero de 1976 (RJ 1976/51), 10 de mayo de 1990 (Sent. núm. 291/1990), 18 de diciembre de 1990 (Sent. núm. 806/1990), 4 de octubre 1993 (Sent. núm. 911/1993), 12 julio 1996 (Sent. núm. 580/1996), 20 de junio 2000 (Sent. núm. 631/2000), 30 de septiembre de 2003 (Sent. núm. 874/2003)³, 18 de noviembre 2003 (Sent. num. 1069/2003). El único caso en que el Tribunal Supremo rechazó en abstracto la tercería del vendedor es en la Sentencia de 5 de mayo de 2005 (Sent. núm. 301/2005), pero debido en buena parte a la extrañísima argumentación de la Audiencia, que entendió que se hallaba ante un negocio fiduciario. Un derecho de separación del vendedor en caso de concurso o suspensión de pagos del comprador, basado en la propiedad que aquél se reservó, reconocen las Senten-

Pero si las ventajas de ese esquema son claras, sus inconvenientes e inconsistencias aparecen al observar la posición del comprador. En efecto, entendido que el comprador no ha adquirido la propiedad, debiera éste carecer de acción para levantar un embargo instado por un acreedor del vendedor sobre el bien vendido, cuando lo cierto es que la jurisprudencia le concede una tercería de dominio⁴¹. Y por las mismas razones, tampoco dispondría de defensa específica en caso de concurso del vendedor, viéndose su posición de acreedor de dominio sometida a la ley del dividendo, al igual que quedaría a merced del vendedor en caso de que éste enajenase la cosa a un tercero⁴².

Además de estos problemas derivados de la debilidad de la posición del comprador, la doctrina ha detectado algunas aparentes contradicciones en esa tesis clásica, que precisamente han abierto el camino a otras interpretaciones. Se pueden resumir fundamentalmente en dos. Por una parte, el hecho de que la jurisprudencia y el propio art. 10 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, LVPBM), exija la resolución del contrato para que el vendedor pueda reintegrarse o reivindicar el bien frente al comprador⁴³. Pues se tiende a pensar que si el efecto propio de la reserva de dominio fuese la retención del dominio por el vendedor, no se sabría bien por qué ha de resolver el contrato antes de ejercer sus acciones dominicales –como sería más propio, a primera vista, de una condi-

cias de Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1929 (JC, 188, 1929-2, núm. 59), 13 de mayo de 1982 (RJ 1982/3166), 23 de octubre de 1991 (RJ 1991/7235), 7 de octubre de 1995 (Sent. núm. 851/1995). La de 28 de abril de 2000 (Sent. núm. 434/2000) no aceptó la tercería, pero por no estar inscrita, de lo que trataré luego. Finalmente, hay que decir que las Sentencia de Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996 (Sent. núm. 722/1996) y 14 de octubre de 2003 (Sent. núm. 924/2003), ambas en casos de reservas de dominio de inmuebles no inscritas, aceptaron la reivindicatoria del vendedor frente a tercer adquirente del comprador, entendiendo en ambos casos que el vendedor se mantenía en la propiedad de la cosa.

⁴¹ Ciertamente, la primera Sentencia del Tribunal Supremo que se ocupó del problema, la de 11 de julio de 1983 (RJ 1983/4208), negó la tercería de dominio al comprador, por entender que la propiedad la había mantenido el vendedor. Pero dicha solución ha sido luego rectificada en las Sentencias de 19 de mayo de 1989 (Sent. núm. 400/1989), 12 de marzo de 1993 (Sent. núm. 229/1993, aunque es *obiter dicta*), 16 de julio de 1993 (Sent. núm. 747/1993), 23 de febrero de 1995 (Sent. núm. 140/1995), 3 de julio de 1996 (Sent. núm. 567/1996) y 16 de marzo de 2007 (Sent. núm. 321/2007, en tercería de dominio del que adquirió el derecho expectante del comprador); si la de 8 de noviembre de 2007 (Sent. núm. 1175/2007) no la acepta es porque el tercerista no pagó el resto del precio pese a que su deuda ya estaba vencida.

⁴² Sobre las graves consecuencias que acarrearía una interpretación estricta de la tesis de la condición suspensiva, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, p. 435 nota 103; también CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, 2001, pp. 26 ss.

⁴³ En la jurisprudencia, ha negado al vendedor la posibilidad de ejercitar una reivindicatoria sobre el bien vendido sin ejercitar la resolución la Sentencia de Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012 (Sent. núm. 498/2012).

ción resolutoria⁴⁴. Por otra parte, se ha alegado repetidamente que la existencia de un privilegio especial a favor del vendedor sobre la misma cosa vendida (recogido en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en su artículo 16.5, y la Ley concursal, en el 90.1.4.º), y el hecho de que el vendedor pueda embargar y ejecutar su crédito por el precio sobre el propio bien vendido (tal como resulta del art. 250.1.10.º de la Ley de enjuiciamiento civil y 16.2 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles) resulta incongruente con la supuesta eficacia retentiva de la cláusula, pues no parece coherente que el propietario pueda tener un privilegio ni embargar cosa propia: si tal privilegio y dicha posibilidad de embargo y ejecución existen –y lo cierto es que esas leyes lo establecen–, lo lógico será entender que el bien ha salido del dominio del vendedor y que lo que éste conserva es una garantía para el cobro sobre él⁴⁵.

4.2 EL INTENTO DE CORRECCIÓN MEDIANTE LA TESIS DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

La mencionada debilidad de la posición del comprador de adoptarse una interpretación rígida de la tesis de la condición suspensiva, unida a la necesidad de ejercer la resolución para que el vendedor recupere el bien, hicieron surgir la explicación de la reserva de dominio como condición resolutoria. Con ella, como ya se dijo antes, se pretende redistribuir los medios de protección, que la tesis clásica colocaría exclusivamente a favor del vendedor, en favor de ambas partes⁴⁶.

Así, mientras el contrato sea regularmente cumplido, el comprador será propietario y gozará de las defensas que como tal le corresponden. Si el bien es embargado por un acreedor del vendedor, el comprador podrá levantar el embargo con la tercería de dominio, lo cual parece más correcto que dejarle sin defensa alguna. Del mismo modo, si en ese periodo el vendedor cae en concurso, él podrá extraer el bien como propietario con una tercería –propriamente, derecho de separación o *separatio ex iure domini*, aunque

⁴⁴ Así lo argumenta, ampliamente, GALICIA AIZPURUA, 2014, pp. 146 ss, 192. También RIVERA FERNÁNDEZ, 1994, pp. 61 s.

⁴⁵ El argumento es muy repetido desde que lo invocase BERCOVITZ, 1971, pp. 97 y 101 s. Se apoyan también, para rechazar el efecto suspensivo de la transmisión, en la incompatibilidad de esa configuración de la reserva de dominio y el régimen de preferencias y embargo, QUICIOS MOLINA, 2009, pp. 188 ss.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, pp. 603 s.; CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, 2015, pp. 498 s.

⁴⁶ Así puede verse claramente en CASAS VALLES, *RJC*, 1986-3, pp. 51 ss., 86 ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, pp. 437 y 440 s.; también QUICIOS, aun con fuertes dudas, sostiene que la tesis de la condición resolutoria como más posible, en cuanto permite el equilibrio de remedios para ambas partes (2009, pp. 187 s., 191 s.).

la doctrina suele denominar tercería también a esta acción—. Y si el vendedor enajena el bien a un tercero, lo hará *a non domino*, con lo cual no afectará la posición dominical del comprador. Mientras que, a la inversa, en caso de incumplimiento, la propiedad volverá inmediatamente al vendedor, que gozará entonces de la tercería frente al embargo del bien por deudas del comprador o ante su concurso, del mismo modo que podrá protegerse frente a la posible enajenación que realice a favor de un tercero⁴⁷.

Pero aparte de ésta aparentemente equilibrada distribución de remedios, otros argumentos se manejan a favor de esta tesis. Así, se dice, es la explicación que mejor responde al propósito práctico de las partes, a la verdadera causa del acuerdo, pues una finalidad de garantía no puede justificar una retención del dominio⁴⁸. Además, en materia inmobiliaria, se aduce que el artículo 11 de la ley hipotecaria solo admitiría la hipoteca o la condición resolutoria explícita como formas de garantía del pago aplazado con efecto frente a tercero, excluyendo por tanto la posibilidad de una condición suspensiva de la transmisión⁴⁹. Y que lo lógico es que, si los riesgos de la cosa han pasado al comprador, esto sea precisamente, conforme a la regla *res perit domino*, porque él haya devenido propietario del bien, así sea con carácter resoluble⁵⁰.

Sin embargo, por aparentemente equilibrada que pueda parecer esta tesis, y por conformes que suenen sus argumentos, la realidad es que sus finalidades no se corresponden con su construcción. Empezando por el punto fundamental, el intento de distribuir los remedios frente al embargo, el concurso o la enajenación a un tercero en función del momento del impago del bien, el hecho es que la distribución temporal propuesta no satisface los intereses de las partes: fundamentalmente, porque ya antes del impago —momento en que, según esta explicación, opera la retransmisión—, el vendedor puede tener necesidad de ejercitar la tercería de dominio frente a un embargo del bien en manos del comprador, como ha admitido una jurisprudencia que resulta por tanto contradictoria con la tesis expuesta⁵¹. Argumento igualmente trasladable en caso de concurso

⁴⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, p. 440.

⁴⁸ En tal sentido, AMORÓS GUARDIOLA, *RCDI*, 1972-1, citado aquí por su reproducción en GÓMEZ GALLIGO, *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, II, Pamplona, 2009, pp. 2881 ss., 2898 ss.; también PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, p. 436.

⁴⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, pp. 439 s.

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, 2008, pp. 882.

⁵¹ Sobre la admisión de una tercería de dominio por parte del vendedor para levantar un embargo sobre el bien vendido con reserva de dominio, pese a que dicho embargo se ha dictado sin que se haya producido el incumplimiento del comprador, *vid.* el amplio listado de sentencias mencionadas en nota 40, de cuya descripción de los hechos se deduce que en todos los casos el embargo se había producido antes de que el comprador hubiese incum-

del comprador no caído en incumplimiento, donde no se ve que puede tener de justo o equilibrado excluir el derecho de separación del vendedor que se ha reservado el dominio, como de hecho concede la jurisprudencia⁵². Y lo propio cabría decir si el comprador enajena el bien a un tercero durante el periodo de cumplimiento, pues de la concepción del acuerdo como condición resolutoria resultaría que los terceros adquirirían *a domino* y, salvo en casos de conocimiento de la condición, quedarían protegidos como tales, frustrando así el interés del vendedor de garantizar su posición⁵³. En fin, incluso la posición del comprador quedaría en ciertos casos desprotegida, pese a ser tenido por dueño hasta el incumplimiento, pues sucedería que, producido éste, devendría no propietario, sin que quedase claro qué defensas podría articular para que su posición no quedase vaciada de todo contenido jurídico-material⁵⁴.

En cuanto al resto de argumentos, la realidad es que igualmente se vienen abajo con facilidad cuando se los somete a crítica. Entender que el pacto de reserva de dominio ha de ser interpretado, digan lo que digan las partes, como una condición resolutoria expresa, no hace sino someter la autonomía privada a una camisa de fuerza de difícil justificación –más aún, cuando los propios autores que defienden esta tesis, como sucede con Peña, reconocen que la condición resolutoria explícita en la compraventa ha sido objeto de tales limitaciones jurisprudenciales que su eficacia se ha tornado

plido su obligación (también porque, en otro caso, podía haber interpuesto la reivindicatoria, en su caso previa resolución, y no una tercera de dominio, que está solo orientada a levantar una traba ajena).

⁵² Vid. la jurisprudencia citada en nota 40, a continuación de la que acepta la tercera de dominio del vendedor.

⁵³ Como ya se dijo en la mencionada nota 40, las Sentencias de Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996 (Sent. núm. 722/1996) y 14 de octubre de 2003 (Sent. núm. 924/2003), ambas en casos de reservas de dominio de inmuebles no inscritas, aceptaron la reivindicatoria del vendedor frente a tercer adquirente del comprador, entendiendo en ambos casos que el vendedor se mantenía en la propiedad de la cosa, y que por tanto el tercero no había recibido *a domino*. La solución, en cambio, a la cuestión de la enajenación por el comprador a un tercero en caso de resolución es bien otra, tal como se desprende de las Sentencias de Tribunal Supremo de 21 de junio de 2002 (Sent. núm. 638/2002), 10 de febrero de 2006 (Sent. núm. 91/2006), 2 de marzo de 2006 (Sent. núm. 166/2006) y 29 de mayo de 2006 (Sent. núm. 533/2006): en todas ellas, producida la venta a un tercero por parte de un comprador incumplidor y la posterior resolución del primer contrato incumplido, el Tribunal Supremo entendió que el tercer adquirente no se veía afectado por la resolución del contrato por el que adquirió su transmitente, pues en el ínterin hasta la resolución el comprador había sido propietario, y por tanto él había adquirido *a domino*. Si la reciente Sentencia de 5 de diciembre de 2018 (Sent. núm. 690/2018) entiende en cambio que el tercer adquirente se ve afectado por la resolución, es porque éste conocía que su vendedor se hallaba en incumplimiento, y ese conocimiento hace que le afecte la resolución instada por el transmitente del primer contrato. Sobre los efectos de la resolución en caso de enajenación del bien a un tercero me remito a lo que ya dije en mi libro de 2013, pp. 240 ss.

⁵⁴ En ese sentido, la Sentencia de Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012 (Sent. núm. 498/2012) ha rechazado que el vendedor, producido el incumplimiento, pueda ejercitar directamente la reivindicatoria: el comprador mantiene un *ius possidendi*, basado en el contrato, que es necesario por tanto resolver para recuperar la cosa.

en extremo restringida⁵⁵-. Resultaría de todo punto extraño que la voluntad de las partes fuese reinterpretada desde fuera para reajustarla a la forma de un pacto de resolución⁵⁶. Sin que ese hecho pueda ser justificado por otros argumentos esgrimidos por la mencionada tesis: ni cabe argumentar, extrapolando razones que de Castro empleó contra la venta en garantía, que la causa concreta del negocio, garantizar, no justifica el efecto retentivo de la propiedad, pues es claro que la causa de la obligación del vendedor de transmitir la propiedad es precisamente la asumida por el comprador de pagar el precio, y por tanto nada más conforme con la estructura del sinalagma funcional que el que dichas prestaciones se cumplan simultáneamente⁵⁷; ni puede forzarse el artículo 11 de la Ley hipotecaria, que no pretende más que privar de eficacia frente a tercero a la mención del aplazamiento en el pago no explícitamente garantizada mediante hipoteca o condición resolutoria explícita, para entender que dicho pago no puede ser elevado a la categoría de condición suspensiva de la transmisión, desconociendo así la virtualidad que el artículo 23 de la misma Ley concede a la posibilidad de someter a condición los negocios de transmisión o constitución de derechos reales⁵⁸. Y ni siquiera resulta necesario en

⁵⁵ En efecto, como es sabido la condición resolutoria explícita, en particular en el ámbito inmobiliario, ha sido sometida a una fuerte restricción de su eficacia: desde la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1982 (RJ 1982/8066), se ha entendido en la jurisprudencia registral que no procede la reinscripción del inmueble a favor del vendedor en los casos en que el comprador hubiese formulado oposición a la resolución, siendo necesario en tal caso una sentencia que la declare bien hecha (*vid.*, entre otras, RDGRN de 19 de junio de 2007, *BOE* de 20 de julio de 2007, con buen resumen doctrinal). Además, apoyándose en el artículo 176.6 del Reglamento hipotecario, la Dirección General ha exigido también la consignación del precio recibido, sin admitir siquiera la posible deducción de las cantidades previstas en el contrato como pena convencional por el impago, por considerar que en este último caso es posible la moderación judicial de la pena (Resoluciones de la Dirección General de 10 de diciembre de 2010, RJ 2011/1221, y 28 de junio de 2011, RJ 2012/3172). Un buen resumen de las limitaciones que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han impuesto a la condición resolutoria explícita en la compraventa de inmuebles puede verse en la Resolución de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000/2103). Sobre todas estas cuestiones me remito a mi libro, *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013, pp. 193 ss., 200 s.; también, reconociendo la restricción de efectos a la que la jurisprudencia registral ha sometido el pacto resolutorio explícito, PEÑA, 2001, p. 412.

⁵⁶ Así, con toda razón, Miquel, en cuya opinión «la teoría que explica la reserva de dominio como una condición resolutoria fuerza la voluntad de las partes, al condicionar el mismo contrato de compraventa al pago del precio, en vez de condicionar suspensivamente el efecto traslativo de la tradición, como es la voluntad de las partes» (2012, p. 183).

⁵⁷ Así, MIQUEL, 2012, p. 175; ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2006, pp. 98 s.; ARANA DE LA FUENTE, 2014, p. 319; CARO GÁNDARA, *REEL*, 36 (2018), pp. 22. En la jurisprudencia han remarcado esta fundamentación de la reserva de dominio en el sinalagma funcional y la correspectividad de las obligaciones de pago del precio y transmisión del dominio las Sentencias de Tribunal Supremo de 10 de junio de 1958 (RJ 1958/2142) y 11 de julio de 1983 (RJ 1983/4208).

⁵⁸ El propio Díez-PICAZO, defensor de la tesis de la reinterpretación de la reserva de dominio como una condición resolutoria, lo reconoce así (2008, p. 883). Igualmente AMORÓS GUARDIOLA, *RCDI*, 1972-1, citado aquí por su reproducción en GÓMEZ GÁLLIGO,

absoluto que la propiedad se haya transmitido al comprador para que éste responda de los riesgos de la cosa vendida, pues la regla del Código civil, tal como se deduce de su artículo 1452, es el *periculum emptoris*, que rige incluso a falta de entrega de la posesión, y que resulta plenamente aplicable a los casos de reserva de dominio en que la posesión se ha transferido ya al comprador⁵⁹.

4.3 LA TESIS DEL DERECHO REAL DE GARANTÍA EN COSA AJENA

La tercera explicación en liza intenta, en buena parte, llegar a las mismas soluciones que pretende la tesis de la condición resolutoria, solventando las críticas y problemas que ésta genera. Básicamente, se trata una vez más de reequilibrar los remedios de comprador y vendedor para el caso de concurso de la otra parte, enajenación por ésta o embargo por sus acreedores. Vimos que la tesis de la condición resolutoria intentaba redistribuir la titularidad y las acciones de ella derivadas en función del incumplimiento —entendiendo que, hasta entonces, la titularidad es del comprador y, tras él, retorna al vendedor—, pero que dicha distribución temporal no solventaba los problemas, fundamentalmente porque dejaba indefenso al vendedor frente a un embargo o concurso del bien en manos del comprador que todavía no ha incumplido. La distribución temporal ensayada por aquella tesis fracasaba, por tanto, ante

Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, II, Pamplona, 2009, pp. 2905 ss.; también ALGABA ROS, 2013, p. 34; y ARCOS VIEIRA, 2013, p. 620. Sobre esta cuestión, el mismo sentido que aquí se defiende, y con amplias referencias, ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2006, pp. 147 ss. La propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en sus Resoluciones de 28 de noviembre de 2017 (BOE de 14 de diciembre de 2017) y 10 de enero de 2018 (BOE de 26 de enero de 2018), tratando de reservas de dominio inmobiliaria, ha negado su carácter de condición resolutoria, y que la garantía del precio aplazado solo pueda instrumentarse por los medios previstos en el artículo 11 de la Ley hipotecaria. Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012 (Sent. núm. 498/2012) acepta explícitamente la inscripción en el Registro de la reserva de dominio al amparo del artículo 23 LH, relativo a las condiciones.

⁵⁹ En realidad, la regla «res perit domino» no se refiere más que al hecho, obvio en sí, de que el riesgo propio de la pérdida de la cosa perjudica al propietario. Pero no afecta a la cuestión de si, destruida o pérdida la cosa vendida, el comprador debe pese a ello pagar su precio (lo que los alemanes denominan problema del «Preisgefahr» o «Gegenleistungsgefahr», riesgo de la contraprestación, para contraponerlo al del riesgo propio de la pérdida de la cosa, «Sachgefahr»). La cuestión del riesgo de pérdida fortuita de la cosa en caso de compraventa se rige en España, según la opinión mayoritaria y la jurisprudencia, por la regla del *periculum est emptoris*, que lo atribuye al comprador una vez producida la especificación y salvo que el vendedor hubiese incurrido en mora. *Vid.* sobre la cuestión del riesgo en la compraventa, y específicamente para la reserva de dominio, ALONSO PÉREZ, 1972, pp. 363 ss., que no ve necesidad alguna de abandonar la tesis clásica de la reserva de dominio para asumir que los riesgos son del comprador. Sobre la cuestión de los riesgos de la compraventa en general CAFFARENA LAPORTA, *ADC*, 1982-2, pp. 291, 338 ss.; LACRUZ BERDEJO, 1986, pp. 41 s., nota 2; ABRIL CAMPOY, 2011, pp. 143 ss.

el hecho de que tanto comprador como vendedor pueden requerir de las defensas derivadas de la titularidad real en cualquier momento del proceso de cumplimiento. En consecuencia, esta tercera explicación busca distribuir las posiciones otorgando a las dos partes, a la vez, una titularidad real, con los consiguientes remedios. Y lo pretende lograr atribuyendo la propiedad al comprador, y concediendo al vendedor la titularidad real derivada de equiparar su posición a la de un acreedor pignoraticio o hipotecario.

Según dicha tercera explicación, la reserva de dominio no es simplemente un medio de garantía articulado a través de una retención o resolución del dominio, sino un derecho real de garantía en sentido propio. La posición del vendedor se encuentra equiparada a la de un acreedor pignoraticio, si se trata de muebles, o a la de un acreedor hipotecario, si se trata de inmuebles, mientras el comprador deviene propietario⁶⁰. En función de ese esquema se distribuyen los remedios. El vendedor tiene una tercería de mejor derecho y una preferencia para cobrarse en caso de embargo del bien a cargo de los acreedores del comprador o de concurso de éste, mientras que su derecho inhiere en la cosa, como derecho real en cosa ajena, por más que sea vendida a un tercero. Por su parte, el comprador tiene una tercería de dominio para levantar el embargo que sobre el bien se decreta por deudas del vendedor y un derecho de separación en caso de concurso del vendedor, del mismo modo que es ineficaz frente a él la enajenación del bien llevada a cabo por un vendedor. Si esta estructura teórica se hace cuadrar con la preferencia que al vendedor atribuyen los artículos 90.1.4 de la Ley concursal, y 16.5 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles –¡con remisión explícita al privilegio que el Código civil establece a favor del acreedor pignoraticio en el art. 1922.2.º!–, y se complementa con la posibilidad de embargar la cosa vendida en caso de impago del precio que los artículos 250.1.10.º y 441.4 de la LEC establecen a favor del vendedor, se entenderá que esta explicación ha gozado del favor de un buen sector de la doctrina en los últimos años.

Como argumentos de refuerzo de esta tesis reinterpretaiva de la cláusula de reserva de dominio se han utilizado otros, en parte compartidos con la de la condición resolutoria. Se ha dicho que la voluntad de las partes no puede ser retener el dominio, y que la causa de garantía no justifica esa retención⁶¹. Se ha insistido también en que, si el riesgo es del comprador, lo lógico es que lo sea

⁶⁰ Así, BERCOVITZ, 1971, p. 17. También en *CCJC*, 3 (1983-3), pp. 873 ss., 877, donde admite sin embargo que en bienes inmuebles puede asimilarse la reserva de dominio tanto a la hipoteca como a la condición resolutoria explícita.

⁶¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1971, pp. 16, 47 y 79.

porque es propietario⁶². Se ha argumentado igualmente que las otras dos concepciones existentes sobre la reserva de dominio implican un fraude a la prohibición del pacto comisorio de las garantías reales (arts. 1859 y 1884 Cc.), pues permiten que el vendedor, bien reteniendo, bien resolviendo, se apropie de un bien que cumple una finalidad de garantía⁶³. Y se ha insistido, sobre todo, en que la posibilidad de ejecución sobre el propio bien, provocando su adjudicación para pago de la deuda o su enajenación a un tercero (art. 16.2 LVPBM, arts. 250.1.10 y 634.3 LEC), así como la preferencia para el cobro del crédito (art. 16.5 LVPBM), vigente incluso en el ámbito concursal, donde el legislador concede un privilegio especial (art. 90.1.4 Ley concursal), solo resulta coherente si el vendedor ha dejado de ser propietario y se encuentra equiparado a un acreedor garantizado con una titularidad real limitada⁶⁴.

Pese al esfuerzo constructivo realizado por esta tesis, la realidad es que sus fundamentos y resultados han sido sometidos a dura crítica, también porque varios de ellos resultan desmentidos por la jurisprudencia. Por empezar por este último punto, es claro que la reiterada atribución de una tercería de dominio o un derecho de separación al vendedor en caso de embargo del bien por acreedores del comprador o de concurso de éste resulta absolutamente contradictoria con la pretendida equiparación de la reserva de dominio con un derecho de prenda o hipoteca; y lo mismo puede decirse de la ya mencionada concesión de una reivindicatoria al vendedor en caso de enajenación del bien por el comprador⁶⁵. Soluciones jurisprudenciales, además, que resultan conformes con la ley, como veremos más adelante, pues los artículos 15.3 y 16.5 párrafo segundo de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles son claros al atribuir una tercería registral y un derecho de separación al vendedor.

Pero también en lo que respecta a los argumentos más teóricos resulta que éstos son más frágiles de lo que a primera vista parece. La supuesta falta de voluntad del vendedor para transmitir el dominio resulta difícilmente sostenible, si no es manteniendo un injustificado prejuicio, compartido con la tesis de la condición resolutoria, contra su declaración de voluntad⁶⁶. Tampoco parece muy

⁶² BERCOVITZ, 1971, pp. 103 ss.; GALICIA AIZPURUA, 2014, pp. 135 ss.

⁶³ BERCOVITZ, *La cláusula de reserva de dominio*, pp. 92 ss.

⁶⁴ BERCOVITZ, 1971, pp. 97; CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, 2015, pp. 498 s.; OCAÑA RODRÍGUEZ, 2001, pp. 54 ss., 65; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2013, pp. 603 s.; GALICIA AIZPURUA, 2014, pp. 194 ss.

⁶⁵ Me remito de nuevo, para toda la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que concede estos tres remedios dominicales al vendedor –tercería, derecho de separación y reivindicatoria– a la varias veces citada nota 40 de este trabajo, y a lo que más adelante se dirá al distinguir los casos de reserva de dominio mobiliaria e inmobiliaria.

⁶⁶ Como dice Martínez de Aguirre «es verdad que, como dice Bercovitz, el adquirente preferiría ser propietario desde el primer momento. Pero –añado yo–, también lo es que el

sostenible defender que la causa de garantía no justifica la retención del dominio, pues nada más conforme con el sinalagma funcional, como ya se dijo al contestar similar argumento de la tesis de la condición resolutoria, que el que la obligación de transmitir el dominio del vendedor actúe correspectivamente a la del pago del precio. Del mismo modo que ya hemos visto antes que en el sistema español la transmisión del riesgo al comprador no depende de la atribución del dominio, sino que se produce desde la perfección del contrato. Y por lo que respecta a la supuesta violación de la prohibición del pacto comisorio de las garantías reales, la verdad es que nada tiene que ver dicho pacto con el de reserva de dominio: en éste, el vendedor-acreedor retiene un bien propio hasta el pago del precio, mientras que en el pacto comisorio de las garantías reales el acreedor se apropia de un bien del deudor; en ese sentido, si con un pacto comisorio tiene que ver la reserva de dominio es con el de la compraventa, es decir, con la condición resolutoria expresa hoy recogida en el artículo 1504 del Código civil para los inmuebles —que es precisamente en el que quiere transformarla la tesis de la condición resolutoria—⁶⁷. En toda esta materia siempre se ha dejado sentir una cierta confusión entre la prohibición del pacto comisorio de las garantías reales, recogida en los artículos 1859 y 1884 del Código civil, y el llamado pacto comisorio de la compraventa, hoy más conocido por condición resolutoria expresa, al que sí es más cercano la reserva de dominio. Pero las posibles confusiones se disipan si se tiene en cuenta, como se expuso antes, que los romanos, que no dudaron en rechazar el pacto comisorio de las garantías reales, admitieron en cambio el pacto comisorio de la compraventa, y mantuvieron a la vez un sistema general que reservaba la propiedad en el vendedor hasta el completo pago del precio

mismo adquirente preferiría que sobre el bien vendido no pesara ningún tipo de garantía real; o que al vendedor le gustaría cobrar el precio al contado, o no separarse de la cosa hasta su completo pago. Y precisamente se trata de obtener una composición equilibrada de todos esos intereses» (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988, p. 108). Miquel, por su parte, defiende la tesis clásica frente a la interpretación de la reserva de dominio como una condición resolutoria o un derecho de prenda explicando que «no parece sensato especular sobre la naturaleza de la reserva de dominio como si se tratará de un ente existente con independencia de la voluntad de las partes, pues la reserva de dominio nace de su voluntad. Por tanto, solo cabe traer a colación los límites impuestos a la autonomía privada. Así, si las partes pactan someter la transmisión de la propiedad a una condición suspensiva consistente en el pago total del precio, esto no es propiamente una teoría, sino un hecho. Las teorías son: (i) que se debe tratar el pacto tal como las partes quieren; (ii) que se le debe tratar como una condición resolutoria, en contra de la voluntad de las partes; (iii) que se le debe tratar como una prenda sin desplazamiento, en contra también de la voluntad de las partes» (MIQUEL, 2012, p. 172).

⁶⁷ La supuesta infracción del pacto comisorio de las garantías reales por la reserva de dominio ha sido explícitamente rechazada por la Sentencia de Tribunal Supremo de 20 de junio de 2000 (Sent. núm. 631/2000) y por las Resoluciones de la Dirección General de 12 de mayo de 2010 (*BOE* de 17 de julio de 2010) y 28 de noviembre de 2017 (*BOE* de 14 de diciembre de 2017).

—lo cual, dicho sea de paso, es a su vez un argumento frente a la equiparación entre reserva de dominio y condición resolutoria—.

Como principal apoyo de esta tesis quedaría el hecho de que la concesión legal al vendedor de un derecho a ejecutar su crédito por el precio sobre el propio bien vendido, y la misma atribución a ese derecho de una preferencia para el cobro y un privilegio especial en el ámbito concursal (cfr. arts. 16.2 LVPBM y 250.1.10 y 441.4 LEC, 16.5 LVPBM y 90.1.4 Ley Concursal) solo resultaría coherente con la concepción de la reserva de dominio como derecho de prenda, ya que lo propio de éste es atribuir una ejecución separada sobre el bien. Pero también dicho argumento, sobre el que siempre ha pivotado esta tesis —y que, en la misma medida, ha sido empleado como contraargumento frente a la tesis clásica, razonando que sería contradictorio que un supuesto propietario, como según dicha tesis es el vendedor, pudiese embargar para cobro sus propios bienes, o tuviese una preferencia o privilegio en cosa propia—, resulta en realidad una confusión entre la reserva de dominio, que no es más que un medio de garantizar la posición del vendedor durante el periodo de cumplimiento, y la acción de cumplimiento, que junto a la resolución constituye el remedio típico del vendedor, con o sin reserva de dominio, para el caso de incumplimiento. Pues la reserva de dominio no obra más que la retención del dominio por el vendedor en el ínterin hasta que el comprador cumple o incumple. Y si esto último sucede, el vendedor podrá, como en cualquier contrato, o resolver, o exigir el pago del precio, ejecutando en este último caso su crédito sobre el propio bien vendido y retenido en su patrimonio, en cuyo caso el ordenamiento le concede un crédito preferente y privilegiado. Con lo cual resulta todo el sistema perfectamente coherente, como ya viera Martínez de Aguirre hace años, pues lo absurdo sería que el vendedor, por haber pactado una reserva de dominio, viese excluido el bien vendido como objeto de ejecución de su crédito sobre el precio. Más aún cuando el artículo 1922.1 del Código civil, referido en general a todo tipo de compraventa mobiliaria, atribuye al vendedor un derecho de ejecución preferente sobre dicho bien vendido: resultaría entonces que un pacto establecido a su favor actuaría en su contra⁶⁸.

⁶⁸ Sobre todo esto, MIQUEL, 2012, pp. 184 ss.; el mismo autor, argumentando sobre la pertinencia de la ejecución en cosa propia cuando el vendedor opta por el cumplimiento, en *Revista jurídica española La Ley*, 2011-5, pp. 804 s.; también ARANA DE LA FUENTE, 2014, pp. 318 s. Esta interpretación la propuso ya, para la Ley de venta a plazos de bienes muebles de 1965, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988, pp. 118 ss). Cabe además añadir que, como ha puesto de manifiesto BLASCO GASCÓ, el artículo 16.5 de la Ley de Venta a plazos de bienes muebles concede la preferencia para el cobro a todo contrato sometido a esa ley que se otorgue en escritura pública o se formalice en el modelo oficial previsto y se inscriba en el Registro: con lo cual el preferencia no deriva del pacto de reserva de dominio, sino de la observancia de esos requisitos generales de la ley (BLASCO GASCÓ, 2000, p. 86).

En conclusión, como resume José María Miquel, destacado defensor de la tesis clásica «la teoría de la prenda no respeta la voluntad de las partes, ni la terminología de la ley, ni los asientos de un Registro con presunción de exactitud, sino que además traspasa problemas ajenos a este terreno, como la prohibición del pacto comisorio, y considera incompatibles remedios que no lo son, como la preferencia con la que se dota a la acción de cumplimiento y la posibilidad de ejercitar una tercería de dominio y un derecho de separación en el concurso»⁶⁹.

5. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN QUE VA CONSOLIDÁNDOSE

5.1 LA NECESIDAD DE CIERTAS ACLARACIONES ANTES DE TOMAR POSTURA

Una vez expuestas todas las tesis y su crítica, y antes de tomar postura, me parece necesario realizar ciertas distinciones y aclaraciones que pueden contribuir a esclarecer la solución.

Conviene por una parte hacer ver la diferencia entre la condición resolutoria explícita y la reserva de dominio. Ya se mencionó, y conviene recordarlo, que ambas existieron en Derecho romano y en la historia del Derecho sin crear confusión, y eso ya es un dato importante contrario a su asimilación. Pero además, es que la condición resolutoria explícita es un remedio al incumplimiento, que se emplea precisamente si éste se produce, mientras que la reserva de dominio no tiene en absoluto la naturaleza de remedio al incumplimiento, sino que es un medio para precaverse frente a éste: pactada la reserva de dominio, el vendedor queda a resguardo, para caso de incumplimiento, frente a avatares que pueden suceder en el ínterin entre la conclusión del contrato y ese incumplimiento, como son el concurso del comprador, el embargo del bien en su poder o su enajenación a un tercero; pero si el incumplimiento efectivamente se produce, la reserva de dominio no «auxiliará» como tal al vendedor, que tendrá que acudir a los remedios típicos: acción de cumplimiento o de resolución, y en su caso daños y perjuicios. Transformar por tanto la reserva de dominio en una condición resolutoria no hace más que confundir dos instituciones de finalidad bien diferente, y privar al vendedor de la posibilidad de articular una defensa previa para esos casos de concurso del comprador,

⁶⁹ MIQUEL, 2012, p. 212.

embargo del bien en su poder o enajenación a un tercero, donde la condición resolutoria no le protege⁷⁰.

A su vez, si se entiende esa naturaleza y función precautoria de la reserva, que la distingue de los remedios, se entenderá que producido el incumplimiento haya de acudir en todo caso a ellos, pues el pacto de reserva de dominio no los reemplaza. Como he dicho, producido el impago del precio, y por mucho que se haya reservado el dominio, el vendedor deberá instar la acción de cumplimiento, la resolución del contrato, el abono de los daños y perjuicios o incluso la cesión del *commodum representationis* del 1184 del Código civil, según unos u otros remedios procedan y en virtud de su elección. Y entonces la función reparadora de estos remedios quedará asegurada por la reserva frente a las incidencias surgidas en el ínterin en relación con los terceros. En consecuencia, reserva de dominio y remedios son totalmente compatibles. Será lógico que, si quiere recuperar el bien, el vendedor deba ejercitar la resolución, sin poder emplear directamente una reivindicatoria apoyándose en su título de dominio, pues ha concedido un *ius possidendi* al comprador en virtud del contrato que debe resolver para recuperar⁷¹. Del mismo modo que, si opta por la acción de cumplimiento y por obtener el cobro del precio, es lógico que pueda exigir la ejecución sobre el propio bien vendido cuyo dominio se reservó: la ejecución en cosa propia, a cuyo dominio renuncia si la ejecución conduce finalmente a la realización del bien, no es incompatible con la reserva de dominio, pues no hay incompatibilidad alguna entre reserva y acción de cumplimiento⁷².

⁷⁰ Para los distintos efectos de la reserva de dominio y de la resolución en caso de enajenación del bien a un tercero, donde en el primer caso el tercero no adquiere *a domino* y en el segundo sí, *vid.* la jurisprudencia recogida en nota 53. Sobre la diferencia en el caso de concurso del comprador y embargo del bien por deudas suyas, baste pensar que, como ya se vio en la nota 40, la jurisprudencia concede en estos casos al vendedor con reserva de dominio una tercería o un derecho de separación, mientras que en la condición resolutoria eso no será así salvo como consecuencia de la inscripción de la condición (cfr. arts. 56, 61 y 62 de la Ley concursal).

⁷¹ En consecuencia, la Sentencia de Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012 (Sent. núm. 498/2012) ha rechazado que el vendedor con reserva de dominio, producido el incumplimiento y por mucho que siga siendo propietario, pueda ejercitar directamente la reivindicatoria sin previamente haber resuelto. Según sus fundamentos de derecho, «resulta claro que la posesión del comprador está plenamente justificada mientras no se produzca la resolución y, en consecuencia, siendo el comprador un poseedor de derecho no cabe contra él la acción reivindicatoria, pues uno de los requisitos de la misma es que el poseedor –demandado– no tenga título posesorio válido». En el mismo sentido de que la resolución es necesaria a fin de extinguir el derecho a poseer del comprador, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (1988, p. 127), ESPEJO (2006, p. 230) y MIQUEL (2012, p. 218).

⁷² La posibilidad para el vendedor con reserva de dominio de ejercitar la acción de resolución o la de cumplimiento, con un resultado diverso cada una, queda muy expresamente marcado en las Sentencias de Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1982 (RJ 1982/3166) y 24 de julio de 2012 (Sent. núm. 498/2012; declarando la primera de ellas que «en el art. 11 de la Ley reguladora de ventas a plazos de bienes muebles, de 17 de julio de 1965, se confiere al vendedor, en el supuesto, que aquí ocurre, de demora de dos plazos o del último de ellos por parte del comprador, dos acciones distintas, a las que puede optar,

Aclarada la relación de la reserva de dominio con la condición resolutoria, y en general con los remedios al incumplimiento, un tercer punto que conviene precisar es que la reserva de dominio, aunque cumple una función precautoria del incumplimiento, no constituye propiamente una garantía real. La nota distintiva de las garantías reales es someter preventivamente un bien ajeno a la acción de cumplimiento del acreedor. Pero en la reserva de dominio no se aporta al acreedor ningún bien ajeno, sino que éste retiene un bien propio objeto de un derecho de la otra parte. Su naturaleza está por tanto mucho más relacionada con la *exceptio non adimpleti contractus* y los remedios sinalagmáticos al incumplimiento. De ahí que pese a que en el sistema español rija el principio de publicidad de las garantías reales (arg. arts. 1863 y 1875 C.c.), dicho régimen no le sea aplicable a la reserva de dominio, a la que la publicidad solo se le impondrá por una normativa específica⁷³.

Un último asunto, muy relacionado con él anterior, sobre el que tal vez conviene aún decir algo es el del pacto comisorio, y la tacha que se hace a la reserva de dominio de contravenir su prohibición. A mi parecer, también en virtud de lo dicho, no cabe sino rechazar cualquier tipo de asimilación entre reserva de dominio y pacto comisorio de las garantías. Éste último, vetado por los artículos 1859 y 1884 del Código civil, concedería al acreedor la posibilidad de apropiarse en pago, en caso de incumplimiento, un bien dado en garantía por el deudor. En la reserva de dominio, en cambio, ni existe garantía real, ni el vendedor-creedor del precio se apropia de ningún bien ajeno, sino que, según lo visto, retiene un bien propio como forma de prevención frente a un incumplimiento futuro. Por eso, en caso de que efectivamente se dé el incumplimiento, tendrá que acudir a los remedios generales, uno de los cuales, la resolución, le permitirá ciertamente recuperar la libertad sobre el

o bien exigir el pago de todos los plazos pendientes de pago o la resolución del contrato, con las consecuencias subsiguientes»); la Sentencia de Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8421) deja claro, por su parte, que si se ejercita la acción de cumplimiento y se subasta el bien a instancias del vendedor, éste con la subasta renuncia a su propiedad en pro del cobro. A juicio de Miquel, la opción por la acción de cumplimiento resulta estimulada por el legislador con la concesión para este caso de unas preferencias y privilegios, ya que, teniendo en cuenta los posibles pagos parciales ya producidos y la revalorización del bien vendido, la resolución y recuperación de la cosa por el vendedor puede resultar más desfavorable al resto de acreedores del comprador (MIQUEL, 2012, p. 187). También Marín aprecia bien la alternativa para el vendedor con reserva entre optar por la resolución y el cumplimiento, pese a que luego argumenta que los privilegios y preferencias concedidos a la acción de cumplimiento son muestra de la naturaleza pignoratícia de la reserva de dominio (CARRASCO/CORDERO/MARÍN, 2015, pp. 490, 497 ss.).

⁷³ Como señala Alcalde Silva, esa distinción entre la reserva de dominio y las garantías reales es la que explica que el DCFR disponga que a la reserva de dominio no se le aplican las reglas específicas de los derechos de garantía (*security rights*) tratados en el título IX, especialmente aquellas referidas a la creación y ejecución de tales derechos (DCFR art. IX. 1:104). *Vid.* ALCALDE SILVA, *ADC*, 2016-4, p. 1201.

bien vendido. Pero sin que ese remedio resolutorio incurra en modo alguno en el pacto comisorio de las garantías, por más que coincida en el nombre si se pacta expresamente en la compraventa⁷⁴.

5.2 LA CORRECCIÓN DE LA TESIS CLÁSICA A TRAVÉS DE LOS DERECHOS EN EXPECTATIVA COMO SOLUCIÓN COHERENTE

Una vez expuesta las tres tesis en liza, sus argumentos y contraargumentos, y hechas las distinciones precedentes, hay que tomar postura ante ellas en función de las razones que esgrimen.

Del conjunto argumental creo que resulta clara la mayor coherencia de la tesis de la condición suspensiva: es la que se ajusta al nombre de la figura y a la declaración de las partes, siendo así que hay que presumir una equivalencia entre declaración y voluntad; es la que responde al principio de exactitud registral, con el que chocaría abiertamente que el legislador permitiese la inscripción de un derecho de naturaleza absolutamente diversa a la que declara el respectivo asiento; resulta conforme con la naturaleza precautoria de la reserva, pactada para conservar la correspectividad de las prestaciones durante la ejecución del contrato; y explica perfectamente la relación de la figura con los remedios al incumplimiento. Además, resulta la más acorde con las declaraciones legales de las normas que recogen la figura, y con las expresiones doctrinales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁷⁵.

⁷⁴ En el mismo sentido, ESPEJO, 2006, pp. 100 ss.; MIQUEL, 2012, p. 184; ARANA DE LA FUENTE, 2014, p. 324, LEGERÉN-MOLINA, *RCDI*, 777 (2020), p. 272; También, desde una perspectiva de Derecho internacional privado, CARO GÁNDARA, *REEI*, 36 (2018), p. 28.

⁷⁵ Las menciones legales al pacto de reserva de dominio son más bien escasas y no la dotan de un régimen unitario: la regulación más amplia figura en la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles, que a mi juicio, y tal como se expondrá luego, responde a la idea de la reserva de dominio como una condición suspensiva (*vid.* claramente art. 15); una mención aparece también en el artículo 17.2 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista. Y también en la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que en su artículo 10 la recoge dotándola expresamente de la naturaleza de una condición suspensiva, por más que con una extraña restricción a las relaciones internas (*vid.* sobre las causas de eso, OLIVA BLÁZQUEZ, *RDPat*, 16 (2006-1), pp. 93 ss.). En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirman claramente el efecto suspensivo de la transmisión del pacto de reserva de dominio las Sentencias de 10 de junio de 1958 (RJ 1958/2142), 19 de octubre de 1982 (RJ 1982/5563), 10 de febrero de 1998 (Sent. núm. 111/1998), 28 de abril de 2000 (Sent. núm. 434/2000), 14 de octubre de 2003 (Sent. núm. 924/2003), 16 de marzo de 2007 (Sent. núm. 321/2007) y 8 de noviembre de 2007 (Sent. núm. 1175/2007). También la de 24 de julio de 2012 (Sent. núm. 498/2012), aunque alguna frase podría pensarse que la acerca a la condición resolutoria. También en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado las Resoluciones más recientes, de 5 de junio de 2012 (RJ 2012/8132), 28 de noviembre de 2017 (*BOE* de 14 de diciembre de 2017) y 10 de enero de 2018 (*BOE* de 26 de enero de 2018).

En realidad, su único punto flaco radica en la indefensión en que deja al comprador en caso de concurso del vendedor, enajenación por él a un tercero o embargo del bien vendido por sus acreedores. En ese contexto, las otras tesis le ofrecerían mejor protección al comprador. Pero los problemas en estos casos de concurso, enajenación o embargo son compartidos, de una u otra forma, por todas las tesis en liza y por tanto no sirven apenas para decidir entre ellas, pues ninguna ofrece una solución plenamente adecuada ni que se corresponda con la jurisprudencia: si la tesis de la condición suspensiva conduce en esos casos a la indefensión del comprador y sus acreedores y causahabientes antes del pago del precio, la de la condición resolutoria a la del vendedor y los suyos hasta el momento del incumplimiento, y la de la prenda, en su intento de mediar entre ambas, priva en todo caso al vendedor de los remedios derivados de la titularidad dominical que afirma conservar. En ese sentido, casi puede decirse que cualquier intento de justificar una de esas tesis poniendo de manifiesto las debilidades de las otras a la hora de resolver estos problemas queda anulado por incurrir la posición defendida en dificultades de similar trascendencia.

Con todo, si se observa la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aborda estos casos, se ve que ella misma ha ido ensayando una cierta reelaboración corregida de la tesis de la condición suspensiva que permite alcanzar una solución adecuada para los casos de concurso del vendedor, enajenación por él a un tercero o embargo del bien por sus acreedores. Se trata de la construcción de lo que podríamos llamar un derecho real en expectativa a partir de la posición del comprador, de forma que su situación quedé reforzada respecto a la de un mero acreedor de dominio y le permita defenderse en esos casos en que su adquisición puede quedar frustrada. Su punto de apoyo fundamental es la protección que el artículo 1121 del Código civil presta a las situaciones de pendencia, y su configuración y resultados son similares a los que hemos visto acepta la doctrina francesa y alemana.

La primera sentencia del Tribunal Supremo que ensaya esta vía de solución es la de 19 de mayo de 1989, que apartándose del precedente contrario marcado por la sentencia de 11 de julio de 1983, entendió que durante el periodo de pendencia de la condición existía una «doble situación jurídica» en la que tanto vendedor como comprador carecen de poder de disposición, concediendo en consecuencia la tercería de dominio al comprador en caso de embargo del bien por un acreedor del vendedor⁷⁶. La sentencia de Tribunal

⁷⁶ La sentencia declara que «durante el período de la pendencia de la expresada condición (*pendente conditione*), determinado dicho período por los sucesivos vencimien-

Supremo de 12 de marzo de 1993 ahondó en esta idea declarado que «el adquirente bajo condición suspensiva, titular de un derecho expectante, puede, antes del cumplimiento de la condición, ejercer las acciones procedentes para conservar su derecho (art. 1121) y una vez cumplida la condición, los efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de su constitución (art. 1120)»⁷⁷. Línea jurisprudencial que se ha ido consolidando luego en otras Sentencias, como las de 16 de julio de 1993, que de nuevo concedió la tercería de dominio al comprador en caso de embargo del bien por los acreedores del vendedor; 23 de febrero de 1995, que reiteró la admisión de la tercería de dominio por el comprador basándose en que éste puede ejercer acciones para conservar su derecho; 28 de diciembre de 1999 –de redacción algo difícil– que concedió que los acreedores del comprador embarguen su posición, el derecho

tos de los plazos estipulados, se produce esta doble situación jurídica: por una parte, y desde el lado del comprador, éste, si bien adquiere normalmente, con la posesión de la cosa, el goce de ella, carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva (voluntaria o forzosa) de la misma a un tercero, por lo que si, antes de haber completado el pago, dispone voluntariamente de ella o se ve forzado a tal transmisión (a virtud de procedimiento de apremio promovido contra él por sus propios acreedores), el vendedor, con base en el citado pacto de reserva de dominio, podrá ejercitar las acciones procedentes (reivindicatoria o tercería de dominio, según los casos) para obtener la recuperación de dicha cosa, siempre que el principio protector de la fe pública registral (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) no se oponga a ello, acerca de lo cual no corresponde profundizar aquí, por no ser éste el tema objeto de nuestra consideración; por otra parte, y desde el lado del vendedor, éste, pese al expresado *pactum reservati domini*, carece igualmente de poder de disposición o facultad de transmisión (voluntaria o forzosa) de la cosa a tercero, mientras el comprador esté dando cumplimiento a la obligación de pago aplazado al llegar los sucesivos vencimientos de los plazos convenidos, de tal manera que si, durante el expresado período de pendencia de la condición, el vendedor dispone voluntariamente de la cosa en favor de tercero o se ve forzado a ello, a virtud de procedimiento de apremio seguido contra el mismo por sus propios acreedores, el comprador, que se halla en la posesión y disfrute de la cosa y viene realizando todos los actos a que está obligado para que la condición pueda cumplirse (el pago fraccionado del precio en los plazos pactados), no puede quedar inerme e indefenso ante esa situación a la que es totalmente ajeno». Para explicar más adelante que, mientras el comprador pague, y conforme al artículo 1121, los acreedores del vendedor todo lo que pueden embargar es el crédito que tiene el vendedor frente al comprador: «es evidente que el único medio de que el comprador dispone para la conservación de su derecho, conforme al artículo últimamente citado, es el ejercicio de la acción de tercería de dominio para el levantamiento del embargo trabado sobre la cosa, la cual no forma parte del patrimonio del vendedor apremiado, al no tener éste, como antes se ha dicho, la libre disposición de ella, sin que esto implique desvirtuación alguna del expresado pacto de reserva de dominio, el cual solamente podrá desplegar su verdadera efectividad, en cuanto simple garantía que es del pago del precio, cuando los compradores no cumplan su obligación de pago aplazado, lo que aquí no ha ocurrido, y sin perjuicio, por otra parte, de que los acreedores del vendedor, durante el expresado período de *pendente conditione*, puedan trabar embargo sobre el crédito que el vendedor ostenta contra el comprador por la parte del precio cuyos plazos aún quedan por vencer, pero no sobre la cosa vendida». La Sentencia de 11 de julio de 1983 (RJ 1983/4208), en cambio, había negado la tercería de dominio del comprador en estos casos, siguiendo así una interpretación excesivamente literal de la tesis de la condición suspensiva (así también lo opina ANDREU MARTÍNEZ, 2009, p. 12).

⁷⁷ Se apoya en la anterior sentencia de 19 de mayo de 1989 (Sent. núm. 400/1989), y se basa en esa expectativa del comprador y retroacción de efectos para explicar que el bien entra en la sociedad de gananciales que compró, aunque se pague con posterioridad.

expectante que le corresponde, entendiendo por tanto que el comprador tiene una posición que puede funcionar en el tráfico; 16 de marzo de 2007, que da quizá un paso más, pues acepta la tercería de dominio del que adquirió del comprador, entendiendo por tanto que su derecho expectante es transmisible y sus adquirentes pueden pagar el precio pendiente y consumir su adquisición. En fin, buen resumen de todas estas posiciones y declaraciones se encuentra en la Sentencia de Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, que declara que «la reserva de dominio da lugar a la coexistencia temporal sobre el mismo objeto de dos posiciones jurídico-reales de tipo dominical que son simultáneas, compatibles y recíprocamente recortadas en su contenido: la del vendedor y la del comprador». Y esta misma construcción, tendente a elevar la posición del comprador reconociéndole una expectativa de derecho que ya goza de protección autónoma, ha sido acogida igualmente por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de 12 de mayo de 2010 y 10 de enero de 2018, que también reinterpretan en ese sentido la tesis de la condición suspensiva⁷⁸.

Como han apuntado antes otros autores, la aceptación de esta versión «corregida» de la tesis de la condición suspensiva es la que da respuesta a los problemas que puede plantear la reserva de dominio: permite aceptar la construcción clásica de la figura, que ya hemos visto es la que encaja en su perfil institucional, a la vez que salva los problemas que pueden surgir en caso de concurso del vendedor, enajenación por éste a un tercero o embargo por sus acreedores⁷⁹. Ciertamente, el Tribunal Supremo la ha diseñado fundamen-

⁷⁸ La Resolución de 12 de mayo de 2010 (*BOE* de 17 de julio de 2010) explica el funcionamiento de la reserva de dominio exponiendo que «cuando lo que accede al Registro es una transmisión dominical sujeta a condición es conveniente distinguir dos hipótesis claramente diferenciadas: una, la que tiene lugar durante la pendencia de la condición si se señaló plazo para su cumplimiento, o mientras no accede al Registro la suerte de la condición, en el caso de que no se hubiera fijado un plazo para su desenvolvimiento; y otra, la que se produce una vez agotado el plazo fijado para que la condición se cumpla, sin que conste en el Registro su cumplimiento o incumplimiento. En el primer caso, el Registro refleja dos titularidades diferenciadas y contrapuestas –actual una, expectante la otra– pero complementarias, por cuanto su reunión agota la plena titularidad del derecho condicionalmente transmitido. En tal caso, para la verificación y consiguiente inscripción –pero libre de la condición impuesta– de actos dispositivos sobre el dominio objeto de la transmisión se precisará la actuación conjunta de ambos titulares». La Resolución de 10 de enero de 2018 (*BOE* de 26 de enero de 2018), por su parte, declara que «en el supuesto de compraventa con precio aplazado y pacto de reserva de dominio el comprador adquiere la posesión de la cosa y no puede enajenarla ni gravarla (artículo 4 de la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles), estando limitada la acción de sus acreedores a la posición jurídica adquirida (*vid.* regla decimoquinta de la Instrucción de esta Dirección General de 3 de diciembre 2002). El vendedor por su parte, pese a conservar el dominio, está limitado por el derecho del comprador y solo puede disponer de su derecho respetando su posición jurídica como solo puede ser embargado su derecho en los mismos términos».

⁷⁹ En realidad, el primer esbozo de ese argumento lo brindó BERCOVITZ (*CCJC*, 3, pp. 877 s.), pese a su fuerte antagonismo con la tesis clásica, y fue recogido por MARTÍNEZ DE

talmente para salvar este último caso, pues es el único de entre los tres que hasta la fecha se le ha presentado. Pero no cabe duda de que el modelo explicativo así creado podría también aplicarse a esos otros casos. De hecho, el artículo 201 de la Ley concursal, una norma aparentemente dirigida a solucionar problemas de derecho internacional privado, parece asumir justamente ese modelo al compatibilizar claramente la consideración de la reserva de dominio como una condición suspensiva con una configuración del derecho del comprador que le permite adquirir la propiedad pese al concurso del vendedor. Con ello brinda un fuerte punto de apoyo para sostener que el legislador ha asumido una tesis que dota de respuesta adecuada y coherente a todos los problemas que suscita la figura.

Una vez asumida esa construcción, en las páginas que siguen voy a intentar aplicar las soluciones de esa tesis clásica, modalizada por el reconocimiento de esa situación de expectativa del comprador, a las diversas situaciones y regímenes en los que puede darse la reserva de dominio. Expondré primero el régimen general de la reserva de dominio mobiliaria, para luego ocuparme de la reserva de dominio en el ámbito inmobiliario, y terminar dedicando un epígrafe específico a las especialidades previstas en la Ley de venta a plazos de bienes muebles. Esta división trimembre viene impuesta por la diversa posibilidad de inscribir o no las reservas de dominio y la existencia o no de una reglamentación legal específica⁸⁰.

6. RÉGIMEN DE LA RESERVA DE DOMINIO MOBILIARIA NO SUJETA A LEY ESPECIAL

6.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN

La reserva de dominio no cuenta con una regulación general en el Derecho español. El Código civil no la menciona, y más allá de la regulación del Derecho foral navarro, las referencias a ella en otras

AGUIRRE (1988, pp. 127 s.). Luego ha sido ampliado por ESPEJO LERDO DE TEJADA (2006, pp. 139 y 162; y *RD Pat.*, 2008-1, pp. 321 ss., 329), MIQUEL (2012, pp. 178 ss.) y ARANA DE LA FUENTE (2014, pp. 322 ss.). También CARO GÁNDARA, *REEL*, 36 (2018), p. 24.

⁸⁰ Bercovitz afirma que la reserva de dominio solo puede tener efectos reales si se inscribe, precisamente por sostener la equiparación entre reserva de dominio y derechos de garantía típicos que exigen inscripción (BERCOVITZ, *CCJC*, 5, pp. 1541 ss., 1546); pero la realidad es que la jurisprudencia acepta la eficacia real de los pactos de reserva de dominio no inscritos: *vid.*, entre otras, Sentencias de Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1984 (RJ 1984/1434), 23 de octubre de 1991 (RJ 1991/7235), 14 de octubre de 2003 (Sent. núm. 924/2003) u 8 de noviembre de 2007 (Sent. núm. 1175/2007).

leyes son ocasionales⁸¹. La única regulación detallada es la de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, aplicable básicamente a los muebles corporales identificables y no consumibles no destinados a reventa, que prevé expresamente la inscripción de las reservas de dominio constituidas al amparo de dicha ley en el Registro de venta a plazos de bienes muebles –hoy integrado en el más bien fallido Registro de bienes muebles–. Fuera del ámbito de dicha ley, es decir, para los muebles no identificables, consumibles o destinados a reventa, el régimen aplicable será el derivado del sistema español de transmisión del dominio y de la aplicación de las reglas ejecutivas y concursales. Pero hay que tener en cuenta que, con la creación del Registro de bienes muebles, las reservas de dominio sobre bienes identificables, aunque no queden bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Venta a plazos de bienes muebles –típicamente, por ser objetos destinados a reventa–, pueden ser inscritas en el Registro, y en tal sentido variarían los resultados en uno u otro caso⁸².

6.2 EFICACIA *INTER PARTES*

Básicamente, puede decirse que la reserva de dominio no produce ningún efecto especial en la relación entre las partes contractuales⁸³. El vendedor, según he dicho ya, seguirá disponiendo de los remedios al incumplimiento que le corresponderían de no haberse incluido ese pacto –acción de cumplimiento, resolución, daños y perjuicios, *commodum representationis* y rebaja del precio, cada uno de ellos con sus diferentes requisitos de aplicación–. Si ejercita la acción de cumplimiento podrá pedir la ejecución

⁸¹ Como ya se dijo en la nota 75, referencias a la reserva de dominio figuran en el artículo 17.2 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista y en el artículo 10 de la Ley 3/2004. También en las leyes 483 a 485 del Fuero Nuevo de Navarra, que por cierto la configura como una condición suspensiva de la transmisión, permitiendo sin embargo que el comprador pueda levantar el embargo o adquirir la propiedad en caso de insolvencia o concurso del vendedor. El artículo 621-9 del Libro VI del Código civil de Cataluña también hace referencia a la reserva de dominio, pero no contempla régimen legal alguno. Un análisis detallado de esta regulación puede verse en LEGERÉN-MOLINA, *RCDI*, 777 (2020), pp. 264 ss.

⁸² La inscripción en el Registro de bienes muebles de reservas de dominio sobre bienes destinados a reventa (en el caso, vehículos), no sometidos por tanto al Régimen de la Ley de venta a plazos de bienes muebles, la prevé expresamente la Resolución General de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 2012 (RJ 2012/8132).

⁸³ Así lo expresa, con razón, la Resolución de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 2012 (RJ 2012/8132), declarando que «es cierto que el artículo 10 de la ley 3/2004 parece contemplar una eficacia meramente interna del pacto expreso de reserva de dominio sujeto a dicha ley, pues empieza diciéndose en su primer párrafo: «En las relaciones internas entre vendedor y comprador (...)». Con todo, no es menos cierto que el recto propósito de una tal «garantía» en atención a su finalidad típica es que pueda hacerse valer frente a terceros. Así, en una tercería de dominio o, por ejemplo, como privilegio especial del artículo 90.1.4 Ley concursal en el concurso del concesionario».

sobre el propio bien, renunciando entonces a su propiedad. Y si ejercita la resolución recuperará el bien y devolverá el precio cobrado, reteniendo en su caso las cantidades que procedan en concepto de indemnización de daños y perjuicios. La única especialidad de la existencia de una reserva de dominio vendrá dada porque, si ésta ha sido objeto de inscripción, por tratarse de bienes identificables, las acciones de cumplimiento y resolutorias tal vez puedan tramitarse mediante juicio verbal, en virtud de los números 10 y 11 del artículo 250.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, que no parece deban limitarse a las reservas de dominio celebradas al amparo de la Ley de venta a plazos de bienes muebles.

6.3 EFICACIA EN CASO DE EMBARGO DEL BIEN POR ACREEDORES DEL COMPRADOR

La reserva de dominio mobiliaria, pactada en contratos no sometidos a la Ley de venta a plazos de bienes muebles, tiene plena eficacia frente a un posible embargo del bien instado por un acreedor del comprador. El vendedor contará con una tercería de dominio para levantar el embargo decretado sobre un bien de su propiedad. Así se deduce de las reglas generales del sistema, pero también de la propia jurisprudencia, que ha admitido dicha tercería en casos de embargos de bienes no sometidos a la Ley de venta a plazos⁸⁴.

Conviene puntualizar lo dicho con algunas precisiones. Así, en primer lugar, que pese a que sea posible a veces la inscripción de reservas de dominio pactadas fuera del ámbito de aplicación de la Ley de venta a plazos de bienes muebles (*vid.* la ya citada RDGRN de 5 de junio de 2012, en una reserva de dominio sobre vehículos destinados a reventa), en ningún caso puede dudarse aquí de la eficacia de la reserva de dominio no inscrita, pues la inscripción será solo facultativa, y no impuesta por una norma. En estos casos, la eficacia de la inscripción será otra, fundamentalmente la ya citada de permitir que las acciones de cumplimiento y resolución puedan tramitarse por la vía del juicio verbal, tal como prevén los números 10 y 11 del artículo 250.1 de la Ley de enjuiciamiento civil. Y

⁸⁴ La tercería de dominio del vendedor frente a embargos instados por acreedores del comprador la admiten las Sentencias de 26 de marzo de 1984 (RJ 1984/1434) y 18 de noviembre de 2003 (Sent. núm. 1069/2003) para reservas de dominio mobiliarias excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de venta a plazos de bienes muebles, y las Sentencias de 30 de noviembre de 1915 (JC, 134, 1915-3, núm. 119), 10 de enero de 1929 (JC 187, 1929-1, núm. 20), 14 de enero de 1929 (JC 187, 1929-1, núm. 36), 20 de marzo de 1930 (RJ 1930/781), 10 de junio de 1958 (RJ 1958/2142), 23 de enero de 1970 (RJ 1970/500), 29 de enero de 1972 (RJ 1972/251) para reservas de dominio mobiliarias a las que no se aplica la citada Ley por haberse pactado antes de su entrada en vigor (en el caso, en su primitiva versión de 1965).

en segundo lugar conviene también aclarar que, aunque el cauce con que cuenta el vendedor para hacer valer la reserva de dominio frente al acreedor embargante del comprador sea normalmente la tercería de dominio, puede a veces preferir la tercería de mejor derecho: en concreto, cuando el comprador haya incurrido ya en incumplimiento y el vendedor elija el cumplimiento del contrato y la ejecución de su crédito sobre el bien vendido. Así lo ha entendido a veces la jurisprudencia, y la preferencia del artículo 1922.1 del Código civil legitima este resultado, pues es claro, como dice José María Miquel, que la estipulación de una reserva de dominio no puede actuar en perjuicio del vendedor privándole del régimen protector del Código⁸⁵.

6.4 EFICACIA EN CASO DE EMBARGO DEL BIEN POR ACREEDORES DEL VENDEDOR

El problema no se ha presentado como tal a la jurisprudencia, pero me parece claro que habrá que aceptar la tercería de dominio del comprador en caso de embargo del bien mueble por deudas del vendedor. Desde el punto de vista de los tribunales, esta solución resulta avalada por la jurisprudencia, que ha aceptado la tercería del comprador en caso de embargo de inmuebles por acreedores del vendedor —y ello, a pesar de no estar inscrita la compraventa, con lo cual hay plena identidad de razón—⁸⁶. Y desde el punto de vista teórico, y precisamente como ha argumentado dicha jurisprudencia, esa es la solución acorde con la construcción ya reseñada del derecho en expectativa del comprador, y dicha solución se encuentra además respaldado por el artículo 1121 del Código civil —conforme al que «el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho»—⁸⁷. La única excepción, a mi juicio, vendrá dada por los casos en que se halle ya vencida la deuda del compra-

⁸⁵ Concede la tercería de mejor derecho al vendedor impagado de una maquinaria, frente al embargo por un acreedor del comprador, la Sentencia de Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1929 (JC, 187, 1929-1, núm. 104). También, en un pleito sometido a la Ley de venta a plazos de bienes muebles de 1965, la de 27 de diciembre de 1974 (RJ 1974/4943), en otro caso en que el crédito del vendedor estaba ya vencido y era exigible. La vigencia también en este caso de opción por el cumplimiento de la preferencia del 1922.1 del Código la razona MIQUEL, 2012, p. 196.

⁸⁶ *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo 1989 (Sent. núm. 400/1989), 16 de julio de 1993 (Sent. núm. 747/1993), 23 de febrero de 1995 (Sent. núm. 140/1995), 3 de julio de 1996 (Sent. núm. 567/1996) y 16 de marzo de 2007 (Sent. núm. 321/2007).

⁸⁷ En el mismo sentido, LEGERÉN-MOLINA, *RCDI*, 777 (2020), pp. 279 s.

dor por el resto del precio, pues en tal caso no creo que pueda levantarse el embargo sin ofrecer a la vez su pago⁸⁸.

En realidad, y esto se aplica también al supuesto del epígrafe anterior, embargo del bien por acreedores del comprador, lo único que pueden embargar los acreedores de ambas partes contractuales es la propia posición limitada que cada uno de ellos poseen: en caso del vendedor, la titularidad crediticia, con su garantía dominical aneja, sobre el precio pendiente; y en caso del comprador la expectativa adquisitiva condicionada al pago del resto del precio. Así lo ha manifestado ya la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁸⁹.

6.5 EFICACIA EN CASO DE CONCURSO DEL COMPRADOR

La regla en esta situación es que la reserva de dominio, por la titularidad dominical que entraña, es resistente al concurso, y que la situación de insolvencia del comprador no debe alterar el sistema de protección y de remedios de que podía usar el vendedor en posición normal. Esta afirmación es consecuencia de que la ley concursal, en su artículo 61.2 establezca que «la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte», determinando en consecuencia que «las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa». A mi juicio, siendo la compraventa con reserva de dominio un contrato en el que está pendiente tanto el completo pago del precio como la transmisión de la propiedad, pocas dudas hay para entender aplicable la mencionada regla a estos contratos.

Sin embargo, no puede ocultarse que existe una corriente doctrinal representada por un buen número de autores, y que ha encontrado acogida en la Sentencia de Tribunal Supremo de 9 de abril

⁸⁸ A mi juicio, esa falta de ofrecimiento es la que determinó que en el caso de la Sentencia de 8 de noviembre de 2007 (Sent. núm. 1175/2007), también referida a inmueble y sin transmisión inscrita, no se aceptase la tercera de dominio del comprador, interpuesta ya cuando su crédito se hallaba vencido.

⁸⁹ Así, las Sentencias 19 de mayo de 1989 (Sent. núm. 400/1989), 16 de julio de 1993 (Sent. núm. 747/1993) y 16 de marzo de 2007 (Sent. núm. 321/2007). Las tres se refieren a tercerías de dominio del comprador, y declaran que los acreedores del vendedor lo que podrán embargar es su crédito residual por la parte del precio que queda por pagar, junto a la garantía dominical a él aneja. Pero la solución ha de ser similar en caso de tercera del vendedor por deudas del comprador, pues ya hemos visto antes (notas 40 y, referidas a muebles, nota 84) que los acreedores del comprador no pueden embargar el dominio del bien: y sin embargo, su expectativa adquisitiva sí debe poder ser embargada.

de 2013, que entiende que la norma aplicable a la compraventa con reserva de dominio en caso de concurso no es el 61.2, sino el 61.1, previsto para los casos en que una de las partes ha cumplido íntegramente su obligación mientras que la otra se halla pendiente de cumplimiento, y que establece para esos casos que «el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso»⁹⁰. Y ello porque entienden que el vendedor, una vez que ha entregado el bien, ha realizado todo cuanto podía hacer en orden a que la transmisión de la propiedad tenga lugar. A su juicio, la consumación de ambas obligaciones está ya en manos del comprador, pues tan pronto como éste complete el pago se producirá la transmisión. A resultas de lo cual, y aplicando el 61.1 de la Ley concursal, llegan a la conclusión de que el crédito del vendedor es un crédito concursal sometido a la ley del dividendo y excluido de resolución, por más que luego intenten restablecer su posición fortaleciendo la acción de cumplimiento del vendedor o permitiéndole un derecho de resolución especial.

Dicha interpretación, a mi juicio, coincidente de nuevo con Miquel, no es sostenible. Como bien ha visto este autor, puede efectivamente decirse que, como actividad, el vendedor ya ha realizado lo estipulado en el contrato, pero no es menos cierto que el resultado previsto, la transmisión de la propiedad, no se ha producido, y que él retiene un dominio que se transferirá simultáneamente al cumplimiento de la otra parte⁹¹. El propio Tribunal Supremo ha reconocido la mutua pendencia de ambas obligaciones cuando en las Sentencias de 10 de junio de 1958 y 11 de julio de 1983 ha explicado que el objetivo de la reserva de dominio es lograr que la interdependencia de las prestaciones no solo se manifieste como sinalagma genético en el momento de la perfección del contrato, sino también como sinalagma funcional en el momento de su consumación. Y este es a mi juicio el criterio correcto y coherente con la tesis jurisprudencial casi unánime que concibe la reserva de dominio como una condición suspensiva de la transmisión. En realidad, la tesis de la no pendencia de la obligación del vendedor es trasunto de posturas doctrinales que reinterpretan la venta con reserva de dominio como una condición resolutoria o un derecho

⁹⁰ Así lo defienden ANDREU MARTÍNEZ (2009, pp. 118 s.), MARTÍNEZ ROSADO (2005, pp. 185 ss.), CARRASCO PERERA (2009, p. 181) y MARÍN LÓPEZ (en la obra conjunta con CARRASCO y CORDERO LOBATO, 2015, p. 496) y ANTÓN SANCHO (2018, pp. 281 s., 318).

⁹¹ *Vid.* Miquel, que emplea en ese sentido con acierto la distinción entre obligación de medios y de resultados: si bien el vendedor ha puesto los medios para la transmisión a que se obligó en el contrato, ésta no se ha producido como resultado, pues solo se produce con el pago del precio; y aunque es cierto que éste depende ahora del comprador, no es menos cierto que el vendedor incluyó esa cláusula en el contrato para evitar producir el resultado transmisivo antes del cumplimiento íntegro de la otra parte (MIQUEL, 2012, pp. 202 ss.).

de garantía, y su defensa se hace al precio de crear graves distorsiones en la posición del vendedor, que verá como el esquema sinagmático que había previsto se evapora en el concurso y se lo pretende sustituir por remedios *ad casum*.

Una vez establecida esta regla de que el crédito del vendedor no se convierte en un crédito concursal, sino que se considera crédito contra la masa, con la solidez que ello lleva consigo (*vid.* art. 154 LC), y dejando de lado las posibilidades de resolución o mantenimiento del contrato en interés del concurso (arts. 61.2. II y 62.3), y la facultad especial de rehabilitación (art. 69), conviene examinar el resto de vicisitudes que puede atravesar la compraventa con reserva de dominio en caso de concurso del comprador y las soluciones a que puede recurrir en cada caso el vendedor. De acuerdo con el esquema enunciado de que los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento no deben verse afectados en lo sustantivo por el concurso, esas soluciones no pretenderán sino trasladar a la nueva situación los derechos con que ya contaba el vendedor en situación extraconcursal.

En primer lugar, y mientras el contrato esté siendo regularmente cumplido, el vendedor cuenta con el derecho de separación del artículo 80 de la Ley concursal para evitar que el bien vendido sea incluido en la masa activa del concurso y sometido al procedimiento de liquidación —donde sí debe estar incluido, en cambio, la expectativa adquisitiva del comprador—. Así lo había siempre entendido la jurisprudencia anterior a la Ley concursal, y no creo que ésta haya cambiado nada al respecto⁹². Conviene tal vez precisar que ese derecho de separación no puede convertirse en un remedio al incumplimiento, con lo cual su actuación no debe ir más allá de proteger al vendedor frente al riesgo de verse tratado como un acreedor carente de titularidad real. El incumplimiento debe dar lugar a sus propios remedios. En realidad, el único efecto del ejercicio del derecho de separación es la mencionada exclusión del bien de la masa activa —finalidad a la que tiende esa acción, si se observa su colocación en la ley—, pero ni siquiera dará lugar a la entrega de la posesión al vendedor, pues el comprador cuenta con

⁹² Así, aceptó el derecho de separación del vendedor de una maquinaria en caso de quiebra del comprador la Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1929 (JC, 188, 1929-2, núm. 59); las de 13 de mayo de 1982 (RJ 1982/3166) y 23 de octubre de 1991 (RJ 1991/7235), que concedieron la separación en procedimientos de suspensión de pagos, y aunque las reservas de dominio mobiliarias no constaban inscritas; y también la de 7 de octubre de 1995 (Sent. núm. 851/1995), que acepta la *separatio ex iure domini* del vendedor, sin indicar si la reserva de dominio de una máquina estaba o no inscrita.

un derecho de uso que conforme al propio artículo 80 le permitirá retener el bien ⁹³.

Entrando ya en el incumplimiento y los remedios, el primer caso que puede darse es el de un incumplimiento del comprador previo al concurso que haya dado lugar a una resolución también ejercitada con anterioridad a él, pero que aún no haya producido la restitución del bien. En este caso, la resolución habrá operado una eficacia extintiva de las obligaciones contractuales en el mismo momento de su declaración, y una decadencia del *ius possidendi* que sostenía la posesión del comprador. Si la resolución opera *ex nunc*, y solo debe dar lugar por tanto a una restitución posesoria del comprador, es claro que el concurso no debe afectar al vendedor⁹⁴. El único límite vendrá dado por el caso de que el bien vendido resulte necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del comprador, ya que entonces el artículo 56, en la letra a) de su número uno y en su número dos, establece un límite a la restitución del bien⁹⁵.

En cuanto a la resolución iniciada con posterioridad, de acuerdo con el artículo 62 de la Ley concursal, la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución por incumplimiento posterior del comprador, siendo la restitución a cargo de la masa (y solo sometida a la limitación del artículo 56 recién vista); en cambio, también según el mismo artículo, si el incumplimiento fuera anterior, el crédito sí será considerado concursal, pues la compraventa aunque sea a plazos es un contrato de tracto único, y no podrá el vendedor por tanto ejercitar la resolución⁹⁶.

⁹³ En cambio, se han manifestado en contra del ejercicio del derecho de separación del artículo 80 LC MARTÍNEZ ROSADO (2005, p. 212), CARRASCO PERERA (2009, p. 198) y MARÍN LÓPEZ (2015, pp. 496 s.). Pero en realidad, parecen estar pensando en un ejercicio de la *separatio ex iure domini* que conduzca a una ejecución separada, y no a la posibilidad de emplear el derecho para simplemente evitar la inclusión del bien en la masa activa del concurso.

⁹⁴ Sobre la eficacia extintiva inmediata, pero no retroactiva-real, que tiene la resolución sobre las obligaciones de las partes, *vid.* las Sentencias de Tribunal Supremo de 21 de junio de 2002, 10 de febrero de 2006, 2 de marzo de 2006 y 29 de mayo de 2006, ya citadas en la nota 53: de todas ellas se deduce que la resolución opera la extinción de las obligaciones en el momento de la resolución (y por eso todas ellas defienden al tercero que había adquirido en el ínterin como adquirente *a domino*); y también la de 19 de diciembre de 2007 (Sent. núm. 1359/2007), también en un caso de resolución, que determina que operada ésta el bien reingresa inmediatamente en el patrimonio del enajenante (y por eso el tercero que adquiere del comprador tras la resolución, aunque éste siga en posesión del bien, no adquiere *a domino*) En general, sobre la eficacia de la resolución, me remito a mi trabajo de 2013, pp. 233 ss.

⁹⁵ Dicha limitación a la restitución, referida a bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, se aplica, según el texto de la ley a «las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles». Pero no creo que haya dudas de que por argumento *a fortiori* se aplica también a los bienes no inscritos, que con más razón estarán sometidas a esa limitación.

⁹⁶ Sobre la distinción entre contratos de tracto único y tracto sucesivo a efectos de la resolución ejercitada en el concurso, dice la Sentencia de Tribunal Supremo de 25 de julio

En cuanto al ejercicio de la acción de cumplimiento, si ésta hubiese sido iniciada sobre el propio bien vendido antes del concurso, pero se hallase aún en tramitación, se suspenderá conforme al artículo 55. El vendedor podrá ejercitar sin embargo, dentro del concurso, el privilegio especial que le concede el artículo 90.1.4.º, cobrándose entonces con preferencia conforme al artículo 155. El mismo privilegio para el cobro actuará cuando el incumplimiento sea posterior al concurso, pero además, en este caso, el crédito se considerará con cargo a la masa (art. 84.2 número 6.º LC): esta superposición de privilegio especial y crédito con cargo a la masa puede resultar extraña, pero es en realidad sumamente protectora para el vendedor, pues depende de las circunstancias puede serle más útil ejercitar el crédito como crédito contra la masa o como crédito con un privilegio especial.

6.6 EFICACIA EN CASO DE CONCURSO DEL VENDEDOR

El caso de concurso del vendedor ha sido menos tratado, pues la reserva de dominio se establece en su interés, y no pensando en su insolvencia. De hecho, no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a este caso.

Sin embargo, su solución, a mi juicio, no presenta excesivo problema, y viene determinada por la previsión contenida en el artículo 201.2 de la Ley concursal –plenamente coherente con el régimen aplicable a esos contratos en virtud del artículo 61.2, si se entiende que son contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes–. Como ya vimos, ese artículo 201.2

de 2013 (Sent. núm. 510/2013, que reitera textualmente otra del día anterior, núm. 505/2013) que «en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato. Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un solo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realicen en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento. [...] 6. Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC., la parte *in bonis* en un contrato de tracto único tan solo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo, “la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso”. Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único».

presupone que la expectativa de derecho del comprador tiene una entidad suficiente como para resistir el concurso: la vocación al derecho real que existe en la posición del comprador determina que, siempre que el comprador complete los pagos pendientes, adquiera el pleno dominio, produciéndose una adquisición de propiedad con ciertos efectos retroactivos (art. 1120 C.c.)⁹⁷. En consonancia con ello el comprador cuenta también con el derecho de separación del artículo 80 de la Ley concursal para el caso de que el bien vendido con reserva de dominio sea indebidamente incluido en la masa activa del concurso. Dicho artículo trasladará entonces, al ámbito concursal, las defensas de que ya se halla investido el comprador sometido a reserva y que son consecuencia de la posición de expectativa amparada por el 1121 del Código civil.

6.7 EFICACIA EN CASO DE ENAJENACIÓN POR EL COMPRADOR

Si el bien es enajenado por el comprador, hay que entender que lo que se transmite es la misma posición de expectativa adquisitiva de que éste gozaba: siendo ésta una situación patrimonial en formación, una vocación al derecho real con contenido patrimonial, embargable y susceptible de inclusión en la masa activa del concurso del comprador, no hay problema alguno en que éste la pueda enajenar. El adquirente adquirirá la plena propiedad tan pronto como el vendedor reciba íntegro pago del precio –que, por supuesto, puede ser realizado por un tercero–.

Los problemas surgen en caso de que se enajene el bien a un tercero desconocedor de la reserva y luego se produzca el impago del precio, de forma que el vendedor decida recurrir a la resolución del contrato o la acción del cumplimiento sobre el propio bien vendido. A mi juicio, entonces, el tercer adquirente no gozará de más protección que las que puedan dispensarle las normas protectoras de la adquisición *a non domino*: básicamente, además de la usucapión mobiliaria, el artículo 85 del Código de comercio. No creo, en cambio, que goce de la protección que prestan a los terceros los artículos 1124.4 y 1295.2 del Código civil, ya que a mi juicio no son normas protectoras de terceros adquirentes *a non domino*, sino normas de desprotección de los adquirentes *a domino* que conocían el deber de restituir de su transmitente⁹⁸. Y mucho menos creo

⁹⁷ En el mismo sentido, MARTÍNEZ ROSADO, 2005, pp. 346 ss.; LEGERÉN-MOLINA, *RCDI*, 777 (2020), p. 276.

⁹⁸ En ese sentido, muy clara, la Sentencia de Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2018, ya citada en nota 53, al tratar de los efectos de la resolución, que entiende que el

aplicable al caso un artículo 464 del Código civil cuya interpretación germanista resulta totalmente contradictoria⁹⁹.

Con todo, cuando la solución se torna realmente compleja es cuando la venta, pese a no estar sometida a la Ley de venta a plazos de bienes muebles, podía haber sido objeto de inscripción y no lo ha sido –típicamente, bienes muebles corporales identificables y no consumibles destinados a reventa, como sucede en la Resolución de 5 de junio de 2012–. Podría entonces plantearse si la falta de inscripción provoca una posible ineficacia de la reserva frente a tercer adquirente. Pero a mi juicio esto no debe ser así, pues ni hay norma que imponga eso –no creo aplicable por analogía el artículo 15.1 LVPBM, ya que precisamente la ley excluye de su aplicación esos bienes–, ni existe tampoco norma, más allá del 85 del Código de comercio y de reglas de la usucapión, que protejan en general al tercero desconocedor de la reserva. Más bien creo que la regla es la inversa: no se trata de que la no inscripción de las reservas sobre bienes registrables prive de eficacia a esas reservas, sino que la inscripción de esa reserva, meramente potestativa –recuérdese que estoy tratando de contratos no sometidos a la Ley de venta a plazos de bienes muebles–, provoca como efecto que la reserva de dominio sea oponible a todo tercero, excluyendo por tanto la protección que podían prestar el 85 del Código de comercio y las normas de la usucapión mobiliaria en otro caso.

6.8 EFICACIA EN CASO DE ENAJENACIÓN POR EL VENDEDOR

Conforme a lo hasta ahora visto y a la posición de expectativa de derecho atribuida al comprador, hay que concluir que el vendedor, por más que retenga la titularidad dominical, carece de poder

tercer adquirente que conocía al adquirir el incumplimiento de su transmitente se ve afectado, pese a adquirir *a domino*, por la acción resolutoria puramente personal del inicial propietario. Sobre el efecto retransmisivo de la resolución y la rescisión y el sentido de los artículos 1124.4 y 1295.2, me remito a mi trabajo en el *ADC*, 2009-4, pp. 1687 ss., 1713 ss. En cambio, aunque con ciertas dudas, se muestra partidario de entender aplicables dichos artículos como protectores de los adquirentes *a non domino* MIQUEL (2012, pp. 201, 206).

⁹⁹ Resumidamente, puede decirse que la tesis germanista del 464 carece de fundamento (pues parte de una función de publicidad de la posesión que resulta totalmente injustificada), presenta graves problemas valorativos (pues entiende más defendible al titular que, quizá por imprudencia, perdió un bien mueble o al que le fue hurtado que al que cedió su custodia a un tercero), y se ve obligada a forzar la dicción misma del artículo (que establece una equiparación de la posesión al título, y no a la titularidad del *tradens*). Una crítica más amplia la he realizado en mi trabajo publicado en *ADC*, 2004-3, pp. 1003 ss., 1055 ss. *Vid.* también, MIQUEL, 1993, pp. 1240 ss. Rechaza la aplicación del artículo 464 a los casos de reserva de dominio en que el comprador vende, EGUSQUIZA BALMASEDA, 2013, pp. 611 s.

de disposición para transmitir el bien a un tercero. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, que ciertamente no se ha enfrentado directamente a ningún caso de enajenación por el vendedor, pero que ha rechazado la procedencia de un embargo del bien por parte de un acreedor del vendedor, según lo ya visto, basándose en la falta de poder de disposición de éste para transmitir la cosa¹⁰⁰. En consecuencia, hay que entender ineficaz la transmisión llevada a cabo por el vendedor a favor de un tercero, teniendo además presente que, al carecer el vendedor de posesión, no cabrá siquiera que entren en consideración las normas de protección de terceros adquirentes *a non domino* basadas en la apariencia posesoria¹⁰¹.

7. RÉGIMEN DE LA RESERVA DE DOMINIO INMOBILIARIA

7.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN

Aunque no es excesivamente común, tampoco es infrecuente que la reserva de dominio se pacte como forma de aseguramiento del vendedor en caso de venta de inmuebles con precio aplazado. Las restricciones impuestas por la jurisprudencia registral a la eficacia de la condición resolutoria explícita, además de su desfavorable tratamiento tributario, y los problemas a que puede llevar la ejecución de una hipoteca a favor del vendedor por el resto impagado del precio hacen que la reserva de dominio sea una alternativa no infrecuente para asegurar la posición del vendedor en las ventas

¹⁰⁰ En palabras de la Sentencia de 16 de julio de 1993 (Sent. núm. 747/1993), reiteradas en la de 16 de marzo de 2007 (Sent. núm. 321/2007), los contratos de compraventa con reserva de dominio «producen, asimismo, para el vendedor, estando pendiente el pacto de reserva de dominio (sentencias de 19 de mayo de 1989 y 12 de marzo de 1993) y mientras el comprador cumpla normalmente su obligación de pago, conforme sucedió en la controversia, que carezca de poder de disposición respecto al bien que vendió, así como, y por ello, de facultades de trasmisión del mismo a terceros, tanto en forma voluntaria como forzosa –y los embargos son un anticipo de esta última modalidad–». Casi con idénticas palabras, aludiendo a la falta de poder de disposición del vendedor, se pronuncian esas sentencias de Tribunal Supremo de 19 de mayo 1989 (Sent. núm. 400/1989) y 12 de marzo de 1993 (Sent. núm. 229/1993). Esta limitación del derecho del vendedor es también consecuencia de la llamada «eficacia refleja del contrato», que determina que el tercero adquiera el bien tal y como éste efectivamente existe en el patrimonio del transmitente, es decir, limitado por los derechos que éste concedió. Sobre dicha «eficacia refleja del contrato», OCAÑA GÁMIZ, 2016, pp. 229 ss.

¹⁰¹ Ni siquiera creo que el tercer adquirente vaya a quedar protegido en caso de que el comprador incurra en incumplimiento y el vendedor decida optar por la resolución, pues en tal caso la previa enajenación por el vendedor a un tercero supone ya en sí mismo un incumplimiento, y le impide resolver, por haber incurrido él en incumplimiento previo. *Vid.* sobre ello mi libro de 2013, pp. 170 ss.

con precio aplazado. En su favor se debe decir, además, que su efectividad no depende de la inscripción en el Registro, ya que, no siendo un derecho de garantía, no exige la publicidad que para éstos impone el 1875 del Código.

7.2 EFICACIA *INTER PARTES*

Puede decirse prácticamente lo mismo que ya se expuso en este apartado en el epígrafe dedicado a los muebles: siendo la reserva de dominio un medio precautorio que pretende asegurar la eficacia de los remedios al incumplimiento en caso de interposición o concurrencia de terceros, su inclusión en el contrato no varía la posición de las partes en la compraventa. El vendedor renuncia normalmente a la posesión –si mantuviese la posesión, en un sistema de título y modo, no requeriría normalmente de la reserva–, y conserva las acciones de cumplimiento y resolución para caso de incumplimiento. Y la reserva, aunque no es un remedio, asegura la efectividad de éstos en caso de embargo, concurso o enajenación por el comprador, sin alterar por tanto la posición de las partes.

7.3 EFICACIA EN CASO DE EMBARGO DEL BIEN POR ACREEDORES DEL COMPRADOR

A mi juicio, coincidente con el de Espejo y Miquel, el vendedor cuenta con una tercería de dominio para levantar el embargo instado por un acreedor del comprador sobre el bien vendido¹⁰². No existe sobre este caso pronunciamiento del Tribunal Supremo, pero me parece que hay razones más que de peso para afirmar esta solución. Hay que partir de la que es la regla en materia de embargos, que es que solo son susceptibles de esta traba los bienes que son propiedad del deudor, de forma que, en caso de embargo de un bien ajeno, su dueño cuenta siempre con la tercería para liberarlo¹⁰³. En aplicación de esa regla la jurisprudencia ha admitido, de forma ampliamente mayoritaria, que incluso en caso de inexactitud registral y embargo del bien por un tercero, el propietario no inscrito venza con la tercería al acreedor anotante del embargo: siendo la anotación preventiva un asiento con eficacia meramente negativa,

¹⁰² ESPEJO, 2006, pp. 174 ss.; MIQUEL, «La reserva de dominio», p. 217, sumándose a sus conclusiones.

¹⁰³ *Vid.*, entre la jurisprudencia más reciente, las Sentencias de Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2008 (Sent. núm. 474/2008), 6 de junio de 2008 (Sent. núm. 539/2008) y 1 de marzo de 2017 (Sent. núm. 139/2017). Para la jurisprudencia anterior y su fundamentación, ampliamente, ESPEJO, 2006, pp. 177 ss., 181.

es decir, de inoponibilidad y no de fe pública, el acreedor embargante no se verá protegido ni siquiera en caso de haber anotado el embargo¹⁰⁴. La aplicación de esas reglas a nuestra materia se concreta, a su vez, en una serie de conclusiones: por una parte, que el vendedor podrá siempre levantar el embargo sobre el bien vendido instado por un acreedor del comprador y que, en caso de inscripción de la reserva en el Registro, el registrador rechazará anotar dicho embargo; y, yendo más allá, que incluso en el excepcional supuesto de un contrato en que se hubiese inscrito la compraventa sin inscribirse la reserva, el vendedor contará siempre con la tercera para levantar el embargo. Soluciones todas ellas conformes no solo con los principios que rigen la reserva de dominio, sino también con la admisión que la jurisprudencia hace de las tercerías de dominio del vendedor de muebles, sometidos o no a la Ley de venta a plazos, en caso de embargo por un acreedor.

Lo dicho, lógicamente, no obsta a que los acreedores del comprador sí puedan embargar la posición de derecho expectante que corresponde a su deudor. En tal supuesto, si el comprador o ellos mismos completan el pago del precio, la reserva de dominio se extinguirá y el embargo se extenderá a la propiedad adquirida por el comprador. En caso de impago, en cambio, el objeto del embargo se transformará en la posible cantidad pecuniaria que obtenga el comprador tras el ejercicio por el vendedor de la resolución o de la acción de cumplimiento.

Conviene por último precisar que, aunque la tercería de que normalmente se sirve el vendedor para levantar el embargo del comprador es la de dominio, precisamente por haberse reservado esa posición, no habrá obstáculo en que ejercite la de mejor derecho cuando el crédito del comprador esté ya vencido y sea exigible. La jurisprudencia lo ha admitido así, ya lo vimos, para bienes muebles, y no hay motivo aquí para excluir esa solución.

7.4 EFICACIA EN CASO DE EMBARGO DEL BIEN POR ACREEDORES DEL VENDEDOR

Como ya se dijo, este supuesto de embargo por deudas del vendedor es el que ha servido a la jurisprudencia para construir el derecho expectante del comprador y la consiguiente tercería de dominio a su favor. Corrigiendo una primera Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1987 que negó la tercería de dominio del comprador, las posteriores Sentencias de 19 de mayo de 1989, 12 de

¹⁰⁴ Díez-PICAZO, 2008, pp. 564 s.; LACRUZ/SANCHO, 1984, pp. 217 y 225.

marzo de 1993, 16 de julio de 1993, 23 de febrero de 1995, 3 de julio de 1996 y 16 de marzo de 2007 han concedido unánimemente la tercería de dominio al comprador que se encuentra cumpliendo, independientemente de la inscripción o no de su derecho, siempre que pruebe la anterioridad de la venta respecto al embargo¹⁰⁵. Si la Sentencia de 8 de noviembre de 2007, la última dictada sobre esta materia, rechazó la tercería, es precisamente porque el contrato ya estaba vencido y el comprador no ofreció el pago –en el que se hubiese subrogado el embargo– al interponer la tercería.

La improcedencia, por tanto, del embargo del bien por los acreedores del vendedor no obsta en cambio, como ya he dicho, a que puedan embargar el crédito que éste tiene sobre la parte impagada del precio. Así lo han subrayado las Sentencias de 19 de mayo de 1989, 16 de julio de 1993 y 16 de marzo de 2007 y es lo conforme con la distribución de intereses entre las partes.

7.5 EFICACIA EN CASO DE CONCURSO DEL COMPRADOR

Buena parte de lo que dije en el epígrafe respectivo de la reserva de dominio mobiliaria es trasladable aquí: se trata de un contrato con prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, sometido por tanto al régimen de los artículos 61.2 y 62 de la Ley concursal, y en consecuencia las prestaciones del comprador son a cargo de la masa y también las posibles restituciones resultado de una resolución por incumplimiento posterior al concurso. En cambio, los incumplimientos previos al concurso no podrán dar lugar a la resolución.

Además, y de nuevo en paralelismo con lo dicho para los bienes muebles, el vendedor con reserva de dominio contará con el derecho de separación del artículo 80 para extraer del concurso el bien vendido indebidamente incluido en la masa activa. Lo mismo que la tercería de dominio, de la que es traslación al ámbito concursal, ese derecho de separación no tendrá otro efecto que colocar el bien

¹⁰⁵ De entre esas sentencias del Tribunal Supremo, todas referidas a inmuebles, tal vez convenga destacar que la declaración contenida sobre la procedencia de la tercería de dominio del comprador en la de 12 de marzo de 1993 (Sent. núm. 229/1993) es un mero *obiter dicta*, que la de 3 de julio de 1996 (Sent. núm. 567/1996) acepta la tercería a efectos dialecticos, es decir, razonando incluso para el caso de que el comprador no hubiese pagado ya el precio pendiente por entero, como parece deducirse del caso, y que la de 16 de marzo de 2007 (Sent. núm. 321/2007) acepta tercería de dominio del que adquirió del comprador, pues se ejecutó el derecho expectante del comprador, y si pagan, la transmisión se consuma a favor de esos terceros adquirentes que ocupan la posición del comprador. Posición similar a la que se defiende en el texto mantienen SANCINENA ASURMENDI (2003, pp. 4299, 4300 ss.), ESPEJO (2006, pp. 202 ss.), ALGABA ROS (2014, pp. 44 ss) y LEGERÉN-MOLINA (RCDI, 777, pp. 277 ss), con un detallado análisis de la jurisprudencia.

fuera del derecho de agresión de los acreedores del concursado, pero sin que sirva en sí para operar una satisfacción del vendedor que ve su crédito incumplido.

En cuanto a los remedios al incumplimiento propiamente dichos, ya dije en materia mobiliaria, y se aplica también aquí, que la resolución operada antes del concurso opera la extinción de la obligación de transmitir y la liberación del bien vendido, con efectos *ex nunc*, sin verse por tanto afectada por el concurso. El único límite vendrá impuesto por la imposibilidad de restituir que sea consecuencia del artículo 56.1 letra b) de la Ley concursal: ejercitada la resolución sobre una venta con precio aplazado antes del concurso, pero no producida la restitución del inmueble, no podrá obtenerse ésta cuando el bien resulte necesario para la continuidad de la actividad del deudor.

Por lo que se refiere a la acción de cumplimiento, hay que entender que la ejecución iniciada anteriormente se verá paralizada por efecto del artículo 55 de la Ley concursal. Pero que tramitada ya dentro del concurso contará con la preferencia del artículo 90.1.4.º, con independencia de su inscripción o no en el Registro, pues para nada es dicha inscripción requisito de su eficacia¹⁰⁶.

7.6 EFICACIA EN CASO DE CONCURSO DEL VENDEDOR

Tal como se dijo en el epígrafe paralelo relativo a los bienes muebles, a mi juicio esta situación debe resolverse de conformidad con el artículo 201.2 de la Ley concursal, y permitiendo por tanto al comprador consumir la adquisición del bien. El concurso no debe, por tanto, perjudicar su expectativa adquisitiva, que quedará protegida frente a la posible inclusión del bien vendido en la masa activa por medio de la acción de separación del artículo 80 de la misma Ley. Solo si el comprador incurre en incumplimiento posterior al concurso podrá la administración concursal solicitar la resolución del contrato.

7.7 EFICACIA EN CASO DE ENAJENACIÓN POR EL COMPRADOR

Como dije en el epígrafe correspondiente al tratar de la reserva mobiliaria, quien reciba del comprador adquirirá la misma

¹⁰⁶ En el mismo sentido, ESPEJO, 2006, pp. 124 ss.; MIQUEL, 2012, p. 218; ARCOS VIEIRA, 2013, p. 621. En cambio, parece exigir la inscripción en el Registro para que la reserva de dominio inmobiliaria tenga efectos, ANDREU MARTÍNEZ, 2009, pp. 63 s.

posición que éste tenía, es decir, la situación de expectativa que devendrá propiedad tan pronto como se produzca el íntegro pago del precio. Dicha situación de vocación a la propiedad, como ya se ha visto en los apartados anteriores, dará protección al tercer adquirente siempre que se continúe con el cumplimiento, aunque se produzca el concurso del vendedor o un embargo por sus acreedores.

El problema surgirá en caso de que el comprador incumpla después de haber enajenado a un tercero desconocedor de la reserva, ya que entonces la resolución o la acción de cumplimiento ejercitada por el vendedor afectará a dicho tercero. Esto será así, obviamente, si la reserva ha sido objeto de inscripción. Pero también en los casos en que no lo ha sido, pues hay que pensar que tampoco entonces el tercer adquirente podrá cumplir los requisitos de la adquisición del 34 de la Ley hipotecaria, ya que no adquirirá de inscrito –pues sería un supuesto un tanto extraño que se inscribiese la adquisición por el comprador sometido a reserva y no esta cláusula–¹⁰⁷. Con lo cual quedarán los supuestos de transmisiones de inmuebles al margen del Registro, en los que el tercer adquirente de buena fe no gozará de más protección que las que puedan proporcionarle las normas de la usucapión, tal como ha confirmado el propio Tribunal Supremo en las Sentencias de 18 de septiembre de 1996 y 14 de octubre de 2003 al enfrentarse a dos casos de este tipo¹⁰⁸.

7.8 EFICACIA EN CASO DE ENAJENACIÓN POR EL VENDEDOR

El caso de enajenación por el vendedor presenta mayor diversidad de supuestos en inmuebles de lo que ocurría en muebles, pues hay que plantearse los efectos de la aplicación de las normas registrales, que pueden determinar en su caso una protección a favor del tercer adquirente.

¹⁰⁷ Sería planteable, eso sí, una protección basada en el 32 de la Ley hipotecaria, como propone un sector de la doctrina y acepta en *obiter dicta*, con un dualismo muy moderado que solo protege a un inmatriculante de buena fe y título oneroso, la Sentencia de Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 (Sent. núm. 928/2007). Pero reconozco que me hallo más de acuerdo con las razones, basadas en el paralelismo entre el artículo 32 y el 69 de la Ley, que llevan a Peña a entender que también al tercero del 32 es exigible que adquiera de inscrito (PEÑA, 2001, pp. 610 ss. 616).

¹⁰⁸ La primera de esas dos sentencias, además, rechaza que la protección del tercero pueda provenir por vía del artículo 1124.4, pues ese artículo se refiere a la resolución de un negocio inicial, que había producido la transmisión, mientras que en el caso de reserva de dominio el tercero adquirió *a non domino*.

Si el contrato de compraventa con reserva de dominio fue objeto de inscripción, el posible tercero que adquiera del vendedor no gozará de protección alguna contra el comprador, ya que la constancia registral de su derecho hará que éste se imponga a todo tercero. La inscripción de su expectativa adquisitiva determina que cualquier tercero hubiese podido conocerla, y excluye por tanto su protección¹⁰⁹.

Si la compraventa no fue objeto de inscripción, pero el vendedor sí consta inscrito, el tercer adquirente se verá protegido siempre que cumpla los requisitos del artículo 34 de la ley hipotecaria. La posesión en concepto de dueño del comprador puede sin embargo excluir la buena fe de dicho tercero (arg. art. 36 LH).

Finalmente, si la finca no consta inmatriculada, la protección normalmente ha de ser para el comprador con reserva. Él tiene la posesión del inmueble –si en el contrato no estuviese prevista la entrega pese a la pendencia del precio, no tendría sentido el pacto de reserva de dominio–, con lo cual será él el que consume la transmisión cuando complete el pago pendiente¹¹⁰.

8. RÉGIMEN DE LA RESERVA DE DOMINIO MOBILIARIA SUJETA A LA LEY DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES

8.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Ley de venta a plazos de bienes muebles de 1998, como su antecesora de 1965, cuenta en sus extensos artículos 15 y 16 con una detallada regulación de la reserva de dominio. Esa normativa específica se aplica, conforme a su artículo primero, a los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables, estableciendo el artículo quinto algunas exclusiones de las que la más significativa es la de los bienes destinados a reventa. El artículo tres, por su parte, precisa que el aplazamiento del pago ha de ser por tiempo superior a tres meses desde la perfección del contrato. La ley prevé además la posibilidad, en su artículo cuatro, de que un tercero financie dichas ventas, en cuyo caso dicho tercero podrá ver garantizado su crédito mediante la reserva de dominio en cuya titularidad se subroga.

¹⁰⁹ Sobre ello me remito a mi trabajo, «Mala fe y eficacia frente a tercero de los derechos de crédito», AAMN, 2019, pp. 450 ss.

¹¹⁰ En el mismo sentido, ALGABA ROS, 2013, pp. 38 s.

8.2 EFICACIA *INTER PARTES*

Si en los epígrafes paralelos del tratamiento general de los muebles y los inmuebles he dicho que el pacto de reserva de dominio apenas tiene efectos *inter partes*, precisamente porque la reserva de dominio es una medida precautoria del vendedor ante el riesgo de insolvencia del comprador o enajenación a un tercero, está conclusión no es del todo cierta en el caso de reservas de dominio sometidas a la ley especial, ya que ésta, y la Ley de enjuiciamiento civil por referencia a ella, establecen unos procedimientos especiales para el ejercicio de las acciones derivadas de estos contratos. Así, el artículo 16.2 de la Ley especial regula con particular detalle un procedimiento ejecutivo extrajudicial, dirigido directamente sobre los bienes adquiridos a plazos y realizado con asentimiento del deudor, para el caso de impago del precio pendiente. Además, y para el caso de que el deudor se opusiera a dicho procedimiento, denegando la entrega del bien vendido, los números 10.º y 11.º del artículo 250.1 de la Ley de enjuiciamiento civil prevén el ejercicio de las acciones de cumplimiento y de resolución, respectivamente, mediante las formalidades del juicio verbal. Además, lógicamente, según precisa el artículo 16.1 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles, el acreedor podrá acudir al procedimiento monitorio y al ejecutivo previstos en la Ley de enjuiciamiento civil –siempre y cuando, en este último caso, los contratos de venta a plazos de bienes muebles consten en alguno de los documentos que, conforme al artículo 517 de dicha ley, llevan aparejada ejecución–.

Conviene realizar algunas precisiones. Los procedimientos especiales del artículo 16.2 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles, y el ejercicio de la acción de cumplimiento mediante juicio verbal del 250.1.10.º exigen la inscripción del contrato en el Registro de venta a plazos de bienes muebles, pero no requieren en cambio un pacto de reserva de dominio; en tal sentido, no puede decirse que sean consecuencia del pacto, sino de la inscripción del contrato celebrado al amparo de la ley especial. En cambio, el procedimiento para ejercitar la acción resolutoria por la vía del 250.1.11.º de la Ley de enjuiciamiento civil sí es un procedimiento específico que exige, no solo la inscripción del contrato de venta a plazos de bienes muebles, sino el que en dicho contrato se haya pactado además una reserva de dominio. Por tanto, ni todas las reservas de dominio celebradas en el ámbito de aplicación de la Ley especial cuentan con dichos procesos especiales –no disponen de ellas las no inscritas–, ni dichos procesos exigen siempre una reserva de dominio –pues los del 16.2 de la Ley, y 250.1.10.º de

la LEC no la requieren—. Las reservas de dominio no inscritas, por tanto, habrán de acudir a la tutela judicial ofrecida en general por el proceso declarativo ordinario¹¹¹.

8.3 EFICACIA EN CASO DE EMBARGO DEL BIEN POR ACREEDORES DEL COMPRADOR

La propia Ley de venta a plazos de bienes muebles y su normativa de desarrollo han configurado la posición de los contratantes en caso de embargo del bien vendido conforme al esquema de la reserva de dominio propio de la tesis de la condición suspensiva. Así, la Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles y la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado que la complementa excluyen que tales bienes puedan ser embargados por deudas del comprador¹¹². Si pese a ello se produjese ese embargo, el artículo 15.3 de la Ley concede al vendedor una tercería registral para levantarlo¹¹³. A la vez, y de acuerdo con lo anterior, la mencionada Instrucción no tiene pro-

¹¹¹ Sobre las particularidades de los procedimientos especiales descritos en la Ley de venta a plazos de bienes muebles y en el artículo 250.1.10.º y 11.º de la LEC, *vid.* en detalle QUICIOS MOLINA, 2009, pp. 21 ss.

¹¹² La mencionada Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles, aprobada por Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999, establece en su artículo 4, letra c), párrafo cuarto que «el comprador de un bien, cuyo dominio se hubiese reservado el vendedor o financiador, carece de legitimación dispositiva y en consecuencia cualquier acto de enajenación o gravamen por él realizado será nulo de pleno derecho. *Tampoco podrán ser embargados dichos bienes por deudas del comprador*, aunque sí por deudas del beneficiario de la reserva de dominio» (la cursiva es mía). Por su parte, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de diciembre de 2002, que desarrollando otra aprueba la cláusula autorizatoria para la presentación telemática de contratos en el Registro de Bienes Muebles, establece en su número 15 que «los Registradores denegarán los mandamientos de embargo sobre bienes vendidos a plazos con pacto de reserva de dominio o que hayan sido objeto de arrendamiento financiero, en virtud de contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, cuando el objeto del embargo sea la propiedad de tales bienes y el embargo se dirija contra persona distinta del vendedor, financiador o arrendador». Hay que tener en cuenta que el artículo 24 de la Ordenanza, en clara consonancia con la tesis clásica de la reserva de dominio establece que «se presumirá que el arrendador con contrato inscrito y el favorecido con la reserva de dominio, sea el vendedor o el financiador, tiene la propiedad del bien».

¹¹³ El artículo declara que «en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes muebles se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registrador, que dichos bienes constan inscritos en favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento. El que remate bienes sujetos a prohibición de disponer inscrita en el Registro en los términos de esta Ley los adquirirá con subsistencia de la obligación de pago garantizada con dicha prohibición, de la que responderá solidariamente con el primitivo deudor hasta su vencimiento».

blema en aceptar que la posición de expectativa del comprador sí pueda ser embargada, pero sometida entonces a la eventualidad de que el vendedor recupere el bien ante el impago del precio¹¹⁴. Haciendo aplicación de estos principios y esta normativa, la jurisprudencia no ha tenido dudas en conceder la tercera de dominio al vendedor en caso de embargo del bien por acreedores del comprador¹¹⁵.

En realidad, el verdadero problema interpretativo que surge en torno a estas cuestiones es el de la eficacia o ineficacia de la reserva no inscrita. Pues el artículo 15.1 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles establece que «para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente» (el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, llevado por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles). Con lo cual, se hace necesario dilucidar el concepto de tercero al que se refiere el artículo y al que le son inoponibles las reservas de dominio no inscritas. Concepto que abordaré aquí con generalidad, pues su clarificación determinará también la solución a cuestiones que se tratarán en los próximos apartados, como la eficacia de la reserva de dominio no inscrita en caso de concurso del comprador o enajenación por éste a un tercero.

Para una serie numerosa de autores, tercero a efectos de dicho artículo 15.1 de la Ley especial es cualquiera que no ha sido parte en el contrato. Entienden en consecuencia que la reserva de domi-

¹¹⁴ La citada Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de diciembre de 2002, en el párrafo segundo de su número 15 establece que «podrán anotarse los embargos que tengan por objeto la posición jurídica del comprador a plazos o del arrendatario financiero, pero la anotación de embargo quedará sin efecto y podrá solicitarse su cancelación en caso de que el arrendatario no ejercite la opción de compra o de que el vendedor con pacto de reserva de dominio a su favor recupere los bienes ante el impago por parte del comprador del precio aplazado».

¹¹⁵ *Vid.* las Sentencias de Tribunal Supremo de 26 de enero de 1976 (RJ 1976/51), 10 de mayo de 1990 (Sent. núm. 291/1990), 18 de diciembre de 1990 (Sent. núm. 806/1990), 12 de julio de 1996 (Sent. núm. 580/1996), 20 de junio de 2000 (Sent. núm. 631/2000), 30 de septiembre de 2003 (Sent. núm. 874/2003, en la que la reserva de dominio era a favor del financiador) y 18 de noviembre de 2003 (Sent. núm. 1069/2003). Si la de 5 de mayo de 2005 (Sent. núm. 301/2005) no aceptó la tercera es porque el Tribunal Supremo tuvo que revertir la extrañísima argumentación de la Audiencia que entendía que el contrato tenía naturaleza fiduciaria. Las de 24 de noviembre de 1970 (RJ 1970/4888), 30 de octubre de 1973 (RJ 1973/4057), 19 de abril de 1975 (RJ 1975/1723) y 4 de octubre de 1993 (Sent. núm. 911/1993) rechazaron la tercera por no estar inscrita la reserva en el Registro, mientras que las de 17 de mayo de 1974 (RJ 1974/3221), 10 de mayo de 1990 (Sent. núm. 291/1990) y 18 de diciembre de 1990 (Sent. núm. 806/1990) la admitieron en cambio pese a no estar inscritas o estar caducada la inscripción: pero sobre esta cuestión de la eficacia de la reserva de dominio no inscrita y de la subsiguiente tercera, en relación con el artículo 15.1 de la Ley especial, trataré inmediatamente.

nio no inscrita solo resulta eficaz entre las partes contratantes¹¹⁶. Su interpretación viene respaldada por una amplia línea jurisprudencial, preponderante precisamente en caso de embargo del bien por acreedores del comprador, pero presente también en casos de concurso del comprador, que excluye la tercería o el derecho de separación del vendedor no inscrito¹¹⁷.

Frente a ella se alza otra interpretación, quizá con menor acogida doctrinal, pero con amplio apoyo en la jurisprudencia¹¹⁸. Según ésta, el término tercero solo puede referirse a quien adquiere una posición real independiente, es decir, al tercer adquirente. La consecuencia será entonces que la falta de inscripción no perjudicará el ejercicio de la tercería o el derecho de separación del vendedor en casos de concurso del bien por sus acreedores, y solo limitará el derecho del vendedor en caso de que se produzca la transmisión del bien por el comprador a un tercero.

No es fácil tomar postura en este debate, pero me parece que las mejores razones militan a favor de la interpretación específica del tercero que lo hace coincidir con el tercer adquirente de un derecho real. Realmente, la concepción que sostiene una lectura indiferenciada del término tercero en el artículo 15.1 de la ley solo cuenta —y

¹¹⁶ Esta interpretación arranca del comentario de BERCOVITZ al antiguo artículo 23 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles (1977, pp. 275 ss.). Entre sus actuales sostenedores se cuentan PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2001, p. 444, nota 121), QUICIOS MOLINA (2009, pp. 77 ss.), CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ (2015, p. 434), MARTÍNEZ ROSADO (2005, pp. 152 ss.) y LEGERÉN-MOLINA, *RCDI*, 777 (2020), p. 281.

¹¹⁷ *Vid.* las Sentencias de Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1970 (RJ 1970/4888), 30 de octubre de 1973 (RJ 1973/4057), 19 de abril de 1975 (RJ 1975/1723) y 4 de octubre de 1993 (Sent. núm. 911/1993), ya citadas en nota 115, que rechazaron la tercería de dominio del vendedor no inscrito, en casos de bienes muebles sometidos a la Ley de venta a plazos de 1965 (muy similar a estos efectos a la norma actual, pues en su artículo 23 también exigía la inscripción para oponibilidad de reserva). Por su parte, para un caso de suspensión de pagos del comprador a plazos sometido a la Ley de 1965, la Sentencia de Tribunal Supremo de 28 de abril de 2000 (Sent. núm. 434/2000) también excluyó la preferencia del vendedor con reserva de dominio debido a la falta de inscripción de su derecho.

¹¹⁸ *Vid.*, Díez-PICAZO, 2008, pp. 879 s.; SANCIÑENA ASURMENDI, 2003, p. 4311; MIQUEL, 2012, pp. 207 ss. Entre las Sentencias dictadas después de la publicación de la Ley de venta a plazos de bienes muebles de 1965, apoyan esta interpretación las Sentencias de 17 de mayo de 1974 (RJ 1974/3221), que aceptó la tercería de dominio del vendedor con reserva de dominio pese a no estar inscrito el contrato en el Registro de venta a plazos de bienes muebles; también las Sentencias de 10 de mayo de 1990 (Sent. núm. 291/1990) y 18 de diciembre de 1990 (Sent. núm. 806/1990), que también aceptaron la tercería de dominio del vendedor pese a que con posterioridad el embargo había caducado la inscripción de la reserva de dominio. En casos de suspensión de pagos, aceptan el derecho de separación del titular de la reserva de dominio mobiliaria no inscrita las Sentencias de Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1982 (RJ 1982/3166) y 23 de octubre de 1991 (RJ 1991/7235); y 7 de octubre de 1995, Sent. núm. 851/1995, aunque aquí sin que la sentencia precisé con claridad que la reserva no estaba inscrita). Y además, entre las Sentencias anteriores a la vigencia de la primitiva Ley de venta a plazos de bienes muebles, han desechado que los embargantes del comprador sometido a reserva de dominio sean terceros a efectos de protección las Sentencias de Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1915 (JC, 134, 1915-3, núm. 119) y 10 de junio de 1958 (RJ 1958/2142).

ciertamente no es poco – con el apoyo que le presta la dicción literal de la norma. Pero a partir de ese punto me parece que las mejores razones militan a favor de la tesis que busca diferenciar el tercero según posición. Así, se debe considerar que, como ha insistido la jurisprudencia que ha tratado la cuestión de modo más general, los acreedores, tanto embargantes como concursales, no son propiamente terceros a efectos de protección, pues su derecho no se extiende más allá de lo que constituya efectivamente el patrimonio de su deudor: y no siendo la inscripción constitutiva, no puede aceptarse que la propiedad del bien no inscrito esté en el patrimonio del comprador¹¹⁹. Además, debe tenerse en cuenta que, como toda norma de eficacia registral, el artículo 15.1 de la Ley de venta a plazos solo actuará contra terceros adquirentes: no tiene sentido que un Registro mobiliario, creado con muchos problemas con la pretensión de emular al inmobiliario, acabe concediendo una eficacia a la inscripción muy superior a la que otorga éste –en el que, ya se dijo, la propiedad no inscrita es oponible a los acreedores–¹²⁰; en tal sentido, conviene también recordar que el propio concepto de «oponibilidad», que es el que emplea la Ley, es más reducido que el de «eficacia», pues solo alude a las relaciones con terceros adquirentes. Por último, en fin, sería contradictorio que se dijese que la inscripción de la reserva de dominio no es constitutiva, como afirma unánimemente la doctrina, para privar luego de todo efecto

¹¹⁹ Ya la Sentencia de Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1915 (JC, 134, 1915-3, núm 119), en un caso de embargo del bien vendido con reserva de dominio, negó el carácter de tercero al acreedor del comprador a efectos de poder invocar el 1227, «porque en el caso actual la persona a quien ha sido embargada la maquinaria es el propio y directo comprador de la misma, que no la transmitió a otra persona, única en su caso respecto de la cual sería de resultados más o menos efectivos y procedentes al invocar el concepto de tercero». Por su parte, la Sentencia de Tribunal Supremo de 10 de junio de 1958 (RJ 1958/2142) concede la tercería de dominio al vendedor impagado de unas instalaciones que estaban en manos del comprador, y que habían sido embargadas por un tercero, rechazando la alegación por este de su carácter de tercero ya que, «aparte que no se puede mantener en absoluto que al tercero civil no le afecten los hechos en que no ha tenido intervención, porque en realidad el recurrente no es tercero respecto al expresado contrato en cuanto no es adquirente por ningún título, sino que pretende hacerse pago de un crédito con bienes que afirmó eran de la propiedad del ejecutado, y si hoy se opone no es porque tenga título sobre ellos, sino porque se trata de defender los derechos del ejecutado para, a través de aquel procedimiento, hacerse pago de su crédito con ellos, afectándole en consecuencia cualquier título privado o público que se alegue y que se pruebe en orden a los expresados bienes».

¹²⁰ *Vid.* al respecto MIQUEL (2012, pp. 207 s.), que argumenta con razón contra los partidarios de incluir a cualquier tercero a efectos del artículo 15.1 de la Ley que su «interpretación admite algo sorprendente, como es la mayor eficacia de la pretendida publicidad de la posesión mobiliaria que la de la publicidad inmobiliaria registral». También Sanciónena argumenta que «no es necesaria la inscripción de la reserva de dominio para oponerla a los terceros que no reúnen los requisitos legales; en este sentido, la Ordenanza de 1999, además de trasladar a la publicidad mobiliaria el sistema y principios de la publicidad hipotecaria, recoge expresamente en su artículo 29 una protección al tercero hipotecario similar al artículo 34 de la Ley hipotecaria» (2003, p. 4311).

a la reserva no inscrita: la única eficacia *inter partes* de la reserva de dominio, la posibilidad para el vendedor de ejercitar las acciones de cumplimiento y resolución mediante procesos sumarios, ya vimos que exigía inscripción del contrato o la reserva; y resultaría ahora que frente a terceros la reserva de dominio no inscrita carecería de toda eficacia.

En resumen, creo que hay que aceptar que la reserva de dominio celebrado en el ámbito de la Ley de venta a plazos de bienes muebles tiene efectos, aún en caso de no inscripción, para levantar el embargo trabado por un acreedor del comprador. Sin perjuicio de que, a la vez, si el crédito del vendedor ya se encuentra vencido, éste pueda preferir ejercitar frente al acreedor embargante las preferencias especiales que le concede la ley: en caso de inscripción, la preferencia del artículo 1922.2 del Código civil, a la que le remite el párrafo primero del artículo 16.5 de la Ley especial¹²¹; en caso de no inscripción la más genérica del artículo 1922.1¹²².

8.4 EFICACIA EN CASO DE EMBARGO DEL BIEN POR ACREEDORES DEL VENDEDOR

Este supuesto lo resuelve el ordenamiento conforme a los principios básicos ya varias veces mencionados: construcción de la reserva como una condición suspensiva de la transmisión y configuración de la posición jurídica del comprador como una expectativa adquisitiva dotada de protección legal. Así, el artículo 4 c), párrafo cuarto, de la Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles, tratando de la capacidad para disponer sobre bienes vendidos con reserva de dominio, establece que «tampoco podrán ser embargados dichos bienes por deudas del comprador, aunque sí por deudas del beneficiario de la reserva de dominio». Precizando por su parte el párrafo sexto de la citada norma que «el adjudicatario de un bien sujeto a reserva de dominio, en una realización forzosa por deudas del favorecido por la misma, adquirirá la

¹²¹ Así lo acepta la Sentencia de Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1974 (RJ 1974/4943) para una reserva de dominio inscrita al amparo de la Ley de 1965.

¹²² La Sentencia de 28 de abril de 2000 (Sent. núm. 434/2000) excluye la preferencia del vendedor por el precio de venta de bienes muebles que están en poder del comprador, hasta donde alcance el valor de estos, previsto en el artículo 1922.1, en los casos de ventas con reserva de dominio celebradas al amparo de la Ley de venta a plazos de bienes muebles y no inscritas. A juicio de Miquel «la doctrina de esta sentencia produce un resultado disparatado, porque, según ella, si no se pacta la reserva de dominio, el artículo 1922.1 es aplicable, mientras que si se pacta y no se inscribe, no solo es inoponible el pacto de reserva de dominio a los acreedores del comprador, sino que desaparece el privilegio del 1922.1, a pesar de que es independiente de la existencia de un pacto de reserva de dominio» (MIQUEL, 2012, p. 209).

propiedad del bien subrogándose en las obligaciones de aquél con relación al comprador».

Los acreedores del vendedor podrán, por tanto, embargar la posición del vendedor, pero sin perjudicar la expectativa adquisitiva del comprador, que siempre podrá continuar pagando y adquirir la propiedad definitiva del bien. En caso de que el embargo no reconociese dicho derecho, el comprador contará con la tercería de dominio para imponer su reconocimiento. A todos estos efectos, como ya he dicho, no influirá que la reserva de dominio esté o no inscrita.

8.5 EFICACIA EN CASO DE CONCURSO DEL COMPRADOR

En caso de concurso del comprador se aplican los principios y reglas que ya hemos analizado previamente en anteriores epígrafes y apartados de este trabajo: hay que partir de que la venta con reserva de dominio es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, por lo que se le aplicarán las reglas de los artículos 61.2 y 62.1 de la Ley concursal (*vid. supra* epígrafe 6.5); y hay que entender que la inscripción o no de la reserva de dominio no debe afectar a los derechos del vendedor en el concurso del comprador (*vid. supra* epígrafe 8.3)¹²³.

De acuerdo con ello, en caso de concurso del comprador, y esté o no inscrita la reserva de dominio, las obligaciones de pago del comprador se realizarán con cargo a la masa (art. 61.2 LC). Además, si se produjese un incumplimiento posterior a la declaración de concurso, el vendedor podrá resolver, aunque no pueda hacerlo por incumplimientos anteriores a dicha declaración (art. 62.1 LC). El único límite que hallará a la restitución de los bienes proviene de que el bien vendido resulte necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del comprador, ya que entonces el artículo 56 de la Ley concursal, en la letra a) de su número uno y en su número dos, puede restringir dicha restitución.

Si el vendedor decide optar por el cumplimiento en vez de por la resolución, su crédito se realizará, conforme a lo dicho, a cargo

¹²³ Ya he mencionado antes como, de conformidad con esos principios, las Sentencias de Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1982 (RJ 1982/3166) y 23 de octubre de 1991 (RJ 1991/7235), pese a no estar inscrita la reserva de dominio (al igual, según parece, que en la de 7 de octubre de 1995, Sent. núm. 851/1995 en la que tampoco se hace alusión alguna a que la reserva estuviese inscrita) concedieron el derecho de separación al vendedor en caso de suspensión de pagos del comprador. La de 28 de abril de 2000 (Sent. núm. 434/2000), en cambio, ya comentada y criticada previamente, excluyó de protección al vendedor no inscrito.

de la masa (art. 61.2 y 84.2 número 6.º LC). Pero además, y aquí sí solo para el caso de que la reserva de dominio se halle inscrita, el vendedor contará con un privilegio especial para ejercitar su crédito sobre el propio bien vendido (art. 90.1.4 y 90.2 LC): el hecho de que dicho privilegio especial requiera la constancia registral de la reserva sí resulta aquí lógico, pues la norma es trasunto al ámbito concursal de la preferencia concedida por el artículo 16.5 de la Ley especial a la reserva inscrita.

Más allá de estas reglas, orientadas a regular los remedios del vendedor con reserva de dominio en caso de concurso del comprador, hay que tener en cuenta que el vendedor, como propietario que es, cuenta siempre con el derecho de separación para el caso de que el bien vendido sea incluido improcedentemente en la masa activa del concurso –en la que solo deberá figurar la expectativa adquisitiva que corresponde al comprador– (art. 80 LC). Para el caso de que la reserva de dominio se halle inscrita –es de nuevo una ventaja proporcionada al vendedor por la inscripción– el hecho mismo de la constancia registral determinará que el bien no pueda incluirse en la masa activa del concurso (art. 16.5 párrafo segundo de la LVPBM)¹²⁴.

8.6 EFICACIA EN CASO DE CONCURSO DEL VENDEDOR

Se trata de un supuesto que no cuenta con regulación particular en la Ley de venta a plazos de bienes muebles, y al que se han de aplicar por tanto las normas previstas en la Ley concursal. En consonancia con lo ya dicho para este caso respecto a otro tipo de bienes, se tratará de aplicar la regla que se deduce en general de la calificación de estos contratos como negocios con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes (art. 61.2 Ley concursal), y más en concreto del artículo 201.2 de la Ley concursal, que prevé que el comprador, pese al concurso, pueda continuar el cumplimiento y adquirir la propiedad. El comprador contará con el derecho de separación del artículo 80 de la Ley para excluir el bien de la masa del concurso, caso de que indebidamente se incluya en él, pues solo en caso de incumplimiento por el com-

¹²⁴ Existe un sector doctrinal que considera tácitamente derogada ésta regla por la publicación de la Ley concursal (así, CARRASCO, 2009, p. 197; CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, 2015, p. 489; GALICIA AIZPURUA, *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, p. 201). Pero la realidad es que no se sabe muy bien qué posible contradicción con el texto de la Ley concursal se aprecia para postular una derogación tácita que más bien parece tender a suprimir el obstáculo que para la tesis de la prenda representa ese artículo y el *ius separationis* del vendedor. En contra de la supuesta derogación tácita, MIQUEL, 2012, pp. 213 s.; CARO GÁNDARA, *REEL*, 36 (2018), p. 24.

prador podrá la administración concursal resolver el contrato y recuperar el bien.

8.7 EFICACIA EN CASO DE ENAJENACIÓN POR EL COMPRADOR

La Ordenanza del Registro de bienes muebles ha pretendido dotar a estos casos de una respuesta sencilla, pero en exceso simple y técnicamente incorrecta, estableciendo en el párrafo cuarto de su artículo 4.c) la nulidad de pleno derecho de cualquier acto de enajenación o gravamen llevado a cabo por el comprador. La regla así concebida, sin embargo, carece a mi juicio de eficacia alguna: cuanto menos, habrá que decir con Díez-Picazo y Gullón que excede con mucho de la habilitación establecida por la Ley de venta a plazos de bienes muebles para sus normas de desarrollo¹²⁵; y eso cuando no deba tacharse directamente de ilegal, como bien ha visto Marín López, ya que una interpretación lógica del artículo 16.3 de la citada Ley, al prever que el bien vendido pueda hallarse en poder de persona distinta al comprador, hace necesario aceptar la posible enajenación del bien por parte de éste¹²⁶.

Rechazada por tanto la tacha de nulidad del negocio dispositivo llevado a cabo por el comprador, hay que plantearse qué eficacia pueden producir sus diferentes supuestos en función de las circunstancias. Una primera posibilidad es que el tercer adquirente conozca la reserva de dominio que pesa sobre el bien. En tal caso, y con independencia de lo que hayan pretendido las partes de ese negocio dispositivo, considero que el tercero no podrá adquirir más que la situación de expectativa que corresponde al comprador, pues ya he dicho antes que, aun en caso de falta de inscripción de la reserva, solo un tercer adquirente por título oneroso y de buena fe puede verse protegido frente a la reserva no inscrita. Por tanto, el tercero se encontrará entonces sometido al resultado de las acciones que pueda emprender el vendedor en caso de incumplimiento, ya que basta su conocimiento de la situación contractual y la eficacia refleja de los contratos para privarle de toda protección frente a los remedios que el vendedor quiera emplear¹²⁷. La misma solución

¹²⁵ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, 2013, p. 71.

¹²⁶ MARÍN LÓPEZ, en la obra conjunta con CARRASCO y CORDERO LOBATO, 2015, p. 465.

¹²⁷ La llamada eficacia refleja de los contratos, que determina que el tercer adquirente no defendido por una regla de adquisición *a non domino* se halle afectado por las limitaciones reales del derecho de su transmitente, se halla presente en las soluciones aplicadas por las Sentencias de Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996 (Sent. núm. 722/1996) y 14 de octubre de 2003 (Sent. núm. 924/2003) para denegar protección al tercer adquirente de un inmueble no protegido por la fe pública registral. Sobre esa llamada eficacia refle-

habrá de aplicarse cuando la reserva de dominio se halle inscrita en el Registro, pues el artículo 28 de la citada Ordenanza del Registro de bienes muebles establece, en coherencia con el principio de inoponibilidad, que «se presume que el contenido de los derechos inscritos es conocido por todos y no podrá invocarse su ignorancia»: ni siquiera el artículo 85 del Código de comercio puede ser oponible a una reserva inscrita. La misma eficacia de la reserva frente a tercero juzgo aplicable a los casos en que el tercer adquirente, pese a desconocer la existencia de una reserva de dominio no inscrita, sea adquirente a título lucrativo: la intrínseca debilidad de este título y su equiparación operativa en nuestro Derecho con una adquisición de mala fe provoca que su eficacia resulte siempre claudicante en caso de conflicto con terceros¹²⁸.

La situación difiere, en cambio, cuando la reserva no está inscrita y el tercero celebra de buena fe un contrato transmisivo de la entera propiedad –no, obviamente, de la propia situación de expectativa, en sí siempre transmisible–. En tal caso, sí pienso que el artículo 15 de la Ley, al privar de oponibilidad frente a tercero a las reservas de dominio no inscritas, crea una protección de esos adquirentes, que se verán protegidos como adquirentes *a non domino* en virtud de esa norma, y al amparo de cualquier acción de resolución o cumplimiento que el vendedor pueda emprender frente al comprador-transmitente. La eficacia propia de la inoponibilidad que prevé la ley para las reservas de dominio no inscritas, ya lo he dicho antes, es precisamente permitir la adquisición *a non domino* de un tercero de buena fe y a título oneroso.

8.8. EFICACIA EN CASO DE ENAJENACIÓN POR EL VENDEDOR

De conformidad con lo dicho en el epígrafe paralelo referido a los bienes muebles no sometidos a la Ley especial, el vendedor carece de poder de disposición para enajenar el bien vendido con reserva de dominio. La posición de expectativa del comprador le permitirá imponerse a cualquier tercero que traiga causa del vendedor, pues además éste, habiendo perdido ya la posesión de la cosa –no se olvide que, en un sistema de título y modo, no habiendo de

ja de los contratos, DíEZ-PICAZO, 2007, pp. 527 ss.; también OCAÑA GÁMIZ, 2016, pp. 184 ss., 229 ss.

¹²⁸ La equiparación encuentra claro reflejo en el artículo 1297, y es expresión de la regla romanista «potior est qui certat de damno evitando quam qui de lucro captando». La regla se remonta a D. 50,17,41,1. Sobre su origen y aplicaciones, WACKE, SZ, 118 (2001), pp. 264 ss.

entregarse la cosa, no habría necesidad alguna de reservarse el dominio—, no puede ni siquiera transmitir una posesión que pueda hacer entrar en juego al artículo 85 del Código de comercio o a las normas de la usucapión.

9. DIEZ TESIS A MODO DE CONCLUSIÓN

Lo hasta ahora expuesto y razonado puede quizá resumirse en los siguientes puntos:

1. El pacto de reserva de dominio tiene la naturaleza de condición suspensiva, haciendo depender la transmisión del íntegro pago del precio. Esa es la estructura acorde con la voluntad de las partes y su expresión, por más que a veces pueda crear problemas para la protección del comprador. Otras posibles interpretaciones del pacto violentan la voluntad de las partes y solo consiguen reforzar la posición del comprador creando otros problemas de iguales o mayores dimensiones.

2. Esa eficacia suspensiva de la transmisión es además la más conforme con la historia del pacto, que surgió como una evolución medieval, tendente a excepcionar el sistema de título y modo mediante la exigencia del pago del precio para la adquisición; y es también la más conforme con los sistemas jurídicos de nuestro entorno, como el alemán o el francés.

3. La posición del comprador sometido a reserva de dominio puede ser reforzada, y así lo está siendo por la jurisprudencia y la doctrina, mediante la caracterización de su titularidad como una expectativa de derecho, dotada ya de protección en el periodo de pendencia.

4. La reserva de dominio tiene una función precautoria para el vendedor, de forma que, producido el incumplimiento del comprador, aquél asegure la eficacia de los remedios generales —típicamente, la acción de cumplimiento y la resolución—.

5. La reserva de dominio no entraña una garantía real, ni incurre por tanto en la prohibición del pacto comisorio de dichas garantías, pues no concede al vendedor, acreedor del precio, ningún poder de agresión o apropiación de un bien ajeno, sino una facultad de retener su propiedad hasta el íntegro pago del precio. En ese sentido, asegura el cumplimiento simultáneo de las prestaciones y el sinalagma funcional.

6. La reserva de dominio no tiene efectos *inter partes* más allá de alguna especialidad procesal con la que la ley quiere facili-

tar su ejercicio. Su efecto propio, según lo dicho, es asegurar la eficacia de los remedios al incumplimiento en caso de interferencia de terceros.

7. En caso de embargo del bien sometido a reserva de dominio por parte de acreedores del vendedor o comprador, la solución más coherente, hoy apoyada por la jurisprudencia, es conceder una tercería a la otra parte contratante para levantar el embargo.

8. En caso de concurso del acreedor o el vendedor, se debe considerar la venta sometida a reserva como un contrato pendiente de cumplimiento para ambas partes, como prevé el legislador alemán y probablemente quiso expresar el español, de forma que se asegure la resistencia al concurso de los derechos del vendedor y del comprador, así como el cumplimiento eficaz del contrato.

9. Tanto el vendedor como el comprador carecen de poder de disposición a favor de un tercero del bien sometido a reserva, y por tanto la protección de dicho tercero no podrá venir más que por la limitada admisión que hace nuestro Derecho de las adquisiciones *a non domino* –fundamentalmente, arts. 85 del Código de comercio y 34 de la Ley hipotecaria–.

10. Las soluciones expuestas son conformes con la regulación de la Ley de venta a plazos de bienes muebles: la inoponibilidad que ésta impone a las reservas de dominio no inscritas debe entenderse solo frente a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, tal y como es coherente con los principios de la publicidad registral.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: *La atribución del riesgo al comprador – La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*, Valencia, 2011.
- ALCALDE SILVA, Jaime: «La eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno», *ADC*, 2016-4, pp. 1195-1258.
- ALGABA ROS, Silvia: «La compraventa de bienes inmuebles con reserva de dominio», en Cañizares Laso (Coord.), *Perspectivas actuales del Derecho de garantías*, Pamplona, 2013, pp. 17-58.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles», *RCDI*, 1972-1, citado aquí por su reproducción en Gómez Gállego, *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, II, Pamplona, 2009, pp. 2881-2908.
- ANDREU MARTÍNEZ, M.^a Belén: *La reserva de dominio en el concurso*, Granada, 2009.
- ANTÓN SANCHO, María: *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*, Valencia, 2018.

- ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «Sobre la propiedad en función de garantía», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, I, Pamplona, 2014, pp. 309-352.
- ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa: «Reservas de dominio sobre inmuebles», *Tratado de la compraventa, homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Pamplona, 2013, pp. 615-621.
- AYNÈS, Laurent/CROCO, Pierre: *Droit des sûretés*, París, 2015.
- BALDUS DE UBALDIS, *In quartem et quintum codicis librum commentaria*, en *Commentaria Omnia*, Venecia, 1599, reimpr. Keip Verlag, Goldbach, 2004, vol. 6.
- *In VII, VIII, IX, X et XI codicis librum commentaria*, en *Commentaria Omnia*, Venecia, 1599, reimpr. Keip Verlag, Goldbach, 2004, vol. 8.
- BAUR, Fritz y Jürgen/STÜRNER, Rolf: *Sachenrecht*, Munich, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *La cláusula de reserva de dominio*, Madrid, 1971.
- *Comentario a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1977.
- «Comentario STS 11 de julio de 1983», *CCJC*, 3, pp. 873-879.
- «Comentario STS 26 de marzo de 1984», *CCJC*, 5, pp. 1541-1548.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Valencia, 2000.
- BISCARDI, Arnaldo: «La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali», *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milán, 1962, pp. 573-589.
- BOURASSIN, Manuela/BREMOND, Vincent, *Droit des sûretés*, París, 2018.
- BREHM, Wolfgang/BERGER, Christian, *Sachenrecht*, Tübinga, 2014.
- BUCHER, Eugen: «Die Eigentums-Traslativwirkung von Schuldverträgen: das woher und wohin dieses Modells des Code civil», *ZEuP*, 1998, pp. 615-669.
- BÜLOW, Peter: *Recht der Kreditsicherheiten*, Heidelberg, 2017.
- BURDESE, Alberto, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia en el pignus*, Turín, 1949.
- CABRILLAC, Michel/MOULY, Christian/CABRILLAC, Severine/PÉTEL, Philippe: *Droit des sûretés*, París, 2015.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: «Genus nunquam perit», *ADC*, 1982-2, pp. 291-354.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: *La reserva de dominio*, Barcelona, 2001.
- CARO GÁNDARA, Rocío: «La reserva de dominio como garantía funcional del comercio internacional: su eficacia en España», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 36 (2018), pp. 1-46.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Pamplona, 2009.
- CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarna/MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado de los derechos de garantía*, II, Pamplona, 2015.
- CASAS VALLÉS, Ramón: «La reserva de dominio en la venta de bienes inmuebles», *RJC*, 1986-3, pp. 605-648.
- COING, Helmut: *Derecho privado europeo*, I, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Pamplona, 2007.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Pamplona, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, II-2, Madrid, 2013.
- D'ORS, Álvaro: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1997.

- EFFER-UHE, Daniel Oliver: *Die Wirkung der condicio in römischen Recht*, Baden-Baden, 2008.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: «Reservas de dominio no inscritas», en Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la compraventa, homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Pamplona, 2013, pp. 607-614.
- ERNST, Wolfgang: «Ist der gutgläubige Mobiliererwerb ein Rechtsscheinwirkung?», en Lange *et al.* (ed.), *Festschrift für Gernhuber*, Tübingen, 1993, pp. 95-119.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Pamplona, 2006.
- «La eficacia de la reserva de dominio inmobiliaria», *RDPat*, 2008-1, pp. 321-333.
- FEBRERO, José: *Librería de Escribanos*, parte primera, II, Madrid, 1789; y parte segunda, III-2, Madrid, 1790.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «Reserva de dominio en venta a plazos de bienes muebles», en Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la compraventa, homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Pamplona, 2013, pp. 597-606.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka: *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Madrid, 2014.
- GÓMEZ, Antonio: *Commentariorum variarumque resolutionum Iuris civilis, communis, et regis*, Salamanca, 1562, tomo II.
- GORDON, William: *Studies in the transfer of Property by tradition*, Aberdeen, 1970.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, Madrid, 1871.
- HEVIA BOLAÑOS, Juan: *Curia Filipica*, Madrid, 1725, tomo 2.
- HONSELL, Heinrich/MAYER-MALY, Theo/SELB, Walter: *Römisches Recht*, Berlín, 1987.
- KASER, Max: *Das Römische Privatrecht*, Munich, 1971.
- KASER, Max/KNÜTEL, Rolf/LOHSSE, Sebastian: *Römisches Privatrecht*, Munich, 2017.
- KUPISCH, Berthold: «Causalità e astrattezza», en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Letizia Vacca, II, Milán, 1991, pp. 433-454.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil*, II-3, Barcelona, 1986.
- LACRUZ, José Luis/SANCHO, Francisco: *Elementos de Derecho civil*, III bis, Barcelona, 1984.
- LEGERÉN-MOLINA, Antonio: «Reserva de dominio y derechos del comprador», *RCDI*, 777 (2020), pp. 261-305.
- LEVY, Ernst: *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, 1951.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ ROSADO, Javier: *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, Madrid, 2005.
- MIGNOT, Marc: *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, París, 2017.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Comentario al artículo 464», en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, I, Madrid, 1993, pp. 1240-1249.
- «La transmisión de la propiedad y la autonomía privada», *Revista jurídica española La Ley*, 2011-5, pp. 802-806.
- «La reserva de dominio», en Bosch Capdevila (dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Barcelona, 2012, pp. 139-224.
- MÜLLER, Klaus/GRÜBER, Urs Peter: *Sachenrecht*, Munich, 2016.

- OCAÑA GÁMIZ, Javier: *La eficacia frente a tercero de los derechos reales y de crédito*, Granada, 2016.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: *Garantías de la venta a plazos y contrato de leasing: conforme con la nueva LEC*, Madrid, 2001.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35/CE y en la Ley 3/2004», *RD Pat*, 16 (2006-1), pp. 93-119.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales, Derecho hipotecario*, II, Madrid, 2001.
- PETERS, Frank: *Die Rücktrittsvorbehalte des Römischen Kaufrechts*, Colonia, 1973.
- PICOD, Yves: *Droit des sûretés*, París, 2016.
- PRÜTTING, Hans: *Sachenrecht*, Munich, 2017.
- QUANTZ, Tobias: *Besitz und Publizität im Recht der bewegliche Sachen*, Berlín, 2005.
- QUICIOS MOLINA, Susana: *Efectos de las garantías reguladas por la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores*, Pamplona, 2009.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Valencia, 1994.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil*, IV, Madrid, 1889.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «La disposición forzosa de los bienes vendidos con reserva de dominio», *Estudios en homenaje al profesor Díez-Picazo*, III, Madrid, 2003, pp. 4299-4314.
- SANDMANN, Egbert: *Zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland*, Margburg, 1977.
- SCHIEMANN, Gottfried: «Über die Funktion des pactum reservatio domini während der Rezeption des römischen Rechts in Italien und Mitteleuropa», *SZ*, 93 (1976), pp. 161-207.
- SIMLER, Philippe/DELEBECQUE, Philippe: *Les sûretés – La publicité foncière*, París, 2016.
- STAGL, Jakob: «Der römische Eigentumsvorbehalt als Vorbehalt des Besitzes», *SZ*, 132 (2015), pp. 181-200.
- WACKE, Andreas: «Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben», *SZ*, 118 (2001), pp. 264-285.
- WESTERMANN, Harry: *Derechos reales*, I, traducción de Miquel González *et al.*, Madrid, 2008.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The law of obligations*, Oxford, 1996.

El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos *

ANDREA MACÍA MORILLO

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La estipulación o contrato a favor de tercero es una figura jurídica que aparece consagrada en la mayor parte de los ordenamientos nacionales y que ha sido igualmente objeto de regulación en los textos del moderno Derecho de contratos. Impuesta por necesidades del tráfico, se contempla escuetamente en nuestro artículo 1257 CC con una notable falta de atención a la rica problemática que ofrece, cuya solución ha venido por ello tradicionalmente de la mano de nuestra doctrina y jurisprudencia, no siempre uniforme. Ello pone de relieve la necesidad de una regulación más completa y actualizada, que dé respuestas concretas a las polémicas que subsisten en relación a diversas cuestiones relativas a esta estructura o fórmula jurídica, dotando así de seguridad jurídica a la materia. A través del análisis de la solución que se ofrece para esos mismos puntos conflictivos en la regulación de los ordenamientos nacionales de nuestro entorno más próximo y de los modernos textos del Derecho de contratos, el trabajo trata de desentrañar cuál ha sido y cuál debe ser la respuesta en nuestro ordenamiento, de cara a una futura regulación de la materia.

PALABRAS CLAVE

Contrato o estipulación a favor de tercero. Moderno Derecho de contratos. Estipulante. Promitente. Beneficiario.

* Este trabajo tuvo su origen en el marco de las actividades desarrolladas en el ámbito de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC).

Contract or stipulation for the benefit of third parties in the light of comparative law and modern law of contracts

ABSTRACT

The contract or stipulation for the benefit of third parties is a figure that is enshrined in most national legal systems and that has also been subject to regulation by the modern law of contracts' texts. Imposed by the needs of traffic, it is contemplated by the succinct article 1257 of the Spanish Civil code. However, since it lacks an elaborate and detailed structure, this legal figure is amenable to ambiguity and the solution to its problems has come by the hand of the Spanish scholars and jurisprudence, although not always in a unanimous fashion. Thus, there is a need for a better and more detailed regulation of the stipulation for the benefit of third parties in order to provide a definitive legal certainty to the matter. In the light of a potential future course of action regulating this legal structure in our legal system, an understanding of common traits of its present regulation is paramount. The paper aims to unravel those common traits in the national legal systems of our immediate sphere and in the texts of the modern law of contracts.

KEYWORDS

Contract or stipulation for the benefit of a third party. Modern law of contracts. Promitee. Promisor. Beneficiary-third party.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Elementos de la estipulación o contrato a favor de tercero.* 1. El consentimiento: la voluntad de atribuir un derecho a un tercero. 2. El objeto de la estipulación o contrato a favor de tercero. 3. La forma de la estipulación o contrato a favor de tercero. 4. El tercero beneficiario; 4.1 Capacidad del tercero beneficiario. 4.2 Designación del tercero beneficiario.—III. *Efectos de la estipulación o contrato a favor de tercero.* 1. Atribución de un derecho al tercero. 1.1 Extensión o contenido del derecho. 1.2 Derecho directo. 1.3 Momento de adquisición del derecho.—2. Relaciones entre las partes y de éstas con el tercero. 2.1 Las relaciones entre el estipulante y el promitente (relación de cobertura). 2.2 Las relaciones entre el promitente y el tercero. 2.2.1 Las acciones que puede ejercitar el tercero para la efectividad de su derecho. 2.2.2 Excepciones oponibles por el promitente frente al tercero. 3. Las relaciones entre el estipulante y el tercero (relación de *valuta*).—IV. *Extinción del derecho del tercero.* 1. La revocación. 1.1 Límites a la facultad de revocación. 1.2 El legitimado para revocar. 2. La renuncia. 3. Efectos de la extinción del derecho a favor del tercero.—V. *Conclusiones.—Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Si bien prácticamente en la totalidad de los ordenamientos se reconoce en materia contractual el principio de la relatividad del contrato (*privity of contract*, *Vertragsprinzip*, *effet relatif des contrats*, *relatività del contratto*), conforme al cual éste solo obliga a las partes y no puede producir efectos frente a terceros, es igualmente común encontrar en los sistemas jurídicos excepciones o flexibilizaciones de este principio. Una de ellas es, precisamente, la estipulación o contrato a favor de tercero.

La doble terminología –estipulación o contrato– no es una mera cuestión de estilo, sino que más bien refleja un problema de fondo. Así, aunque la mayor parte de los sistemas jurídicos admite que estos contratos puedan tener como único objeto la prestación a favor del tercero (contrato a favor del tercero), en los ordenamientos de corte latino suele mantenerse la doble designación, así como, eventualmente, la duda sobre si este tipo de prestaciones ha de insertarse necesariamente como cláusula accesorio de un contrato que contenga otras prestaciones del promitente a favor del estipulante (estipulación a favor de tercero). Pese a ello, en los textos del moderno Derecho de contratos¹ parecen admitirse ambas opciones –a pesar del posible equívoco al que podría conducir su terminología (estipulación)²–, al igual que ocurre desde hace ya tiempo en nuestro sistema jurídico³, donde es de mencionar como aspecto positivo que la doble designación se consagra ahora expresamente en el artículo 1294 de la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación en 2009 (en adelante, PMCC)⁴, así como, más recientemente, en la iniciativa privada de Propuesta de Código civil desarrollada por la Asociación de profesores de Derecho civil en 2018 (en adelante PCC), que así lo recoge en su artículo 526-7.1⁵.

¹ Con esta expresión nos referimos a las diversas iniciativas –públicas o privadas– que tanto a nivel nacional como internacional se han dedicado en los últimos años a plantear regulaciones alternativas de reforma y actualización del Derecho de contratos, dirigidas a modernizar éste y adaptarlo a las necesidades actuales del tráfico. Hoy por hoy estos textos carecen de valor normativo, pero no por ello se ven privados de importancia, ya que se constituyen tanto en fuentes de inspiración y orientación de los legisladores nacionales –de cara a la formulación de futuras reformas–, como en instrumentos de *softlaw*, a disposición de las partes en la regulación de sus relaciones contractuales.

² Así, CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 657 n. 28, para los PECL; pero lo mismo se puede afirmar para el DCFR y los PICC.

³ De hecho, frente a opiniones como las de NART FERNÁNDEZ, *AAMN*, 1950, p. 481, es claramente mayoritaria la visión amplia de la figura. Ver en ese sentido DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1993, p. 435; GONZÁLEZ PACANÓWSKA, 1993, p. 387; CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1698; LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 231-232 o BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 3. Por parte de la jurisprudencia, ya se sostiene esta afirmación desde la STS de 9 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1131) y se reitera en la de 10 de junio de 1977 (RJ 1977, 2876).

⁴ Publicada por la Comisión General de Codificación, *BIMJ*, 2009.

⁵ Ver ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018.

2. Con esta denominación se hace referencia a aquel contrato –o aquella estipulación inserta en un contrato– conforme al cual una de las partes (*promitente, promisor, Versprechender, promettant, promittente*) se compromete frente a la otra (*estipulante, promisee, Versprechensempfänger, stipulant, stipulante*) a realizar una prestación a favor de un tercero (beneficiario-tercero, *beneficiary-third party, Dritter, tiers bénéficiaire, terzo*), que, correlativamente, adquiere un derecho a exigirla.

Como se señala en los Comentarios a los artículos 6:110 de los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL⁶) y II-9:301 del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR⁷), se simplifica por tanto en una única operación lo que, de no existir esta figura, debería realizarse en dos (creación, primero, de un derecho entre estipulante y promitente a favor de uno de ellos y transmisión posterior de este derecho al tercero), con el consiguiente ahorro de costes e incremento de la eficiencia que ello supone⁸. Consiguientemente, del acuerdo entre estipulante y promitente surge aquí inmediatamente un beneficio –en sentido amplio, como veremos– cuya titularidad se atribuye, directamente y por voluntad de éstos, al tercero, quien –aun permaneciendo ajeno a esa relación contractual– puede reclamar a partir de entonces su ejecución o materialización a cargo o por parte del promitente.

3. A pesar de que históricamente ha sido discutida en algunos ordenamientos la validez de estos contratos (paradigmáticamente, el británico, donde la inclusión de la figura es relativamente reciente, remontándose al año 1999) y que ha sido admitida tradicionalmente solo como excepción en otros (*v. gr.*, el francés), en la actualidad el reconocimiento del contrato o estipulación a favor de tercero es generalizado y su validez queda fuera de toda duda. Por exigencias del tráfico jurídico, que demanda una flexibilización y facilitación de las transacciones entre particulares, así como por el pujante desarrollo del contrato de seguro de vida a lo largo del siglo XIX, la estipulación a favor de tercero se ha ido consagrando, pues, progresivamente en los ordenamientos de nuestro entorno.

De hecho, es de destacar que, tras la reforma que se ha producido en Francia en el año 2016 (*Ordonnance* núm. 2016-131, de 10 de febrero, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), la estipulación a favor de terce-

⁶ Puede consultarse el texto completo y los Comentarios en LANDO y BEALE, 2000.

⁷ Texto y Comentarios, en VON BAR y CLIVE, 2009.

⁸ Ver esta afirmación en LANDO y BEALE, 2000, p. 318 y VON BAR y CLIVE, 2009, p. 616.

ro ha perdido su carácter excepcional en el país galo, pasando a ser plenamente admitida, tal y como había consagrado ya la interpretación de la jurisprudencia⁹.

De hecho, las diferencias entre éstos se muestran sobre todo en aspectos formales, pudiendo percibirse una distinción entre aquellos ordenamientos –generalmente más modernos– que regulan la cuestión en varios preceptos, de manera más o menos extensa (*v. gr.*, arts. 1411-1413 CC italiano; 443-451 CC portugués; 6:253 y 6:254 CC holandés, o BW, 1205-1209 CC francés y §§ 328-335 CC alemán, o BGB), aunque no necesariamente exhaustiva (*v. gr.*, la *Contracts [Rights of Third Parties] Act 1999*, en adelante, *Act 1999*, se remite para algunas cuestiones al *Common law*), y los que, como es nuestro caso, la condensan en un único artículo (*vid.* art. 1257 II CC y Ley 523 Fuero Nuevo de Navarra, o FNN), resultando en ellos capital la labor de la doctrina y la jurisprudencia en la interpretación e integración de la figura.

Esta misma tónica se reproduce en los textos del moderno Derecho de contratos, donde puede compararse la superior extensión del Código Europeo de Contratos de la Academia de iusprivatistas europeos, o Proyecto de Pavía (arts. 72 a 74)¹⁰, el DCFR (arts. II-9:301 a II-9:303) o los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, o PICC (arts. 5.2.1 a 5.2.6, que lo regulan desde su versión de 2004 sin que haya sufrido alteración alguna en las versiones de 2010 y de 2016)¹¹, frente a la de los PECL (art. 6:110), la PMCC (art. 1294), la malograda Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, o CESL (art. 78)¹², o, más recientemente, la PCC (art. 526-7)¹³.

4. Pese a estas diferencias formales, en todos estos ordenamientos nacionales, así como en los diversos textos armonizadores

⁹ Así lo sostiene la doctrina tras la reforma: CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 487; DOUVILLE, 2016, p. 194; FAGES, 2017, p. 219 y DESHAYES *et al.*, 2018, p. 493. El penúltimo autor, de hecho, pone de relieve la profundidad de este cambio respecto de la situación anterior.

¹⁰ Manejamos la traducción al español coordinada por GARCÍA CANTERO, *RJN*, 2002.

¹¹ Ver todas las versiones en <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (consultado el 23 de junio de 2020).

¹² Puede localizarse el texto en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=ES> (consultado el 23 de junio de 2020).

¹³ Otra iniciativa privada que ha gozado de bastante menor difusión, pero que puede tomarse también en consideración es la presentada por BOSCH *et al.*, 2016, pp. 84-88, aunque no contiene grandes novedades respecto de los otros textos de modernización ya mencionados, por lo que solo nos referiremos a ella allí donde se produzca una notable divergencia. Igualmente, fuera de las fronteras europeas, destacan los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, de 2017, que regulan la materia en sus artículos 65 a 67, en la misma línea de lo que aquí vamos a ver.

del Derecho europeo o de alcance internacional, se comparte la misma estructura para la figura propuesta. Aunque puedan apreciarse matices más o menos relevantes entre ellos, esta situación da lugar a que, en general, en todos estos sistemas jurídicos se manifiesten los mismos tipos de problemas. Cuáles son éstos y cuál es la diferente solución que se ha ofrecido en cada ordenamiento es lo que se va a estudiar en las páginas siguientes, a fin de conocer los puntos de coincidencia –y, por ende, las cuestiones indubitadas– y las divergencias. El objetivo que se pretende alcanzar con ello es aportar una visión teórica de conjunto, que, por un lado, permita ubicar el estado de la cuestión respecto de los problemas clásicos planteados por esta figura y, por otro, pueda arrojar alguna luz respecto de la solución definitiva que se haya de dar a éstos el día en que, finalmente, se proceda a reformar la materia en nuestro país.

No cabe duda de que la escueta redacción de nuestro actual artículo 1257 CC deja mucho que desear a la hora de cubrir toda la problemática suscitada en torno al contrato a favor de tercero y que, pese a la extensa e importante labor de interpretación realizada fundamentalmente por la doctrina y –en menor medida– por la jurisprudencia, una regulación más completa y actualizada incrementaría la seguridad jurídica y permitiría resolver algunas de las polémicas que todavía hoy se mantienen sobre esta figura en mayor o menor medida¹⁴. Prueba de este interés es la detallada regulación que el contrato a favor de tercero ha merecido en los dos textos ya mencionados de modernización de nuestro Derecho de contratos, paralelos en la mayor parte de su contenido –aunque con algunas diferencias, fruto del lapso temporal que media entre ambos–, cuya importancia valoraremos en estas páginas. Ver en qué medida las soluciones adoptadas por tales textos siguen o no las corrientes de los países de nuestro entorno y del moderno Derecho de contratos será, por ello, también un objetivo de nuestro análisis.

Para todo ello, se va a atender a tres grandes bloques, que se corresponden con las cuestiones esenciales que deben definirse en torno a esta figura. En primer lugar, se tratarán los problemas relacionados con los elementos de la estipulación o contrato a favor del tercero; en segundo lugar, los efectos del mismo y, finalmente, la extinción del derecho del tercero y sus consecuencias.

¹⁴ La crítica a nuestra regulación es generalizada. Sirvan de ejemplo, PÉREZ CONESA, 1999, p. 79 o Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 532.

II. ELEMENTOS DE LA ESTIPULACIÓN O CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

5. La tónica general en los textos del moderno Derecho de contratos y en los ordenamientos de nuestro entorno es regular la estipulación o contrato a favor de tercero como una figura que puede insertarse en cualquier contrato típico o atípico existente o reconocido en el ordenamiento. Como se afirma mayoritariamente, pues, no se trata de un tipo contractual autónomo, sino de un esquema conforme al que se pueden estructurar las relaciones de las partes de cualquier contrato¹⁵.

Frente a ello, sin embargo, la Sect. 6 de la *Act* 1999 excluye una serie de supuestos del ámbito de contratos a los que se puede aplicar esta estructura o fórmula jurídica (*v. gr.*, contratos de trabajo, contratos de transporte marítimo o internacional). En el contexto de la norma británica, ello se explica de acuerdo con el objetivo de evitar que la nueva regulación interfiera sobre la situación anterior, en la que, pese a la negación de la figura en el *Common law*, se habían ido elaborando algunas excepciones¹⁶. La exclusión persigue, por tanto, evitar duplicidades indeseables en supuestos en que el derecho del tercero ya se encontraba reconocido por otra norma cuya vigencia se quiere preservar, al tiempo que se pretende mantener la negativa de un derecho de tercero en otra serie de casos conforme al *Common law*¹⁷.

Esta amplitud en la potencial aplicación de la estipulación a favor de tercero no impide, sin embargo, que en la mayor parte de los países tal figura jurídica sea más propensa a presentarse en ciertos contratos, que, por su función, son más proclives a integrar este esquema. Los Comentarios al artículo II-9:301 DCFR mencionan en sus ejemplos algunos de ellos (seguro de vida o de transporte, contrato de transporte con entrega a tercero, renta a favor de tercero)¹⁸, pero la práctica de los diversos países muestra más (contrato de obra, asistencia médica, hospedaje, viajes combinados, etc.); algunos, incluso, con regulación propia. Concretamente, al margen del contrato de seguro, que es objeto de una regulación especial en diversos ordenamientos (*v. gr.*, el *Code des assurances* francés promulgado por Decreto 76-667, de 16 de julio de 1976; la *Versicherungsvertragsgesetz* alemana, de 23 de noviembre de 2007;

¹⁵ Así se reitera, entre otros, por GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, pp. 386-387, para España; MEDICUS y LORENZ, 2015, p. 385 o SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 46, para Alemania; TERRÉ *et al.*, 2019, pp. 784-785, para Francia; y ALPA, 2017, p. 481, para Italia.

¹⁶ ANDREWS, 2011, p. 206 y BEATSON *et al.*, 2016, pp. 659-660.

¹⁷ Ver al respecto, por todos, MCKENDRICK, 2015, pp. 85-86 y TREITEL, 2015, pp. 779-780.

¹⁸ VON BAR y CLIVE, 2009, p. 616.

o nuestra Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, o LCS), es paradigmático en este punto nuestro ordenamiento, donde, frente la parquedad del artículo 1257, el propio Código civil regula expresamente otros numerosos ejemplos de estipulación a favor de tercero (*v. gr.*, arts. 618, 619, 641, 827, 1571, 1766 y 1803 CC).

6. En todos estos casos, junto al esquema propio de la estipulación o contrato a favor de tercero, se debe tener en cuenta la normativa propia del contrato en que esta figura se inserta, ya que dicha regulación no solo no queda excluida, sino que se entiende que es la base sobre la que se construyen o añaden los pactos a favor del tercero. De hecho, la regulación normativa del contrato a favor de tercero –referida en general, como mucho, a la interpretación de la voluntad de las partes y a los efectos entre éstas y el tercero por razón de pacto– resultaría a todas luces insuficiente para abordar los supuestos concretos de contrato a favor de tercero, si fuera la única aplicable.

Esto debe tenerse en cuenta a la hora de analizar los elementos constitutivos o característicos de la estipulación o contrato a favor de tercero, en la medida en que lo dicho implica que existen dos normativas o estructuras superpuestas: la del contrato que se establece entre estipulante y promitente (relación de cobertura) y la de la estipulación o contrato a favor de tercero. Ello se pone agudamente de relieve, por ejemplo, en relación al problema de la causa, donde se suele afirmar que la causa del contrato a favor de tercero es la del contrato celebrado entre estipulante y promitente¹⁹, distinguiéndola de la causa de la atribución al tercero (que analizaremos en el apartado sobre la relación de *valuta*). Aquí vamos a tratar de deslindar los elementos propios y característicos de la estipulación a favor de tercero, centrándonos y ciñéndonos a esta estructura en sí, y tratando de deslindarlos, en la medida de lo posible, de los propios del contrato base.

1. EL CONSENTIMIENTO: LA VOLUNTAD DE ATRIBUIR UN DERECHO A UN TERCERO

7. Más allá de consideraciones y motivaciones de índole económica, el reconocimiento de la validez de la estipulación a favor del tercero parte del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes de un contrato, quienes, en su propio nombre e interés, deciden atribuir todos o parte de los efectos del mismo a un tercero ajeno

¹⁹ Esta afirmación, por ejemplo, es común entre la doctrina italiana: *v. gr.*, AZZARO, 2009, p. 763; ROSSI, 2016, p. 713 y ALPA, 2017, p. 481. Igualmente, entre nuestros autores, por ejemplo, LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 245-248.

a la relación contractual. Tal punto de partida, que distingue esta figura jurídica de la representación y de la gestión de negocios, excluye la posibilidad de aplicar este esquema a otras situaciones en las que es la ley la que atribuye derechos o beneficios a un tercero derivados de las relaciones establecidas entre otros sujetos. Así, de hecho, se puntualiza entre nuestros autores y jurisprudencia, en la misma línea que se precisa en los Comentarios a los artículos 6:110 PECL y II-9:301 DCFR²⁰. El origen del derecho del tercero es, por tanto, el acuerdo o pacto de las partes reflejado en el contrato.

8. La voluntad de las partes, además, debe ir dirigida en concreto a atribuir al tercero un derecho a ejecutar el beneficio o prestación convenida a su favor, no consistiendo, por el contrario – como precisa nuestra jurisprudencia – en la transmisión a éste de la posición contractual del acreedor (supuesto de la cesión de créditos) o del contrato completo (supuesto de la cesión de contratos)²¹. Es más, se afirma de forma unánime por la doctrina de los diversos ordenamientos –incluida la nuestra– y por los comentaristas de algunos de los textos de armonización del Derecho europeo que tampoco es suficiente para aplicar esta estructura o fórmula jurídica el hecho de que las partes designen a un legitimado para recibir el pago, ni que del contrato resulte un mero beneficio o una simple ventaja económica o material para un tercero; es decir, un efecto positivo derivado del contrato, cuya atribución, sin embargo, no pueda reclamar el tercero, por carecer de acción para ello. Así pues, lo relevante en este punto es que la voluntad de las partes se manifieste en el sentido de conferir al tercero la facultad de reclamar un comportamiento del promitente o hacer valer frente a él un derecho²².

Esta diferencia entre derecho y mero beneficio es la que ha llevado a establecer en el ordenamiento alemán la distinción entre los contratos a favor de tercero propios (*Vertrag zugunsten Dritter* o *echter Vertrag zugunsten Dritter*), en que el tercero tiene un derecho a exigir la prestación, y los falsos o impropios (*unechter o ermächtiger Vertrag zugunsten Dritter*), en los que, si bien el deudor queda liberado si ejecuta una prestación frente a un sujeto

²⁰ Respectivamente, BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 5 y SSTS de 10 de junio de 1977 (RJ 1977, 2876), 8 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4765), 13 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6111) y 9 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5710), para España, y LANDO y BEALE, 2000, p. 318, para los PECL, y VON BAR y CLIVE, 2009, p. 617, respecto del DCFR.

²¹ Esta distinción se aprecia en las SSTS de 25 de febrero de 2013 (RJ 2013, 7413), para la cesión de contrato y 30 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4765), para la cesión de créditos.

²² Esta idea se repite entre nuestros autores: ver LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 161 y 193 o BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, pp. 3-4. Igualmente, por parte de la jurisprudencia: SSTS de 10 de junio de 1977 (RJ 1977, 2876); 9 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5710) y 14 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6897).

distinto del acreedor, tal beneficiado carece de derecho a exigirla. Estos últimos no quedan regidos por las previsiones de los §§ 328 a 335 BGB²³.

Igualmente, en Italia se distingue entre los contratos a favor de tercero con eficacia externa y los que solo tienen eficacia interna, que no atribuyen derechos al tercero y que, por tanto, no entran dentro de la categoría aquí analizada²⁴.

9. Sobre esta idea, el término «derecho» es el utilizado expresamente en este contexto en la mayor parte de los textos del moderno Derecho de contratos (*v. gr.*, arts. 6:110 (1) PECL; 1294 I PMCC; 78.1 CESL; 5.2.1 (1) PICC y 526-7.1 PCC) y de los sistemas jurídicos nacionales (*v. gr.*, arts. 1411 II CC italiano; 444.1 CC portugués; 6:253 (1) BW; y 1206 CC francés, así como Sect. 1.1 *Act* 1999 y § 328.1 BGB). Frente a ellos, el artículo II-9:301 (1) DCFR parece aportar la nota discordante, al referirse a un «derecho u otro beneficio». Sin embargo, los Comentarios al mencionado precepto explican que, con ello, lo que se pretende en realidad es dar cabida a determinados beneficios a favor del tercero que no entran propiamente en la categoría «derecho» y a los que haremos referencia posteriormente en relación al objeto de la estipulación o contrato a favor de tercero²⁵.

10. Al mismo tiempo, la distinción entre derecho y mero beneficio, como clave para distinguir los contratos a favor de tercero, lleva a plantearse la difícil cuestión de cómo identificar en el caso concreto cuándo las partes de un contrato han querido atribuir al tercero un derecho, y cuándo un mero beneficio. Esto se complica, además, por el hecho de que, en general, se admite que la atribución del derecho al tercero puede ser expresa o tácita²⁶.

Pues bien, ante esta dicotomía, en todos los ordenamientos se atiende en primer lugar –como no puede ser de otra forma– a la voluntad de las partes plasmada en un acuerdo expreso (*v. gr.*, Sect. 1 *Act* 1999, así como § 328 BGB). A fin de cuentas, no hay duda de cuál es la intención de las partes respecto del beneficiario cuando éstas incluyen en su acuerdo el pacto de atribución a éste de un derecho o la negación expresa de tal atribución.

²³ Por todos, MEDICUS y LORENZ, 2015, pp. 387-388 y SCHULZE y BEIERLE, 2016, pp. 46-47.

²⁴ Ver el análisis en LÓPEZ RICHART, 2001, p. 130.

²⁵ VON BAR y CLIVE, 2009, p. 616.

²⁶ Ver expresamente los artículos 6110 (1) PECL o 5.2.1 (1) PICC, así como VON BAR y CLIVE, 2009, p. 617, para el DCFR. A ello se suma la interpretación de la doctrina en España (GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 386 y LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 193-194) e Italia (PRETTO-SAKMANN, 2005, p. 307).

El problema surge en defecto de dicho pacto –lo que, se dice, es lo más habitual²⁷–, puesto que entonces resulta necesario interpretar o averiguar la voluntad de las partes.

El peligro de acudir a la interpretación de la voluntad de las partes reside en la extensión excesiva del esquema del contrato a favor de tercero a situaciones en las que resulta dudosa su aplicación. Muestra de ello se encuentra en la jurisprudencia francesa y en la alemana, que, sobre la idea de la voluntad implícita, han hecho uso tradicionalmente de esta figura jurídica para proporcionar una protección legal a determinadas situaciones en las que se producía un daño para un tercero, cuya reclamación se enfrentaba a diversos obstáculos conforme a las normas ordinarias de la responsabilidad extracontractual (*v. gr.*, plazo de prescripción, limitación de los daños indemnizables, etc.).

En concreto, en el ordenamiento francés, la jurisprudencia ha tendido a interpretar extensivamente la figura aquí analizada, sobre la idea de que la mejor forma de protección del tercero se produce por su inclusión dentro del círculo de personas a las que el contrato puede beneficiar. Se elabora así la llamada *stipulation pour autrui implicite*. La doctrina francesa, sin embargo, ha criticado esta interpretación extensiva, que considera ficticia y sorprendente, y que alcanza resultados que se podrían obtener por otras vías²⁸. Ante tales críticas, en los últimos años la jurisprudencia parece haber dejado de desarrollarla y, de hecho, tras la reforma de 2016 no se encuentran ya trazas de esta cuestión en la actual regulación de la figura²⁹.

En el caso de Alemania, la extensión de la figura del contrato a favor de tercero se realizó por vía del llamado «contrato con efectos protectores frente a tercero» (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*), originariamente apoyado por la jurisprudencia sobre el § 328 BGB y sobre la voluntad presunta de las partes de extender a un tercero la protección del contrato celebrado. Desde mediados del siglo XX, no obstante, los tribunales germanos han independizado ambas figuras y han elaborado una doctrina propia del contrato con efecto protector frente a tercero, derivada o apoyada sobre el deber de buena fe³⁰.

Para llevar a cabo la interpretación de la voluntad implícita o presunta de las partes, los diversos ordenamientos nacionales y los textos del moderno Derecho de contratos han adoptado tres tipos de estrategias, no necesariamente excluyentes entre sí:

- Determinación de la voluntad de las partes en función de los hechos del caso concreto, dejando amplio margen a la labor

²⁷ LÓPEZ RICHART, 2001, p. 202 y ANDREWS, 2011, p. 197.

²⁸ Para lo primero, MALAURIE *et al.*, 2018, p. 451; para lo segundo, BEALE *et al.*, 2019, p. 1278.

²⁹ Ver al respecto, por ejemplo, TERRÉ *et al.*, 2019, pp. 778-779, con mucho menor desarrollo de, por ejemplo, su edición de 2009, anterior a la reforma (pp. 532-534).

³⁰ Un análisis de esta cuestión en SCHULZE y BEIERLE, 2016, pp. 46-47 y BEALE *et al.*, 2019, pp. 1290 y 1293.

integradora de los tribunales. En el marco de los textos del moderno Derecho de contratos, asumen esta solución los PICC, según sus comentaristas, debiendo realizarse la interpretación caso por caso³¹. Tal parece ser también la solución por la que se inclina nuestro país –donde la doctrina hace referencia a los actos coetáneos, anteriores y posteriores al contrato, aunque la jurisprudencia es más reacia³²–, así como el francés, donde los tribunales son más propensos a admitir la atribución de un derecho al tercero, aunque las partes no lo hayan previsto expresamente³³.

- Determinación de la voluntad de las partes a partir de la interpretación del propio contrato. Éste parece ser el sistema por el que optan tanto el artículo 6:110 (1) PECL, como el DCFR, según sus Comentarios³⁴. Con mayor claridad, adopta esta solución tanto el § 328 BGB, en su referencia a la interpretación del fin del contrato y de las circunstancias del mismo –indicios de la voluntad presunta de las partes–³⁵, como la Sect. 1(1) b *Act* 1999, en su remisión a la interpretación objetiva del propio contrato para determinar si las partes tenían la intención de atribuir un derecho al tercero (esto es: si, éste es el sentido que hay que dar a la estipulación contractual, conforme a una interpretación normal de la misma)³⁶. Por tanto, no se aplica esta figura cuando la interpretación determina que la intención de las partes era no atribuir el derecho al tercero (Sect. 1(2) *Act* 1999), motivo por el que los autores aconsejan que las partes se pronuncien expresamente en contra de esta atribución –cuando tal sea su voluntad–, a fin de evitar el juego de la interpretación de la voluntad implícita³⁷.
- Dando un paso más en el afianzamiento de la seguridad jurídica, en algunos ordenamientos se opta expresamente por el

³¹ En este sentido, VOGENAUER, 2015, pp. 663-665.

³² LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 194-195. No obstante, el autor señala (pp. 213-215) que también sería compatible con nuestro sistema jurídico una solución como la segunda que se indica a continuación en el texto. Por parte de la jurisprudencia, ver la solución más restrictiva en STS de 7 de junio de 1976 (RJ 1976, 2634).

³³ Ver el análisis en BEALE *et al.*, 2019, p. 1275.

³⁴ VON BAR y CLIVE, 2009, p. 617.

³⁵ Confirmando esta interpretación, HARKE, 2010, p. 424; MEDICUS y LORENZ, 2015, p. 388 y LOOSCHELDERS, 2018, p. 415. No obstante, como indica el último autor citado, se trata de un criterio secundario de interpretación, sobre el que tienen prevalencia las presunciones de los §§ 329 y 330 BGB, p. 416.

³⁶ BURROWS y BUSCH, 2013, p. 504; TREITEL, 2015, p. 768; BEATSON *et al.*, 2016, p. 661 y MCKENDRICK, 2019, pp. 131-132.

³⁷ Así, en STONE, 2009, p. 194; BEALE *et al.*, 2019, pp. 1269-1270 o MCKENDRICK, 2019, pp. 132-133. Una buena exposición de los pasos en los que debe operar esta interpretación en el sistema jurídico británico, en ARVIND, 2017, pp. 544-545.

establecimiento de presunciones según tipos de contratos o de estipulaciones que afectan potencialmente a terceros. En concreto, en el caso de Alemania, el BGB contiene una presunción en contra de la atribución de un derecho al tercero (§ 329: en el contexto de estipulaciones cuya causa de atribución es onerosa) y una presunción a favor de la existencia de un contrato a favor de tercero (§ 330: en el contexto del acuerdo del pago de una renta vitalicia a un tercero y de atribuciones a título gratuito o entregas de bienes o de patrimonio, a lo que la doctrina añade el supuesto del seguro de vida)³⁸. Con ello se pretende evitar el excesivo arbitrio judicial a la hora de interpretar la voluntad de las partes allí donde no se ha hecho expresa.

Con todo, ninguno de los tres sistemas es perfecto y la interpretación de la voluntad de las partes en defecto de acuerdo expreso sigue siendo un problema cuya solución acaba quedando, en última instancia, en manos de los tribunales de cada ordenamiento. En caso de duda, no obstante, consideramos que se deberá optar por no reconocer la existencia de un verdadero contrato a favor de tercero, como solución menos gravosa para el deudor³⁹.

2. EL OBJETO DE LA ESTIPULACIÓN O CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

11. En general, la determinación del objeto de la estipulación o contrato a favor de tercero no es problemática, pues suele partirse de un concepto amplio, que admite el pacto de cualquier tipo de prestaciones a favor del tercero, en su sentido más extenso: dar, hacer y no hacer. Además, esta amplitud se traslada, en general, a la admisión de otro tipo de beneficios a favor del tercero que no entran propiamente en la categoría de «derechos».

Así, en concreto, varios sistemas jurídicos admiten la atribución al tercero de la facultad de excluir o limitar su responsabilidad frente al promitente, pacto bastante frecuente en el marco del transporte de mercancías⁴⁰. De hecho, con diversa redacción y requisitos, así se recoge expresamente en los artículos II-9:301 (3) DCFR; 78.2 CESL y 5.2.3 PICC, así como en la Sect. 1 (6) *Act* 1999 y el

³⁸ Ver HARKE, 2010, p. 424 y LOOSCHELDERS, 2018, p. 415.

³⁹ Apunta a la misma cautela LÓPEZ RICHART, 2001, p. 235.

⁴⁰ Se trata de las llamadas «cláusulas Himalaya», diseñadas para extender a los dependientes, agentes y subcontratantes del estipulante-transportista la protección e inmunidad de la que goza él frente al promitente. Ver al respecto, TREITEL, 2015, pp. 743-749 y BEALE *et al.*, 2019, pp. 1338-1340.

artículo 6:253 (1) BW. Del mismo modo, se interpreta su aceptación en el Derecho alemán (§ 328 BGB)⁴¹.

En nuestro país, dada la amplitud con que se pronuncia en este punto la doctrina, no se ven obstáculos tampoco a este contenido, máxime cuando existe un precedente al mismo en el artículo 960 del Proyecto de Código civil de 1836⁴². Y tampoco consideramos que existan obstáculos a entender incluidos otros beneficios, siempre y cuando –eso sí– lleven unido el reconocimiento de una acción que se atribuya al tercero para reclamar su ejecución. Por ello, se podrían incluir, también, por ejemplo, el beneficio de una renuncia inmediata de un derecho contra el tercero, el beneficio de una concesión de permiso o autorización para el tercero o incluso, que el promitente se obligue frente al estipulante a celebrar un contrato a favor del tercero⁴³.

12. La polémica surge, sin embargo, respecto de otro potencial objeto del contrato o estipulación a favor de tercero, admitido expresamente en el artículo 443.2 CC portugués e implícitamente en el artículo 74.2 Proyecto de Pavía: la constitución, modificación, transmisión o extinción de derechos reales a favor de tercero.

Por un lado, a excepción del mencionado texto de la Academia de iusprivatistas europeos, que pone en conexión este posible objeto con el sistema de adquisición de derechos reales que contempla su artículo 46, el resto de los textos del moderno Derecho de contratos guarda silencio sobre la materia, que parece quedar remitida, por tanto, a las reglas nacionales. Por otro lado, la cuestión es objeto de discusión en los ordenamientos de nuestro entorno, sobre argumentos referidos a la exigencia de *traditio* para la transmisión de los derechos reales o el principio de publicidad y de abstracción –allí donde cada uno de estos requisitos procede– y también, eventualmente, al principio del *numerus clausus*, que se alega de manera discutible para excluir este tipo de creación de derechos reales. No existe, por tanto, una única respuesta a este problema, pues las diversas soluciones se ponen en conexión y se justifican en última instancia por las propias peculiaridades nacionales en relación a los derechos reales.

Así, por ejemplo, en Alemania existen dudas sobre su admisión por parte de la doctrina, pero la jurisprudencia claramente lo niega⁴⁴. En Italia, la doctrina aboga por la admisión limitada y es la

⁴¹ HARKE, 2010, p. 423.

⁴² Ver, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1700; CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 674 n. 82 y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 539.

⁴³ Son ejemplos de BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, pp. 7-8.

⁴⁴ Parece aceptarlo LOOSCHELDERS, 2018, pp. 424-425, pero MEDICUS y LORENZ, 2015, p. 386, citan en contra la doctrina mayoritaria. De hecho, SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 50, puntualizan que, debido al principio de abstracción, en este tipo de acuerdos

jurisprudencia la que no establece distinciones y acepta este objeto del contrato⁴⁵. En Francia, aunque esta misma última solución parecía ser aceptada antes de la reforma de 2016, cabe plantear la duda de si se mantendrá también actualmente, al contemplar ahora los artículos 1205 y 1206 CC francés el término «prestación» como objeto de la estipulación a favor de tercero⁴⁶. Finalmente, en Reino Unido no se suelen plantear dudas al respecto y parece aceptarse este objeto del contrato a favor de tercero sin limitaciones⁴⁷.

No resulta, pues, concluyente el panorama que ofrece el Derecho comparado en relación a la afirmación o negación de los derechos reales como posible contenido del beneficio atribuido al tercero. Si acaso, pueden hacerse dos afirmaciones: la primera es que en ninguno de los países en estudio se encuentra una negativa absoluta y categórica a este objeto de la estipulación a favor de tercero; la segunda es que, aunque no se percibe una solución uniforme, sí parece existir cierta tendencia hacia su admisión, sea más o menos limitada.

Ambas afirmaciones pueden reproducirse, de hecho, en el análisis de esta cuestión entre nuestros autores (la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto). En concreto, la doctrina española mayoritaria no niega este objeto de la estipulación a favor de tercero, pero lo acepta solo de manera restringida, admitiéndolo únicamente para determinados tipos de derechos reales limitados o en cosa ajena, y siempre y cuando no se requiera entrega (*v. gr.*, servidumbres negativas, usufructo...) ⁴⁸ o ésta sea posible por el mero acuerdo de las partes (*ex* artículo 1463 CC) ⁴⁹. En relación al derecho de propiedad, en cambio, se señala con razón que el contrato a favor del tercero solo podrá constituir un título válido que, seguido de tradición, determinará la adquisición del derecho por el beneficiario ⁵⁰. En definitiva, por tanto, nuestra doctrina admite este posible objeto de la estipulación a favor de tercero, pero coordina sus límites de forma adecuada y coherente con el

en realidad solo se concede al tercero el derecho a la prestación en términos puramente obligacionales, pero no reales.

⁴⁵ Ver el panorama en ROSSI, 2016, p. 714 y ALPA, 2017, p. 482. En concreto, la doctrina lo niega para la propiedad y el usufructo (AZZARO, 2009, p. 770), pero lo acepta, por ejemplo, para la servidumbre o para un derecho de opción (SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1165).

⁴⁶ Confirmando esta solución, tras la reforma, TERRÉ *et al.*, 2019, pp. 780-781.

⁴⁷ Así puede encontrarse, por ejemplo, en TREITEL, 2015, p. 768.

⁴⁸ Ver la aceptación para algunos derechos reales en cosa ajena por parte de MARTÍN BERNAL, 1985, pp. 199, 201 y 203; CARBALLO FIDALGO, *Act. Cív.*, 2000, p. 1701 o DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 545.

⁴⁹ A ello se refiere GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 388.

⁵⁰ Subrayando el valor meramente obligacional de la estipulación en relación a la adquisición de un derecho de propiedad por parte del tercero, MARTÍN BERNAL, 1985, pp. 199 y 201-202; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, pp. 387-388 y DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 539.

sistema español de adquisición de los derechos reales, proporcionando así una solución satisfactoria para nuestro ordenamiento, a la par que alineada con las tendencias que *grosso modo* se aprecian en el examen de los sistemas jurídicos de nuestro entorno.

3. LA FORMA DE LA ESTIPULACIÓN O CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

13. Existe cierto consenso en afirmar que el pacto por el que se establece la estipulación o contrato a favor de tercero no está sometido a requisitos específicos de forma, sino que en cada caso el acuerdo de estipulante y promitente deberá cumplir la forma del tipo contractual en el que éste se enmarca⁵¹.

14. Ahora bien, frente a esta regla general, en Alemania se plantea eventualmente la duda sobre su aplicación a los supuestos en los que la estipulación produce efectos *mortis causa* y a los supuestos en los que sea a título gratuito la relación de *valuta* (esto es, la relación que vincula al estipulante y al tercero). En concreto, se plantea si en estos casos se deben guardar las formas especiales de sucesiones y donaciones⁵².

La respuesta a esta cuestión por parte de la jurisprudencia alemana confirma la regla general enunciada: la forma de la estipulación a favor de tercero, sea cual sea la causa de la atribución del derecho al beneficiario, es la que exija el contrato celebrado entre estipulante y promitente⁵³. Consiguientemente, la forma de la estipulación debe considerarse independiente de la causa de la atribución del derecho al tercero. Así, por ejemplo, aunque la causa de tal atribución al tercero sea gratuita y la prestación del promitente se plantee como una donación indirecta respecto del estipulante, no se deberán aplicar los requisitos de forma de las donaciones al contrato celebrado entre estipulante y promitente, sino que éste deberá someterse a los requisitos propios del tipo contractual celebrado (compraventa, transporte, seguro, alimentos, contrato de obra, etc.).

Esta misma solución es la que se ha aceptado con acierto tradicionalmente en Francia, así como por nuestra doctrina⁵⁴.

⁵¹ Por todos, en nuestro ordenamiento, PÉREZ CONESA, 1999, p. 145 y CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1702. En otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 48 y LOOSCHELDERS, 2018, pp. 418 y 422, para Alemania, y ROSSI, 2016, p. 714, para Italia.

⁵² Ver esta discusión en MEDICUS y LORENZ, 2015, p. 389 y LOOSCHELDERS, 2018, p. 422.

⁵³ En ese sentido, BGH 29 de febrero de 1964 (*BGHZ* 41, 95) y 9 de noviembre de 1966 (*BGHZ* 46, 198).

⁵⁴ Por todos, para Francia, TERRÉ *et al.*, 2019, p. 789; en nuestro caso, PÉREZ CONESA, 1999, p. 199 o CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1725.

4. EL TERCERO BENEFICIARIO

En relación a los sujetos involucrados en la estipulación o contrato a favor de tercero, el que más atención suscita es el beneficiario. De estipulante y promitente poco se suele especificar en los textos nacionales e internacionales y en su interpretación por la doctrina y la jurisprudencia, más allá del acuerdo generalizado respecto de que estos sujetos deben reunir los requisitos de capacidad propios del negocio base que celebran a favor del tercero o en el que insertan la cláusula para éste (relación de cobertura).

La figura del tercero, sin embargo, sí merece una mayor atención en los distintos ordenamientos nacionales y textos del moderno Derecho de contratos, pues da pie a plantear diversas cuestiones que deben resolverse, bien para delimitar quién es o puede ser el tercero, bien para determinar cómo, cuándo y quién lo designa. Veamos estas cuestiones por separado.

4.1 Capacidad del tercero beneficiario

15. La primera afirmación que suele hacerse respecto del sujeto que ocupe la posición del tercero, afirmación que no suscita polémica alguna, es que debe tratarse de una persona –física o jurídica– distinta a las partes y de las que no traiga causa⁵⁵. Esto excluye como beneficiario, en principio, al representante y a los sucesores *mortis causa*, salvo que la atribución a su favor la reciban en una condición distinta a ésta⁵⁶.

Por otra parte, como expresamente afirma el artículo 445 CC portugués y confirman los Comentarios del artículo II-9:301 DCFR⁵⁷, esta posición la pueden ocupar uno o varios sujetos, idea compartida, por ejemplo, por la doctrina francesa y para la que no vemos obstáculos a su admisión en nuestro ordenamiento⁵⁸. Dando

⁵⁵ Define por ello la STS de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 4126) este contrato como «aquél que, celebrado válidamente entre dos personas, es dirigido, sin embargo, a atribuir un derecho a una tercera, que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente en su conclusión y que, a pesar de ello, logra efectivamente atribuírselo en su propia persona» [la cursiva es nuestra]. Ver al respecto BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 4.

⁵⁶ Por todos, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, pp. 1703-1704 y DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 538, que señalan que la prestación no se recibe en virtud de sucesión universal o particular, sino en virtud de contrato. Por su parte, BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 4, admite como tercero al heredero de las partes contratantes, pues hasta que no se produzca la sucesión no deviene parte del contrato. En la misma línea, la STS de 8 de julio de 2002 (RJ 2002, 5515).

⁵⁷ VON BAR y CLIVE, 2009, p. 617.

⁵⁸ Ver para Francia, FAGES, 2017, p. 220.

un paso más, el caso de Portugal es de los más aperturistas en este punto, al permitir las estipulaciones a favor de conjuntos indeterminados de personas o, incluso, intereses públicos. Tal apertura, no obstante, no parece compartirse por los demás textos nacionales o del moderno Derecho de contratos, aunque ha tenido algún eco en nuestro país⁵⁹.

16. Individualizado así el tercero, se discute a continuación el tema de su capacidad de obrar. En este sentido, se encuentran desde los que niegan toda exigencia de capacidad en el tercero para recibir la atribución⁶⁰, pasando por los que afirman que, en tanto que el tercero no es parte del contrato, solo necesita tener la capacidad general de obrar⁶¹, hasta los que distinguen la capacidad del tercero según la causa –onerosa o gratuita– de la atribución. Esta última solución, que consideramos sin duda preferible, es por la que, de hecho, parece decantarse nuestra doctrina⁶².

17. Siendo esa cuestión debatida, lo que no se exige del tercero, en cambio, es que tenga existencia en el momento en que estipulante y promitente acuerdan realizar la atribución a su favor. Puede, tratarse, por tanto, de un *nasciturus*, e, incluso, un *concepturus* –aunque, en este caso, con respeto a los límites que impiden la vinculación indefinida de los bienes⁶³–, así como de una persona jurídica aún no constituida.

El fundamento que alude para ello nuestra doctrina y jurisprudencia, compartido por la de otros países y textos del moderno Derecho de contratos, es que el tercero no es parte del contrato que se celebra: la operación se practica sin su voluntad e, incluso, sin su conocimiento, y, por ello, en nada influye su existencia o inexistencia⁶⁴. De hecho, esta idea se admite expresamente en los artículos 72.3 Proyecto de Pavía; II-9:301 (1) DCFR; 78.1 CESL y 5.2.2 PICC, así como en la Sect. 1 (3) Act 1999 y el reciente artículo 1205 CC francés, e, implícitamente, en el § 331.2 BGB⁶⁵. Y allí donde no lo indican expresa-

⁵⁹ En concreto, hemos de señalar que BOSCH *et al.*, 2016, pp. 84 y 87, contemplan en su propuesta de regulación esta posible designación de terceros indeterminados o de finalidades de interés general, desarrollando el régimen de ejercicio de los derechos en estos casos.

⁶⁰ VOGENAUER, 2015, p. 676, en relación a los PICC.

⁶¹ Así, en Francia, TERRÉ *et al.*, 2019, p. 789.

⁶² Sirvan de ejemplo, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 391; CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, pp. 1705-1706 o CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 679. Igualmente, en Francia, DESHAYES *et al.*, 2018, p. 500.

⁶³ Ver GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 392 y PÉREZ CONESA, 1999, p. 144.

⁶⁴ Aluden a este argumento MARTÍN BERNAL, 1985, p. 193 y GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 392. Igualmente, entre la jurisprudencia, SSTs de 1 de julio de 1977 (RJ 1977, 3253) y 8 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4765).

⁶⁵ Así lo confirma la doctrina alemana: HARKE, 2010, p. 422 y LOOSCHELDERS, 2018, pp. 416-417.

mente los textos legales, lo acepta la doctrina y la jurisprudencia; tal es nuestro caso, así como el de Italia y Holanda⁶⁶.

En Francia, sin embargo, la aceptación se ha producido únicamente tras un primer rechazo, basado en dos tipos de consideraciones: que el derecho generado por el acuerdo entre estipulante y promitente quedaba sin titular durante largo tiempo y que era contradictorio con el principio de que la atribución del derecho se producía en el momento del acuerdo⁶⁷. Actualmente, ambos obstáculos se consideran superados, sobre la idea de la suspensión de los efectos del contrato hasta el momento de la adquisición de personalidad por el tercero. De hecho, la doctrina valora positivamente la reforma de 2016, que ha consagrado expresamente (*ex art.* 1205 CC francés) la posible designación de una persona futura como beneficiario⁶⁸.

Lo relevante en este punto –se puntualiza adecuadamente– es que el sujeto designado como beneficiario tenga existencia a la hora de realizar la prestación⁶⁹. Por ello, si el tercero no llega a tener existencia, habrá que entender que la prestación acordada a su favor sufre el mismo destino que en los casos de revocación o renuncia, a los que se hará referencia posteriormente⁷⁰. Desde el momento, en cambio, que el tercero designado adquiera personalidad, se entenderá que adquirió el derecho retroactivamente en el momento del acuerdo entre estipulante y promitente, en aplicación de la doctrina –y con los límites– del artículo 29 CC⁷¹.

4.2 Designación del tercero beneficiario

18. Acotadas de esta forma las personas físicas o jurídicas que pueden ser terceros, la siguiente cuestión que se plantea es la relativa a su designación; en otras palabras: si es o no obligatoria la determinación del beneficiario en el acuerdo entre estipulante y promitente, el momento en que ésta ha de producirse y el sujeto legitimado para ello.

⁶⁶ Respectivamente, en nuestro caso, PÉREZ CONESA, 1999, p. 143 o CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1704; para Italia, ALPA, 2017, p. 482 y, para Holanda, DU PERRON, 2002, p. 283.

⁶⁷ Una referencia a ello en MALAURIE *et al.*, 2018, p. 455.

⁶⁸ Doctrina unánime. Por todos, CHANTEPIE y LATINA, 2016, pp. 488-489; DOUVILLE, 2016, p. 195; MALAURIE *et al.*, 2018, p. 454 o TERRÉ *et al.*, 2019, p. 790. Alabando la reforma por positivizar en este punto la interpretación tradicional ya recogida en la regulación del contrato de seguro, DESHAYES *et al.*, 2018, p. 494.

⁶⁹ Inciden en ello MARTÍN BERNAL, 1985, pp. 188-189 y GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 391, entre otros.

⁷⁰ En igual sentido, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1705.

⁷¹ Así lo afirmamos ya anteriormente en MACÍA MORILLO, 2014, p. 1807.

Así, respecto a la obligatoriedad o no de la determinación previa del beneficiario en el acuerdo que se constituye como relación de cobertura de la estipulación a favor de tercero, se puede distinguir entre los textos que exigen la identificación de éste ya en el contrato (*v. gr.*, Sect. 1(3) *Act* 1999 y art. 5.2.2 PICC), como un indicio más de la voluntad de las partes de conferir al tercero un derecho y no un mero beneficio⁷²; los que admiten que el tercero, aunque no esté determinado en el contrato, sea determinable conforme a éste (*v. gr.*, arts. 1294 III PMCC; 78.1 CESL y 526-7.3 PCC) y los que parecen permitir que no haya identificación del tercero en el contrato (paradigmáticamente, los arts. 6:110(1) PECL y II-9:301(1) DCFR). No obstante, en realidad la diferencia parece quedarse en el tenor literal de los preceptos citados, puesto que, en una correcta interpretación de los mismos, consideramos que todos se pueden reconducir al segundo de los sistemas apuntados: a partir del contrato, el tercero ha de quedar identificado o, al menos, ser identificable⁷³.

De hecho, en Reino Unido, donde parece acogerse el sistema más estricto de identificación expresa del tercero en el contrato, en realidad lo que se pretende es que no quepa duda de la intención de las partes de designar a un tercero. Eso es lo que tiene que constar necesariamente en el acuerdo contractual y no puede quedar sometido a posterior definición. Una vez incluida expresamente esa mención, sin embargo, la designación concreta de quién sea el beneficiario puede quedar abierta, puesto que la Sect. 1 (3) *Act* 1999 se refiere ampliamente a su posible identificación por nombre, por pertenencia a una categoría de personas o por descripción de sus características o requisitos⁷⁴.

Tal es la solución, además, a la que la llega con acierto la doctrina y la jurisprudencia en nuestro ordenamiento, así como en Alemania, y la que recientemente se ha recogido en el artículo 1205 CC francés, consagrando también la solución doctrinal y jurisprudencial anterior⁷⁵.

⁷² Ver esta argumentación en la doctrina anglosajona: BURROWS y BUSCH, 2013, p. 504; ARVIND, 2017, pp. 545 y 552; BEALE *et al.*, 2019, pp. 1295-1296 y MCKENDRICK, 2019, p. 134.

⁷³ Así lo afirman los comentaristas de los textos del moderno Derecho de contratos: DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN *et al.*, 2002, p. 290, para los PECL; VON BAR y CLIVE, 2009, p. 617, para el DCFR; KIENINGER, 2012, p. 373 y BURROWS y BUSCH, 2013, p. 503, para la CESL y VOGENAUER, 2015, p. 675, para los PICC.

⁷⁴ Para todo ello, ver ARVIND, 2017, pp. 552-554, quien recoge una cierta crítica al sistema, en la medida en que plantea dificultades para los legos en Derecho, por la exigencia de voluntad expresa en la designación de la existencia de un tercero.

⁷⁵ Por todos, en nuestro caso, PÉREZ CONESA, 1999, p. 141 y DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 539, así como las SSTS de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 4126) o 13 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2821). Para Alemania, HARKE, 2010, p. 422 o SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 47. En el caso de Francia, igualmente, como doctrina unánime, DOUVI-

Desmarcándose de esta tendencia, no obstante, en Italia parece admitirse que la determinación del tercero quede a la discreción del estipulante, sin criterios prefijados para ello en el contrato, aunque hemos de destacar que tal solución –procedente de la jurisprudencia– no es claramente seguida por la doctrina⁷⁶.

19. Partiendo entonces de la base de que, en el fondo, todos los sistemas indicados permiten que el tercero no quede identificado *nominatim* en el acuerdo entre estipulante y promitente, surge entonces la cuestión del momento en que ha de identificarse; esto es: la posibilidad de determinación posterior. La respuesta en este punto parece ser unánime, al afirmarse que esa determinación ha de ser necesariamente anterior al momento del cumplimiento de la obligación a favor del tercero (*v. gr.*, art. 1205 CC francés)⁷⁷. Es más, de no haberse designado al tercero para ese momento, el destino de la prestación deberá ser el mismo que siga ésta en los supuestos de renuncia y resolución, a los que se hará referencia posteriormente⁷⁸.

Ahora bien, una vez identificado e individualizado el tercero que no había sido designado inicialmente en el contrato, debemos entender –en paralelo con lo visto anteriormente para el caso de los *nascituri* y *concepturi*– que la atribución a éste de la titularidad del beneficio habrá de retrotraerse al momento del acuerdo entre estipulante y promitente (relación de cobertura), ya que –como desarrollaremos posteriormente– en éste se encuentra el origen de dicho derecho⁷⁹.

20. Finalmente, respecto del sujeto legitimado para la designación del tercero, hay una clara preferencia en los sistemas jurídicos nacionales por atribuir esta facultad al estipulante, sea porque así se prevé expresamente (§ 332 BGB y art. 84 LCS), o sea porque –como en nuestro caso– es la interpretación a la que ha llegado tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia, sobre la idea de que al promitente le es generalmente indiferente quién resulta ser el tercero frente al que debe realizar la prestación⁸⁰. Tal es, de

LE, 2016, p. 195; DESHAYES *et al.*, 2018, p. 488; MALAURIE *et al.*, 2018, p. 454 o TERRÉ *et al.*, 2019, p. 789.

⁷⁶ Ver al respecto, Cass. 9 de julio de 1997, n. 6206 (*Nuova giur. comm.*, 1998, I, 482). Frente a ello, admitiendo simplemente al tercero «determinable», sin mayor precisión, SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1162.

⁷⁷ Igualmente, en España, por todos, MARTÍN BERNAL, 1985, p. 187 y, en Italia, AZZARO, 2009, p. 766.

⁷⁸ PÉREZ CONESA, 1999, p. 143 y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 539.

⁷⁹ Ver al respecto, MARTÍN BERNAL, 1985, p. 188, así como GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 39 y CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1705, que lo especifican para el caso del *nasciturus*.

⁸⁰ En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 391 y CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1704.

hecho, la misma solución que se afirma en Alemania e Italia⁸¹. En Reino Unido se acepta igualmente, si bien lo que se discute es si se trata o no de una modificación del contrato que requiera del consentimiento del propio tercero⁸².

No se prevé en cambio en la mayoría de los sistemas jurídicos que la designación posterior del tercero se realice conjuntamente por estipulante y promitente, si bien hacen referencia a esta posibilidad los comentaristas de los PICC⁸³. No obstante, cabe preguntarse si no debemos interpretar que éste es el sistema que han adoptado por defecto o como regla general los textos españoles de modernización del Derecho de contratos, en la medida en que tanto el artículo 1294 III PMCC como –siguiéndolo– el 526-7.3 PCC contemplan la posible designación por parte del estipulante como una opción que puede adoptarse por convenio –una excepción, por tanto–, guardando silencio en cambio sobre el régimen aplicable en defecto de dicho pacto⁸⁴. En todo caso, lo que sí es patente es que la admisión de este convenio –para el que no vemos ningún obstáculo, ni lo habría probablemente en los ordenamientos ya mencionados– puede alterar la regla general de designación, sea cual sea, y permitir no solo la intervención del promitente en la misma, sino también la atribución de tal facultad incluso a otro sujeto ajeno a las partes. De hecho, pese al silencio del actual artículo 1205 CC francés, así ha sido aceptado por la doctrina gala, a la que sigue también un sector de nuestros autores⁸⁵.

III. EFECTOS DE LA ESTIPULACIÓN O CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

1. ATRIBUCIÓN DE UN DERECHO AL TERCERO

Es una afirmación prácticamente común a todos los ordenamientos que el beneficiario no deviene parte del contrato celebrado entre estipulante y promitente por el mero hecho de que se le atribuya

⁸¹ Respectivamente, HARKE, 2010, p. 424 y AZZARO, 2009, p. 766.

⁸² En este sentido, TREITEL, 2015, p. 776, niega el necesario consentimiento del tercero, mientras que ANDREWS, 2011, p. 213, lo afirma.

⁸³ VOGENAUER, 2015, p. 675.

⁸⁴ Ver al respecto, MACÍA MORILLO, 2014, pp. 1806-1807, para el artículo 1294 PMCC.

⁸⁵ Por vía de interpretación, para Francia, MALAURIE *et al.*, 2018, p. 454; subrayando, no obstante, el silencio al respecto de la normativa actual, CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 489. En nuestro caso, ver PÉREZ CONESA, 1999, p. 132 y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 539.

buya un derecho a partir de éste⁸⁶, lo que ya hemos señalado que distingue esta figura jurídica de otras en las que el tercero se integra en el esquema contractual junto a o en lugar de una de las partes. Más bien, por el contrario, el efecto típico de la estipulación o contrato a favor de tercero es únicamente la atribución a éste, por la voluntad de las partes, de la titularidad de un derecho que le permite reclamar por sí mismo y en su propio nombre un comportamiento del promitente. Abandonadas ya las disquisiciones teóricas acerca de la justificación o fundamento de tal atribución (teoría de la oferta, de la transmisión del derecho del estipulante al tercero, de la gestión de negocios ajenos sin mandato, etc.), actualmente se acepta que ésta trae causa de la propia estructura de la estipulación y de su entronque con el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, sin necesidad de acudir a otras figuras para justificarla⁸⁷. Por tanto, el acuerdo entre estipulante y promitente no solo genera obligaciones y derechos entre ambos, sino igualmente, al mismo tiempo, un derecho para el tercero, que se manifiesta fundamentalmente frente al promitente y cuyo contenido radica en la posibilidad de reclamar el beneficio que han acordado estipulante y promitente como partes del contrato a favor de tercero.

Estas afirmaciones son claves para entender las diversas soluciones que se plantean en los diversos ordenamientos y textos del moderno Derecho de contratos respecto del contenido y carácter del derecho atribuido, así como del momento de su adquisición.

1.1 Extensión o contenido del derecho

21. La voluntad de estipulante y promitente plasmada en el acuerdo a favor del tercero es, por tanto, fundamental, pero no ya solo para constituir el derecho del beneficiario, sino también para determinar su contenido, así como las facultades del tercero y de las partes en la relación obligatoria constituida. De hecho, este principio, aceptado en todos los ordenamientos, tiene su reflejo expreso en algunos de los textos del moderno Derecho de contratos (en concreto, arts. II-9:301(2) DCFR; 78.2 CESL; 5.2.1(2) PICC y 526-7.2 PCC), así como de los ordenamientos nacionales (*v. gr.*, Sect. 1(4)

⁸⁶ Afirmado expresamente por la Sect. 7 (4) *Act* 1999, es confirmado por la doctrina del resto de los países. Así, para España, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 275, CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 673 y BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, pp. 5-6; para Alemania, LOOSCHELDERS, 2018, p. 419; para Francia, FABRE-MAGNAN, 2016, p. 599 y para Italia, AZZARO, 2009, p. 771, ROSSI, 2016, p. 713 y SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1163.

⁸⁷ Ver en este sentido LÓPEZ RICHART, 2001, p. 172 y 188, para España; y MALAURIE *et al.*, 2018, pp. 452-454 y TERRÉ *et al.*, 2019, pp. 781-783, para Francia. En el plano del moderno Derecho de contratos, VOGENAUER, 2015, pp. 661-662.

Act 1999 e, implícitamente, § 328.2 BGB). Así pues, el punto del que debemos partir aquí es que estipulante y promitente pueden modelar a su voluntad el contenido, alcance o ejercicio del derecho del tercero y plasmarlo de esta forma en el contrato del que surge éste; el acuerdo entre las partes es, por tanto, su ley⁸⁸.

22. De este principio deriva la aceptación unánime de que puedan acordarse por las partes condiciones, términos o modos que se impongan al tercero para la adquisición o ejercicio del derecho atribuido. En concreto, a ello se refiere expresamente el artículo II-9:301(2) DCFR, precisando sus comentaristas que el cumplimiento de la condición podrá realizarse por la otra parte contratante o por el tercero⁸⁹. Igualmente, en nuestro ordenamiento está generalizada la aceptación de estos elementos accidentales que pueden condicionar o limitar el beneficio del tercero⁹⁰. Por ello, es de destacar positivamente su mención expresa en el artículo 526-7.2 PCC, que suple con ello el silencio del artículo 1294 PMCC, anterior en el tiempo.

De hecho, la idea del sometimiento a término parece quedar plenamente consagrada en la práctica con la aceptación de estipulaciones a favor de tercero con efectos *mortis causa*, muestra de las cuales es, por excelencia, el seguro de vida. No ofrece tampoco grandes dificultades en general la aceptación del sometimiento a modos o cargas (*v. gr.*, procesales), puesto que se parte de la idea de que el tercero siempre puede renunciar al beneficio, si no desea asumir la carga impuesta por estipulante y promitente junto a la atribución del derecho⁹¹. El promitente, por tanto, podrá oponerse a realizar la prestación del tercero si éste no ha cumplido el modo o carga, pero no puede exigírsela coactivamente.

23. Sin embargo, sí ofrece mayor discusión la posibilidad de que estipulante y promitente pretendan imponer obligaciones al beneficiario, pues ahí sí debe aceptarse como insoslayable el límite que opone el principio de la relatividad de los contratos al que nos referíamos al comienzo de estas páginas.

⁸⁸ La idea se reitera tanto en el contexto del moderno Derecho de contratos (CLIVE, 2011, p. 139; KIENINGER, 2012, p. 373 o BURROWS y BUSCH, 2013, p. 511), como en el nacional (PÉREZ CONESA, 1999, p. 207, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 279 y BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 7, para España; LOOSCHELDERS, 2018, p. 418, para Alemania; y MCKENDRICK, 2015, p. 89, TREITEL, 2015, p. 772, BEATSON *et al.*, 2016, pp. 659, 666 y 667 o ARVIND, 2017, p. 544, para Reino Unido).

⁸⁹ VON BAR y CLIVE, 2009, p. 618.

⁹⁰ Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 399 y CÁMARA LAPUENTE, 2006, pp. 680-681.

⁹¹ Así lo afirma la doctrina española (LÓPEZ RICHART, 2001, p. 236), alemana (LOOSCHELDERS, 2018, p. 417), británica (TREITEL, 2015, p. 772 y BEATSON *et al.*, 2016, p. 667) e italiana (ALPA, 2017, p. 482). Igualmente, en el plano del moderno Derecho de contratos, BURROWS y BUSCH, 2013, p. 511.

En este sentido, la doctrina de la mayor parte de los ordenamientos niega adecuadamente este efecto obligatorio directo para el tercero generado por la estipulación pactada a su favor⁹² y, de hecho, allí donde parece admitirse –fundamentalmente, en Holanda y Francia–, la imposición de tales obligaciones se condiciona en realidad a la previa aceptación del tercero⁹³. Por tanto, el panorama nacional y comparado lleva a negar en su conjunto la posible imposición de obligaciones al tercero directamente *ex* acuerdo entre estipulante y promitente. De tener éstas algún efecto sobre el tercero beneficiario, debemos entender que queda éste condicionado a la aceptación de las mismas por su parte, lo que en definitiva reconduce la imposición de estas potenciales obligaciones que surgen del acuerdo de sujetos ajenos (estipulante y promitente) a la propia autonomía de la voluntad del potencial deudor (el tercero).

1.2 Derecho directo

24. A la hora de caracterizar el derecho que se le atribuye al beneficiario por efecto de la estipulación o contrato a favor de tercero, en la mayoría de sistemas jurídicos se coincide en calificar éste como «directo» o «independiente»; así, de hecho, se ha consagrado recientemente en el artículo 1206 I CC francés de forma expresa. Con ello se quiere poner de relieve la idea de que la estipulación pactada atribuye al tercero la titularidad de un derecho propio, que ejercita por sí mismo, y que, a diferencia de lo que ocurre en otras figuras jurídicas próximas, éste se constituye o nace directamente en su cabeza en virtud del acuerdo celebrado entre estipulante y promitente (relación de cobertura). Dicho de otra forma, se trata de afirmar que no recibe este derecho por vía de transmisión ni por parte del estipulante, ni del promitente⁹⁴.

⁹² Pese a la interpretación que parece extraerse de la STS de 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7104), ver la posterior STS de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9446), así como LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 249 y 326, para España; SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 50 y LOOSCHELDERS, 2018, p. 417, para Alemania; MCKENDRICK, 2015, pp. 92-93, para Reino Unido y PRETO-SAKMANN, 2005, p. 308 y SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1164, para Italia. Igualmente, por parte de los comparatistas, ver BEALE *et al.*, 2019, pp. 1275-1276.

⁹³ Para Holanda, DU PERRON, 2002, p. 283; para Francia, TERRÉ *et al.*, 2019, p. 784. Debe tenerse en cuenta en este último país que, aunque la reforma de 2016 guarda silencio respecto de esta polémica, los autores que analizan la nueva regulación consideran que es de esperar que se mantendrá la misma interpretación jurisprudencial, de manera que la posible imposición de obligaciones al tercero se haga depender de su propio consentimiento. Expresamente, así lo indican DOUVILLE, 2016, p. 194 o DESHAYES *et al.*, 2018, pp. 493-494. Igualmente, se deduce de CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 492 y FAGES, 2017, p. 221.

⁹⁴ Más allá de los comentaristas franceses de la reforma (entre otros, CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 493; DOUVILLE, 2016, pp. 195-196; FAGES, 2017, p. 221 y DESHAYES *et al.*, 2018, p. 495), ver estas ideas, por ejemplo, en PÉREZ CONESA, 1999, pp. 205-207; CLIVE, 2011, p. 125 o VOGENAUER, 2015, pp. 655, 670 y 671. Precizando la naturaleza de

Tal afirmación tiene especial trascendencia en tanto que, implícitamente, supone negar que el derecho del tercero haya entrado a formar parte en algún momento del patrimonio del estipulante. Por ello, esta característica del derecho del tercero tiene como consecuencia que el beneficio atribuido queda sustraído a la acción de los acreedores y herederos del estipulante en los supuestos de insolvencia y de apertura de la sucesión de éste. Así, de hecho, se afirma por la doctrina alemana, francesa e italiana⁹⁵, así como por nuestros autores y nuestra jurisprudencia, sin apenas discusión al respecto⁹⁶.

25. Aunque esta solución es coherente con las ideas ya apuntadas de que la fuente del derecho del tercero es el acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente –fruto del juego de la autonomía de la voluntad– y de que se trata de simplificar en una sola operación una estructura compleja, lo cierto es que es fácil de percibir que puede producir algunas disfunciones respecto de tales acreedores o herederos de las partes del contrato a favor de tercero.

De hecho, en caso, por ejemplo, de insolvencia del estipulante, la proclamación del carácter directo o independiente del derecho del tercero deja únicamente a sus acreedores la posibilidad de impugnar por fraude la estipulación o contrato a favor de tercero cuando ven disminuido indebidamente el patrimonio de su deudor por medio de esta operación⁹⁷. Además, si tal impugnación prospera, es generalizada la afirmación de nuestros autores de que lo que debe restituir el tercero al patrimonio del estipulante es solo lo que se haya transmitido por éste al promitente⁹⁸.

Tal afirmación, contemplada expresamente en el artículo 450.1 CC portugués, deriva del ámbito del seguro de vida, donde se consagra normativamente en diversos ordenamientos la solución de que el tercero solo debe devolver el valor de las primas pagadas por el

esta adquisición como derivativa –si bien no traslativa sino constitutiva–, LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 284-287.

⁹⁵ Respectivamente, HARKE, 2010, p. 426; FABRE-MAGNAN, 2016, p. 599; y AZZARO, 2009, p. 771.

⁹⁶ En concreto, mientras que GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, pp. 382-383 y 400 y CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1716 apoyan esta solución, puede encontrarse su crítica en LÓPEZ RICHART, 2001, p. 288. Por su parte, entre nuestra jurisprudencia reconocen la adquisición directa del derecho por el tercero, entre otras, las SSTs de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 4126) o 13 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2821), si bien ha de tenerse en cuenta que se trata de sentencias en las que tal aseveración se realiza de manera general, puesto que no se plantea en el caso una controversia directamente relacionada con las consecuencias de afirmar la sustracción de este derecho al patrimonio del estipulante.

⁹⁷ Así lo afirman GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 388 y PÉREZ CONESA, 1999, p. 209, precisando la primera que, de cara al ejercicio de la acción pauliana, deberá recordarse que la causa de la estipulación es la de la relación de cobertura entre estipulante y promitente.

⁹⁸ Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, pp. 400-401 y PÉREZ CONESA, 1999, pp. 210-211.

estipulante, y no el capital o renta recibida⁹⁹. Así, por ejemplo, en el artículo 1923 II CC italiano, 132-14 *Code des assurances* francés y nuestro artículo 88 I LCS.

Esta solución se extiende también al supuesto de la herencia del estipulante, respecto de la que se afirma que el derecho recibido por el beneficiario escapa a las reglas de computación, imputación, reducción y colación de donaciones, aun cuando la causa de la atribución al tercero (que como ya hemos mencionado se inserta en la relación de *valuta* que liga al estipulante y al tercero) fuera *donandi*¹⁰⁰. Con todo, la doctrina española puntualiza correctamente, al estilo del artículo 450.1 CC portugués, que el beneficiario sí queda sometido a las operaciones de colación y reducción por el valor de las cantidades atribuidas por el estipulante al promitente en contrapartida de su obligación frente al tercero¹⁰¹.

1.3 Momento de adquisición del derecho

26. El punto de partida para determinar el momento en que se produce la atribución del derecho al tercero es el acuerdo entre el estipulante y el promitente, ya que es posible que éstos hayan pactado someter a término o condición dicha atribución. En tal caso, y dado que, como ya se ha dicho, esta voluntad es ley en relación a la configuración del derecho del beneficiario, ése será el momento a partir del cual sea eficaz la atribución del derecho constituido a través de su acuerdo. Así, de hecho, lo contempla expresamente el § 328.2 BGB.

27. El problema surge, sin embargo, en el caso –más frecuente en la práctica– de que no se haya pactado nada al respecto; problema que se constituye como uno de los principales que se manifiestan en relación a esta figura de la estipulación a favor de tercero. En concreto, ante tal hipótesis históricamente se ha planteado la posibilidad de enlazar el momento de adquisición del derecho con su aceptación por parte del tercero, de manera que se pretendía considerar ésta como condición necesaria para tal adquisición, sobre la idea de que no se podía imponer a nadie la adquisición de un derecho sin contar con su voluntad¹⁰².

⁹⁹ Ver una crítica en LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 294-302.

¹⁰⁰ MARTÍN BERNAL, 1985, p. 320 y CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1716.

¹⁰¹ Por todos, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1716. Esto se encuentra en la línea de lo que prevé el artículo 132.13 II *Code des assurances* francés, que admite que las primas pagadas por el estipulante-tomador del seguro queden sometidas a las reglas de la sucesión cuando sean manifiestamente excesivas en función de la situación económica del causante.

¹⁰² Un buen repaso histórico, en KÖTZ, 2017, pp. 320-322.

Tal opción, que se ha argumentado en algún momento como la que se deduce de algunos de los preceptos de las legislaciones nacionales (en concreto, del antiguo 1121 CC francés y de nuestro 1257 II CC)¹⁰³, es rechazada actualmente sin embargo con acierto por la mayor parte de los ordenamientos¹⁰⁴, con la notable excepción de Holanda, que la acoge expresamente en su artículo 6:253 (1) BW. Por tanto, a día de hoy, puede afirmarse que en la mayor parte de los sistemas jurídicos se considera adecuadamente que el beneficiario adquiere el derecho derivado de la estipulación sin necesidad de aceptación alguna y que, salvo que las partes le den a tal declaración del tercero otra función en el caso concreto, ésta cumple únicamente un papel en relación a la revocación del derecho por parte del estipulante, como límite a la misma¹⁰⁵.

Tal es igualmente la interpretación de nuestra doctrina mayoritaria, que aventaja claramente en este punto a la jurisprudencia. De hecho, un examen de la jurisprudencia española parece llevar a la conclusión de que ésta sostiene generalmente de forma contundente la interpretación tradicional derivada del artículo 1257 CC¹⁰⁶. No obstante, ha de señalarse que tal jurisprudencia no es, en realidad, uniforme¹⁰⁷, ni coherente con la misma a la hora de extraer las consecuencias de ello derivadas, lo que es criticado con razón por nuestros autores¹⁰⁸. Además, debe tenerse en cuenta que no hay muchas sentencias sobre contrato a favor de tercero –gran parte, de hecho, son además antiguas– y que frecuentemente los hechos del caso y los motivos de casación condicionan y limitan la labor interpretadora del Tribunal Supremo, impidiéndole desarrollar una doc-

¹⁰³ Ver esta interpretación en el caso de España en DE BUEN, *RGLJ*, 1923, pp. 222-223 y 227 y, en el de Francia, la referencia en TERRÉ *et al.*, 2019, p. 781. Pese a que el actual artículo 1206 CC francés consagra la regla de la adquisición automática y no dependiente de la aceptación del tercero, ha de hacerse notar que la solución favorable a la aceptación necesaria se mantuvo incluso en la primera versión del proyecto de reforma, de 2015, siendo solo rechazada en la versión final. Ver DESHAYES *et al.*, 2018, p. 495.

¹⁰⁴ Una visión general en KÖTZ, 2017, p. 321.

De hecho, el actual 1206 CC francés afirma la atribución al tercero de un derecho por la propia estipulación, confirmando con ello una interpretación jurisprudencial que ya se consolidó antes de la reforma, a pesar de lo dispuesto por el anterior artículo 1121 CC. Así lo interpreta la doctrina: *v. gr.*, MERCADAL, 2016, p. 185.

¹⁰⁵ Por todos, en España, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1707 o BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 5; así como, para Francia, CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 492, DOUVILLE, 2016, p. 195, FAGES, 2017, p. 220, DESHAYES *et al.*, 2018, p. 495, MALAURIE *et al.*, 2018, p. 454 y TERRÉ *et al.*, 2019, p. 785; y, para Italia, AZZARO, 2009, p. 768 y SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1158.

¹⁰⁶ Tal es el caso, entre otras, de las SSTs de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 4126), 8 de julio de 2002 (RJ 2002, 5515) y 8 de julio de 2008 (RJ 2008, 3353).

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, la STS 11 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6893) afirma que la aceptación «supone una declaración de voluntad dirigida esencialmente a impedir la facultad revocatoria de dicha estipulación».

¹⁰⁸ Ver CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, pp. 1708-1709 y LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 306-307.

trina completa y satisfactoria sobre esta figura, adaptada a las corrientes actuales.

Estos obstáculos no se plantean, sin embargo, en el caso de la doctrina y, por ello, su interpretación es mucho más extensa y flexible, permitiéndole dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por este esquema contractual y adaptar éstas progresivamente a los tiempos cambiantes. Así, en concreto, puede constatarse que, a pesar de que la opinión de los primeros autores que analizaron históricamente la figura del contrato a favor de tercero se decantó por la misma solución jurisprudencial mayoritaria¹⁰⁹, en la actualidad la doctrina más moderna se inclina claramente a favor de la solución más correcta y acorde con las tendencias de nuestro entorno, negándole tajantemente a la aceptación cualquier tipo de valor constitutivo del derecho del tercero¹¹⁰. Su función, por tanto, es la de poner un límite a la facultad de revocación.

Consiguientemente, hemos de afirmar que tampoco es función de la aceptación el convertir al tercero en parte del contrato, y así se afirma en general adecuadamente en la mayor parte de los ordenamientos por doctrina y jurisprudencia¹¹¹. Estipulante y promitente no pretenden integrar al tercero en su relación contractual, sino únicamente atribuirle un beneficio derivado de ésta. Por este mismo motivo, la aceptación del beneficiario se manifiesta en relación a tal beneficio, no pudiendo interpretarse como una declaración de voluntad contractual. A ello se refiere en concreto nuestro Tribunal Supremo, cuando señala que la aceptación del tercero es de la estipulación «y no de todo el contrato»¹¹².

Frente a ello, sin embargo, de nuevo en Holanda el artículo 6:254 (1) BW consagra en solitario la solución contraria –de integrar al tercero en el contrato tras su aceptación–, que pasa a transformarse así en contrato plurilateral¹¹³.

28. Por este motivo, en el moderno Derecho de contratos y en la mayor parte de los ordenamientos nacionales se considera que, en defecto de pacto, el momento de adquisición del derecho por el beneficiario es el momento mismo del acuerdo entre estipulante y

¹⁰⁹ Cabe citar a este respecto a DE BUEN, *RGLJ*, 1923, p. 229; NART FERNÁNDEZ, *AAMN*, 1950, p. 482 o ALBALADEJO, 2004, pp. 457 y 460.

¹¹⁰ Entre otros, MARTÍN BERNAL, 1985, pp. 333 y 336-337; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 391; CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1707; LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 322 y 344; CÁMARA LAPUENTE, 2006, pp. 657 y 666; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 542; MACÍA MORILLO, 2014, pp. 1799-1800 o BLANDINO GARRIDO, *RdPar*, 2015, p. 5.

¹¹¹ Sirvan de ejemplo, en nuestro caso, las SSTS de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 4126) y 28 de junio de 1961 (RJ 1961, 3017), así como GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, pp. 382-383 y 394 o CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 671. En Italia, significativamente, la sentencia de la *Corte de cassazione* de 25 de septiembre de 1978, n. 4277 (*Foro it.* 1979, I, 178), así como ROSSI, 2016, p. 713 o ALPA, 2017, p. 482.

¹¹² STS 8 de julio de 2008 (RJ 2008, 3353).

¹¹³ Ver al respecto, DU PERRON, 2002, p. 283.

promitente¹¹⁴. Así se indica, incluso, de forma expresa en nuestro país en los textos de modernización del Derecho de contratos (arts. 1294 I PMCC y 526-7.1 PCC)¹¹⁵, que consagran adecuadamente la tendencia ya reflejada en otros textos del moderno Derecho de contratos (*v. gr.*, arts. 72.3 Proyecto de Pavía y 5.2.2 PICC, de acuerdo con sus comentaristas¹¹⁶), así como de Derecho nacional (*v. gr.*, arts. 1411.2 CC italiano; 444.1 CC portugués y 1206 I CC francés). Se acepta, por tanto, de forma general la atribución automática del derecho al tercero, al margen de su voluntad e incluso sin que éste tenga conocimiento de ello¹¹⁷.

Los artículos 6:110 PECL; II-9:303(2) DCFR y 78.5 CESL, sin embargo, parecen desmarcarse de esta tónica, según sus Comentarios, y retrasar el momento de adquisición a la «notificación» al tercero del derecho atribuido. No obstante, en los dos textos más modernos cabe dudar de si este retraso no se remite más bien a la cuestión de la posible revocación del derecho y no tanto a la adquisición del mismo, ya que la justificación de esta solución se enlaza con el argumento de que, hasta ese momento, el tercero no tiene motivos para suponer que se le conferirá un beneficio y que, por tanto, no tiene ninguna expectativa que requiera protección¹¹⁸. Dicho de otra forma, la remisión a la notificación no parece impedir en el DCFR ni en la CESL la acción de cumplimiento del tercero anterior a la misma –como sí parecen hacer los Comentarios de los PECL¹¹⁹–, sino que solo limita la protección del beneficiario frente a la potencial revocación de su derecho.

29. Siendo, pues, claro este punto, ha de recordarse que la regla general que acabamos de afirmar debe matizarse coherentemente con lo señalado en páginas anteriores respecto de los supuestos en que el tercero beneficiario no queda determinado en el con-

¹¹⁴ En este sentido, para Alemania, MEDICUS y LORENZ, 2015, p. 388, SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 48 y LOOSCHELDERS, 2018, p. 420; para Italia, ROSSI, 2016, p. 714 y SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1158; para Francia, CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 492, DOUVILLE, 2016, p. 195, FABRE-MAGNAN, 2016, p. 600, MERCADAL, 2016, p. 185 y DESHAYES *et al.*, 2018, p. 495; para Reino Unido, STONE, 2009, pp. 195-196. En nuestro ordenamiento, igualmente, es la opinión mayoritaria; por todos, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1707 y LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 322 y 344.

¹¹⁵ Ya tuvimos ocasión de manifestar en otro momento para la PMCC (MACÍA MORILLO, 2014, pp. 1799-1780), y confirmamos ahora para la PCC, que adoptar expresamente esta solución es uno de los mayores méritos de estos textos de propuesta de reforma de nuestro Derecho.

¹¹⁶ VOGENAUER, 2015, p. 669.

¹¹⁷ Expresamente afirman esta idea, entre otros, AZZARO, 2009, p. 766, para Italia, y CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 490 o DESHAYES *et al.*, 2018, p. 493, para Francia.

¹¹⁸ Ver VON BAR y CLIVE, 2009, pp. 624-626, para el DCFR y, menos clara, KIENINGER, 2012, pp. 374-375, para la CESL.

¹¹⁹ Así se deduce de los Comentarios al artículo 6:110 PECL (LANDO y BEALE, 2000, p. 320), cuando indican que el tercero que no ha sido notificado de su derecho no puede reclamar el cumplimiento. Nótese, sin embargo, que, en la interpretación de Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN *et al.*, 2002, p. 291, los autores adhieren el texto al sistema de la adquisición por el mero acuerdo entre estipulante y promitente.

trato –sino que es determinable–, así como respecto de los casos en que carece de existencia en el momento de la celebración del contrato a favor de tercero. En ambos casos, si bien se debe aseverar igualmente que el derecho ha nacido y tiene su origen en el acuerdo entre estipulante y promitente, hemos de tener en cuenta que la atribución de su titularidad a un sujeto concreto permanece en suspenso hasta el momento en que se lleve a cabo la designación de éste o hasta que tal tercero adquiera personalidad jurídica. Ahora bien, producido este evento, debe entenderse, en correlación con la regla general ya afirmada sobre el momento de adquisición del derecho en defecto de pacto, que el reconocimiento y los efectos derivados de esta titularidad se retrotraen hasta el momento del convenio celebrado entre el estipulante y el promitente.

Por otra parte, y más allá de estas puntualizaciones o matizaciones a esa regla general, suele citarse además una excepción a la misma en relación al caso concreto de las estipulaciones con efectos posteriores a la muerte del estipulante. Concretamente, en el ordenamiento alemán (*ex* § 331.1 BGB) y en el portugués (*ex* 451.1 CC portugués), se dispone expresamente que la adquisición del derecho por parte del tercero se retrasa en tales supuestos al hecho de la muerte del estipulante. En estos países, por tanto, la muerte del estipulante se establece como condición necesaria para el nacimiento del derecho que, hasta entonces, se configura como mera expectativa¹²⁰. Ahora bien, hemos de señalar que esta solución no es unánime en el panorama comparado, ya que existen otros ordenamientos, como el francés o el italiano, donde se interpreta de forma diferente el valor que tiene en esos casos el hecho de la muerte, considerándolo únicamente un término que retrasa la eficacia del derecho ya nacido en el contrato¹²¹.

La misma divergencia se manifiesta en nuestro país, en la medida en que se puede apreciar que existen diversos autores que parecen haber asumido la solución portuguesa y germana, mientras que otros se decantan por la italiana y francesa¹²². Esta última, de hecho, es la que parece haberse asumido en nuestros modernos textos de Derecho de contratos. De hecho, en la medida en que ni el artículo 1294 PMCC ni el 526-7 PCC hacen distinciones para este

¹²⁰ En este sentido, para Alemania, SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 49, quienes no obstante contemplan la posibilidad de pacto en contra.

¹²¹ Esta calificación expresa de «término» puede encontrarse, por ejemplo, en ROSSI, 2016, p. 716, que reafirma previamente que la atribución ya ha sido adquirida por el tercero. Ver para ambos ordenamientos el análisis de LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 354-355.

¹²² En la línea de la solución alemana, LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 355-356 y los que cita en n. 94 (generalmente, en el ámbito del seguro de vida). En contra, y a favor de la solución francesa e italiana, MARTÍN BERNAL, 1985, p. 354 y PÉREZ CONESA, 1999, pp. 241-242.

caso concreto, remiten en general el momento de adquisición del derecho al contrato, por lo que, salvo que otra cosa se haya pactado, habrá que entender tal derecho adquirido desde entonces¹²³. Es cierto, no obstante, que una de las lagunas más relevantes de ambos textos es, precisamente, no haber entrado a regular el régimen de las estipulaciones a favor de tercero con efectos tras la muerte del estipulante¹²⁴, y que tal solución se obtiene más bien –si acaso– por vía de interpretación de lo que no dicen, por lo que tampoco pueden ser considerados aquí concluyentes.

2. RELACIONES ENTRE LAS PARTES Y DE ÉSTAS CON EL TERCERO

Como consecuencia del acuerdo celebrado entre estipulante y promitente se genera una estructura triangular, que vincula entre sí a estos dos sujetos (relación de cobertura), así como al promitente con el beneficiario¹²⁵. Cerrando el triángulo, se encuentra la relación entre el estipulante y el beneficiario (relación de *valuta*), que no surge propiamente del acuerdo entre estipulante y promitente, sino que es anterior o independiente de éste, pero que, como ya hemos mencionado, aporta el fundamento o causa de la atribución del derecho al tercero.

Si bien las tres relaciones se reducen en última instancia a simples relaciones obligatorias, el hecho de que la vinculación de los tres sujetos proceda de una estipulación o contrato a favor de tercero modaliza en cierto modo su contenido, dando lugar en todos los sistemas jurídicos a diversos problemas, que son los que se van a tratar a continuación.

2.1 Las relaciones entre el estipulante y el promitente (relación de cobertura)

30. La relación de cobertura que vincula a promitente y estipulante trae causa del acuerdo o contrato que éstos celebran, cuyo contenido es –bien íntegramente, o bien como pacto accesorio– la atribución de un derecho al tercero. Como ya se indicó al comienzo de estas páginas, en principio –y salvo casos especiales, como las exclusiones que realiza Sect. 6 *Act* 1999–, este contrato puede ser

¹²³ Ya lo indicamos así anteriormente para la PMCC: MACÍA MORILLO, 2014, p. 1801.

¹²⁴ Para la PMCC, MACÍA MORILLO, 2014, pp. 1810-1812.

¹²⁵ En palabras de FAGES, 2017, p. 218, se trata de un contrato bilateral, por su formación, pero triangular por sus efectos.

cualquiera de los contratos típicos o atípicos reconocidos en un determinado ordenamiento jurídico.

A esto ha de añadirse ahora la afirmación, generalizada en la mayoría de los ordenamientos, de que no es requisito o presupuesto de esta figura que el acuerdo entre estipulante y promitente tenga carácter oneroso; en otras palabras: se admite también en relaciones obligatorias de tipo gratuito, tanto para el estipulante, como para el promitente. Básicamente, por tanto, las posibilidades son tres¹²⁶: 1. La prestación a favor de tercero a cargo del promitente es contraprestación de la que se obliga a realizar el estipulante; 2. La obligación del promitente es la carga o modo que acompaña a una liberalidad que el estipulante realiza frente al promitente; 3. El estipulante acuerda con el promitente que éste donará algo al tercero, sin recibir el segundo nada a cambio. Así se admite expresamente, al menos, en nuestro ordenamiento, así como en el alemán y el italiano¹²⁷. De todas formas, ha de señalarse que la naturaleza onerosa o gratuita de esta relación obligatoria no es relevante en relación a la figura que aquí nos ocupa, motivo por el que no recibe atención en general ni en los textos legales nacionales ni en los del moderno Derecho de contratos.

Es éste, por tanto, el acuerdo del que surge el derecho del tercero y en el que deben contenerse, en cada caso, las previsiones que las partes deseen realizar sobre el contenido de este derecho, su extensión o límites y modo de ejercicio, así como, eventualmente, la modalización de las facultades de las partes en el seno de esta estructura o fórmula jurídica. Por este motivo, se suele caracterizar la relación de cobertura como el presupuesto o base de la estipulación o contrato a favor de tercero.

31. Si bien, en principio, este vínculo obligacional se desenvuelve como cualquier otra relación obligatoria, el pacto a favor del tercero introduce en él dos tipos de modalizaciones importantes: unas, determinadas por la voluntad de las partes, en la medida en que estipulante y promitente hayan querido ampliar, restringir o condicionar sus facultades entre sí –como respectivos acreedor y deudor– o en relación al tercero; y otras, en defecto de pacto, contempladas expresamente por los diversos textos normativos nacionales o del moderno Derecho de contratos, o deducidas a través de la interpretación de doctrina y jurisprudencia en cada ordenamiento, que afectan particularmente a las facultades de las partes en el seno de esa relación obligatoria, en especial ante el supuesto de

¹²⁶ Ver al respecto LÓPEZ RICHART, 2001, p. 246.

¹²⁷ Respectivamente, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 414 y CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1718; MEDICUS y LORENZ, 2015, p. 386 y AZZARO, 2009, p. 765 o ROSSI, 2016, p. 714.

incumplimiento de las prestaciones acordadas dentro de la relación de cobertura.

Respecto de las primeras, baste con decir aquí que estos acuerdos son posibles y que, de hecho, son frecuentes (*v. gr.*, en relación al ejercicio de la facultad de resolución o a la posible modificación del contrato, en relación a la designación del tercero, etc.). Es más, su admisión no suele suscitar ninguna duda, puesto que responden en definitiva al juego normal de la autonomía de la voluntad en el marco contractual, quedando, por tanto, sometidas únicamente a los límites generales a ésta. Son las segundas, en cambio, las que suelen dar lugar a mayores discusiones o problemas, al menos en la mayor parte de los ordenamientos nacionales.

Es de destacar frente a ello el silencio de los textos del moderno Derecho de contratos en esta materia. De hecho, como se señala en los Comentarios del artículo II-9:302 DCFR, éstos se centran más generalmente en regular la posición del tercero, dejándose a las reglas contractuales generales y a las cláusulas concretas pactadas en el contrato el régimen de las facultades que asisten a estipulante y promitente, como partes contratantes¹²⁸. Con todo, como iremos viendo, ello no ha impedido a los intérpretes de estos textos extraer de ellos soluciones y respuestas a algunas de las diversas cuestiones planteadas.

En concreto, la modalización de las facultades de las partes en la relación de cobertura se suele producir en relación a los remedios que puede ejercitar el estipulante ante el incumplimiento por el promitente de la prestación acordada frente al tercero. Centrándonos en los tres remedios tradicionales reconocidos frente al incumplimiento del deudor en la mayor parte de los sistemas jurídicos –cumplimiento, resolución e indemnización–, el debate surge en torno a si el estipulante puede hacer uso de ellos –de todos o de parte– y, en caso afirmativo, con qué límites o en qué momento.

32. Comenzando en primer lugar por la acción de cumplimiento, la tendencia en la mayor parte de los ordenamientos nacionales es a admitir su ejercicio por el estipulante¹²⁹; esto es, a reconocer la posibilidad de que éste le reclame al promitente la ejecución de la prestación acordada –frente al tercero, no frente a sí mismo– o, en general, el respeto al pacto alcanzado. Ello se justifica a menudo sobre la idea de que, a fin de cuentas, el estipulante es quien se encuentra en mejores condiciones de actuar en tal caso¹³⁰.

¹²⁸ Así lo afirma en general BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 8. Específicamente, para el DCFR, VON BAR y CLIVE, 2009, p. 622; para la CESL, BURROWS y BUSCH, 2013, pp. 509-510 y para los PICC, VOGENAUER, 2015, p. 672.

¹²⁹ Una visión de Derecho comparado a este respecto en KÖTZ, 2017, p. 333.

¹³⁰ Por todos, DESHAYES *et al.*, 2018, p. 502.

Así lo reconocen expresamente la Sect. 4 Act 1999 (que remite al *Common law* estas facultades del estipulante¹³¹) y el actual artículo 1209 CC francés, así como, salvo pacto en contrario, el § 335 BGB y el artículo 444.2 CC portugués. Pese al silencio ya indicado de los textos del moderno Derecho de contratos, los diversos comentaristas de los PECL igualmente deducen su reconocimiento en dicho texto¹³².

Nuestro ordenamiento sigue igualmente esta línea, pese al silencio de las iniciativas existentes para la modernización del Derecho de contratos¹³³. En concreto, se reconoce expresamente el ejercicio de esta facultad a cargo del estipulante en el marco del Derecho foral (Ley 523 FNN), lo que se acompaña en el Derecho común de su admisión unánime por parte de la doctrina y la jurisprudencia¹³⁴, lo que merece una valoración positiva.

Ahora bien, aunque tal reconocimiento aparece actualmente como generalizado, hemos de advertir que en el pasado sí fue objeto de polémica –hoy superada–, ante la duda e, incluso, la negación de la existencia de un interés del estipulante en el ejercicio de esta acción, en tanto que no va a revertir sobre su persona o su patrimonio, sino que, como hemos dicho, el objetivo de este remedio tiene como destinatario al tercero¹³⁵. Con todo, este debate se encuentra hoy resuelto, sobre la idea de que el interés del estipulante se manifiesta aquí en la relación de *valuta* que le une al tercero, por lo que puede afirmarse que el ejercicio de la acción de cumplimiento responde también a su propio interés¹³⁶.

Nótese que la referencia al interés del estipulante ha adquirido históricamente especial relevancia en Francia (*ex* antiguo art. 1121 CC francés) y, sobre todo, Italia (*ex* art. 1411 I CC italiano), en la medida en que su regulación establecía o establece aún hoy el requisito de la existencia de un interés del estipulante como condición de validez de estos contratos. Este tenor literal, sin embargo, ha sido progresivamente erosionado y reinterpretado, sobre el entendimiento en ambos ordenamientos de que el interés del esti-

¹³¹ Entre ellas se encuentra, en concreto, el equivalente a nuestra acción de cumplimiento (*specific performance*). Ver al respecto, ANDREWS, 2011, pp. 188 y 198; MCKENDRICK, 2015, p. 91 y BEATSON *et al.*, 2016, p. 654.

¹³² LANDO y BEALE, 2000, p. 319 y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN *et al.*, 2002, p. 291. Igualmente, BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 10.

¹³³ Ya hacíamos referencia a este silencio para la PMCC en MACÍA MORILLO, 2014, pp. 1812-1815.

¹³⁴ Sirvan de ejemplo, MARTÍN BERNAL, 1985, p. 308; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 417; CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1718; LÓPEZ RICHART, 2001, p. 377 y BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 10, así como, implícitamente, la STS de 14 de abril de 1986 (RJ 1986, 1849).

¹³⁵ Ver la referencia a estos argumentos en Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 540.

¹³⁶ Así lo proclama, por ejemplo, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1718.

pulante en el contrato a favor de tercero se plasma en su intervención en el mismo en nombre e interés propio, lo que puede tener no solo un valor económico o patrimonial para el estipulante, sino también meramente moral o afectivo¹³⁷. De hecho, es de notar que el actual artículo 1205 CC francés no recoge ya mención alguna al interés personal del estipulante¹³⁸, y que, como se ha mencionado, el artículo 1209 CC francés reconoce expresamente su legitimación para ejercitar la acción de cumplimiento¹³⁹.

33. En segundo lugar o como segundo remedio frente al incumplimiento se encuentra la facultad de resolución. El ejercicio de esta pretensión no ha planteado en general discusión alguna respecto de su reconocimiento para el estipulante, pues, de hecho, así se afirma de forma indubitada por la doctrina de los diversos ordenamientos nacionales¹⁴⁰; e igualmente, aunque con alguna mayor discusión, se reconoce para el promitente, ante el incumplimiento del estipulante en relaciones de cobertura en que se han acordado prestaciones recíprocas¹⁴¹.

La polémica en este punto, no obstante, se ha planteado en relación al momento en que puede ejercitarse esta facultad resolutoria, o, dicho de otra forma, en relación a los posibles límites a su ejercicio. Concretamente, el debate principal se centra en determinar si cabe ejercitar el remedio resolutorio una vez que el tercero ha aceptado la atribución del derecho o, en general, si cabe ejercitarlo en los supuestos en que el beneficio se configura como irrevocable, dado que, en estos casos, tal ejercicio derivaría en la pérdida por el tercero del derecho que se había consolidado en su patrimonio.

Debe señalarse, de todas formas, que el escenario en que esta polémica tiene más sentido es aquel en que la resolución se pretende ejercitar en estos casos cuando aún le resulta al tercero posible y

¹³⁷ Con una perspectiva comparada, KÖTZ, 2017, p. 323. Particularmente, para Italia, AZZARO, 2009, p. 764; ROSSI, 2016, pp. 714-715; SACCO y DE NOVA, 2016, pp. 1159-1161 y ALPA, 2017, pp. 481-482. Igualmente, para Francia, MALAURIE *et al.*, 2018, pp. 450-451.

¹³⁸ Así lo destacan DESHAYES *et al.*, 2018, p. 494.

¹³⁹ Con todo, como cierta reminiscencia de la polémica, la doctrina francesa suele hacer especial hincapié en que el estipulante debe exigir la ejecución no para sí mismo, sino en beneficio del tercero. Ver DOUVILLE, 2016, p. 201; MERCADAL, 2016, p. 187 y DESHAYES *et al.*, 2018, p. 502.

¹⁴⁰ Así, lo afirma en general KÖTZ, 2017, p. 333, en una perspectiva de Derecho comparado. Particularmente, en nuestro caso, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 374; para Alemania, HARKE, 2010, p. 425 o SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 48; para Francia, FABRE-MAGNAN, 2016, p. 598 y MALAURIE *et al.*, 2018, p. 456; y, para Italia, ALPA, 2017, p. 482.

¹⁴¹ La aceptación en Francia, es, por ejemplo, tajante (BÉNABENT, 2010, 196). En nuestro ordenamiento, sin embargo, no lo es tanto, ya que hay quien señala la existencia de ciertas dudas: DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 544. Pese a ello, lo cierto es que la mayoría de la doctrina parece inclinarse por admitirlo: ver PÉREZ CONESA, 1999, p. 255 y CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1720.

satisfactoria la ejecución de la prestación acordada a su favor. Es decir, en supuestos en los que se ha producido un incumplimiento resolutorio de alguna de las obligaciones acordadas entre estipulante y promitente –sea entre ellos o frente al tercero–, pero en los que cabría aún reclamar el cumplimiento específico. De tratarse, en cambio, de un supuesto de incumplimiento definitivo (*v. gr.*, por imposibilidad sobrevenida o término esencial), en que el tercero no va a poder ver satisfecho ya su interés en la prestación por medio del ejercicio de la acción de cumplimiento, la incidencia de la facultad resolutoria es claramente menor.

Ante este problema, no se puede afirmar que exista una única respuesta, dado que las soluciones nacionales difieren y dado que, además, no suelen ser sostenidas de forma unánime o unívoca. Concretamente, en el caso de Alemania, por ejemplo, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia parece optar por exigir un acuerdo entre el estipulante y el beneficiario, de manera que el ejercicio de la facultad de resolución queda condicionada al consentimiento del tercero¹⁴². Ahora bien, más allá de que esta visión restrictiva de la facultad de resolución se debe enmarcar en el contexto general germano, que –como veremos– concibe la revocación del derecho del tercero como una excepción, hay que señalar además que también se encuentran voces discordantes a esta interpretación¹⁴³.

Igualmente, en Francia, aunque antes de la reforma se afirmaba que el hecho de que el tercero no haya sido llamado a la facultad de resolución tiene como consecuencia que le es inoponible –lo que, indirectamente, deriva en su necesaria concurrencia y acuerdo¹⁴⁴–, tras la reforma, los autores parecen más propensos a aceptar siempre el ejercicio del remedio resolutorio por parte del estipulante¹⁴⁵, o, al menos, a contemplar la solución al problema caso por caso¹⁴⁶.

Siguiendo esta tónica de posiciones divididas, en nuestro ordenamiento las opiniones doctrinales no son uniformes. Concretamente, la mayor parte de los autores –entre los que nos incluimos– parece inclinarse por admitir el ejercicio de la resolución sin necesidad de consentimiento o acuerdo previo con el beneficiario,

¹⁴² Ver al respecto LOOSCHELDERS, 2018, p. 420, así como la sentencia del *Reichsgericht* de 2 de febrero de 1921 (*RGZ* 101, 275).

¹⁴³ Lo discute, de hecho, HARKE, 2010, pp. 425-426, y SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 48, solo contemplan este acuerdo como necesario en el supuesto de que la prestación se hubiera pactado como irrevocable.

¹⁴⁴ Así lo interpretaba CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1720 n. 86.

¹⁴⁵ Ver en este sentido CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 493, que consideran que no era necesario que el texto legal se pronunciara a este respecto, al tratarse de una cuestión clara. Con menor argumentación, DOUVILLE, 2016, p. 200 y FAGES, 2017, p. 220. El referente del que parte esta afirmación en todos ellos, no obstante, es la facultad de resolución en general, sin abordar específicamente la problemática aquí aludida.

¹⁴⁶ DESHAYES *et al.*, 2018, p. 502.

pero afirmando eventualmente la responsabilidad frente a él por la privación que sufre del derecho que se le atribuyó¹⁴⁷. De hecho, no existe razón para negar el ejercicio de la facultad de resolución en supuestos en los que el tercero no podría ejercitar por su parte la acción de cumplimiento. Sin embargo, no faltan tampoco entre nuestros autores quienes niegan en estos casos el posible ejercicio del remedio resolutorio, limitando con ello las facultades del estipulante¹⁴⁸.

De hecho, los mismos efectos de una negativa o privación del ejercicio de esta facultad de resolución parecen producirse por la solución que deducen respecto de la cuestión aquí analizada los Comentarios del DCFR, a partir de lo dispuesto en el artículo II-9:303. En concreto, los comentaristas de este texto afirman que, en los casos en los que el derecho del tercero es o deviene irrevocable y no se ha previsto de ninguna forma la revocación en el contrato, se genera una relación entre el promitente y el beneficiario que es distinta de la relación existente entre las partes contratantes y que resulta ajena a su control. De esto deriva la proclamación consiguiente de que la terminación de la relación entre estipulante y promitente no afecta a la relación entre el promitente y el tercero¹⁴⁹. Por tanto, en la interpretación de este texto, aunque no se declara la privación a las partes de la facultad de resolución como hace parte de nuestra doctrina, el resultado que deriva de la estructura planteada es la misma: al tercero le resultan inoponibles los efectos de su ejercicio.

Pues bien, visto todo lo anterior, y ante la patente diversidad de las respuestas al problema planteado, resulta claro que ésta es una de las cuestiones en las que más puede echarse en falta una solución legal expresa, solución que, en todo caso, hay que ser conscientes de que difícilmente va a poder alinearse con la de los países de nuestro entorno, ante la falta de respuesta unívoca en este punto. En todo caso, aunque no vaya a ser posible encontrar una solución perfecta al problema de los límites al ejercicio de la facultad revocatoria, lo que es indubitado es que resulta insatisfactorio a este respecto el silencio de los dos textos españoles de modernización del Derecho de contratos manejados en estas páginas, y que tal

¹⁴⁷ Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 403; CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, pp. 1719-1720 o nuestra propia opinión, ya manifestada anteriormente en MACÍA MORILLO, 2014, p. 1815. Frente a esta posición, sin embargo, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 393, exige el consentimiento del tercero.

¹⁴⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 544.

¹⁴⁹ VON BAR y CLIVE, 2009, pp. 625-626.

omisión debería evitarse en una potencial reforma de la materia aquí analizada¹⁵⁰.

34. Finalmente, en tercer lugar, por lo que respecta a la acción de indemnización, la discusión respecto del ejercicio de este remedio se centra no tanto en si el estipulante puede reclamar daños en caso de que el incumplimiento del promitente le suponga a él algún tipo de desventaja patrimonial o moral, sino más bien en si puede ejercitar este mismo remedio en reclamación de los daños que experimente por ello el tercero. Así, mientras que los primeros son aceptados de forma prácticamente indubitada en la mayor parte de los ordenamientos¹⁵¹, la reclamación de la indemnización de los daños sufridos por el tercero parece negarse –aunque no de manera tajante– en Reino Unido, sobre el fundamento de que no se puede solicitar una indemnización mayor que la que compensa el daño sufrido¹⁵².

Nuestros autores, sin embargo, admiten este ejercicio a cargo del estipulante sin plantear dudas al respecto, solución que nos parece preferible¹⁵³. De hecho, consideramos que la objeción aludida por el Derecho británico es, cuanto menos, cuestionable, si se parte –como no puede ser de otra forma– de la afirmación de que el daño que reclama aquí el estipulante no es el propio, sino el del tercero y de que, por tanto, la indemnización que se fije deberá tener en cuenta el perjuicio sufrido por el tercero. No es posible, por tanto, apreciar aquí derogación alguna del principio de indemnización íntegra del daño, y mucho menos por el solo hecho de que la reclamación se ejercite por persona distinta de la víctima del mismo.

Más allá de esta primera polémica, en todo caso la posible existencia de dos potenciales damnificados, estipulante y tercero, por el mismo evento (el incumplimiento del promitente) añade otras dos cuestiones problemáticas que han sido objeto de análisis, fundamentalmente, de nuevo, en el marco del Derecho anglosajón y su

¹⁵⁰ Ver igualmente nuestra crítica y la propuesta del posible sentido de esta regulación en MACÍ MORILLO, 2014, p. 1815.

¹⁵¹ Por todos, desde la perspectiva de Derecho comparado, KÖTZ, 2017, p. 333. Particularmente, para España, PÉREZ CONESA, 1999, p. 214 o LÓPEZ RICHART, 2001, p. 386; para Alemania, MEDICUS y LORENZ, 2015, p. 390; para Francia, FAGES, 2017, p. 221 y MALAURIE *et al.*, 2018, p. 456; y, para Reino Unido, TREITEL, 2015, p. 703 y BEATSON *et al.*, 2016, p. 651.

¹⁵² No obstante, como señala MCKENDRICK, 2019, pp. 140-141, con la entrada en vigor de la *Act 1999* queda abierta la cuestión de si seguirán aplicándose alguna de las excepciones que se elaboraron en el *Common Law*, ante la laguna legal que suponía negar en este caso la reclamación al estipulante, ya que el tercero carecía por su parte de acción, como sujeto ajeno al contrato del que surgían los daños. Ver para todo ello ANDREWS, 2011, pp. 199-205 o TREITEL, 2015, pp. 704-722.

¹⁵³ Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, pp. 417-418; PÉREZ CONESA, 1999, p. 213 y CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1719.

ámbito de influencia: la eventual agravación de la responsabilidad del promitente y el riesgo de una doble indemnización.

Respecto de la primera, el riesgo de agravamiento de la responsabilidad debe considerarse, en general, minimizado, sobre la idea puesta de relieve en los Comentarios del DCFR de que el promitente ya es consciente de ello desde un principio. No en vano, se trata de un riesgo que deriva de la propia estructura del contrato celebrado y de la previsión de la existencia de un tercero, por lo que generalmente este potencial agravamiento de la responsabilidad será previsto y regulado por las partes como mejor corresponda a sus intereses¹⁵⁴.

Respecto de la segunda, en Reino Unido se prevé expresamente (Sect. 5 *Act* 1999) que se reducirá la compensación al tercero en la medida en que sea apropiado tener en cuenta la suma recobrada por el estipulante en consideración a los daños del tercero¹⁵⁵. Tal solución, que debemos entender recíprocamente aplicable al supuesto de que el estipulante pretenda ejercitar esta acción de indemnización tras su ejercicio por el tercero y en reclamación conjunta de los daños propios y los de éste, consideramos que no cabe duda de que puede trasladarse a los demás ordenamientos –incluido el nuestro–, en la medida en que lo que previene es que se indemnice dos veces el mismo daño.

2.2 Las relaciones entre el promitente y el tercero

La estipulación o contrato a favor de tercero sitúa a estos dos sujetos en una posición análoga a la de deudor y acreedor, pese a que no exista vinculación contractual entre ambos: el tercero, como acreedor de la prestación convenida a su favor por estipulante y promitente, puede reclamar la ejecución de la misma a este último, que ocupa así la posición de deudor.

Ahora bien, la analogía con una relación obligatoria normal no es plena, y el interés en este punto se centra en definir cuál es, exactamente, el perfil de esa relación, o, más concretamente, de qué acciones dispone el tercero para hacer efectivo el derecho conferido y qué excepciones puede oponer frente a ellas el promitente. Veamos ambas cuestiones por separado.

¹⁵⁴ VON BAR y CLIVE, 2009, p. 622. Igualmente, para nuestro país, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 385.

¹⁵⁵ Ver al respecto, STONE, 2009, p. 197; ANDREWS, 2011, p. 214; MCKENDRICK, 2015, p. 91 o TREITEL, 2015, p. 784.

2.2.1 LAS ACCIONES QUE PUEDE EJERCITAR EL TERCERO PARA LA EFECTIVIDAD DE SU DERECHO

35. Tal como se ha indicado, el punto de partida en la mayor parte de los ordenamientos nacionales y de los textos del moderno Derecho de contratos es que, en principio, el tercero se sitúa en la posición de acreedor frente al promitente y goza de todas las facultades inherentes a su condición en cuanto a la defensa y disposición sobre el derecho del que es titular, quedando sometido igualmente a las cargas propias de esta posición¹⁵⁶.

Más allá de esto, no obstante, como hemos venido afirmando hasta ahora el contenido principal de este derecho del beneficiario radica en la posibilidad de reclamar un determinado comportamiento a desarrollar por el promitente: aquel que se ha acordado en la relación de cobertura y que constituye el beneficio pactado a favor del tercero. Por ello, la cuestión principal que debe dirimirse en este punto es la de establecer de qué acciones dispone el tercero en caso de que el promitente no cumpla con la obligación a la que se ha comprometido con el estipulante, pues el hecho de que el beneficiario no sea parte de tal contrato puede justificar alguna variación respecto del conjunto de remedios que se reconocen en general al acreedor frente al incumplimiento del deudor.

La respuesta a esta cuestión no es, sin embargo, polémica en general, ya que en la mayor parte de los ordenamientos y textos del moderno Derecho de contratos se opta por ofrecer una misma solución, siendo una afirmación generalizada la aceptación de la atribución al tercero solo de una parte de los remedios frente al incumplimiento.

36. En concreto, como no podía ser de otra forma, existe un amplio consenso respecto de que el tercero dispone de la acción de cumplimiento para hacer efectivo su derecho, y de que, salvo que otra cosa se acuerde entre estipulante y promitente, puede reclamar igualmente una indemnización al promitente por los daños sufridos por la falta de cumplimiento.

De hecho, el ejercicio de la acción de cumplimiento por parte del tercero se contempla de forma expresa en los artículos II-9:302 a DCFR y 78.3 a CESL y en diversos textos nacionales (*v. gr.*, arts. 1257 II CC y 444.3 CC portugués; Ley 523 II FNN y Sect. 1(5) *Act* 1999)¹⁵⁷, así como implícitamente por los artícu-

¹⁵⁶ Así LÓPEZ RICHART, 2001, p. 278, para lo primero, y HARKE, 2010, p. 427, para lo segundo.

¹⁵⁷ De hecho, en el caso de Reino Unido la doctrina hace especial hincapié en que precisamente el objetivo de la regulación de 1999 fue otorgar al tercero un derecho para poder exigir la ejecución de la estipulación acordada a su favor (*v. gr.*, ARVIND, 2017,

los 1294 IV PMCC y 526-7.6 PCC¹⁵⁸, y es reconocida por la doctrina allí donde los textos legales guardan silencio¹⁵⁹. Su fundamento reside en la idea ya apuntada desde un principio relativa a que en esta estructura jurídica conformada por el pacto a favor del tercero, éste no es un mero legitimado para recibir el pago, sino que es el titular de un verdadero derecho¹⁶⁰.

Es más, el ejercicio de esta acción se acepta aunque no se haya producido la aceptación por parte del tercero (expresamente, de hecho, en la Ley 523 II FNN)¹⁶¹ y se extiende incluso en estos casos por la doctrina francesa a los herederos del beneficiario, si éste hubiera fallecido¹⁶². Ambas afirmaciones son coherentes con lo visto hasta ahora en las páginas precedentes, puesto que responden en el fondo a la aplicación del principio ya argumentado de que la titularidad del derecho se atribuye al tercero por el mero acuerdo entre estipulante y promitente. Al margen de que el ejercicio de la acción de cumplimiento se pueda considerar por sí mismo una aceptación tácita, lo cierto es que, incluso aunque esto se discutiera, debería seguir reconociéndosele tal ejercicio al beneficiario, puesto que es titular directo y automático del derecho conferido a su favor por el acuerdo entre estipulante y promitente.

Frente a ello, es cierto que el reconocimiento expreso de la acción de indemnización no aparece tan extendido en esos mismos textos y que, de hecho, solo se encuentra alguna referencia a ella en los arts. II-9:302 a DCFR y 78.3 a CESL del moderno Derecho de contratos, así como, dentro de los ordenamientos nacionales, en la

p. 539). Y es que, de no haber existido tal norma, la doctrina de la relatividad del contrato (*privity*) y el requisito de la llamada *consideration* habría impedido toda acción del beneficiario en una relación que le es ajena. Ver KÖTZ, 2017, pp. 321-322.

¹⁵⁸ Ver MACÍA MORILLO, 2014, p. 1813, para la PMCC, aunque la argumentación puede trasladarse sin problemas a la PCC, en la medida en que el texto del mencionado artículo 526-7.6 es prácticamente un calco del 1294 IV PMCC.

¹⁵⁹ Sirvan de ejemplo, para Alemania, HARKE, 2010, p. 425 o SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 48 y, para Italia, AZZARO, 2009, p. 771 y SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1163. En el caso de Francia, esta legitimación, contemplada antes de la reforma por la doctrina y la jurisprudencia (ver BÉNABENT, 2010, p. 197 y FABRE-MAGNAN, 2016, p. 599), se mantiene por vía de interpretación de la atribución inmediata al tercero de un derecho (art. 1206 CC francés). Así, entre otros, CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 493; DOUVILLE, 2016, p. 196; MERCADAL, 2016, p. 187 y FAGES, 2017, p. 221.

¹⁶⁰ Así se deduce de nuestra jurisprudencia, siendo ésta una de las cuestiones sobre las que suele pronunciarse expresamente: v. gr., SSTS de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 4126), 8 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4765), 13 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6111), 6 de febrero de 1989 (RJ 1989, 670), 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7104) y 14 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6897).

¹⁶¹ En contra, sin embargo, ALBALADEJO, 2004, p. 460, aunque ha de señalarse que la oposición de este autor se explica en el contexto hoy superado de su concepción de la atribución del derecho al tercero condicionada a su aceptación.

¹⁶² Ver CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 492 y DOUVILLE, 2016, p. 199.

Sect. 1(5) *Act* 1999. Sin embargo, no se pone en duda en ningún ordenamiento, siendo generalizada su afirmación¹⁶³.

37. En defecto de pacto entre estipulante y promitente, se niega en cambio en general que el tercero pueda ejercitar la facultad de resolución. Pese al silencio –expresivo en este caso– de los textos nacionales, esta solución se sostiene de forma tajante por la mayoría de la doctrina de los diversos ordenamientos, lo que debe valorarse positivamente. El argumento principal que sustenta tal rechazo se basa en el hecho de que el beneficiario no es parte del contrato cuya resolución se reclamaría, ni obtendría de ello ningún beneficio¹⁶⁴.

No es obstáculo a ello ni contradice esta interpretación unánime el tenor literal de varios de los textos del moderno Derecho de contratos, cuya amplia redacción parece pretender extender al tercero todos los remedios propios de una relación contractual –incluido, por tanto, el resolutorio–, al atribuirle a éste el ejercicio de «todas» las acciones de las que habría dispuesto si hubiese sido parte del contrato. De hecho, aunque la formulación concreta varía entre unos y otros, aparentemente una interpretación literal de los artículos 73.1 Proyecto de Pavía, II-9:302 a DCFR y 78.3 CESL, así como de la Sect. 1(5) *Act* 1999, conduciría a reconocer para el tercero no solo el ejercicio de la facultad resolutoria, sino igualmente todos los demás remedios basados en la relación sinalagmática o recíproca entre las partes de un contrato (también, por tanto, la excepción de contrato no cumplido o la reducción del precio)¹⁶⁵. Ahora bien, tal interpretación, aunque ciertamente puede encontrar un enlace en la concreta formulación de los mencionados preceptos, genera no pocas dudas, puesto que permitiría al tercero inmiscuirse en la esfera contractual entre estipulante y promitente en aspectos que le son ajenos –recordemos una vez más que no es parte de la misma–, motivo por el que entendemos que debe rechazarse¹⁶⁶. Así se aclara, de hecho, correc-

¹⁶³ Téngase en cuenta, para España, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1721 y LÓPEZ RICHART, 2001, p. 278; para Francia, BÉNABENT, 2010, p. 197, antes de la reforma, y DOUVILLE, 2016, p. 201, tras la reforma; para Reino Unido, ANDREWS, 2011, p. 210, MCKENDRICK, 2015, p. 90 y TREITEL, 2015, p. 772; para Italia, PRETTO-SAKMANN, 2005, p. 307 y AZZARO, 2009, p. 771; y en general, en el marco del moderno Derecho de contratos, VOGENAUER, 2015, p. 671.

¹⁶⁴ Esta doctrina, unánimemente sostenida, se afirma para España por GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, pp. 402 y 418; PÉREZ CONESA, 1999, pp. 214-215; CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1721 o LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 279 y 388-389. La misma negativa se encuentra entre la doctrina alemana (SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 48 y LOOSCHELDERS, 2018, p. 419), francesa (DOUVILLE, 2016, p. 196; FABRE-MAGNAN, 2016, p. 599; FAGES, 2017, p. 221 y TERRÉ *et al.*, 2019, p. 786) e italiana (AZZARO, 2009, p. 771 o SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1163).

¹⁶⁵ Ver en este sentido, BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 9, para la CESL.

¹⁶⁶ Tal fue, de hecho, la solución que ya afirmamos anteriormente en MACÍA MORILLO, 2014, p. 1814.

tamente en los Comentarios del artículo II-9:302 a DCFR y por parte de los comentaristas de la CESL¹⁶⁷. Igualmente, en el Reino Unido se corrige por la doctrina el tenor literal de la Sect. 1(5) *Act* 1999, al interpretarse que solo se debe entender referido a los remedios judiciales, siendo la resolución en dicho ordenamiento, en cambio, un remedio extrajudicial¹⁶⁸.

2.2.2 EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL PROMITENTE FRENTE AL TERCERO

38. Éste es un problema sobre el que se pronuncian expresamente la mayor parte de los textos legales que regulan esta figura, con cierta extensión en los diversos ordenamientos nacionales, al igual que los textos del moderno Derecho de contratos, a excepción de los PECL. Se trata, por otra parte, de una materia sobre la que se puede apreciar además un elevado consenso, ya que las soluciones ofrecidas en el panorama internacional y de Derecho comparado coinciden prácticamente de forma plena para todas las cuestiones que aquí se suscitan, lo que debe valorarse de forma muy positiva.

39. En concreto, en primer lugar, los textos de Derecho nacional suelen contener la previsión expresa de la oponibilidad al tercero de todas las excepciones que deriven del contrato del que éste deriva su derecho (*v. gr.*, los artículos 1413 CC italiano y 449 CC portugués; el § 334 BGB y la Sect. 3(2) *Act* 1999)¹⁶⁹, idea que es reiterada en nuestros textos de modernización del Derecho de contratos (arts. 1294 IV PMCC y 526-7.6 PCC). Tales excepciones, justificadas en el argumento ya analizado de que el acuerdo entre estipulante y promitente es la fuente y medida del derecho del tercero, se interpretan en sentido amplio por la doctrina de los diversos países, de manera que se extienden no solo a los pactos sobre condición, término o modo, que determinan la eficacia del derecho del tercero, sino también a las vicisitudes del contrato mismo: nulidad, anulabilidad, prescripción, etc.¹⁷⁰.

En la misma línea, se admite la oposición por el promitente de la excepción de contrato no cumplido, cuando el estipulante no ha

¹⁶⁷ Respectivamente, VON BAR y CLIVE, 2009, p. 621 y BURROWS y BUSCH, 2013, p. 506.

¹⁶⁸ Así lo afirman, BEATSON *et al.*, 2016, pp. 666-667 o MCKENDRICK, 2019, pp. 135-136.

¹⁶⁹ En general, KÖTZ, 2017, p. 333.

¹⁷⁰ Así, para España, PÉREZ CONESA, 1999, p. 251, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1723, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 365 y CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 687; para Alemania, HARKE, 2010, p. 427 y SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 49; para Francia, TERRÉ *et al.*, 2019, p. 786; para Reino Unido, TREITEL, 2015, pp. 777-778; y, para Italia, ALPA, 2017, p. 482.

realizado frente a éste la prestación a la que se comprometiera en la relación de cobertura¹⁷¹. Tal solución parece quedar además admitida implícitamente en el artículo 73.2 del Proyecto de Pavía, al mencionar éste la oponibilidad de las excepciones relativas al incumplimiento.

En este caso, nuestra doctrina justifica la oponibilidad de la excepción en el argumento de que, en última instancia, el tercero siempre puede evitarla ejecutando él mismo las prestaciones debidas por el estipulante al promitente¹⁷². Ello no impide, sin embargo, que el estipulante responda frente al beneficiario por los eventuales perjuicios que ello le cause¹⁷³, a lo que se debe añadir que el beneficiario dispondrá en ese caso frente al estipulante del resto de las acciones derivadas de las normas del pago por tercero (art. 1158 CC).

40. A estas excepciones se suman indubitadamente, en segundo lugar, las personales que pudiera tener el promitente frente al beneficiario, derivadas de relaciones o negocios anteriores entre ambos.

Aunque aceptadas unánimemente por nuestra doctrina¹⁷⁴, sobre la idea de que promitente y beneficiario se sitúan en las posiciones respectivas de deudor y acreedor en relación a la prestación otorgada al segundo¹⁷⁵, y aunque no existe tampoco rechazo a las mismas en el resto de sistemas jurídicos, únicamente se refiere a ellas de forma expresa el ordenamiento británico (Sect. 3(4) *Act* 1999), que admite, no obstante –igual que para las excepciones derivadas del contrato–, pacto en contra (Sect. 3(5) *Act* 1999). No hace falta decir que entendemos indiscutible que la posibilidad de tal pacto ha de entenderse implícita también en nuestro ordenamiento.

41. Junto a esta previsión unánime de oponibilidad de los dos tipos de excepciones ya mencionados, existe igualmente un acuerdo extendido por los diversos ordenamientos y textos del moderno Derecho de contratos tendente a calificar de inoponibles las posibles excepciones que tuviera el promitente frente al estipulante por otras relaciones diferentes de la que sirve de base a la estipulación a favor de tercero (*v. gr.*, la excepción de compensación). Tal previsión, de hecho, puede encontrarse en el ámbito nacional en los artícu-

¹⁷¹ Ver la aceptación de esta excepción, en los distintos ordenamientos, por parte de DE BUEN, *RGLJ*, 1923, p. 234, MARTÍN BERNAL, 1985, p. 316 o PÉREZ CONESA, 1999, p. 252, para España; MEDICUS y LORENZ, 2015, p. 390, para Alemania; MALAURIE *et al.*, 2018, p. 456, para Francia; o ALPA, 2017, p. 482, para Italia.

¹⁷² CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1721 y LÓPEZ RICHART, 2001, p. 367.

¹⁷³ Ver GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 403 o ALBALADEJO, 2004, p. 461.

¹⁷⁴ Por todos, PÉREZ CONESA, 1999, p. 251; LÓPEZ RICHART, 2001, p. 363 y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 545.

¹⁷⁵ La idea, que enuncia en nuestro ordenamiento CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1720, es igualmente sostenida en el ámbito comparado por KÖTZ, 2017, p. 333.

los 1413 CC italiano y 449 CC portugués, y se confirma por la doctrina de nuestro ordenamiento¹⁷⁶. Igualmente, los artículos 73.2 Proyecto de Pavía, 1294 IV PMCC y 526-7.6 PCC se adhieren adecuadamente a la opción de proclamar la inoponibilidad de estas excepciones.

Aunque el ordenamiento británico parece ofrecer una solución distinta, pues la Sect. 3(3) *Act* 1999 admite la oponibilidad de estas excepciones, lo cierto es que en realidad ello se hace depender de que medie pacto expreso en el contrato del que deriva la estipulación a favor del tercero. Por tanto, esta previsión remite en el fondo a la regla ya vista de que el acuerdo entre estipulante y promitente es la ley y la medida del contenido y extensión del derecho del tercero, regla que ya dijimos que era aceptada en todos los textos y ordenamientos analizados, y conforme a la cual, por tanto, la misma excepción se podría extender al resto de los ordenamientos. Consiguientemente, hemos de reconocer que, si así lo acuerdan estipulante y promitente, el segundo podrá oponerle al beneficiario las excepciones que aquél tuviera frente al estipulante derivadas de otras relaciones diferentes a la relación de cobertura.

Tampoco el enunciado de los artículos II-9:302 b DCFR, 5.2.4 PICC y 78.3 b CESL ofrece en realidad una solución distinta a la general ya afirmada, pese a que su redacción se remite sin mayor precisión o limitación alguna a la oponibilidad de «todas» las excepciones que el promitente pudiera oponer al estipulante, por lo que parecen admitir implícitamente la posibilidad de que el promitente le oponga al tercero este tipo de excepciones. Aunque esta misma amplitud en la admisión de las excepciones oponibles por el promitente al tercero parece encontrarse en el seno de la doctrina francesa¹⁷⁷, en realidad en ambos casos la amplitud es engañosa y adolece, en realidad, de una falta de precisión terminológica, debiendo entenderse más bien restringida a las excepciones que el promitente pudiera oponer al estipulante como derivadas del contrato que constituye la relación de cobertura; ésas sí, «todas» ellas. Así, al menos, se precisa correctamente por los comentaristas de los PICC¹⁷⁸, así como por parte de la doctrina francesa¹⁷⁹. Igualmente, aunque

¹⁷⁶ Ver LÓPEZ RICHART, 2001, p. 368; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 546 o BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 10.

¹⁷⁷ De hecho, una fórmula muy similar a la de los mencionados textos modernos es utilizada sin mayor precisión por CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 493; DOUVILLE, 2016, p. 196; FABRE-MAGNAN, 2016, p. 599 o TERRÉ *et al.*, 2019, p. 786.

¹⁷⁸ VOGENAUER, 2015, p. 679.

¹⁷⁹ En concreto, FAGES, 2017, p. 221 o DESHAYES *et al.*, 2018, p. 495, se refieren solo a las excepciones que derivan del contrato. Desde el punto de vista comparado, igualmente, confirma esta solución KÖTZ, 2017, p. 333. Con todo, es notable en este punto el silencio de la detallada regulación del *Code civil*.

la CESL no lo indica expresamente, sus comentaristas consideran que puede aplicarse la solución británica, con exigencia, pues, de pacto expreso para la posible oposición de estas excepciones¹⁸⁰.

Ciertamente, no obstante, en el caso del DCFR el Comentario no aporta expresamente la misma restricción, por lo que podría llegar a entenderse que el citado texto permite la oposición de estas excepciones, salvo que –como sí se precisa expresamente– se imponga otra solución en el contrato de forma implícita o explícita¹⁸¹. Pese a ello y en vista de la tónica general ya puesta de relieve, hemos de señalar que tal interpretación resultaría extraña y difícilmente aceptable en los diversos ordenamientos nacionales, por lo que consideramos que no es muy probable que se haga valer en el futuro ese posible efecto derivado del tenor literal del citado precepto del texto de armonización del Derecho europeo.

42. Para acabar con esta cuestión, debe indicarse que parece quedar fuera de toda duda el rechazo a la posible oposición por el promitente de las excepciones que median entre estipulante y tercero. Pese a que no se hace referencia a ellas en ninguno de los textos nacionales o internacionales aquí manejados –aunque quizá pudieran entenderse implícitamente recogidas en la amplia referencia a «otras relaciones con el estipulante» que excluye como oponibles el artículo 1294 IV PMCC y que reitera posteriormente, a su imagen, el artículo 526-7.6 PCC¹⁸²–, consideramos que la irrelevancia de la relación de *valuta* para la relación entre promitente y tercero debe conducir necesariamente a este resultado, salvo pacto en contrario, y así se afirma con acierto por la doctrina nacional y extranjera¹⁸³.

2.3 Las relaciones entre el estipulante y el tercero (relación de *valuta*)

43. Este lado de la relación triangular entre los sujetos involucrados en la estipulación o contrato a favor de tercero es el que, en general, menos problemas suscita y el que menor interés despierta en el moderno Derecho de contratos y en los textos normativos nacionales, que guardan generalmente silencio al respecto¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Ver BURROWS y BUSCH, 2013, p. 508. Por su parte, KIENINGER, 2012, p. 374, parece dar por supuesta la inoponibilidad de estas excepciones, pero no descarta un pacto en contra como el que permite la Ley inglesa.

¹⁸¹ VON BAR y CLIVE, 2009, p. 621.

¹⁸² Así se apuntaba ya en MACÍA MORILLO, 2014, p. 1809.

¹⁸³ Respectivamente, en CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1722, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 269 y CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 687; y en MEDICUS y LORENZ, 2015, p. 390.

¹⁸⁴ Coincide con esta apreciación BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 4. De hecho, es de notar que no suele ser siquiera objeto de análisis, por ejemplo, entre la doctrina británica y que solo es mínimamente estudiado por la francesa.

El motivo reside, sin duda, en el hecho ya apuntado de que se trata de una relación externa o ajena al pacto a favor del tercero, respecto del que resulta irrelevante¹⁸⁵. Por ello, se dice que las vicisitudes de esta relación y su ineficacia originaria o sobrevenida no tienen consecuencias sobre la relación entre promitente y estipulante, ni sobre la del promitente con el tercero, salvo que así se haya querido por las partes, que hayan establecido para ello una condición o vínculo entre ambas¹⁸⁶.

44. Por todo lo dicho, en la mayoría de los ordenamientos –y entre ellos, el nuestro– se afirma que, en el esquema del contrato a favor de tercero, la función de esta relación de *valuta* se reduce, como ya se apuntó, a la de constituirse en causa de la atribución al tercero del derecho que acuerdan conferirle estipulante y promitente¹⁸⁷.

Ahora bien, como tal causa, no hay dificultad para aceptarla, en general, en cualquiera de sus tipos; esto es, onerosa o gratuita, y así, de hecho, se hace por parte de la doctrina de los diversos ordenamientos nacionales aquí analizados¹⁸⁸. Esto lleva a hacer algunas matizaciones respecto del régimen de esta relación, según su causa sea una u otra.

45. Por lo que respecta a los supuestos en los que la causa de la atribución al tercero es onerosa, el interés del estipulante se concreta en extinguir una obligación preexistente para con éste, de manera que la prestación desarrollada por el promitente frente al tercero es el cumplimiento de dicha obligación. Ello plantea eventualmente la diferenciación de esta figura con las de la delegación y la asunción de deuda, respecto de las que las distingue el hecho de que aquéllas precisan de la necesaria aceptación del tercero (acreedor), así como de la voluntad concreta del promitente de hacer suya la deuda del estipulante¹⁸⁹.

Téngase en cuenta, no obstante, que, en el ámbito comparado, como ya se vio, ante la falta de pacto expreso, el § 329 BGB alemán establece una presunción en contra de que exista una estipulación a favor de tercero, lo que dotaría de preferencia a la interpreta-

¹⁸⁵ Así lo proclama entre nuestra jurisprudencia la STS de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9446).

¹⁸⁶ Ver estas afirmaciones tanto en el plano nacional (*v. gr.*, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 273), como extranjero (*v. gr.*, LOOSCHELDERS, 2018, p. 419).

¹⁸⁷ Entre otros, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1724, para España; AZZARO, 2009, p. 764, para Italia; y MEDICUS y LORENZ, 2015, p. 387 y SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 47, para Alemania.

¹⁸⁸ Así, para España, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 409; para Alemania, MEDICUS y LORENZ, 2015, p. 387; para Francia, MALAURIE *et al.*, 2018, p. 458; y, para Italia, AZZARO, 2009, p. 764.

¹⁸⁹ Más extensamente, PÉREZ CONESA, 1999, pp. 178-195, para la asunción de deuda, y pp. 160-173, para la delegación. En contra de la primera, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1726, y, de la segunda, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 264.

ción de la existencia de estas otras figuras frente a la del contrato a favor del tercero.

Junto a ello, la otra cuestión que se suele discutir en relación a la causa onerosa de la atribución es el momento a partir del cual se produce la extinción de la obligación del estipulante respecto del tercero. Estudiado en nuestro ordenamiento, la mayor parte de la doctrina considera adecuadamente que la extinción no se produce con la adquisición del derecho por el tercero frente al promitente, ni con la aceptación del tercero, sino solo con el cumplimiento por el promitente de la obligación asumida a través de la estipulación a favor de tercero¹⁹⁰.

46. Por lo que respecta a la atribución al tercero que responde a causa gratuita, ya se mencionó anteriormente que se rechaza la aplicación a la estipulación o contrato a favor de tercero de las reglas de forma de este tipo de disposiciones. Sin embargo, sobre la idea de que en estos casos se produce una donación indirecta respecto del estipulante (la causa de la relación de *valuta*, que justifica la atribución del beneficio al tercero, es gratuita), se suele afirmar la aplicación de las reglas de fondo, de manera que la atribución al tercero queda sometida a las normas sobre colación, imputación, revocación y reducción de donaciones.

Así lo prevé de hecho el artículo 450 CC portugués y lo acepta con acierto nuestra doctrina¹⁹¹. En concreto, ésta aplica la misma solución que ya se vio anteriormente para el supuesto de impugnación del contrato a favor de tercero por los acreedores del estipulante y de sometimiento del derecho del tercero a las reglas del Derecho de sucesiones, y, por tanto, considera coherentemente que lo que debe tenerse en cuenta para las operaciones ya señaladas es aquello en lo que efectivamente se ha reducido el patrimonio del estipulante; esto es, el valor de lo que ha recibido el promitente en contrapartida de la obligación que asume frente al tercero¹⁹².

IV. EXTINCIÓN DEL DERECHO DEL TERCERO

47. Del hecho de que la estipulación o contrato a favor de tercero encuentra su base y fundamento en el acuerdo alcanzado por estipulante y promitente (relación de cobertura) se deriva nece-

¹⁹⁰ Por todos, CÁMARA LAPUENTE, 2006, pp. 677-678.

¹⁹¹ Entre otros, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, pp. 1725-1726; CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 677 o Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 544. En contra, MARTÍN BERNAL, 1985, p. 320.

¹⁹² Así, PÉREZ CONESA, 1999, p. 201 y CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1726.

sariamente la consecuencia de que la ineficacia de este contrato debe conllevar la de la estipulación y, consiguientemente, la extinción del derecho del tercero¹⁹³. Por tanto, como hemos visto, esta ineficacia puede ser opuesta por el promitente frente al beneficiario para negar el cumplimiento de la prestación acordada a su favor.

Ya hemos visto anteriormente, sin embargo, la discusión que se genera en torno a la resolución y a la posible extinción del derecho del beneficiario en estos casos, especialmente en el contexto de estipulaciones a favor de tercero pactadas como irrevocables o en las que ya haya aceptado éste la atribución, por lo que nos remitimos aquí a lo indicado entonces. Iguales dudas se deberán trasladar, por otro lado, al resto de causas de ineficacia sobrevinida del contrato. De hecho, debe ponerse de relieve en este sentido que los Comentarios del artículo II-9:303 DCFR generalizan la solución establecida para la resolución a todas las causas de extinción basadas en el acuerdo entre estipulante y promitente¹⁹⁴.

La misma extinción se produce, teóricamente, por otra parte, en el supuesto de que se ponga de manifiesto la ineficacia de la relación de *valuta*; concretamente, cuando no existe causa para la atribución del derecho al tercero o ésta es nula o anulable¹⁹⁵. A diferencia del caso anterior, no obstante, debe tenerse aquí en cuenta que, al ser irrelevante esta relación –como se acaba de afirmar en el anterior apartado– para las relaciones entre estipulante y promitente o entre promitente y tercero, tal inexistencia o ineficacia de la causa de atribución al tercero no puede ser opuesta por el promitente frente al tercero para negar el cumplimiento de la prestación asumida.

Por esa razón, en el supuesto de ineficacia de la relación de *valuta* y de desaparición consiguiente de la causa de atribución del derecho al tercero, el promitente debe cumplir lo acordado, quedando remitida a la vía del enriquecimiento injusto la recuperación por el estipulante de lo que, en su caso, ha recibido indebidamente el tercero¹⁹⁶.

48. Más allá de estos apuntes, el estudio de la cuestión relativa a la extinción del derecho del tercero suele centrarse fundamentalmente en la mayor parte de los ordenamientos en el análisis de dos causas propias de esta peculiar figura del contrato o estipula-

¹⁹³ Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 401 y LÓPEZ RICHART, 2001, p. 268. En Italia, igualmente, AZZARO, 2009, pp. 770-771 o ROSSI, 2016, p. 714.

¹⁹⁴ VON BAR y CLIVE, 2009, pp. 625-626. En contra, sin embargo, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1720.

¹⁹⁵ A ello se refiere CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1702.

¹⁹⁶ CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 687 y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 545. Igualmente, en Alemania, LOOSCHELDERS, 2018, pp. 418-419.

ción a favor de tercero –la revocación y la renuncia–, cuyos perfiles y problemática son los que van a analizarse a continuación.

1. LA REVOCACIÓN

49. A diferencia de lo que ocurre con una gran parte de las cuestiones examinadas hasta ahora, el reconocimiento de la posible revocación del derecho conferido a favor del beneficiario encuentra un reflejo normativo en todos los textos del moderno Derecho de contratos, así como en los ordenamientos de nuestro entorno. Respondiendo a la idea de que el derecho del tercero deriva en definitiva de la autonomía de la voluntad de estipulante y promitente, se plantea en todos los textos analizados la posible extinción del mismo por obra de sus mismos artífices, tratando de encontrar el equilibrio entre la protección de los intereses de éstos y la protección de las legítimas expectativas del tercero.

El mismo fundamento y el mismo problema de equilibrio de intereses se encuentra en la posibilidad de modificar el derecho conferido al tercero, motivo por el cual la regulación de ambas cuestiones suele hacerse conjuntamente (*v. gr.*, arts. 72.4 Proyecto de Pavía; II-9:303(2) DCFR; 78.5 CESL y 5.2.5 PICC, por parte de los textos del moderno Derecho de contratos, así como art. 1411 III CC italiano; Sect. 2(1) *Act* 1999 y § 328.2 BGB, por parte de las regulaciones nacionales). Aunque en nuestro país no se establece expresamente este paralelismo en el 1257 CC ni se ha propuesto en el texto del 1294 PMCC, consideramos que el régimen legal de la posible modificación de la estipulación a favor del tercero debe ser igual al de la revocación, por lo que debe aplicarse a la cuestión de la modificación lo que aquí se diga. Así, de hecho, se ha consagrado implícitamente en el artículo 526-7.4 PCC, lo que debe ser valorado positivamente.

50. El resultado es que puede afirmarse que en todos los sistemas jurídicos se contempla la revocación como causa de extinción del derecho del tercero, si bien no aparece en todos con los mismos límites, ni hay uniformidad en cuanto a la designación del sujeto legitimado ejercitar esta facultad. Vamos a analizar a continuación estas dos cuestiones, a fin de examinar las diversas soluciones.

1.1 Límites a la facultad de revocación

51. El punto de partida en esta materia es la diferencia clara que puede establecerse entre dos sistemas u opciones normativas: el que parte del reconocimiento de la revocación como regla gene-

ral, con límites o excepciones a esta facultad, y el que parte de la irrevocabilidad del derecho del tercero como regla general, siendo la excepción la revocación.

En una visión comparada de los ordenamientos, el primer sistema es sin duda el mayoritario. En el segundo se sitúa, sin embargo –notablemente–, el caso de Alemania, cuyo § 328 BGB prevé que debe atenderse al pacto entre las partes o, en su defecto, a las circunstancias y fin del contrato, para determinar «si» las partes se han reservado la facultad de revocar el derecho del tercero. La idea que late detrás de este sistema es que la revocación supone una injerencia en la esfera patrimonial del tercero, pues conlleva la privación de un derecho que éste tiene atribuido directamente por el hecho de la estipulación a su favor. Ello justifica en el ordenamiento alemán su consideración como excepción y la afirmación de que, de querer disponer las partes de tal facultad, esto debe recogerse en el mismo pacto del que surge el derecho del beneficiario, a fin de que éste sepa a qué atenerse. En defecto de este acuerdo, por tanto, el derecho es irrevocable, salvo que el tercero consienta dicha extinción¹⁹⁷.

En el resto de los ordenamientos, en cambio, el reconocimiento de la facultad de revocación es la regla general y se afirma como principio de forma expresa. Así, de hecho, puede encontrarse en el ámbito nacional en los artículos 1257 II CC; Ley 523 II FNN; 1411 III CC italiano; 448 CC portugués y 1206 CC francés, así como en la Sect. 2(1) *Act* 1999, y en el ámbito del moderno Derecho de contratos, en los artículos 6:110 (3) PECL, 72.4 Proyecto de Pavía, 1294 I PMCC, II-9:303(2) DCFR, 78.5 CESL, 5.2.5 PICC y 526-7.4 PCC.

52. Siendo este segundo sistema claramente mayoritario, la discusión en él se centra, por un lado, en si se puede alterar esta regla general y acordarse entre las partes la irrevocabilidad del derecho del tercero, y, por otro lado, en determinar cuáles son los límites al ejercicio de la facultad de revocación; esto es, determinar el momento o el evento que condiciona que el titular de esta facultad pueda ejercitarla.

53. Por lo que respecta a la primera cuestión, existe un consenso favorable generalizado y compartido por nuestros autores a la aceptación del pacto entre estipulante y promitente para la irrevocabilidad del derecho. A fin de cuentas, se señala que se trata en definitiva de una renuncia anticipada de la facultad de revocar,

¹⁹⁷ Ver SCHULZE y BEIERLE, 2016, p. 48; LOOSCHELDERS, 2018, p. 421 o BEALE *et al.*, 2019, p. 1347. KÖTZ, 2017, p. 335, de hecho, considera preferible esta solución alemana, que es más flexible.

admisible con los límites de cualquier renuncia de derechos¹⁹⁸, argumento con el que estamos de acuerdo.

Tal pacto resulta muy conveniente, de hecho, en aquellos casos en los que la causa de la atribución del derecho al tercero sea *solvendi*; es decir, en que la prestación a cargo del promitente se dirija a cumplir una obligación previamente contraída por el estipulante frente al tercero. A fin de cuentas, la irrevocabilidad en estos casos garantiza también la satisfacción de un interés previamente manifestado en la relación de *valuta* que une al tercero con el estipulante. Por ello, es destacable señalar que el posible pacto al respecto se contempla implícitamente en el artículo 6:110 (3) b III PECL y en el 448.1 CC portugués, así como expresamente en la Ley 523 II FNN (que, de hecho, lo regula precisamente para los supuestos a los que nos estamos refiriendo).

Hay que señalar, no obstante, que en Italia algunos autores rechazan este pacto de irrevocabilidad¹⁹⁹, lo cual no resulta muy coherente con el hecho de que el artículo 1412 I CC italiano contemple implícitamente la posible renuncia del estipulante a la facultad de revocación en el caso de las prestaciones a favor de tercero con efectos *post mortem*.

54. La diversificación es mucho mayor, en cambio, en relación a la segunda cuestión enunciada, relativa a los posibles límites impuestos al ejercicio de la facultad de revocación, ya que los diversos ordenamientos atienden a distintos momentos o eventos.

En concreto, en primer lugar, la mayor parte de los textos del moderno Derecho de contratos y de los sistemas jurídicos nacionales se centran, como ya se apuntó, en la aceptación por parte del beneficiario del derecho atribuido, límite por excelencia a partir del cual cesa la facultad de revocación²⁰⁰. De hecho, esta mención genérica se encuentra en el artículo 5.2.2 PICC, que se refiere simplemente al hecho de la aceptación como límite a la revocación, al igual que hace una parte importante de los ordenamientos nacionales (*v. gr.*, arts. 1411 III CC italiano y 448.1 CC portugués), entre los que se cuenta el nuestro (art. 1257 II CC).

Ahora bien, con cierta mayor precisión, los textos armonizados del Derecho de contratos se refieren mayoritariamente al momento de la «notificación» de la aceptación por parte del tercero (arts. 6:110(3) PECL; 1294 PMCC y 526-7.4 PCC), solución ésta

¹⁹⁸ Por todos, en España, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 404 o PÉREZ CONESA, 1999, p. 260. En Francia, igualmente, DESHAYES *et al.*, 2018, p. 498.

¹⁹⁹ AZZARO, 2009, p. 767.

²⁰⁰ Como señalan paradigmáticamente DESHAYES *et al.*, 2018, p. 496, la aceptación y la revocación son declaraciones de efectos incompatibles, siendo resuelto el conflicto a favor de la que se produzca primero.

que adopta también alguno de los textos nacionales más recientes (*v. gr.*, artículo 6:253 (2) y (3) BW). En cambio, otros textos nacionales parecen preferir configurar la aceptación como declaración de voluntad recepticia, con efectos por tanto desde que se recibe por estipulante y promitente (*v. gr.*, interpretación conjunta de las Sects. 2(1)a y 2(2)b *Act* 1999 y art. 1206 III CC francés)²⁰¹. Sea una u otra la solución, en todo caso, hemos de destacar que esta mayor precisión temporal resulta preferible a la relativa indeterminación de la referencia genérica a la «aceptación» del beneficiario y que, de hecho, a ello tiende nuestra doctrina, que debe ser valorada positivamente por ello²⁰². Se trata, además, de una solución que evita el problema que supone tratar de determinar cuál es el límite temporal a la revocación en aquellos casos en que se admite una posible aceptación tácita por parte del beneficiario, como hacen expresamente los artículos 1208 CC francés y 526-7.4 PCC y confirma la doctrina de diversos ordenamientos, entre los que se cuenta el nuestro²⁰³.

Con todo, aun siendo preferible la mayor determinación del momento en que la aceptación produce estos efectos extintivos de la facultad de revocación, hemos de señalar que esta fijación concreta del momento de la aceptación suscita una discusión respecto de quién o quiénes son los destinatarios de tal declaración o notificación. De hecho, no existe en este punto una solución unívoca, puesto que pueden apreciarse dos corrientes claras: la más amplia, propia de los textos más modernos —nacionales o internacionales—, que contempla como destinatario indistinto a cualquiera de las par-

²⁰¹ En este sentido, para Reino Unido, ARVIND, 2017, p. 555 y, para Francia, MERCADAL, 2016, p. 185 (que subraya la novedad de la solución) y DESHAYES *et al.*, 2018, p. 497. Nótese, no obstante, que se puntualiza por la doctrina francesa que la valoración del momento en el que se producen los efectos de la aceptación es objetiva y que no se exige el efectivo conocimiento del destinatario (DOUVILLE, 2016, p. 200). Esto la diferencia de la solución que ha adoptado el artículo 1207 III CC francés para la revocación, que se condiciona al efectivo conocimiento, opción ésta que ha recibido las críticas de la doctrina (ver CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 491 o DOUVILLE, 2016, pp. 198-199).

²⁰² De hecho, nuestros autores reinterpretan la referencia general del artículo 1257 CC a la aceptación y, en concreto, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1715; LÓPEZ RICHART, 2001, p. 350 y BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 13, dan un paso más allá, al afirmar que el término final de la revocación se establece en el momento en que el promitente «conoce» la aceptación. La última autora cita en su apoyo las SSTS de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9446) y 8 de julio de 2008 (RJ 2008, 3353), si bien también puede encontrarse alguna sentencia que se limita a exigir que la aceptación haya sido comunicada: *v. gr.*, SSTS 23 de octubre de 1983 (RJ 1983, 7104) o 11 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6893).

²⁰³ Así se acepta unánimemente en nuestro caso, tanto por doctrina (entre otros, MARTÍN BERNAL, 1985, p. 340; Díez-Picazo y PONCE DE LEÓN, 1993, p. 436; CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1715; LÓPEZ RICHART, 2001, p. 347 o BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 6), como por la jurisprudencia (*v. gr.*, SSTS de 7 de junio de 1976, RJ 1976, 2634; 11 de noviembre de 2004, RJ 2004, 6893 o 8 de julio de 2008, RJ 2008, 3353). Igualmente, para Francia, DOUVILLE, 2016, p. 199 o DESHAYES *et al.*, 2018, p. 501; y, para Italia, ROSSI, 2016, p. 713, aunque SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1164, señalan que existen dudas al respecto.

tes (v. gr., arts. 6:110 (3) PECL; 72.4 Proyecto de Pavía; 1294 I PMCC; 6:253 (3) BW; 1206 III CC francés y 526-7.4 PCC), y la más estricta, que identifica y condiciona la eficacia de la notificación a que ésta se dirija a un destinatario concreto, sea el estipulante (Ley 523 FNN), el promitente (art. 1257. II CC y Sect. 2(1)a *Act* 1999) o ambos (arts. 1411 III CC italiano y 447.3 CC portugués).

Ante la disparidad en este punto de las soluciones de nuestro texto actual y de las propuestas de modernización de nuestro Derecho, nuestra doctrina tiende, acertadamente, a alinearse con la interpretación amplia más moderna, aunque suele hacer hincapié en la conveniencia de que esta notificación llegue a ambas partes (sea porque lo comunique así a las dos el beneficiario, o sea porque informe a la otra parte la que haya recibido la notificación del tercero)²⁰⁴.

Como criterio diferente al analizado, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, en algunos sistemas jurídicos, el límite temporal de la aceptación por parte del beneficiario se combina con otro criterio que hace referencia a su comportamiento o actuación en confianza del derecho atribuido. Tal es el caso, en concreto, de los de los PECL, según sus Comentarios²⁰⁵, o de los artículos II-903 (3) DCFR y 5.2.5 PICC, así como de la Sect. 2(1)b *Act* 1999. Se trata en estos casos de una suerte de aceptación tácita, que se concreta en el desarrollo por el tercero de una conducta que ponga de manifiesto la existencia por su parte de una confianza razonable en la atribución del derecho²⁰⁶. En el caso de la norma británica, se equipara a ello, además, la previsibilidad por el promitente de que el tercero actuaría en confianza de ese derecho (Sect. 2(1)c *Act* 1999).

Como ventaja de este criterio de limitación de la facultad de revocación frente al criterio del momento de la aceptación, se señala que no es aquí necesaria la notificación²⁰⁷. Ahora bien, consideramos que esto, a su vez, se traduce en su inconveniente (al que ya hemos apuntado indirectamente): la menor seguridad respecto a si se ha producido o no el evento que limita la facultad de revocación. De hecho, la carga de la prueba compete al tercero y, por ello, en el marco del Derecho británico se suele aconsejar a éste la aceptación expresa²⁰⁸.

En tercer y último lugar, frente a estas dos soluciones, como ya mencionamos anteriormente el artículo II-9:303(2) DCFR y, a su ejemplo, el 78.5 CESL, adelantan el momento de limitación de la

²⁰⁴ Por todos, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 348.

²⁰⁵ LANDO y BEALE, 2000, p. 321.

²⁰⁶ VOGENAUER, 2015, p. 683-684.

²⁰⁷ BEATSON *et al.*, 2016, p. 669, indican de hecho que esto fue lo que justificó que tal fuera la opción por la que se inclinara la *Law Commission* inglesa en la redacción de la ley de 1999, añadiéndose solo posteriormente la aceptación.

²⁰⁸ MCKENDRICK, 2019, p. 136.

facultad de revocación del derecho del tercero y establecen como punto determinante la notificación a éste de la concesión del mismo, sobre el argumento de que, hasta ese momento, no hay confianza o expectativa del beneficiario que proteger, por lo que la revocación es libre²⁰⁹. Una vez producida la notificación, en cambio, la revocabilidad del derecho dependerá de lo que se haya acordado en la relación de cobertura entre estipulante y promitente (aunque con el límite ya señalado en el DCFR de la actuación en confianza del tercero, que prevé el apartado (3) del mismo precepto); en otras palabras, a falta de dicho pacto, el derecho será ya irrevocable, aunque no haya sido aceptado por el tercero.

55. La idea que late detrás de la fijación de estos límites que acabamos de señalar, sean unos u otros, es que, en principio –o por principio–, éstos marcan el momento a partir del cual queda excluido el ejercicio de la facultad de revocación, consolidándose el derecho del tercero de forma definitiva. Sin embargo, cabe la duda acerca de si este principio es en realidad tan categórico, ya que, de hecho, se pone en cuestión en dos circunstancias distintas.

Así, por un lado, en la mayoría de los ordenamientos se establece una excepción a esta regla para el caso concreto de las estipulaciones con efecto tras la muerte del estipulante. En concreto, se acepta en general que la revocación puede tener lugar –incluso pese a la aceptación del tercero– hasta el momento de la muerte del estipulante. A fin de cuentas, como ya hemos visto, en este tipo de estipulaciones a favor del tercero la adquisición por éste del derecho que surge del acuerdo entre estipulante y promitente no se consolida hasta el hecho de la muerte. Esta solución, consagrada expresamente en los artículos 1412 I CC italiano y 448.1 CC portugués, e implícitamente en el § 331 BGB, se acepta también entre nuestra doctrina²¹⁰.

Por otro lado, se plantea también de forma generalizada si es posible la revocación más allá de estos límites; en otras palabras, si, pese a la aceptación, la actuación del tercero en confianza del derecho o la notificación al tercero de la existencia de una estipulación a su favor, se puede revocar su derecho sin su consentimiento o, incluso, frente a su oposición.

Tal posibilidad se niega tajantemente en algunos textos nacionales (especialmente, art. 1206 III CC francés)²¹¹ y se rechaza igualmente por parte de nuestra doctrina²¹², en parte sobre la idea

²⁰⁹ VON BAR y CLIVE, 2009, pp. 624-625.

²¹⁰ Entre otros, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 351.

²¹¹ De hecho, interpretando el mencionado precepto, KÖTZ, 2017, p. 334, considera que la regla francesa se plantea como imperativa, aunque pone de relieve los posibles problemas de tal interpretación.

²¹² Por todos, PÉREZ CONESA, 1999, pp. 269-270.

de que la admisión de esta revocación posterior es inconciliable con el reconocimiento del nacimiento de un derecho en cabeza del beneficiario. Ahora bien, tal argumento no parece tomar en consideración el hecho de que, precisamente, ese derecho queda moldeado y condicionado por la voluntad de las partes, que son las que establecen sus límites y sus perfiles. Por ello, nos parece preferible la afirmación que se apunta en el artículo 526-7.4 *in fine* PCC (diferente en este punto de la redacción del artículo 1294 PMCC, anterior en el tiempo) y que se deduce igualmente de los Comentarios al artículo 6:110 PECL y del artículo II-9:303 (2) DCFR²¹³, que admite el pacto entre estipulante y promitente para extender esta facultad de revocación más allá de los límites temporales ya vistos²¹⁴. De hecho, esta solución se ha positivizado en el sistema jurídico británico de forma expresa (*ex Sect. 2(3)a Act 1999*), aunque la doctrina exige que tal pacto sea claro y expreso²¹⁵.

En otras palabras, para estos últimos textos que acabamos de señalar, es posible la revocación posterior al momento de la aceptación –o, en general, al momento de la supuesta consolidación definitiva del derecho por el tercero–, pero solo si se ha previsto previamente en el contrato, pues a fin de cuentas éste es el que configura los perfiles y límites del derecho del tercero y lo que éste puede confiar haber adquirido.

Debe destacarse en este punto, no obstante, que, como excepción a esta facultad de revocación prevista en el contrato tras la aceptación por el tercero, el mismo II-9:303 (3) DCFR excluye dicha facultad cuando las partes hayan creado una confianza en el tercero beneficiario de que su derecho no era revocable, habiendo actuado dicho beneficiario en tal confianza. En definitiva, en esta excepción se refleja el debate de si se ha de primar la libertad de las partes del contrato –estipulante y promitente– para modificar o extinguir su relación contractual o si debe protegerse por encima de ello la confianza generada en el beneficiario sobre la eficacia del derecho que se le ha otorgado, primando esta segunda²¹⁶. No obstante, ha de señalarse que tal previsión no se incluye en los demás textos del moderno Derecho de contratos.

Por tanto, el valioso matiz que aporta la solución de estos modernos textos del Derecho de contratos es la idea de que la regla

²¹³ LANDO y BEALE, 2000, p. 320, para los PECL, y VON BAR y CLIVE, 2009, p. 626, para el DCFR. Igualmente lo aceptan VOGENAUER, 2015, pp. 672 y 684 y BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 12 n. 104, en su interpretación de los PICC.

²¹⁴ Igualmente, KÖTZ, 2017, p. 334, que recoge esta posibilidad como una solución general, en el ámbito del Derecho comparado.

²¹⁵ Por todos, ANDREWS, 2011, p. 213.

²¹⁶ Haciendo referencia a este conflicto de intereses, BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, pp. 11-12.

general de la consolidación definitiva del derecho y la consiguiente exclusión de la facultad de revocación del mismo no solo precisa del acaecimiento del momento u evento determinado como límite temporal, sino igualmente de una condición previa: que no se haya pactado en contra. Solo a falta de tal pacto, los límites anteriores marcan realmente el momento tras el cual el derecho del beneficiario es ya definitivamente irrevocable.

Una vez que se den ambas condiciones, por tanto, es cuando se puede proclamar que, como regla general, se excluye cualquier intento de modificar o extinguir posteriormente el derecho del tercero y que, consiguientemente, tal modificación o extinción quedará en su caso sometida al consentimiento o control del beneficiario que pudo confiar válidamente en la irrevocabilidad de su derecho a partir de ese momento²¹⁷.

1.2 El legitimado para revocar

56. Para determinar quién o quiénes son los titulares de la facultad de revocar, la regla general de la que debe partirse es que dependerá de lo que hayan acordado estipulante y promitente. Así lo establece expresamente, de hecho, el artículo II-9:303(2) DCFR, que no contempla otras posibles alternativas.

Tal regla no es hecha patente con tanta claridad por los demás sistemas jurídicos, aunque entendemos que sí puede considerarse acogida implícitamente por el artículo 526-7.4 PCC, que se desmarcaría así del silencio que existe a este respecto en la regulación anterior de la PMCC²¹⁸. Si bien el mencionado precepto del texto de la iniciativa privada parece referir la posibilidad de pacto en contra a la cuestión ya analizada de la revocación posterior a la aceptación del beneficiario (recordemos que establece que «desde el momento en que el beneficiario comunica su aceptación expresa o tácita a cualquiera de los contratantes, el estipulante no puede revocar el derecho adquirido por aquél ni puede modificarse su contenido, salvo que del contrato resulte otra cosa»), podemos interpretar que tal previsión expresa de pacto puede extenderse igualmente a la cuestión relativa a la legitimación para el ejercicio de la facultad de revocación, en la medida en que el apartado seña-

²¹⁷ Así, BLANDINO GARRIDO, *RdPar*, 2015, p. 11.

²¹⁸ Ya tuvimos la ocasión de comentar de forma crítica en otro lugar (MACÍA MORILLO, 2014, p. 1802) que el enunciado tajante del artículo 1294 I PMCC parece incluso excluir la posibilidad de pacto. No obstante, añadimos ahora que carece de sentido una interpretación imperativa de esta previsión legal, por lo que quizá debe entenderse más bien que la PMCC peca aquí de un énfasis excesivo en su redacción, pero no de la intención de excluir un potencial acuerdo de las partes en contra de su previsión.

lado también está haciendo referencia a esta cuestión y está atribuyendo –entendemos que por defecto– tal facultad al estipulante.

Sin embargo, pese al silencio normativo generalizado, el posible pacto a este respecto se debe entender implícita en todos ellos, en tanto que es acorde a la estructura ya analizada de la estipulación o contrato a favor de tercero. Por tanto, hemos de entender que solo rigen supletoriamente las previsiones que contiene el resto de los modernos textos del Derecho de contratos y de los ordenamientos nacionales respecto del sujeto legitimado para ejercitar la facultad de revocación y que, consiguientemente, deberán aplicarse únicamente en defecto de dicho pacto. O dicho de otra forma, que las partes pueden acordar en este punto algo distinto de lo que prevé la ley²¹⁹.

Debemos preguntarnos, de todas formas, si este pacto puede establecer cualquier regla diferente a la dispuesta por el texto normativo de que se trate. En nuestro caso, el límite podría encontrarse, vía artículo 1256 CC, en el acuerdo por el que se atribuyera al promitente el ejercicio de forma unilateral de la facultad revocatoria²²⁰. Sin embargo, no es una cuestión clara, en la medida en que, como veremos, tal ejercicio no supone necesariamente que el promitente quede liberado, sino que su prestación revierte a otro sujeto (generalmente, el estipulante). Por tanto, la atribución al promitente de la facultad revocatoria no supondría plenamente dejar en sus manos el cumplimiento del contrato, sino solo –y, además, limitadamente– la persona frente a la que debe cumplir.

57. Entrando ya en el examen de estas reglas supletorias o en defecto de pacto, nos encontramos con que la mayor parte de los sistemas jurídicos atribuyen la facultad de revocación al estipulante, en la medida en que se considera que es la regulación que responde mejor a la estructura y significado económico de la estipulación y en la medida en que es su voluntad –y no la del promitente– la clave en relación a la causa de atribución del derecho del tercero²²¹. Ésta es, en concreto, la solución por la que opta el artículo 6:110(3) PECL, así como, en el ámbito nacional, los artículos 1411 III CC italiano, 448.2 CC portugués, 6:253 (2) BW y 1207 CC francés.

Con ellos se alinean adecuadamente en nuestro caso los textos españoles del moderno Derecho de contratos (expresamente,

²¹⁹ En este sentido, por ejemplo, frente al claro enunciado del artículo 1207 CC francés, que atribuye al estipulante la facultad revocatoria, la doctrina admite el pacto por el cual estipulante y promitente hayan de actuar de común acuerdo. Ver DESHAYES *et al.*, 2018, p. 496.

²²⁰ Igualmente, para Francia, CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 491, rechazan una revocación unilateral por parte del promitente.

²²¹ LÓPEZ RICHART, 2001, p. 336.

art. 1294 I PMCC e, implícitamente, art. 526-7.4 PCC). No podía ser, de hecho, de otra forma, ya que se trata de la solución que propugnaba ya desde hace un tiempo nuestra doctrina, por vía de interpretación, ante el silencio del artículo 1257 CC, y por analogía con la solución expresa prevista por el artículo 87 I LCS para el contrato de seguro de vida²²².

No obstante –y más allá de la posibilidad ya referida de que las partes puedan alterar esta fórmula por pacto–, esta pretendida solución tajante se puede poner en duda, en la medida en que se discute entre la doctrina española si no debería implicarse también en esta decisión al promitente en ciertos casos; concretamente, en aquéllos en los que éste tenga interés en la ejecución de la prestación a favor de un determinado tercero²²³. Esta misma argumentación, de hecho, es la que lleva al artículo 448.2 CC portugués a exigir el consentimiento del promitente cuando la estipulación se realiza en interés de ambos.

Es más, en este sentido, el resto de los sistemas jurídicos analizados da un paso más y consagra de hecho la titularidad conjunta de esta facultad en estipulante y promitente como regla por defecto, si bien con mayor o menor flexibilidad en cuanto a su ejercicio. Así, se refieren sin mayor precisión a «las partes» como titulares de esta facultad, los artículos II-9:303(2) DCFR, 78.5 CESL y 5.2.5 PICC, así como el § 328.2 BGB. Con referencia, en cambio, al necesario ejercicio conjunto o de común acuerdo se encuentra la Sect. 2(1) *Act* 1999, que adopta dicha solución en consideración al hecho de que la revocación supone una modificación del acuerdo inicialmente suscrito de atribución de un derecho al tercero²²⁴.

A nuestro modo de ver, aunque admitimos que estas soluciones tendentes a incluir al promitente en el ejercicio de la facultad de revocación son más acordes con los intereses de las partes, ejecutados a través del contrato o estipulación a favor de tercero, consideramos que es suficiente a este respecto con el reconocimiento de un posible pacto en contra de la previsión legal o de su interpretación. Lo contrario llevaría a una gran indeterminación y consiguiente inseguridad jurídica, derivada de interpretar caso por caso si dicho interés estaba presente o no en el caso concreto y de si, consiguientemente, debía entenderse legitimado conjuntamente el promitente para el ejercicio de esta facultad. Por tanto, en aquellos casos en los

²²² Ver, entre otros, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1709; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 546 o BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 13.

²²³ Compárese la posición favorable de CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1710 y CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 683, con las críticas y dudas de GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, pp. 404-405 o PÉREZ CONESA, 1999, pp. 263-264.

²²⁴ De hecho, esta misma solución es la que propugna DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1993, p. 436.

que, por algún motivo, el promitente tenga interés en que el tercero conserve o no el derecho que se le ha atribuido, así deberá hacerlo valer y así deberá incluirlo en el acuerdo contractual que conforma la relación de cobertura, a fin de condicionar expresamente la revocación a su consentimiento. De no hacerlo así, como hemos señalado, es más conveniente entender que el legitimado único para el ejercicio de la facultad de revocación es el estipulante.

58. Junto a esto, en este contexto se plantea también en diversos ordenamientos si puede transmitirse esta facultad de revocación del derecho del tercero a los herederos del estipulante, cuestión debatida, ante la duda de si se trata de una facultad personalísima. Con la excepción de Portugal, donde la negativa se consagra expresamente en el artículo 446.1 CC portugués, en el resto de los ordenamientos parece admitirse, si bien de forma limitada. Así, en Alemania, se consagra en el propio § 331.2 BGB, que lo condiciona a la existencia de acuerdo para reservar esta facultad y referido únicamente al caso de tercero aún no nacido. Algo más ampliamente, en cambio, es reconocida esta transmisión por nuestra doctrina, aunque no de forma unánime²²⁵. En Francia, por su parte, donde se aceptaba tradicionalmente de forma más o menos extensa –respectivamente, por parte de la doctrina y por parte de la jurisprudencia–²²⁶, actualmente esta posibilidad queda consagrada en el artículo 1207 CC francés, si bien sometida a término inicial (el transcurso de un plazo de tres meses desde que dichos herederos hayan instado al beneficiario a realizar la aceptación), tras el cual la facultad puede ejercitarse en cualquier momento²²⁷.

La negativa de la transmisión a los herederos suele encontrarse de forma más generalizada, no obstante, en el ámbito del seguro de vida. Así lo precisa el Comentario del artículo II-9:303, para los supuestos de estipulaciones a favor de tercero *mortis causa*²²⁸, así como, en Italia, el artículo 1921 I CC italiano y en nuestro caso, implícitamente, el artículo 87 LCS. La idea en todos ellos es la irrevocabilidad del derecho tras la muerte del estipulante-tomador del seguro²²⁹.

²²⁵ En concreto, frente a la negativa de MARTÍN BERNAL, 1985, p. 378, ver GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, pp. 405-406; PÉREZ CONESA, 1999, pp. 265-267 o Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 546.

²²⁶ Ver la cita a esta jurisprudencia en TERRÉ *et al.*, 2019, p. 787.

²²⁷ Como destaca la doctrina francesa, se trata de la misma solución que contemplaba anteriormente el artículo 132-9 *Code des assurances*. Ver CHANTEPIE Y LATINA, 2016, p. 491; DOUVILLE, 2016, pp. 197-198; MERCADAL, 2016, p. 186 y DESHAYES *et al.*, 2018, p. 498. Estos últimos, no obstante, ponen de relieve los posibles problemas que puede conllevar en la práctica la aplicación de esta regla.

²²⁸ VON BAR y CLIVE, 2009, p. 627.

²²⁹ BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 13.

59. Para acabar con este punto, una vez determinado quién es el titular de esta facultad de revocación conforme a las reglas expuestas, la última cuestión que queda por abordar es examinar si, en aquellos casos en los que el promitente no es titular de la facultad de revocación –*ex lege* o por pacto–, es necesario –o, al menos, conveniente– que el estipulante le notifique, en su caso, el ejercicio de la misma.

Así lo prevé, de hecho, expresamente el artículo 6:110 (3) PECL, que parece incluso configurar la declaración como recepticia, condicionando, pues, a ello la eficacia de la revocación. Tal carácter recepticio, de hecho, se prevé aún más claramente en el reciente artículo 1207 III CC francés, que exige el necesario conocimiento efectivo del ejercicio de la revocación, para la eficacia de la misma²³⁰.

Frente a ello, en nuestro caso, tanto la PMCC como la PCC guardan, en cambio, silencio al respecto, movidas quizá por la idea de que el ejercicio de esta facultad se entiende libre y no sometido a requisitos de forma (salvo en el ámbito del seguro; *v. gr.*, art. 1921 I CC italiano y 87 I LCS)²³¹. Ello es destacable y debería ser corregido en una futura regulación de la materia, pues sitúa a ambos textos fuera de la línea de cierta interpretación de nuestros autores –compartida con la de la doctrina italiana y francesa–, que, sin llegar a convertir tal notificación en condición de validez de la revocación, sí la considera al menos conveniente, para evitar un pago liberatorio por parte del promitente²³².

Es más, estas mismas consideraciones de conveniencia llevan a afirmar a nuestros autores que es aconsejable notificar también la revocación al tercero en ciertos supuestos²³³, línea que se comparte en Holanda, donde, pese a que el artículo 6:253 (3) BW admite como suficiente la notificación a cualquiera de los dos –al igual que hace en realidad el artículo 1207 III CC francés–, la doctrina afirma que, en ciertos casos, la buena fe puede obligar a notificar a ambos²³⁴.

²³⁰ Ver CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 490. La doctrina francesa critica, no obstante, la elección del criterio subjetivo del «conocimiento», por la dificultad de su prueba; así, por ejemplo, DOUVILLE, 2016, p. 198.

²³¹ Esta libertad de forma es proclamada unánimemente; ver, por ejemplo, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 405; PÉREZ CONESA, 1999, p. 270 o CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1711.

²³² Así, en nuestro caso, por todos, PÉREZ CONESA, 1999, p. 270 y LÓPEZ RICHART, 2001, p. 338. Igualmente, ver, para Italia, PRETTO-SAKMANN, 2005, p. 308 y SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1166 (que afirma también el carácter recepticio de la revocación). En el caso de Francia, expresan esta conveniencia de notificación al promitente, en todo caso, DESHAYES *et al.*, 2018, p. 501.

²³³ PÉREZ CONESA, 1999, p. 271 y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 546. Igualmente, en Italia, SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1166, dan un paso más, al condicionar la validez de la revocación a su notificación al tercero.

²³⁴ DU PERRON, 2002, p. 283.

2. LA RENUNCIA

60. Como contrapunto a la afirmación de la adquisición inmediata del derecho por parte del tercero derivada del mero acuerdo entre estipulante y promitente, en todos los ordenamientos se le reconoce al beneficiario una facultad de renuncia, reconocimiento que suele trasladarse además a los textos de Derecho positivo. Así, de hecho, no solo se recoge expresamente en el moderno Derecho de contratos (arts. 72.3 Proyecto de Pavía; 1294 II PMCC; II-9:303 (1) DCFR; 78.4 CESL; 5.2.6 PICC y 526-7.5 PCC), sino también en los artículos 1411 IV CC italiano; 447 CC portugués y § 333 BGB, y se acepta igualmente por la doctrina en nuestro ordenamiento, el británico y el francés, allí donde sus respectivas legislaciones guardan silencio²³⁵.

Tal y como lo enuncian los Comentarios del artículo II-9:303 DCFR, el fundamento de esta facultad –del que deriva su obligado reconocimiento– reside en el principio de que nadie está obligado a aceptar un beneficio que no desea²³⁶. La renuncia permite, por tanto, el respeto a la independencia del tercero, si tal es su voluntad, y se entiende integrada como facultad del beneficiario en toda estipulación o contrato a favor de éste, sin que, en este caso, quepa pacto en contrario para su exclusión o modalización. Consiguientemente, a diferencia de otras cuestiones que hemos ido analizando, en este caso sí nos encontramos ante una norma imperativa²³⁷.

Con todo, hay que poner de relieve que, a diferencia de otras cuestiones estudiadas en las páginas precedentes, la regulación o el estudio de la facultad de renuncia parece ser objeto de escaso interés. En concreto, las diversas regulaciones que la contemplan suelen limitarse a enunciarla, sin desarrollar apenas su régimen, y el espacio que merece su análisis por parte de los autores de los diversos ordenamientos es bastante reducido, si no incluso inexistente. Aunque no cabe duda de que ello se puede encontrar justificado en parte en la casi obligada necesidad de admisión de esta facultad como contrapunto del reconocimiento automático de la atribución de la titularidad del derecho al tercero, lo cierto es que deja algunas cuestiones importantes sin resolver y que deberían atenderse con mayor detalle en una futura regulación de la materia.

²³⁵ Respectivamente, PÉREZ CONESA, 1999, p. 275 y LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 322-333, en nuestro caso, y VON BAR y CLIVE, 2009, p. 627, para el británico. En el caso de Francia, aunque esta facultad no ha tenido acogida en la detallada regulación de 2016 y apenas parece suscitar interés, se sigue afirmando por los autores, ver FABRE-MAGNAN, 2016, pp. 599-600 y DESHAYES *et al.*, 2018, p. 500.

²³⁶ VON BAR y CLIVE, 2009, p. 624.

²³⁷ Así lo reconocen igualmente, AZZARO, 2009, p. 769 y VOGENAUER, 2015, p. 685.

61. Ahora bien, hemos de poner de relieve que la indemnidad de la esfera jurídica del tercero requiere algo más que la mera admisión de su facultad de renuncia. Si se parte, como hemos visto que ocurre en la mayoría de los ordenamientos nacionales y textos del moderno Derecho de contratos, de que la atribución del derecho al tercero se produce automáticamente por el acuerdo entre estipulante y promitente, una simple renuncia de derechos extinguiría únicamente los efectos del derecho adquirido *ex nunc*, hacia el futuro, no satisfaciendo, en cambio, plenamente el objetivo que se persigue con el reconocimiento de esta facultad. Por ello, la aceptación general de la existencia de una facultad de renuncia a favor del tercero va siempre acompañada en todos los ordenamientos y textos legales de su caracterización como retroactiva; en otras palabras, una vez renunciado el derecho por parte del tercero, es como si nunca le hubiera sido atribuido. De hecho, así se interpreta correctamente en nuestro ordenamiento por parte de los autores²³⁸ y así se configura expresamente esta facultad tanto en el moderno Derecho de contratos (arts. 6:110 (2) PECL; 1294 II PMCC; II-9:303 (1) DCFR; 78.4 CESL y 526-7.5 PCC), como en el § 333 BGB.

Por este motivo, la doctrina suele distinguir esta facultad de renuncia de la que es titular el beneficiario de la renuncia general de derechos²³⁹ y, de hecho, en Italia se distingue incluso entre ambos tipos de renuncia con una terminología diferente (*rifiuto* en este caso y *rinuncia* en general)²⁴⁰. En un sentido parecido, de hecho, puede interpretarse la elección del término «repudia» que emplea el artículo 526-7.5 PCC.

62. Con todo, este régimen peculiar de la renuncia del derecho del tercero beneficiario no impide afirmar adecuadamente a nuestra doctrina que esta facultad encuentra un límite en el perjuicio a terceros (art. 6.2 CC) y que, por tanto, al igual que en toda renuncia de derechos, los acreedores del beneficiario pueden impugnar la renuncia de éste a través de la acción pauliana, en caso de que se aprecie fraude²⁴¹. Por tanto, la pretendida especialidad de la regulación de la facultad de renuncia del tercero no se extiende a aspectos distintos de su declarado efecto retroactivo, equiparándose a cual-

²³⁸ Doctrina unánime: ver PÉREZ CONESA, 1999, p. 276; CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1715; CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 670 o BLANDINO GARRIDO, *RdPat.*, 2015, p. 11.

²³⁹ Tal distinción puede encontrarse en LÓPEZ RICHART, 2001, p. 324 o AZZARO, 2009, p. 770, así como en FABRE-MAGNAN, 2016, pp. 599-600.

²⁴⁰ Téngase en cuenta, no obstante, que existen también críticas a la doble terminología; ver, ROSSI, 2016, p. 715.

²⁴¹ Por todos, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1715; LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 324-325 y CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 670.

quier otra renuncia de derechos en el resto de su régimen. Los textos normativos, no obstante, no suelen pronunciarse al respecto²⁴².

No es, sin embargo, un límite a la facultad de renuncia que la atribución del derecho al tercero tenga carácter oneroso (relación de *valuta solvendi causa*). Como indican los Comentarios al artículo II-9:303 DCFR, aunque el ejercicio de la facultad de renuncia suponga un posible incumplimiento de la relación existente entre el tercero y el estipulante, ello deberá juzgarse al margen de las normas sobre la estipulación o contrato a favor de tercero, conforme a las normas relativas al incumplimiento²⁴³. Tal es, de hecho, la solución que sostiene una parte de nuestra doctrina, que se centra en esos casos en los efectos que tal renuncia tiene en el marco de las relaciones entre tercero y estipulante, pero al margen en todo caso de las relaciones derivadas de la estipulación a favor del tercero²⁴⁴.

63. Así perfilada, la facultad de renuncia se presenta como una declaración de voluntad del beneficiario de signo contrario a su potencial aceptación, lo que conlleva, lógicamente, que debe ejercitarse antes de que esta otra se produzca. A ello se refieren los artículos II-9:303 (1) DCFR y 78.4 CESL, al establecer que la renuncia del tercero ha de ejercitarse antes de que el derecho se haya aceptado implícita o explícitamente; previsión ésta que resulta además plenamente coherente con la irrevocabilidad del derecho del tercero a partir de ese mismo acto²⁴⁵.

Esto es especialmente interesante, en la medida en que supone que, en aquellos casos en los que el comportamiento del beneficiario puede ser interpretado como una aceptación tácita –o cuando ésta sea expresa–, la renuncia que pretenda ejercitar éste posteriormente deberá ser tratada únicamente como renuncia de derechos y no como ejercicio de la facultad de renuncia propia de la estipulación o contrato a favor de tercero. En otras palabras, hemos de entender que, una vez aceptado este derecho, o una vez que ha llevado a cabo un acto en confianza del mismo, no cabe la renuncia o, más bien, no cabe el ejercicio de una renuncia con efectos retroactivos; queda, sin embargo, abierta la puerta a la renuncia general de derechos. Así se precisa, de hecho, en los Comentarios al DCFR y

²⁴² Los Comentarios al artículo 6:110 PECL así lo indican (LANDO y BEALE, 2000, p. 320), dejando la cuestión imprejuizada. Igualmente, pone de relieve este silencio BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, p. 11.

²⁴³ VON BAR y CLIVE, 2009, p. 624.

²⁴⁴ PÉREZ CONESA, 1999, p. 278. Frente a ello, sin embargo, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 547, parece decantarse por negar la facultad de renuncia en estos casos.

²⁴⁵ Este límite de la aceptación se marca igualmente en Italia por AZZARO, 2009, p. 762 y, en el marco de los comentaristas a los PICC, por VOGENAUER, 2015, p. 686.

a la CESL, siendo además afirmado igualmente por alguno de nuestros autores, lo que debe valorarse positivamente²⁴⁶.

Quizá por este motivo el mencionado artículo II-9:303 (1) DCFR establece que la renuncia debe ejercitarse sin dilación indebida tras la notificación de la existencia del derecho a favor del tercero²⁴⁷. Con todo, hemos de indicar que el momento temporal de ejercicio de esta facultad no suele ser objeto de gran atención para la doctrina nacional o extranjera²⁴⁸.

64. Finalmente, ejercitada la renuncia, se suele afirmar por parte de los escasos autores que estudian esta materia –en paralelo a lo que se analiza para la facultad de revocación– que es conveniente que el tercero se lo notifique a las partes. Ahora bien, ni en el seno de nuestra doctrina ni en general en el examen de los diversos textos nacionales y del moderno Derecho de contratos puede apreciarse una unanimidad en la definición de cuál es el referente concreto de esta remisión a «las partes», ya que se puede encontrar todo tipo de soluciones.

Así, mientras que los artículos II-9:303 (1) DCFR y 78.4 CESL plantean como alternativa la notificación a estipulante y promitente²⁴⁹, algunos autores –nacionales y extranjeros– afirman la necesaria notificación a ambos sujetos²⁵⁰. En los ordenamientos nacionales existe igualmente una falta de uniformidad, ya que mientras que en Alemania únicamente se exige la notificación al promitente (§ 333 BGB), en Portugal se establece que el promitente debe notificar al estipulante (art. 447.2 CC portugués).

Nada se indica, sin embargo, a este respecto en ninguno de los textos españoles de modernización del Derecho de contratos, omisión ésta que sería conveniente corregir. Dada además la falta de uniformidad puesta ya de relieve, el recurso al Derecho comparado o a la interpretación doctrinal no es concluyente, por lo que parece claro que en este punto una regulación futura de la materia debería adoptar una solución clara, sea cual sea. En este sentido, quizá resulte preferible la primera de las opciones apuntadas –la notifica-

²⁴⁶ Respectivamente, para el DCFR, VON BAR y CLIVE, 2009, p. 624; para la CESL, KIENINGER, 2012, p. 374 y, en nuestro caso, LÓPEZ RICHART, 2001, p. 324.

²⁴⁷ Ver al respecto, BLANDINO GARRIDO, *RdPat*, 2015, pp. 10-11.

²⁴⁸ Así, por ejemplo, AZZARO, 2009, p. 769, se limita a señalar que es imprescriptible.

²⁴⁹ Los Comentarios al DCFR, no obstante, señalan que lo normal es que el tercero se dirija a aquella de las partes que le comunicó la existencia del derecho, debiendo ésta notificarle la renuncia a su contraparte en cumplimiento del deber de cooperar que surge de la relación contractual; VON BAR y CLIVE, 2009, p. 624.

²⁵⁰ En ese sentido, PÉREZ CONESA, 1999, p. 277. Igualmente, en Italia, SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1166, afirman esta doble notificación, si bien con diversos efectos: frente al estipulante, como condición de validez de la renuncia, y, frente al deudor, para la eficacia de la misma.

ción alternativa–, en la medida en que minimiza la carga que se impone al beneficiario, quien, a fin de cuentas, se ve involucrado en esta operación sin su voluntad y, en ocasiones incluso, sin su conocimiento.

3. EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL DERECHO A FAVOR DEL TERCERO

65. Producida la extinción del derecho del tercero –sea por revocación, por renuncia o por cualquiera de los casos en los que se vea afectada la eficacia de la relación de cobertura o desaparezca por cualquier motivo la causa de la atribución del beneficio al tercero–, surge la duda de cuál es entonces el destino de la prestación que se había pactado a su favor por estipulante y promitente. Antes de entrar a ello, sin embargo, hemos de puntualizar que –salvo en el supuesto concreto de ineficacia de la relación de cobertura– la extinción a la que nos estamos refiriendo afecta solo al derecho del tercero, pero que permanece incólume la relación entre estipulante y promitente²⁵¹. Consiguientemente, en el seno de tal relación solo se produce un cambio en la persona del destinatario de la prestación que ha de ejecutar el promitente, lo cual solo será posible, como veremos, en la medida en que ésta no tenga el carácter de personalísima.

Dado el carácter retroactivo de la renuncia, que debe predicarse también de la revocación, se debe entender, además, que el derecho o beneficio extinguido no ha pertenecido nunca al tercero, por lo que su adquisición posterior por parte del sujeto al que revierta no traerá causa de éste, sino del estipulante. Así, de hecho, se interpreta por ejemplo en Francia, donde el carácter retroactivo de la extinción del derecho del tercero se proclama expresamente también para el caso de la revocación, *ex art. 1207 V CC francés*²⁵². Igualmente, el artículo 526-7.5 PCC proclama este carácter retroactivo de la renuncia y de la revocación: se entenderá que el tercero «nunca ha adquirido».

Pese a todo, la respuesta a la cuestión de cuál es el sujeto al que revierte la prestación no es obvia, ya que, *a priori*, son varias las opciones posibles: atribución al estipulante, atribución a otro sujeto –que pase a ser nuevo beneficiario–, liberación del promitente o,

²⁵¹ Igualmente, ROSSI, 2016, p. 714.

²⁵² Así, CHANTEPIE y LATINA, 2016, p. 491; DOUVILLE, 2016, p. 198 y DESHAYES *et al.*, 2018, p. 499. Igualmente, esta afirmación del carácter retroactivo de la revocación se encuentra en Italia: ver ROSSI, 2016, p. 715.

incluso, retroacción de todos los efectos a la situación anterior a la estipulación o contrato a favor de tercero.

66. El punto de partida para determinar estos efectos posteriores a la extinción es, como no podría ser otro, el acuerdo entre estipulante y promitente reflejado en la relación de cobertura²⁵³. Tal es, de hecho, el criterio que parece acoger el artículo 1411 IV CC italiano y el texto del artículo 72.3 del Proyecto de Pavía, así como, en nuestro ordenamiento, el artículo 526-7.5 PCC, que avanza sobre la regulación anterior de la PMCC.

Ahora bien, en defecto de tal pacto, la mayoría de nuestra doctrina se inclina por aplicar la solución prevista en los artículos 641 CC y 84 III LCS, y entender que el estipulante –o, en defecto de éste, sus herederos– pasa a ser el acreedor de la prestación del promitente, evitando así el enriquecimiento que le supondría a este segundo la liberación²⁵⁴. La estipulación a favor de tercero pierde, por tanto, su peculiar estructura triangular.

Así se prevé expresamente, de hecho, en los artículos 72.3 Proyecto de Pavía, 1294 II PMCC y 526-7.5 PCC del moderno Derecho de contratos, al igual que en el actual artículo 1207 II CC francés (en defecto del nombramiento de un nuevo beneficiario), siendo aceptado por la doctrina de la mayor parte de los demás ordenamientos nacionales²⁵⁵. No falta, sin embargo, un sector minoritario que considera que tal solución no es plenamente correcta, puesto que debería distinguirse en función del carácter oneroso o gratuito de la relación de cobertura, permitiendo en este segundo caso la liberación del promitente, puesto que es lo que responde al espíritu de liberalidad del estipulante²⁵⁶.

67. En todo caso, como ya hemos apuntado, la reversión al estipulante o a sus herederos de la prestación del promitente encuentra un límite, que hemos de considerar necesario. En concreto, la doctrina de los diversos ordenamientos analizados tiende a negar esta atribución en el caso de que la prestación fuera personalísima –de manera que el promitente solo se obligó en consideración a la persona del tercero–, así como el caso de que la atribución de la misma al estipulante la convierta en más gravosa para el pro-

²⁵³ Ver al respecto, PÉREZ CONESA, 1999, p. 272; CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, pp. 1711 y 1715 y LÓPEZ RICHART, 2001, p. 344, así como, en el marco de los comentaristas de los PICC, VOGENAUER, 2015, pp. 686-687.

²⁵⁴ Por todos, en nuestro ordenamiento, PÉREZ CONESA, 1999, p. 143; CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1704 y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 539.

²⁵⁵ Así, para España, CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 685; para Alemania, HARKE, 2010, p. 425; y, para Italia, AZZARO, 2009, p. 762, SACCO y DE NOVA, 2016, p. 1166 y ALPA, 2017, p. 482.

²⁵⁶ MARTÍN BERNAL, 1985, p. 373; CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1711 y LÓPEZ RICHART, 2001, pp. 340-341. Igualmente, parece apuntar esta idea, en Italia, AZZARO, 2009, p. 770.

mitente, supuestos ambos en los que se afirma la extinción de la obligación para éste y su liberación²⁵⁷.

Por este motivo, consideramos que sería preferible en este punto establecer en defecto de pacto una solución más flexible que la que parece afirmar de forma tajante el ya mencionado artículo 1294 II PMCC de reversión en todo caso al estipulante²⁵⁸. Es, por ello, quizá más adecuada la fórmula del artículo 526-7.5 PCC, que –repetiendo el texto de los artículos 1411 IV CC italiano y 72.3 Proyecto de Pavía– se refiere a que pueda resultar otra cosa «de la naturaleza de la prestación».

V. CONCLUSIONES

68. El análisis llevado a cabo en las páginas precedentes sobre la estipulación o contrato a favor de tercero nos ha permitido confirmar la idea enunciada inicialmente de que la estructura de esta figura es similar en todos los ordenamientos y textos que la abordan. Por el mero acuerdo entre estipulante y promitente, se genera un derecho con el contenido y la extensión que ellos determinen, que nace directamente en la cabeza del tercero, sin necesidad de que éste lo acepte, y que le permite reclamar una determinada prestación o beneficio del promitente. Se constituye así un esquema triangular de relaciones (estipulante-promitente, promitente-tercero, estipulante-tercero) sobre la base de un único contrato, del que únicamente son parte el estipulante y el promitente.

Aunque el Código civil holandés se desmarca en este último punto, la mayor parte de los ordenamientos y de los textos del moderno Derecho de contratos afirman tajantemente con mayor acierto que el tercero no es parte del contrato y que no pasa a serlo tampoco por el hecho de su eventual aceptación posterior. Ello es lógico y coherente con la fórmula jurídica diseñada entre estipulante y promitente, en la medida en que su intención no es la de integrar al tercero en su relación contractual por medio de la atribución del beneficio y en la medida en que, correspondientemente, la aceptación del tercero se refiere solo al beneficio atribuido.

69. Sobre esa base, el estudio desarrollado nos ha permitido constatar que son similares los problemas a los que se enfrenta este

²⁵⁷ Ver, para el primer caso, MARTÍN BERNAL, 1985, p. 386, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 406 y PÉREZ CONESA, 1999, pp. 274 y 277, así como, en Alemania, HARKE, 2010, p. 425 y en Francia, DESHAYES *et al.*, 2018, p. 499. Para el segundo, CARBALLO FIDALGO, *Act. Civ.*, 2000, p. 1712 y LÓPEZ RICHART, 2001, p. 344.

²⁵⁸ Ya lo apuntamos de hecho anteriormente en MACÍA MORILLO, 2014, p. 1805.

esquema contractual en todos los ordenamientos que lo acogen y que, más concretamente, se centran en establecer criterios claros para definir los perfiles de las tres cuestiones clave relativas a la esta figura: su estructura, sus efectos para los sujetos implicados e involucrados en ella y su extinción.

Así, en relación a la estructura de la estipulación a favor de tercero, la mayor parte de los ordenamientos nacionales y los textos del moderno Derecho de contratos ha buscado dar una respuesta a cuestiones relativas a la interpretación de la voluntad de estipulante y promitente ante el problema de la estipulación tácita a favor de tercero, la determinación amplia o limitada del objeto de ese contrato, la dependencia o independencia existente entre la causa de la estipulación y la causa de la atribución del derecho al beneficiario, o la identificación y designación de este tercero. Por otro lado, en relación al segundo bloque de cuestiones, se han manifestado en la mayor parte de los sistemas jurídicos problemas relativos a la delimitación de la extensión, contenido y características del derecho atribuido al tercero, así como al momento en que éste pasa a ser titular del mismo, a los remedios que puede ejercitar el estipulante ante las vicisitudes derivadas de la ejecución contractual por el promitente y los que puede ejercitar igualmente el tercero, así como a las excepciones que le puede oponer a éste el promitente. Finalmente, en relación a la cuestión de la extinción del derecho atribuido al tercero por el acuerdo entre estipulante y promitente, en los diversos ordenamientos y textos del moderno Derecho de contratos se ha tratado de definir cuáles son los límites y la forma de ejercicio de la facultad de revocación o modificación del derecho, los perfiles de la peculiar facultad de renuncia –retroactiva– del tercero a su beneficio y el destino de la prestación pactada a favor del tercero, una vez producida la extinción de su derecho.

70. Las respuestas a estas múltiples preguntas, sin embargo, no son siempre uniformes y, de hecho, hemos podido apreciar algunas claras divergencias en cuestiones de mayor o menor importancia, derivadas de la distinta regulación legal o de la tradición doctrinal y jurisprudencial nacional que se ha visto obligada a ir ofreciendo soluciones a la luz de los obstáculos concretos surgidos en cada ordenamiento. Así, por ejemplo, además del caso holandés, cuyo Código civil no solo se desmarca en la cuestión ya referida relativa a la posición del tercero en el contrato, sino también en seguir atribuyendo a la aceptación del tercero el valor de condición de la adquisición del beneficio, hemos podido comprobar cómo Alemania se distingue del conjunto de sistemas jurídicos analizados al establecer la irrevocabilidad del derecho del tercero

como regla general, frente a la revocabilidad que proclaman el resto de los ordenamientos y los textos del moderno Derecho de contratos; cómo la regulación portuguesa es la más amplia en cuestiones tales como la identificación del tercero beneficiario o el objeto de la estipulación, pero al mismo tiempo resulta notablemente estricta, por ejemplo, en su prohibición de transmisión de la facultad de revocación del derecho del tercero a los herederos del estipulante; o cómo el Reino Unido manifiesta ciertas dudas y reluctancia desconocidas en otros ordenamientos hacia el ejercicio de la acción de indemnización por parte del estipulante, en reclamación de los daños sufridos por el tercero.

Del mismo modo, los diversos textos del moderno Derecho de contratos presentan sus propias peculiaridades, que las acercan en general a las legislaciones nacionales que más han tenido en cuenta sus autores a la hora de elaborar su redacción. Como muestra de ello, nótese, por ejemplo, la aproximación del DCFR o de los PECL al derecho británico en las cuestiones relativas a la facultad de revocación. Con todo, es de destacar que ninguno de estos textos internacionales ha adoptado las soluciones de los ordenamientos nacionales que se presentan en el panorama comparado como únicas o peculiares, sino que más bien han optado por reflejar las que responden a la tónica general del conjunto.

El resultado y conclusión general derivado de todo esto es la afirmación –indubitada por nuestra parte– de que no existen en esta materia dos regulaciones nacionales o internacionales iguales, sean de Derecho positivo o de modernización del Derecho de contratos; pero que, igualmente, tampoco ninguna de ellas destaca respecto del resto, sobresale o resulta claramente preferible.

Es más, el panorama que se ha ofrecido en estas páginas nos permite constatar que ninguno de los ordenamientos nacionales ni de los textos del moderno Derecho de contratos se diferencia o se desmarca con claridad respecto de los demás, adoptando soluciones que se separen de manera constante de la tónica general. Más bien, la mayor parte de las diversas regulaciones de la figura manifiesta peculiaridades propias o únicas en alguna de las materias analizadas, pero sin perder con ello el alineamiento general en su conjunto con el resto de los ordenamientos. De hecho, aunque en algunas cuestiones es difícil encontrar grandes puntos de conexión (notablemente, por ejemplo, en la materia relativa a la posible admisión de los derechos reales como objeto del contrato a favor de tercero), el estudio desarrollado nos lleva a afirmar que se percibe una misma dirección en las cuestiones esenciales relativas a esta figura.

71. El caso español no es en ello una excepción. Pese a la exigua regulación del artículo 1257 CC, la labor fundamental de interpretación por parte de nuestra doctrina y, en menor medida, de nuestra jurisprudencia sitúa hoy por hoy el estado de la cuestión en nuestro país en la línea general del resto de los sistemas jurídicos analizados. Es más, el análisis que hemos realizado nos permite constatar que el ordenamiento español no es uno de los que destacan o se desmarcan en ninguna de las cuestiones estudiadas, ofreciendo una solución única o desconocida para el resto de los sistemas jurídicos y textos del moderno Derecho de contratos. Más bien, las soluciones ofrecidas por nuestra doctrina encuentran siempre un eco –o una inspiración, según se mire– en las que se pueden encontrar en otros ordenamientos nacionales o propuestas de modernización. En el contexto de un mundo cada vez más globalizado e interrelacionado en el plano jurídico y económico, consideramos que esto es algo que ha de valorarse positivamente.

El problema a este respecto –si acaso–, es que, como se ha podido apreciar, no siempre se manifiesta una unanimidad en nuestras soluciones doctrinales, que además no son siempre compartidas por la jurisprudencia –allí donde ésta haya tenido ocasión de pronunciarse–, y que el disenso entre una y otra –doctrina y jurisprudencia– afecta en ocasiones a cuestiones relevantes (piénsese, por ejemplo, en lo relativo al distinto valor otorgado a la aceptación del tercero por parte de la jurisprudencia tradicional, frente a la actual doctrina mayoritaria). En ese sentido, creemos que es digno de ser destacado el hecho de que, tanto desde el ámbito público como desde el ámbito privado, nuestros textos de propuesta de modernización del Derecho de contratos hayan dedicado un espacio a consagrar y tratar de fijar una respuesta única a las cuestiones debatidas en torno al contrato a favor de tercero y que, además, lo hayan hecho optando siempre por las soluciones más adecuadas y más en la línea del resto de los ordenamientos nacionales y de los textos internacionales del moderno Derecho de contratos.

El trabajo, sin embargo, no está finalizado. Aunque la propuesta contenida en la PCC avanza algo más sobre la redacción de la PMCC –de la que parte y a la que toma en general como claro modelo–, ciertamente ambos textos presentan algunas carencias o lagunas que deberían revisarse. En concreto, se echa por ejemplo en falta una regulación expresa y más detallada del régimen de las relaciones entre estipulante, promitente y tercero (notablemente, por ejemplo, en relación al ejercicio de la facultad de resolución, pendiente el cumplimiento frente al tercero), un desarrollo más pormenorizado del ejercicio de las facultades de revocación y

renuncia o el establecimiento de un régimen especial para las estipulaciones a favor de tercero con efectos tras la muerte del estipulante. Con todo, estos silencios y omisiones de las regulaciones propuestas en ambos textos son en general de menor calado y no empecen a la valoración altamente positiva que los dos merecen, en la medida en que plantean una adecuada regulación de la figura que mejoraría grandemente el estado actual de nuestra regulación positiva sobre la materia y que, con los añadidos sugeridos, resolvería de manera definitiva todos los debates aún hoy subsistentes sobre el contrato a favor de tercero.

Parece, pues, que vamos en la dirección correcta, y lo único que necesitamos –y no es poco– es que finalmente estas soluciones se positivicen.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, 12.^a ed., Madrid, 2004.
- ALPA, Guido: *Manuale di diritto privato*, 10.^a ed., Vicenza, 2017.
- ANDREWS, Neil: *Contract Law*, Cambridge, 2011.
- ARVIND, T. T.: *Contract law*, Oxford, 2017.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código civil*, Madrid, 2018.
- AZZARO, Andrea Maria: «Il contratto a favore di terzi», en *Diritto Civile*, v. III, t. II, Milán, 2009, pp. 761-774.
- BAR, Christian von, y CLIVE, Eric (eds.): *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 1, Múnich, 2009.
- BEALE, Hugh; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; RUTGERS, Jacobien, y VOGENAUER, Stefan: *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3.^a ed., Oxford y Portland, 2019.
- BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew, y CARTWRIGHT, John: *Anson's Law of Contract*, 30.^a ed., Oxford, 2016.
- BÉNABENT, Alain: *Droit civil. Les obligations*, 12.^a ed., París, 2010.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia: «La estipulación a favor de terceros. Tratamiento en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo y compatibilidad con el Derecho español», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2015, pp. 1-13 (según PDF de la versión digital).
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve; DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, y VAQUER ALOY, Antoni: *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid, 2016.
- BURROWS, Andrew y BUSCH, Christoph: «Contract terms in favour of third parties», en *The Common European Sales Law in Context. Interaction with English and German Law*, Oxford, 2013, pp. 502-520.
- BUEN, Demófilo de: «La estipulación en provecho de tercero», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1923, pp. 193-237.

- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «El contrato en favor de tercero a la luz de la armonización del Derecho privado europeo», en *Homenaje al Profesor Luis Puig i Ferriol*, v. I, Valencia, 2006, pp. 647-688.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «El contrato en favor de tercero», *Actualidad civil*, 2000, pp. 1697-1727.
- CHANTEPIE, Gaël, y LATINA, Mathias: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, París, 2016.
- CLIVE, Eric: «Multi-party relationships in the DCFR», en *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*, Amberes, 2011, pp. 135-146.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, «Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2009, pp. 1-70.
- DESHAYES, Olivier; GENICON, Thomas, y LAITHIER, Yves-Marie: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2.^a ed., París, 2018.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «Artículo 1257», en *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 433-436.
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. primero, 6.^a ed., Madrid: Thomson-Civitas, 2007.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid: Civitas, 2002.
- DOUVILLE, Thibault: «Arts. 1205-1209», en *Le réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, París, 2016, pp. 193-201.
- FABRE-MAGNAN, Muriel: *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 4.^a ed., París, 2016.
- FAGES, Bertrand: *Droit des obligations*, 7.^a ed., Issy-les-Moulineaux, 2017.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «La traducción española de la Parte general del Código europeo de contratos», *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, pp. 299-396.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Artículo 1257 CC», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVII, v. 1.^o-A, Madrid, 1993, pp. 322-419.
- HARKE, Jan Dirk: *Allgemeines Schuldrecht*, Heidelberg-Dorrecht-Londres-Nueva York, 2010.
- KIENINGER, Eva María: «Article 78, Chapter 7: Contents and effects», en *Common European Sales Law. Commentary*, Baden Baden-Múnich-Portland, 2012, pp. 371-375.
- LANDO, Ole, y BEALE, Hugh (eds.): *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised*, La Haya-Londres-Boston, 2000.
- KÖTZ, Hein: *European contract law*, 2.^a ed., Oxford, 2017.
- LOOSCHELDERS, Dirk: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 16.^a ed., Múnich, 2018.
- LÓPEZ RICHART, Julián: *Los contratos a favor de tercero*, Madrid, 2001.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «El contrato a favor de tercero en la propuesta de modernización del Código civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. I, Navarra, 2014, pp. 1793-1816.
- MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent, y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Droit civil. Les obligations*, 10.^a ed., Issy-les-Moulineaux, 2018.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel: *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985.

- MCKENDRICK, Ewan: «Third parties», *Principles of the English law of obligations*, Oxford, 2015, pp. 85-95.
- *Contract Law*, 13.^a ed., Londres, 2019.
- MEDICUS, Dieter, y LORENZ, Stephan: *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 21.^a ed., Múnich, 2015.
- MERCADAL, Barthélemy: *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Levallois, 2016.
- NART FERNÁNDEZ, Ignacio: «Notas sobre los contratos a favor de tercero», *Anuario de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, pp. 455-488.
- PÉREZ CONESA, Carmen: *El contrato a favor de tercero*, Granada, 1999.
- PERRON, Charles Edgar du: «Chapter 6: Contents and effects», en *The principles of European Contract Law and Dutch Law. A commentary*, La Haya-Londres-Nueva York, 2002, pp. 281-284.
- PRETTO-SAKMANN, Arianna: «Article 6:110: Stipulation in Favour of a Third Party», en *Principles of European Contract Law and Italian Law*, La Haya, 2005, pp. 305-309.
- ROSSI, Valentina: «Il contratto a favore di terzi», en *Contratto in Generale*, Milán, 2016, pp. 713-722.
- SACCO, Rodolfo, y NOVA, Giorgio de: *Il contratto*, 4.^a ed., Vicenza, 2016.
- SCHULZE, Reiner, y BEIERLE, Benedikt: «Tiers et contrat en Allemagne», en *Les tiers. Journées panaméennes. Travaux de l'Association Henry Capitant*, Bruselas, 2016, pp. 41-53.
- STONE, Richard: *The modern contract law*, 8.^a ed., Londres, 2009.
- TERRÉ, François; SIMLER, Philipp; LEQUETTE, Yves, y CHÉNEDÉ, François: *Droit civil. Les obligations*, 12.^a ed., París, 2019.
- TREITEL, Gunter H.: *The law of contract*, 14.^a ed. (rev. E. Peel), Londres, 2015.
- VOGENAUER, Stefan: «Section 2: Third party rights», en *Commentary on the Uni-droit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.^a ed., Oxford, 2015, pp. 654-687.

Presente y futuro del desistimiento del principal en contratos de servicios

Artículo 526-4 PCC

GABRIEL MACANÁS VICENTE

Doctor en Derecho civil por la Universidad de Bolonia
Profesor Contratado Doctor de Derecho civil
Universidad de Murcia

RESUMEN

El desistimiento unilateral del principal de contratos caracterizados por prestaciones de hacer –contratos de servicios– no encuentra ninguna regulación directa en nuestro Derecho actual. Y, sin embargo, su existencia no solo es real, sino inevitable. La institución encuentra su mejor sede en el artículo 1594 Cc pero, más allá de ello, es la naturaleza de estas relaciones contractuales y la imposibilidad de exigir su cumplimiento forzoso lo que lleva a la necesidad de construir algún tipo de desistimiento, para regular un fenómeno esencial a los contratos de servicios. Partiendo de esa base, así como de los argumentos en los que se sustenta, puede comprenderse, explicarse y defenderse el nuevo modelo de regulación propuesto en el artículo 526-4 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

PALABRAS CLAVE

Desistimiento. Incumplimiento. Contrato de servicios. Indemnización.

Present and future regulation of the client's right to terminate the contract

ABSTRACT

Client's right to terminate the service contractual relationship at any time by mere notice it is not regulated by any legal norm under Spanish Law. And yet, the existence of that right is not only real, but unavoidable. The closest rule to that right to terminate would be the article 1594 of the Spanish Civil Code but, it is mostly linked to its own nature, and the impossibility of specific enforcement or mandatory injunction –which is not habitual on Continental civil Law–. From that starting point, and the reasons that support it, the new model proposed, the article 526-4 PCC, could be understood, explained and defended.

KEY WORDS

Termination. Withdrawal. Breach. Service contract.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Situación actual del desistimiento del principal de los contratos de servicios.* 1. Los posibles desistimientos en el Ordenamiento español. 2. Fuentes reguladoras de los contratos de servicios y ámbito de aplicación del desistimiento unilateral del principal. 2.1 Marco regulatorio general y aplicabilidad del art. 1594 CC. 2.2 Doctrina jurisprudencial respecto la facultad de desistimiento unilateral general del principal. 2.3 La necesaria aplicación del desistimiento unilateral del principal a los contratos de servicios: la indiferenciación de los efectos del incumplimiento voluntario. 3. Algunos modelos posibles de referencia. 3.1 Derecho comparado vigente. 3.2 Propuestas de modernización contractual europeas. 3.2.1 *Principles of European Law: Service Contracts.* 3.2.2 *Draft Common Frame of Reference.* 3.2.3 Propuesta de Reglamento Europeo relativa a una normativa común de compraventa europea. 3.3 Propuestas de modernización en España. 3.3.1 Propuesta sobre el contrato de servicios, de la Comisión General de Codificación. 3.3.2 Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. 3.3.3 Propuesta y Anteproyecto de Código mercantil.–III. *Propuesta de desistimiento unilateral del principal de contratos de servicios en la PCC.* 1. Supuestos de desistimiento excluidos. 2. Efectos generales del desistimiento. 3. La indemnidad del prestador. 3.1 Partidas indemnizables como consecuencia del desistimiento. 3.1.1 Pérdida de la utilidad: objetivación o prueba del «beneficio industrial». 3.1.2 Gastos no recuperados o recuperables. 3.2 La indemnización por la utilidad perdida del prestador. 3.2.1 La carga mitigar el propio daño y el negocio de sustitución 3.2.2 Otras utilidades perdidas distintas o indirectas al precio descontando los gastos. 3.2.3 La indemnización por «trabajo». 3.3 Ejercicio del desistimiento y pago de la indemnización. 4. Imperatividad del desistimiento y límites a sus limitaciones. 5. Sistemática de la

regulación: ¿una norma general de contratos o específica de servicios?
 5.1 Indeterminación relativa, pasada y presente, del contenido y destino de la PCC. 5.2 Subsidiariedad general. 5.3 Desistimiento general como base de las obligaciones contractuales. *Tabla de jurisprudencia. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del desistimiento unilateral del principal, en contratos con prestaciones de hacer, se enfrenta a la tensión inevitable entre la claridad de su realidad cotidiana, y la oscuridad de su fundamentación normativa. Esta paradoja, persistente ya durante décadas, ha contribuido a crear una bruma útil, entre la que, aun sin demasiada certeza sobre el cómo y hasta el qué, la finalidad incontenible de la institución se ha asentado sobre frágiles construcciones doctrinales, jurisprudenciales y, sobre todo, normativas.

Asumida la realidad actual, y para acaso poder alcanzar una mejor interpretación o aplicación de la misma, también la mayoría de las propuestas de actualización y modernización contractual, europeas y españolas, han apuntado también al mismo camino, con mayor o menor detalle o acierto. Lo anterior, sin embargo, acaba enfrentándose a los límites de una legislación vigente en la que la analogía necesaria para dotar de base y certeza a la institución es más techo que punto de partida. De ordinario, no sería posible ir mucho más allá, no sin transitar el peligroso camino-laberinto, puente o trampolín— de la *lege ferenda*.

Sin embargo, pese a que la imaginación, aun la más autorizada y creativa, no pueda ser fuente ordinaria del Derecho, en alguna ocasión puede suceder que la propuesta personal, más que mera ocurrencia, pueda llegar a ser algo más. Algo, si no más real, al menos sí mucho más completo y, como tal, útil en sí mismo, tanto por su potencialidad transformadora, como por su resonancia científica. Y así, después de conocer y reconocer qué es el desistimiento unilateral del principal de contratos de servicios en el Derecho civil que es, se puede tratar de alcanzar tal desistimiento en el Derecho civil que puede llegar a ser.

La Asociación de Profesores de Derecho Civil acordó, en abril de 2014, redactar un borrador de Propuesta de Código Civil que, de uno u otro modo, propendiera la actualización y modernización del Derecho civil positivo en España, entonces y ahora necesitada de

un nuevo Código civil. Tal tarea, enorme, fue distribuida en grupos de trabajo, que irían proponiendo borradores a la Junta Directiva, al resto de grupos y, finalmente, a la Asociación. Ésta, tras aprobar el borrador final, lo pondría a disposición de todos los juristas españoles, en la esperanza de que pudiese servir como germen de un renovado Derecho civil. Fruto lo anterior ha sido la Propuesta de Código civil que, en su artículo 526-4, regula de forma general la facultad unilateral de desistimiento del principal de relaciones contractuales con prestaciones de hacer.

Comentaré, pues, el artículo 526-4 de la Propuesta de Código Civil. Pero no como autor, aunque haya participado en la elaboración del mismo, ya que no pretende ésta ser una interpretación auténtica, sino un comentario de la norma. No se puede perder de vista, además, que el gran mérito y la gran dificultad de esta Propuesta de Código Civil no es, ni puede ser, ninguna regulación concreta, sino el intento de creación sistemática de todas ellas. Por lo tanto, se podrá intentar comprender cada precepto en lo que es, y en lo que pueda llegar a ser, pero siempre dentro de un sistema más amplio, que deberá ser tan coherente y adecuado en sus partes como con el todo. De hecho, si el trabajo resultó como se pretendía, los artículos habrán de tener sentido propio, sistemáticos consigo mismos, con el resto del Código propuesto y con el Ordenamiento todo; más allá de lo que pudiera pensarse en el momento de su redacción.

Sí intentaré ahora aportar algunos de los instrumentos, consideraciones e ideas que se plantearon durante la ejecución del trabajo de elaboración del artículo –fueran finalmente asumidas o no–. Desde ahí, este comentario no será más exegético, completo o cierto por haber participado en su elaboración. De hecho, tratándose como se trata de una propuesta, su valor y utilidad está, precisamente, en la discusión de su fundamento y en el contraste de su idoneidad. No se trata, en fin, de la mera exposición del artículo propuesto; sino de la búsqueda de la mejor norma posible.

II. SITUACIÓN ACTUAL

El actual Ordenamiento civil español carece de una regulación sistemática y homogénea del desistimiento unilateral, *ad nutum*, del contrato de prestaciones de hacer. Desde su propia denominación, hasta su delimitación de figuras afines pero dissociables, incluso su especialidad en determinados ámbitos, su deficiente regulación dificulta una adecuada reconstrucción general de la ins-

titución. Sin embargo, y a pesar de los obstáculos, el desistimiento unilateral, como norma general para las prestaciones de hacer, aun entre brumas, ya existe hoy. Siendo así, y resultando de hecho consecuencia inevitable de la sistemática aplicable a las obligaciones y los contratos, proyectados sobre la categoría de los contratos con prestaciones características de hacer, su reconocimiento no solo sería una mejora deseable, sino una necesaria; en cuanto a la seguridad y certeza exigible al Derecho en general y a las relaciones contractuales en particular.

1. LOS POSIBLES «DESISTIMIENTOS» EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

El tratamiento sistemático del desistimiento afronta, como primer problema, una terminología profusa y equívoca –cuando no arbitraria– sobre instituciones parecidas pero distintas¹. No se trata aquí del «desistimiento» previsto en la legislación de consumo (llamado como tal, o también renuncia o rescisión², pudiendo calificarse también como revocación³). Tampoco se trata de la renuncia en sentido propio, apuntado en el artículo 6.2 CC; de la rescisión prevista en los artículos 1290 y siguientes CC; ni la resolución del artículo. 1124 CC.

Aunque también es frecuente utilizar el mismo término⁴, cabe distinguir el desistimiento que va a tratarse de la denuncia, entendida esta última como una consecuencia tanto de la proscripción

¹ Explica BELUCHE RINCÓN que «En nuestro Derecho, el desistimiento unilateral adolece de una gran imprecisión terminológica: las propias disposiciones del Código Civil (v. gr. arts. 1705 CC, 1732 CC, 1733 CC), y de su mano la doctrina y jurisprudencia, utilizan voces heterogéneas como «revocación», «renuncia» o «denuncia» para referir esta institución del «desistimiento unilateral» en «El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral», en *RDC*, 2015, p. 83. Y sigue en la nota 48 «Este problema terminológico se agrava, además, cuando se habla de «desistir» para referir fenómenos distintos a la facultad unilateral y discrecional de extinción de obligaciones (...), continuando en el texto de la misma página: «Estas diversas denominaciones, que originan equívocos y confusiones, quizá, traigan causa de la asistemática y fragmentaria regulación de esta figura que, contemplada solo en supuestos concretos y con distintas voces, carece de una reglamentación general».

² En la (traducción de la) Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, ya se utilizaba para tal desistimiento, con aparente indiferencia, «derecho de rescisión» (quinto considerando) y «derecho de renunciar a los efectos de su compromiso», en el artículo 5.1, 6 y 7.

³ Así nominaba a este «desistimiento», como revocación, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre (derogada por el texto refundido, aprobado por RD Legislativo 1/2007), en sus artículos tercero, quinto, sexto y séptimo.

⁴ En la PCC, el artículo 526-4, del *desistimiento*, sí lo diferencia –como institución con premisas y efectos distintos– de la *denuncia*, regulada en el artículo 526-3. Sin embargo, en la misma PCC, en sede de Disposiciones Generales de los Contratos de Servicios, denominan igualmente al *desistimiento* del principal, en el artículo 582-21, que al *desistimiento* de los contratos de duración, en el artículo 582-4.

general de vinculación perpetua⁵ como de la eventual falta de previsión contractual respecto a la terminación del contrato. A través de la buena fe y la integración e interpretación de la voluntad contractual se permitiría terminar de forma ordenada una vinculación imperfecta en cuanto a la indeterminación de la duración⁶.

Se va a tratar, en fin, la concreta facultad unilateral, *ad nutum*, de terminación del contrato, *ex nunc*, de la que goza el principal⁷ de prestaciones de hacer; independientemente de la duración o plazo de la relación contractual, que podrá ser también determinado.

2. FUENTES REGULADORAS DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL PRINCIPAL

2.1 Marco regulatorio general y aplicabilidad del artículo 1594 CC

Partiendo de la anacrónica e insuficiente regulación del arrendamiento servicios, más nominado que regulado en el Código civil⁸, se hace necesario encontrar una base normativa de referen-

⁵ Lo explica Díez-PICAZO: «El problema se plantea como una tensión entre dos fuerzas o reglas contrarias: por un lado, aparece la idea de que la subsistencia y la ejecución de una obligación no puede nunca dejarse al arbitrio de una de las partes; por otro lado, se encuentra la exigencia de que una vinculación obligatoria no sea nunca indefinida, ni mucho menos perpetua y, además, que la relación sea un cauce de protección de los intereses de las partes», 2008, pp. 891-892.

⁶ Entiende DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ que «(...) la duración indefinida se convierte así en el elemento que fundamenta la operatividad del mecanismo de la resolución unilateral *ad nutum* en determinadas relaciones contractuales», 2000, p. 75.

⁷ También en el caso de «el principal» la terminología dista de ser unívoca. Podría haberse utilizado también el término «comitente», expresivo del mismo contenido de acreedor de la prestación de hacer, si bien su uso está más extendido –sin ser exclusivo– en el ámbito del contrato de obra (que, además, al verse integrado como se verá en el ámbito de los servicios en general, y al resultar actualmente de aplicación su regulación del desistimiento a todo servicio, podría justificar de forma especial tal término). «Arrendatario» –del servicio– parece un término tan anacrónico como «locador», sobre todo en cuanto a las categorías hacia las que se tiende –en este texto, y en la PCC–. «Cliente», si bien se utiliza también en este ámbito, puede resultar asimismo confuso ya que, en ocasiones, las normas le dotan de un sentido de permanencia o persistencia que podría no darse en lo que aquí se trata. Por último «acreedor de la prestación de hacer» quizá resulte demasiado extensa, sin una evidente mejora en la precisión, aunque sea el término (acaso por parecer más neutro) utilizado en el Título II del Libro Quinto de la PCC. En fin, se ha optado aquí por «principal» porque es el término utilizado en el Título VIII del Libro Quinto de la PCC, «De los contratos de servicios», que afronta de forma extensa y específica este tipo de relación.

⁸ «[el arrendamiento de servicios] (...) en primer término, está llamado a cumplir una función residual en la labor calificadora (...) En segundo lugar, el arrendamiento de servicios se identifica con el régimen jurídico común de la contratación onerosa de la actividad (...) Hoy el arrendamiento de servicios no puede cumplir adecuadamente ninguna de las funciones apuntadas, y ello es debido tanto a la insuficiencia normativa del arrendamiento de servicios, como a la deficiente configuración legal de los otros contratos básicos de servicios: el arrendamiento de obra y el contrato de mandato», VAQUERO PINTO, 2005,

cia, antes que asumir una laguna general para todos los contratos con prestaciones de hacer distintas de la obra. Si bien la formulación abierta del mandato ha llevado a que, en ocasiones, se haya propuesto su aplicación analógica⁹; tanto sus bases naturalmente gratuitas¹⁰, como su objeto¹¹, desaconsejan la categoría. A veces

p. 24. En el mismo sentido CAPILLA RONCERO, 1995, p. 576: «se someten a la aplicación del Código civil los servicios prestados por profesionales (liberales o no), artistas, artesanos, etc., y los prestados por empresas, cuando por la naturaleza de la prestación asumida merezcan esta calificación de contrato de servicios. Mas su no contemplación específica por el CC, obliga a reconstruir su régimen sobre normas distintas de las contenidas en la Sección 1.ª del Capítulo III del Libro IV CC».

⁹ «Así, desde el arrendamiento de servicios, volvemos nuestra mirada al contrato de mandato (...) Por ello, la hipótesis de trabajo no es otra que intentar justificar o argumentar cómo las normas que nuestro Código civil dedica al contrato de mandato son las que nos ayudan a resolver las cuestiones que las relaciones de servicios que nos ocupan plantean, y que mal se resuelven aplicando unos pocos preceptos que originariamente fueron pensados para unas relaciones distintas totalmente (...)». CERVILLA GARZÓN, 2001, p. 92. En un sentido más conceptual, entiende ALONSO PÉREZ, el mandato como categoría general de referencia para los contratos de servicios –y obra– gratuitos, al margen de las precisiones en cuanto a régimen aplicable (que permiten para la autora acudir, en fin, al doble régimen establecido en el código), 1997, pp. 126-138. Podría oponerse a esta última consideración que muy probablemente no se trate de «escoger» entre obra y mandato, sino reconocer un origen histórico que ya parte de una distinción incompleta (basada, empero, en una confrontación de onerosidad y gratuidad que persiste en no pocas de las normas utilizables; además de las limitaciones históricas de la «locación» de trabajo ajeno). Ya el propio Digesto reconoce la cercanía «Es nulo el mandato, si no es gratuito (...) porque interviniendo dinero, la cosa tira más bien a locación y a conducción», Digesto. XVII: I. 1. 4. (*Cuerpo de Derecho civil romano* traducido y compilado por GARCÍA DEL CORRAL, I., 1989, tomo I, p. 844).

¹⁰ Lo explica ATAZ LÓPEZ: «[en el Derecho romano] muy probablemente fuera esa configuración del contrato [mandato] como esencialmente gratuito la razón por la que este contrato tardó en ser reconocido como susceptible de generar una obligación (...) se terminó aceptando (...) Pero se trataba, eso sí, de una obligación que tenía la importante peculiaridad de que el obligado por ella podía desvincularse (...)», 2019, pp. 65-66. Ya respecto al actual Código civil, continúa «en la parte especial, el Código civil, como buen heredero del sistema romano, configura todas las promesas gratuitas concretas que en nuestra tradición jurídica se habían tomado en consideración [entre las que trata, de forma expresa, al mandato], de tal manera que, o bien no obligan, o bien, si lo hacen, la obligación resulta atenuada», p. 81; y continúa «Por ello aunque es innegable que en estos casos nace una obligación en la regulación del Código se ven detalles que, posiblemente justificados por el carácter gratuito del contrato, contribuyen a configurar esta obligación como más suave que otras obligaciones, lo que se manifiesta en dos características: la responsabilidad atenuada del mandatario gratuito (art. 1726 CC) y la libre renunciabilidad por el mandatario (arts. 1732.2, 1736 y 1737)», p. 94. En el mismo sentido, explicaba también IHERING que «La exigibilidad de la promesa a título gratuito no está en la misma línea que la de la promesa onerosa. Esta es una necesidad del comercio jurídico; la otra le es indiferente (...) El derecho romano confirma esta necesaria distinción (...) La promesas de servicios gratuitos (*mandatum*) ofrece el primer caso de una promesa a título gratuito, revestida de efectos jurídicos (...) El que arrienda sus servicios está ligado por el contrato; el mandatario que los presta gratuitamente puede, bajo ciertas condiciones, renunciar a su misión; su responsabilidad es menos rigurosa por el mismo hecho de que realiza un acto de complacencia», 1911, p. 180.

¹¹ Distinto, aunque también contenga una prestación de hacer, del propio de los contratos de servicios. Por ello, se puede afirmar en general que «(...) no habrá mandato cuando el contrato tenga por objeto la prestación de un servicio puramente material, sin trascendencia jurídica para el que lo encargó; y, teniéndola, será arrendamiento de servicios, y no mandato, si la actividad se presta *por encargo de otro*, pero no *por su cuenta* (...) implicando esto último que, en se actuar, se sustituya al *dominus negotii*, realizando actos o gestio-

podría ser forzoso acudir al mandato, si no hubiera más remedio autointegrativo. También, y sobre todo, cuando en efecto se trate de un mandato, casi siempre como relación accesoria a una prestación de servicios principal. Pero, en general, parece preferible una comprensión más amplia del contrato de servicios¹². Esta categoría, proyectable desde la regulación actual, proporciona al menos una base general del modelo contractual¹³. Permite también extender, de la regulación del contrato de obra, aquellas normas que respon-

nes que éste podría realizar por sí mismo, y no de la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda a otro (por ejemplo: será mandato encargar a un abogado la compra de una finca; en cambio, encomendarle la redacción del pertinente contrato será arrendamiento de servicios)». DE PABLO CONTRERAS, 2000, pp. 653-654. De forma completa y exhaustiva, resuelve la cuestión VAQUERO PINTO en los capítulos III y IV de su obra monográfica al respecto, 2005, pp. 187-328. Este es, asimismo, el criterio adoptado por la Propuesta de Código civil (PCC), al recoger la categoría general de contrato de servicios en el título VIII del Libro Quinto, concretada tal generalidad para las prestaciones de hacer en el artículo 581-1 del mismo texto: «Las disposiciones del presente Título [De los contratos de servicios] son aplicables a los contratos por los que una de las partes, el prestador, se obliga a prestar un servicio a la otra, el principal, a cambio de una retribución. Son igualmente aplicables, en cuanto lo permita su naturaleza, a los contratos por los que el prestador preste sus servicios de forma gratuita»; en contraste con el ámbito de aplicación del contrato de mandato, contenido en el artículo 591-2.1: «El presente título es de aplicación supletoria a los contratos por los que una persona se obliga a realizar una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, bien aportando para ello los medios adecuados, bien comprometiéndose a un resultado, sin realizar actos con eficacia jurídica frente a terceros por cuenta de aquella», APDC, *Propuesta de Código civil. Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blach, 2016.

¹² En el sentido en el que «El arrendamiento de servicios como contrato de simple intercambio de «servicio» y «precio», según el concepto proporcionado por el codificador -1544 CC- puede ser considerado como el tipo general de la contratación onerosa de servicios», VAQUERO PINTO, 2005, pp. 23-24; o, en la misma obra, «contratos de servicios son todos aquellos en que una de las partes asume libremente la obligación de realizar una actividad o trabajo en servicio o interés de otro» pp. 36-37. También para MORENO QUESADA, 2006, pp. 361-266. Por su parte, en LACRUZ BERDEJO se entiende que «el arrendamiento de servicios comprende la prestación de cualesquiera servicios, en general, salvo aquellos que tradicionalmente tienen una disciplina específica y figura propia», 2009, p. 208. Asimismo, para LÓPEZ LÓPEZ «la lectura de los arts. 1538 a 1600 del Código civil, dejan la duda (...) sobre la existencia de una neta distinción entre obras y servicios, más allá de los supuestos típicos que el Código contempla», 1995, p. 31.

¹³ «Los efectos jurídicos comunes a los contratos de servicios (...), además de la acción profesional que constituye el elemento nuclear del servicio, podrían enumerarse como: la prohibición de vinculaciones perpetuas; la existencia de una concreta confianza que informa la génesis de la relación; un régimen especial de vinculaciones indefinidas regido por la posibilidad de denuncia; la diligencia como criterio informador del contenido dinámico de la actividad debida; cierta discrecionalidad técnica del prestador, dentro de los márgenes de la diligencia, para el ejercicio de la actividad; capacidad de disposición del objeto por parte del acreedor, si bien de forma limitada o responsable; e inejecutabilidad forzosa directa de la prestación personal de servicio incumplida. Además, emancipado del deber genérico de la buena fe, podría señalarse hoy también como efecto del contrato de servicios la obligación accesoria para el prestador de servicios de informar respecto a la prestación al principal. La obligación genérica será del prestador, toda vez que es su capacidad y ciencia el elemento subjetivo de dicha aptitud, sin perjuicio de que el deber de colaboración del principal se extienda a la información necesaria sobre el objeto del contrato», MACANÁS, *Indret*, 2015, p. 7 ss.

dan no al tipo específico de la misma, sino a la *ratio* conformadora y general de las prestaciones de hacer.

De tal consideración general, resulta que el desistimiento previsto en el artículo 1594 CC sería aplicable, no solo a los contratos de obra –ni, en rigor, a las obras realizadas por ajuste o precio alzado a las que en concreto se refiere el Código–, sino a todos los contratos de servicios¹⁴ (lo que es, empero, una cuestión controvertida¹⁵). Por lo tanto, el principal, *puede desistir, por su propia*

¹⁴ Así lo entiende MORALES MORENO: «(...) creo que la facultad reconocida por el artículo 1594 puede ser extendida a otros contratos de prestación de servicios, hasta donde alcance la identidad de razón», 2010, p. 59. También, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ, y PARRA LUCÁN, 2011, «(...) el principal puede desistir en cualquier momento, sin necesidad de causa alguna (...) salvo el motivado por culpa del otro contratante, genera la obligación de indemnizar por los perjuicios que dicho desistimiento produce en el otro contratante (argumento *ex arts.* 1584 y 1594 CC)», p. 618. RODRÍGUEZ MARÍN «(...) queda configurado el desistimiento en el contrato de arrendamiento de servicios tal y como está redactado en el Código civil y cuyo ámbito de aplicación queda circunscrito a las profesiones liberales», 1989, p. 354. ECHEVERRÍA SÁENZ: «al desistimiento, no mediando culpa del prestador de los servicios, es aplicable, en su caso, el artículo 1594 en lo relativo al resarcimiento», 1995, p. 223, nota 5. Lo reconoce también, aunque de forma crítica por la absorción en la misma categoría práctica de los supuestos de pérdida de la confianza en relaciones *intuitu personae*, DÍAZ REGAÑON-ALCALÁ «(...) con lo que, así, nos acercáramos al concepto de «utilidad» contenido en el artículo 1594, con la consiguiente aplicación analógica del precepto en sede de contrato de servicios», 2000, p. 324. VAQUERO PINTO enuncia: «debe reconocerse al principal, en todo contrato de servicios, un derecho de desvinculación con fundamento en la posibilidad de ahorrar el esfuerzo del prestador y con el límite de garantizar su indemnidad. Es decir, un derecho de desistimiento impropio o derecho de arrepentimiento que, regulado para el contrato de obra, consiente su general aplicación al conjunto de contratos de servicios, con los límites que en su momento veremos», 2005, p. 401.

¹⁵ Ya afirmaba SÁNCHEZ ROMÁN que «No siendo objeto del pleito [contrato] servicios de obra alzada ni por tiempo cierto, sino remunerables por razón del tiempo en que se presten, son inaplicables los artículos 1588 y 1594 del Código civil», 1899, p. 786. También para GÁLVEZ CRIADO «(...) según el actual artículo 1594 es aplicable únicamente hoy al contrato de obra y no al de servicios», p. 437; si bien el mismo autor reconoce que «es cierto que este derecho ha sido reconocido por la jurisprudencia con mucha frecuencia (...) en general, sobre la idea del contrato de servicios basado en una relación de confianza (...)», 2014, p. 428. Puede ser muy discutible que, al margen de las justificaciones varias de la jurisprudencia, que la confianza sea un elemento determinante. Para RODRÍGUEZ GUITIÁN «Solo cabría aplicar la normativa del contrato de obra a la relación contractual entre profesional y cliente si se sostiene que la razón del desistimiento del principal de el artículo 1594 del Código Civil radica también la confianza, (...) Pero a mi juicio, éste no es el fundamento (...)», *ADC*, p. 701. Asimismo, para KLEIN «Estamos aquí [el artículo 1594] ante una facultad extintiva de libre ejercicio, cuyo específico fundamento no permite la extrapolación de esta figura a otros contratos», 1997, p. 88. Además, para los contratos duraderos por tiempo determinado, objeto fundamental de la cuestión (por excluir la denuncia, que se tratará, los de duración indefinida) mantiene que «en este tipo de contratos no cabe la existencia de una facultad de desistimiento (...). Por ello, puede decirse que cualquier interrupción de cualquiera de los dos contratantes en el cumplimiento de su obligación antes de la llegada del término final con la intención de desistir o extinguir el contrato unilateralmente, habrá de calificarse como incumplimiento contractual», de lo que exceptúa únicamente los supuestos tipificados, pp. 102-103. Para CARRASCO PERERA «La existencia de un derecho de desistir *ad nutum* ha sido reconocida ampliamente por nuestra jurisprudencia para toda suerte de contratos en los que no se ha acordado una duración predeterminada. Fuera de estas hipótesis, nuestro Derecho no conoce por principio un derecho de desistimiento por justa causa en las relaciones duraderas por tiempo determinado, salvo que la relación contractual pueda ser reconducida al

voluntad, de la ejecución del servicio, aunque ya hubiese comenzado, indemnizando al prestador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella.

No es necesaria la nominación directa de tal precepto a la hora de que el principal ejercite el desistimiento¹⁶; aunque es la fuente jurídica más razonable que, en ausencia de pacto, justifique en prestaciones de hacer de duración determinada el ejercicio de un desistimiento unilateral, *ad nutum*, del principal del servicio.

Existe, pues, una facultad de desistimiento unilateral *ad nutum*, aunque responsable –de la indemnización debida por el ejercicio del desistimiento–, para todo principal de una prestación de hacer. Una facultad, además, que no puede exceder este concreto ámbito, ni alcanzar en la analogía el régimen de las prestaciones de dar¹⁷.

amplio y flexible tipo convencional de la sociedad civil o calificada como un tipo *contractual intuitu personae* que, a su vez, pueda ser reconducido al marco genérico del mandato», 2017, pp. 1069-1070.

¹⁶ En general, para LÓPEZ LÓPEZ, sin invocar el precepto concreto, «el cliente pueda desistir siempre, siendo el único juez de su conveniencia en que le presten el servicio, pero desde luego dejando indemne a la otra parte con abono de expensas, trabajo efectuado y beneficio dejado de percibir», 1995, p. 28. Refiere DÍAZ MARTÍNEZ que «partiendo de este precepto [el art. 1594 cc], cada vez son más los autores que proponen la aplicación de tal facultad de desistimiento del principal a todos los contratos de servicios, incluidos los de duración determinada, situación actual que se ha llegado a describir como una evolución hacia el reconocimiento general de un derecho de desistimiento del cliente en las obligaciones de hacer», 2017, p. 217. Después añade que «Sin embargo, en general, todavía la doctrina española mayoritaria admite, en el contrato de servicios de duración determinada, el verdadero desistimiento unilateral, *ad nutum*, solo para el cliente, exigiendo para la desvinculación del contrato de prestador del servicio, la alegación y prueba de un motivo suficiente, una justa causa», pp. 217-218, lo que resulta bastante equivalente a la aplicación general del precepto tratado (que solo permite al principal desistir y, si bien lo hace sin necesidad de justa causa, lo hace –como la autora refiere en la nota a pie de página relativa a esta afirmación, tratando la propuesta de regulación de la CGC– debiendo «[indemnizar] al prestador del servicio por todos los gastos, trabajos realizados y utilidad que haya podido obtener» (utilizando la literalidad del actual art. 1594 cc). También afirma GALLEGO DOMÍNGUEZ que «(...) cabe el desistimiento *ad nutum* en los arrendamientos de servicios de duración determinada, por el carácter *intuitu personae*, sin que se pueda obligar a una persona a seguir recibiendo unos servicios que ella no desea, si bien, en estos casos, la otra parte puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios (...)», 2017, p. 489. Y, aunque el autor parezca justificar este desistimiento en tal carácter *intuitu personae*, no solo el mismo es más dudoso como característica general de todas las prestaciones de hacer que el desistimiento tratado, sino que tampoco es fácil correlacionarlo directamente con la circunstancia desencadenante del desistimiento entendida como «que no desea». En todo caso, y aunque la configuración sea equivalente a los efectos propios del artículo 1594 CC, niega el autor que esta sea la fuente del mismo (pp. 490-491), de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo (que, si bien es cierta, queda referida a la etapa en la que la citada sentencia de 1975 se encuadra).

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, pese a la negación general de la categoría, entiende que «(...) en nuestro Derecho positivo, ni la pérdida de sentido de la prestación, ni la desaparición de un interés razonable del acreedor a la misma justifican una liberación del deudor, que solo podría encontrar su adecuado cauce a través de la idea de buena fe y de una consideración de la demanda del acreedor, como ejercicio abusivo del derecho de crédito», 1963, p. 198.

2.2 Doctrina jurisprudencial respecto la facultad de desistimiento unilateral general del principal

La concepción doctrinal de un contrato de servicios como categoría viva, pese a su defectuosa regulación, necesita completarse con su aplicación por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Lo rechazó inicialmente, partiendo, no obstante, de una regulación distinta a la actual, que abarcaba también los supuestos hoy laborales. Después, sin embargo, se ha ido incorporando tanto la perspectiva general de los contratos de servicios –cada vez más opuesto, además, al paradigma del mandato para las prestaciones profesionales–; como, también, la facultad general de desistimiento para el principal de los mismos.

La STS de 12 de abril de 1897¹⁸, de las primeras en aplicar el precepto, comenzó entendiendo que «(...) no siendo servicios de obra alzada ni por tiempo cierto, sino remunerables por razón del tiempo en que se prestasen (...) son especialmente inaplicables los artículos 1588 y 1594 del Código, relativos a obras por ajuste o a precio alzado», en un supuesto en el que se discutía la revocabilidad del encargo de dirección facultativa de una obra, a un ingeniero civil que extingue el principal de forma unilateral, sin prestar indemnización alguna (en todo caso, finalmente sí se reconoce el «desistimiento», si bien vía mandato libremente revocable, en la –ahora– arcaica contraposición de profesiones liberales-mandato y obras manuales y mecánicas-servicios). Dicha tendencia, con alguna expresión literal de la misma (así la STS de 10 de junio de 1975 [RJ 1975/3265]), se mantendría, cada vez más reducida (y en muchos casos salvada por una extensión –no siempre razonable– de otras vías de desistimiento al principal) hasta finales del pasado siglo.

La STS de 9 de febrero de 1996 [RJ 1996/865] sobre un contrato que las partes calificaron como de servicios (y que la sentencia entiende como de contenido complejo –lo que suele ocurrir en los contratos de servicios–), entiende que se «(...) permitiría en cualquier momento al dueño del negocio incluso prescindir de la valiosa colaboración de la empresa de gestión, por mera decisión unilateral, sin necesidad de dar explicaciones, pero en todo caso, con obligación de indemnizar o de compensar al gestor en la forma prevista por el artículo 1594 CC, en definitiva, indemnizándole». Poco después, la STS 386/1997, de 12 mayo [RJ 1997\4121], en relación a un contrato de servicios de perito tasador, aun con una

¹⁸ Como consta en *Jurisprudencia civil española (1894-1897)*, dirigido por MANRESA Y NAVARRO, J. M., Imprenta de la Revista de Legislación, 1898, pp. 39,40.

técnica acaso mejorable –pues no termina de delimitar la denuncia en casos de duración indefinida de desistimiento para contratos de duración determinada–, declara –con mucha repercusión en sentencias posteriores de las Audiencias–, que «(...) nos encontramos ante un contrato civil de arrendamiento de servicios, que se rige por lo pactado entre los interesados y, en su defecto, por la normativa que contienen los arts. 1544 y 1583 y siguientes del Código Civil, (...) puede resolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, al igual que ocurre con el mandato, la comisión mercantil y tantos otros análogos (arts. 1594, 1732 y 1700 del CC)».

Desde entonces, la tendencia expansiva respecto a la aplicabilidad del desistimiento ha sido constante. Así, la STS 1103/2006, de 8 noviembre [RJ 2006\9419], tratando sobre la prestación de dirección de obra (servicio distinto del proyecto y de la propia obra, encargada a otros agentes de la construcción) establece que «fue la voluntad del contratista la de decidir su desistimiento unilateral de ella con respecto a los técnicos proyectistas en lo que afecta a su dirección, por lo que parece más correcto, llegando a esta solución, como se ha hecho, entender más correcta la aplicación del artículo 1594, aunque en otros casos distintos no lo sea». También la STS 404/2010, de 18 junio [RJ 2010\4892], sobre un contrato de servicios profesionales de arquitecto, afirma y detalla los efectos del artículo 1594 CC.

El ATS de 28 enero de 2014 [JUR 2014\46421], entrando a conocer del fondo en la medida que valora el mismo para entender inaplicable, al mismo supuesto, las sentencias aportadas en la demanda como doctrina contradictoria, mantiene «(...) estamos ante una cláusula no negociada individualmente, siendo impuesta por el demandado y es evidentemente perjudicial para el consumidor, al suponer un obstáculo serio y limitación importante al sustancial derecho al desistimiento de los contratos de arrendamiento de servicios profesionales de abogado».

En fin, el ATS de 26 de abril de 2017 [JUR 2017\99941], asume la aplicabilidad general del artículo 1594 CC a los arrendamientos de servicios, cuando niega que su contenido indemnizatorio sea imperativo: «aplicando la doctrina expuesta, la cual niega carácter imperativo al artículo 1594 CC, permitiendo que las partes puedan establecer pactos sobre los conceptos que han de ser incluidos en la indemnización prevista para los supuestos de desistimiento unilateral por la promotora en los arrendamientos de servicios».

Por su parte, la doctrina de las Audiencias también reconoce, de forma cotidiana, la facultad de desistimiento unilateral del principal de los contratos de servicios.

Aunque ya se había reconocido con anterioridad¹⁹, se hace manifiesto en la SAP de Barcelona 577/2006, de 19 de octubre [JUR 2007\140596] entiende que «En este sentido, es doctrina comúnmente admitida la que, en materia de arrendamientos de obras o servicios, viene reconociendo la facultad de desistimiento *ad nutum*, o por su sola voluntad, del principal, previsto en el artículo 1594 CC»; la SAP de Córdoba 302/2010, de 14 de diciembre [JUR 2011\391683], recoge como propia la doctrina de la AP de Barcelona, que cita: «El contrato civil de arrendamiento de servicios se rige por lo pactado entre los interesados y, en su defecto por la normativa que contienen los artículos 1544 y 1583 y siguientes del Código Civil, predominando en la relación contractual el principio *intuitu personae*, en el que por ello la facultad implícita de su denuncia unilateral deriva de lo establecido en el artículo 1594 CC, pero sin perjuicio de indemnizar a la otra parte caso de no existir justa causa para desistir». Se ha seguido acogiendo el mismo pronunciamiento, a veces en su literalidad, hasta la SAP de Zaragoza 121/2015, de 14 de abril [JUR 2015\132635]. También, entre muchas otras –que se reproducen o citan sentencias ya citadas– la SAP de Valencia 137/2011 de 14 de marzo [JUR 2011\270849], declara que «en el campo de los contratos de arrendamiento de servicios está mayoritariamente admitida la aplicación analógica del artículo 1594 CC (arrendamiento de obra), que posibilita el desistimiento unilateral de una de las partes en este caso del cliente».

En cuanto a los pronunciamientos más recientes, para la SAP de Córdoba 82/2019, de 24 de enero [JUR 2019\66878], relativa a servicios de mantenimiento de ascensores, «participa de la naturaleza de un contrato de arrendamiento de obras y servicios, y en dicho ámbito es admisible, sin alegación ni justificación de causa, la resolución unilateral del contrato por parte de la arrendataria conforme a los arts. 1588 y 1594 Cc». Reitera en esta sentencia la doctrina expresada en otras anteriores por la misma audiencia, como la 337/2018, de 11 de mayo [JUR 2018\259949].

La SAP de Málaga 11/2018, de 12 de enero [JUR 2018\264644], en cuanto a un contrato de servicios de limpieza, también declara

¹⁹ También, con anterioridad, existían pronunciamientos opuestos como el de la SAP de Sevilla 112/2010 de 9 marzo [AC 2010\1392], sobre un contrato de mantenimiento de ascensores, «la relación jurídica que vincula a las partes ha de ser calificada de contrato de arrendamiento de servicios, y no de contrato de obra, por lo que resulta inaplicable a la misma el artículo 1594». Más recientemente tales pronunciamientos son la excepción, a veces explicados por motivos distintos a la fundamentación jurídica sustantiva de la aplicabilidad del precepto. Así, aunque la SAP de Madrid 33/2016, de 3 marzo [JUR 2016\88949], parece excluir la aplicación de la norma al contrato de servicios, en rigor lo desestima por cuanto no se había planteado con anterioridad en el proceso, por lo que necesariamente habría de quedar fuera del objeto del mismo, de conformidad con el artículo 400 LEC.

«estamos ante un contrato arrendamiento de servicios que es de tracto sucesivo respecto del cual la doctrina y la jurisprudencia al igual que en relación con el del arrendamiento de obras viene reconociendo la facultad de desistimiento *ad nutum*, o por su sola voluntad del principal, previsto en el artículo 1594 CC, como derogación excepcional de la regla de inmutabilidad unilateral de los contratos que, con carácter general, se establece en el artículo 1256 del Código Civil». Reproduce así la literalidad del pronunciamiento recogido en la SAP de Vizcaya 99/2017, de 30 marzo [JUR 2017\136679]. Antes, sin embargo, la propia Audiencia Provincial de Málaga, en su Sentencia 377/2016, de 31 mayo [JUR 2016\266280], para un contrato de proyección de obras cinematográficas al aire libre, en el que «no hay duda que (...) se trata de un arrendamiento de servicios», dispone la aplicación del artículo 1594 cc, explicando su origen, función y efectos.

La SAP de Sevilla 472/2017, de 11 diciembre [JUR 2018\86734], sobre un contrato de intermediación inmobiliaria, «la facultad de desistimiento se le concede al arrendador aun cuando los servicios se hayan comenzado a prestar (...) si otra cosa no se ha pactado». Y, si bien califica *desde luego* tal contrato como arrendamiento de obra (extremo enteramente discutible), se refiere en efecto a los servicios prestados –y no a la obra ejecutada, que no es tal–.

Asimismo, la SAP de Pontevedra 567/2016, de 5 diciembre [JUR 2017\5518], también declara que «en materia de arrendamientos de obras o servicios, se viene reconociendo la facultad de desistimiento *ad nutum*, o por su sola voluntad del principal, previsto en el artículo 1594, como derogación excepcional de la regla de inmutabilidad unilateral de los contratos que, con carácter general». Reitera así la doctrina de la propia Audiencia establecida en su sentencia 339/2016, de 27 junio [JUR 2016\188038].

La SAP de Palencia 129/2016, de 20 junio [JUR 2016\259380], aplica también el artículo 1594 CC a un contrato de suministros y servicios (suministro de equipos y tecnología y consultoría técnica para una línea de café soluble).

En fin, entre muchas otras, la SAP de Albacete 255/2015, de 15 octubre [JUR 2015\296693], acoge la pretensión de la recurrente, fundado precisamente en que «si la prestataria se compromete a prestar un servicio durante un determinado tiempo la ruptura anticipada del contrato le irroga perjuicio al no poder amortizar sus economías de inversión referidas a ese concreto contrato siendo contrario al artículo 1594 cc la posibilidad de desistir por una parte sin indemnizar a la otra parte ya que dejar al arbitrio de una sola de las partes el cumplimiento y su resolución sin causa supondría un

enriquecimiento injusto y un perjuicio por el cese prematuro de la relación contractual».

2.3 La necesaria aplicación del desistimiento unilateral del principal a los contratos de servicios: la indiferenciación de los efectos del incumplimiento voluntario

Se ha defendido la actual aplicabilidad, por motivos teleológicos y sistemáticos, del artículo 1594 CC a los contratos de servicios²⁰; y, por lo tanto, la generalización de la facultad de desistimiento unilateral a todos los contratos con prestaciones de hacer. Sin embargo, aunque por esos mismos motivos se argumentara en sentido contrario, resultaría *inevitable* la aplicación de un desistimiento de esa misma naturaleza, se quiera o no ver aplicable tal norma.

Es inevitable que, como hecho posible, cualquier deudor decida no cumplir su prestación. Podrá, además, comunicarlo de forma clara y terminante a la contraparte. De ordinario, frente a tal incumplimiento el acreedor podría acudir, como remedios, al cumplimiento forzoso o a la resolución del contrato, en ambos casos además de la indemnización de los daños que en su caso hubiera sufrido, todo ello *ex* artículo 1124 CC. Sin embargo, si en estos supuestos la consecuencia de un incumplimiento como el descrito fuera esencialmente idéntica a la del desistimiento unilateral previsto en el artículo 1594 CC, sería por eso mismo inevitable el mismo, pues sin otra sanción posible sería una efectiva posibilidad para cada principal de cada contrato de servicios.

La particularidad de los contratos con prestaciones de hacer conduce a que para el prestador de las mismas resulte inane exigir el cumplimiento forzoso del contrato²¹ sobre el principal que no quie-

²⁰ Incluso, desde su consideración originaria, la *ratio* del precepto parece íntegramente extensible al contrato de servicios. Entendía GARCÍA GOYENA que «Ningún perjuicio se irroga por el artículo al arquitecto o empresario, pues, se le da todo lo que podría tener después de concluida la obra; y al mismo tiempo se evita que el propietario, cuya fortuna se halle comprometida repentinamente por sucesos imprevistos, se arruine completamente con gastos en extremo dispendiosos. Puede también ocurrir que la obra no le sea ya útil ni necesaria», 1852, p. 486.

²¹ Desde una perspectiva puramente teórica, cabría alguna forma de ejecución indirecta. Cabe colegir con VAQUERO PINTO cuando afirma que «*Nemo ad factum praecise cogi potest*, es decir, se prescinde del uso de la violencia para imponer el cumplimiento de deberes aun cuando éstos fueron libremente asumidos, de manera que, el interés del acreedor en el cumplimiento, que no encuentra la colaboración del deudor, se ve necesariamente sustituido por el interés a la indemnidad, imponiéndose al deudor la obligación de reparar el daño causado por la infracción de su deber», 2005, p. 340. Sin embargo, cabría la hipótesis de acudir a una ejecución en la que las sanciones pecuniarias previstas en el artículo 709 de la LEC estimularan la «recepción del servicio prestado», lo que parece absurdo en la práctica. Debería el tribunal en tales supuestos, como afirma de forma general DE

ra recibir tales actos²². Podría resultar, en primer lugar, un abuso de derecho el forzar recibir una prestación cuyo desempeño resulta inútil al principal²³, a cambio de un beneficio que el prestador iba a obtener igualmente –y de forma idealmente idéntica– a través del desistimiento indemnizatorio bajo el modelo del artículo 1594 CC²⁴.

Así, no siendo una posibilidad para el acreedor el cumplimiento forzoso del contrato, resulta la identidad de consecuencias entre supuestos de incumplimiento y desistimiento, en cuanto a la indemnidad total del prestador del servicio²⁵. Desde esa perspectiva, el desistimiento previsto en el artículo 1594 CC, aunque unilateral y libre es responsable, se debe mantener al prestador del servicio en una situación de plena indemnidad²⁶. El mismo contenido parece tener la indemnización derivada de la resolución contractual *ex* artículo 1124 CC, coincidentes ambos casos con el interés contractual positivo²⁷.

LA OLIVA SANTOS, negar las multas coercitivas si «(...) se consideran fundadas sus alegaciones sobre motivos para negarse al hacer personalísimo o sobre el carácter no infungible o personalísimo de la obligación de hacer» 2005, p. 325.

²² Cabría excepcionar determinados supuestos, en los que el prestador pudiera tener un interés legítimo –y contractualmente causalizado– en consumir la prestación. Así, por ejemplo, el artista que hubiera de actuar en un foro público; a quien la exposición pública de su interpretación también interesa de forma directa. Sin embargo, incluso en esos supuestos, cabría dudar de que se tratara en puridad de prestaciones de servicios a cambio de retribución; ya que si la actuación forma parte del interés contractual de ambos, quizá habría de contemplar la complejidad de un supuesto societario, aunque se limite a la perspectiva causal de la principalidad de la prestación.

²³ No parece razonable forzar al que contrató un maestro a recibir forzosamente tales clases; escuchar a quien contratara una orquesta; o forzar a ser masajeadado al principal que contrató tal prestación. En un sentido aproximado, entiende MORALES MORENO que «No teniendo el proveedor un interés distinto del de obtener la retribución del servicio (y el abono de los gastos realizados), no es una medida adecuada, tanto desde el punto de vista práctico como económico, que le imponga al cliente la ejecución completa del contrato», 2010, p. 5.

²⁴ Afirma en este mismo sentido, BELUCHE RINCÓN que «(...) a nadie se le oculta que esta regla [la del artículo 1594 Cc] conduce a idéntico resultado indemnizatorio que el que derivaría de un incumplimiento; se obliga al principal a indemnizar como lo tendría que hacer un deudor que no cumple sus obligaciones», en «El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral», en *RDC*, 2015, p. 112.

²⁵ Para un supuesto distinto, aunque con relevantes analogías, en cuanto a la subsistencia de las ofertas «irrevocables» y la consecuencia para el aceptante de las mismas frente al oferente que no va a cumplirlas, entiende RUIZ ARRANZ que «(...) cuando el oferente celebra un contrato incompatible con su oferta vinculante inicial, de modo que la prestación ofrecida ya no puede ser procurada al destinatario (...) En tal caso, la satisfacción del interés del acreedor destinatario de la oferta se articulará mediante el remedio indemnizatorio», *ADC*, 2018, pp. 1442-1443. Lo cual se acerca además mucho más al supuesto planteado en cuanto a la concreción del remedio indemnizatorio y su relación –aunque inversa en ambos supuestos– con la operación del reemplazo.

²⁶ «La idea básica del precepto que reiteradamente he expresado es la de que el desistimiento no debe producirse en daño o perjuicio del contratista, y en consecuencia debe éste quedar indemne», LUCAS FERNÁNDEZ, 1987.

²⁷ «(...) la doctrina española dominante opina, creo que con razón, que la indemnización de daños y perjuicios de que habla el artículo 1486.11 del Código Civil, tiene por objeto el interés contractual positivo» PANTALEÓN PRIETO, 1989, p. 1167. Más recientemente, en el mismo sentido, entiende GÓMEZ POMAR que «En Derecho español el interés

Podría defenderse que el *numerus* del artículo 1594 CC es más limitado que la universalidad de daño resarcible para la indemnización ordinaria. Sin embargo, ni es imposible una interpretación extensiva de aquella partida indemnizatoria²⁸ (o una subsunción elástica de los supuestos en las categorías propuestas); ni será sencillo que surjan daños adicionales resarcibles si se desistiese (o incumpliese) conforme a la «buena fe».

Si bien el desistimiento es libre, sin verse sujeto a la necesidad de ningún otro requisito más que la voluntad unilateral del principal, no por ello su ejercicio deja de sujetarse a las normas generales de la buena fe, y proscripción de daño ajeno²⁹. Por ello, cuando pudiera ser previsible la causación de un daño a la contraparte, la pretensión de una extinción instantánea podría ser causa de perjuicios indemnizables. Si no se quisiesen contemplar dentro del ámbito indemnizatorio del 1594 CC, bien podrían situarse en el ámbito de la indemnización genérica del daño causado, *ex* 1902. Esta afirmación, muy matizable en cuanto se trataría del ejercicio de una facultad legítima, toma mayor sentido puesta en relación con la posibilidad –y carga– del acreedor de mitigar su propio daño, y los efectos que ello pudiera generar en cuanto a la utilidad indemnizable.

contractual positivo es la regla general como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual (...) Esta es hoy la opinión común entre los tratadistas españoles (...), en «El incumplimiento contractual en el Derecho español», *Indret*, 2007, p. 20. Asimismo, para GONZÁLEZ PACANOWSKA, «La opinión favorable al interés contractual positivo debe admitirse», 2013, p. 8258. En concreto, respecto a los efectos indemnizatorios del 1594, GÁLVEZ CRIADO afirma que «(...) el artículo 1594 concede al contratista, en caso de desistimiento del dueño de la obra, una indemnización en la medida de su interés en el cumplimiento del contrato (el interés contractual positivo o utilidad esperada del contrato)», 2008, p. 89.

²⁸ «El artículo 1.594 enumera los conceptos más importantes por los que el contratista podría quedar lesionado en sus intereses a consecuencia de la decisión unilateral del dueño. Pero creo conforme a la *ratio* del precepto que cualquier daño o perjuicio por cualquier otro concepto que tenga por causa el desistimiento debe ser comprendido en la indemnización», LUCAS FERNÁNDEZ, 1987.

²⁹ CARRASCO PERERA: «Aunque la exigencia de un preaviso para el ejercicio del derecho de desistimiento legal o contractual solo se impone por ley en relaciones contractuales específicas, la jurisprudencia ha inferido de la regla de la buena fe que el titular del derecho está sujeto a la carga de preavisar con un tiempo razonable a la otra parte, cuando se quiere hacer valer un derecho de desistimiento *ad nutum* en un contrato de distribución o servicios. Pero se trata de una regla circunstanciada, y no siempre la buena fe exigirá un preaviso. Solo será preciso en aquellos contratos en que sea razonable esperar que la parte adversa haya incurrido en gastos para cuya amortización requiera un tiempo, o que deba buscar una ocupación alternativa a los activos liberados por el desistimiento. No hay deber de preaviso si el deudor no enfrenta costes de salida o si son mayores los costes que soporta el acreedor como consecuencia de la espera», 2017, pp. 533-534. También GALVEZ CRIADO: «ningún problema existe en someter el ejercicio del derecho de desistimiento a las reglas generales de ejercicio del derecho de desistimiento a las reglas generales de ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7 Cc), ni en exigir a los contratantes unos recíprocos deberes de continuación y liquidación a los efectos del contrato», 2008, p. 52.

Respecto al mero incumplimiento, podría pensarse que siendo un acto ilícito no puede aprovecharle el preaviso. Sin embargo, el mismo deber de mitigar el daño por el mismo acreedor habría de limitar la generación de aquéllos. Así, no resulta un contrasentido el incumplir de buena fe, referido no tanto al fondo del incumplimiento –que sería igual– como al modo, y la función de optimización global de los intereses contractuales. El contratante dispuesto a incumplir podrá preavisar su intención definitiva de separarse de forma fáctica del contrato, ofreciendo incluso de forma anticipada a su contraparte la indemnización por los daños causados hasta ese momento del incumplimiento, después del preaviso razonable otorgado. Si, a partir de ahí, el acreedor generara o agravara sus daños por su inacción, podrían imputársele a sí mismo.

En suma, si como consecuencia de un incumplimiento comunicado que procure la indemnidad absoluta el prestador del servicio no perdería beneficio alguno; y al tiempo el desistimiento referido supondría indemnizar la totalidad del beneficio que el prestador habría de percibir; entonces las partidas indemnizatorias fruto del desistimiento habrían de ser esencialmente idénticas a las derivadas de un incumplimiento equivalente³⁰.

Reconoce asimismo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo la equivalencia de efecto –que no de institución– entre la indemnización plena por incumplimiento *ex* artículo 1124 CC, y los efectos indemnizatorios completos del artículo 1594 del mismo Código.

³⁰ Entendiendo, además, que en poco o nada afectaría a estas afirmaciones la eventual aplicación del artículo 1107 II del Código civil a la hipótesis del incumplimiento y no a la del desistimiento, en cuanto a que «(...) la trascendencia práctica de la caracterización como doloso de un incumplimiento contractual no es grande, a la vista de la jurisprudencia reciente del TS, que raramente explota en profundidad, si es que lo hace en absoluto, las consecuencias antedichas, más allá de la cita nominal de los correspondientes preceptos (arts. 1102 y 1107)», GÓMEZ POMAR, 2007, p. 11. Asimismo, al respecto del artículo tratado, para CARRASCO PERERA «(...) la jurisprudencia no ha podido o sabido discriminar, ni seguramente ha tenido necesidad de ello, entre la exclusión de resarcibilidad fundada en el juicio de previsibilidad y la derivada de la regla de la adecuación causal», 2017, p. 1244. Sobre todo si ni siquiera parece claro si, con MORALES MORENO, se entiende la regla como un modelo de imputación objetiva del daño conforme a la teoría de la adecuación, «(...) la trascendencia práctica de la caracterización como doloso de un incumplimiento contractual no es grande, a la vista de la jurisprudencia reciente del TS, que raramente explota en profundidad, si es que lo hace en absoluto, las consecuencias antedichas, más allá de la cita nominal de los correspondientes preceptos (arts. 1102 y 1107)», 2010, pp. 178 y 179; en el sentido del *pecus morbosus* de AZZO (Cod 4, 49, *Summa Codicis*). En contra de esto último, CARRASCO PERERA entiende que «la previsibilidad es de los daños, no de la conexión causal adecuada entre éstos y el incumplimiento (...) la adecuación causal no es el objeto de la previsibilidad a la que se refiere el art. 1107», 2017, p. 1242. En el mismo sentido también para GÓMEZ POMAR «El artículo 1107 Cc afronta un problema de previsibilidad de consecuencias dañosas, no de causalidad, o de Imputación objetiva», 2007, p. 11.

La STS 1103/2006, de 8 noviembre [RJ 2006\9419], pese a lo discutible de su contenido procesal³¹, declara que «Lo cierto es que, en el presente caso, esa disyuntiva es, en principio, intrascendente, por cuanto al mismo resultado e indemnización se llegaría aplicando el uno (el 1594, referido al contrato de obra, en cuanto estando la misma comenzada, e incompleta, el precepto faculta al dueño de ella a desistirla unilateralmente, debiendo de indemnizar a la otra parte –el contratista, o, en su caso, el Arquitecto o Técnico que también pone su trabajo– de “todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella”), o el otro (el 1124, de aplicación general a todos los contratos, sobre resolución de los mismos por incumplimiento de la parte que reclama, con indemnización de daños y perjuicios), y por cuanto la indemnización es equivalente en uno u otro caso –es decir, tanto basada en la “utilidad” dejada de obtener, como haciéndolo en el daño o perjuicio sufridos, que en la demanda se cifran como el “lucro cesante”–».

En el mismo sentido, declaró la STS 404/2010, de 18 junio [RJ 2010\4892], que «(...) el citado artículo 1594 obliga en tal caso al dueño de la obra a indemnizar al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella; de modo que, según la doctrina jurisprudencial surgida de los diversos pronunciamientos de esta Sala, el ejercicio de la facultad de “desistimiento” derivada del artículo 1594 CC tiene como contrapartida la indemnización que debe hacerse efectiva al contratista con independencia de los motivos que lo produjeron, tratándose de un resarcimiento integral del interés que el contratista tiene en el cumplimiento, de modo que habrá de ser indemnizado en su interés contractual positivo o de cumplimiento colocándole en aquella posición económica que tendría si el contrato se hubiera ejecutado, restituyéndole así todos los gastos, trabajo y utilidad que hubiera podido obtener. Por ello esta Sala ha declarado que el concepto de utilidad a que se refiere el artículo 1594 se refiere a la de toda la obra y no solo a la de la parte utilizada, incluido lógicamente el

³¹ En cuanto a la interpretación sistemática de los artículos 400.1, 209.3.^a y 4.^a, y 218.1 de la LEC; de los que deducir el objeto del proceso y el límite de la congruencia, bien conforme a la teoría de la individualización o, por el contrario, de la sustanciación de la *causa petendi*. Defendiendo cada una, respectivamente, DE LA OLIVA SANTOS, 2004, p. 459; y ORTELLS RAMOS, 2013, pp. 286-287; pues, conforme a la sentencia: «no se citan para nada, ni el artículo 1594, ni el 1124, ambos del Cc, ni otro alguno en que funde la parte su pretensión de rescisión del contrato, por incumplimiento» y «tampoco de los hechos de la demanda se deduce una u otra aplicación». El hecho de que puedan tener efectos análogos no equipara a las instituciones ni, por tanto, las hace fundamentos jurídicos equivalentes en una pretensión judicial, en cuanto a las formalidades razonables –para evitar riesgos de indefensión– establecidas en la Ley procesal. Por ello, con más tino, la STS 36/2015 de 30 de enero [RJ 2015\317], desestima la aplicación de la norma «(...) por razón de forma, al no haber sido alegado en la instancia», confirmando así la sentencia de la Audiencia que revoca la instancia, que aplicó el precepto *vía iura novit curia*.

beneficio industrial que el contratista confiaba obtener y que deberá calcularse sobre la totalidad de la obra proyectada y no solo sobre la parte ejecutada descontando el beneficio efectivamente obtenido por la eventual realización de parte de la obra y cobro del precio correspondiente a la misma. Se trata, en definitiva, de que el contratista quede indemne en cuanto a los efectos económicos que suponga la decisión unilateral de la contraparte, lo que significa que haya de percibir también la ganancia dejada de obtener».

Asimismo, para aclarar el término *utilidad* del artículo 1594 CC, que acaso podría resultar dudoso en cuanto a su equiparación al lucro cesante propio del interés contractual positivo, la STS 318/2012, de 24 de mayo [RJ 2012\6538], declara que «En ocasiones el «lucro cesante» no necesita ser probado porque claramente se desprende del incumplimiento y consiguiente frustración del contrato. Así ocurre en los contratos de ejecución de obra en los cuales quien se compromete a ejecutarla lo hace a cambio de un precio en el que se incluye un justo beneficio llamado a retribuir adecuadamente su actuación profesional; beneficio que lógicamente deja de percibirse si la obra no llega a ejecutarse. Puede citarse al respecto la norma del artículo 1594 CC, referida al «desistimiento» del dueño de la obra, que obliga a indemnizar al contratista, entre otros conceptos, por la “utilidad” que pudiera obtener de ella que, según ha declarado esta Sala, se refiere a toda la obra y no solo a la parte realizada incluido el beneficio industrial que el contratista confiaba obtener y que deberá calcularse también sobre la totalidad de la obra proyectada».

Con anterioridad, la STS 474/1993, de 13 de mayo [RJ 1993/3546], también había entendido que: «si la calificación de la Sala de instancia acerca de la conducta del dueño de la obra (...) fuere, en lugar de una manifestación de desistimiento, la de un incumplimiento, se llegaría a la misma conclusión, dado que los daños y perjuicios probados serían solo el beneficio industrial, con lo que se desembocaría en igual resultado, toda vez que los hechos obligarían al Tribunal a dar respuesta por el cauce del artículo 1124, máxime, cuando el resarcimiento de dicho precepto comprende tanto al *damnum emergens*, como el *lucrus cesam*, concepto este segundo que engloba la “utilidad” de que habla el 1594 (...)». Asimismo, ya la STS de 8 de octubre de 1987 [RJ 1987\6766], sin comparar ambos preceptos, sienta para el contenido indemnizatorio del artículo 1594 CC: «(...) la facultad del artículo 1594 pasa por la más perfecta indemnidad del contratista (...)». En el mismo sentido la STS de 10 de marzo de 1979 [RJ 1979\858]: «(...) el dueño que desiste de la construcción de la obra, viene obligado a

dejar indemne al contratista, es decir, a que el patrimonio de este no sufra menoscabo alguno como consecuencia de aquel desistimiento (...)».

Existen también resoluciones contrarias a la equiparación de efectos, pero no siempre se concretan los efectos de tales conclusiones más allá de la mera declaración. Así, para la STS de 8 de julio de 1983 [RJ 1983\4203]: «el desistimiento unilateral del principal y la obligada indemnidad del contratista a tenor del artículo 1594 responde a una situación distinta a la de resolución del contrato conforme a lo pactado o por aplicación del artículo 1124, diversidad de hipótesis que no consiente asimilar ni confundir ambos preceptos, por lo mismo que responden a heterogéneos presupuestos, como también son disímiles sus consecuencias en orden a las respectivas indemnizaciones», lo que empero no aclara cuáles podrían ser tales diferencias. Repiten la misma literalidad, y la misma carencia de desarrollo, otras resoluciones³², sin aplicar empero diferencias específicas en la cuantificación o determinación de la partida indemnizatoria (pues el resto de diferencias en cuanto a concepto, función y requisitos sí parecen claros).

Sí diferencia en cambio los efectos entre desistimiento y resolución la Sentencia 415/2009, de 5 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Burgos [AC\2009\2400]. Se manifiesta, sin embargo, el absurdo de la decisión cuando ésta cuantifica las consecuencias indemnizatorias por incumplimiento en 6.000 €; aceptando en cambio la cuantificación de la legítima facultad de desistimiento en 59.250 €. Una misma conducta, que según el juzgador es la que es al margen de como la denomine quien la ejerza³³, puede llevar a consecuencias indemnizatorias tan dispares. Y la paradoja resulta de que, si esa misma conducta se califica como el ejercicio de una facultad legítima se deriva una indemnización que es casi un 1000% superior a la que resultaría de una calificación que la entendiera un incumplimiento deliberado e ilegítimo.

³² Así las SSTs 54/2010, de 19 de febrero [RJ 2000\1788]—aunque con esta referencia están indexadas dos sentencias diferentes—; 815/2000, de 28 de julio [RJ 2000\6202]; o otras de las Audiencias Provinciales, hasta la práctica actualidad en la SAP de Asturias 191/2017, de 10 de julio [JUR 2017\224641].

³³ «(...) en este caso en el que se discute si existe un desistimiento o una denuncia de resolución del contrato el tribunal no está vinculado por la calificación que la parte haga de sus actos (...) mediando incumplimiento de una de las partes, lo que cuadra mejor con los términos de la carta es la intención de resolver el contrato, no de desistir». Parece tenue ese criterio interpretativo que, para el mismo acto, pueda generar tamaña diferencia indemnizatoria. De hecho, bien puede plantearse una situación en la que el principal ni siquiera sepa cuál es la base jurídica de su acción (y aunque en esos supuestos cabría inclinarse hacia el incumplimiento—por cuanto la regla general la obligatoriedad de la prestación—, bien podrían concurrir los intereses y razones que informan la *ratio* del desistimiento; sobre todo cuando quien desista no sea el demandante—y, por ende, soporte las cargas procesales de alegación y prueba—).

Esta equiparación de resultados puede llevar a la necesidad de entender inevitable la aplicación, por una u otra vía, del desistimiento unilateral del principal que no quiera recibir el servicio. Desde ahí, antes que consolidar la normalización de una suerte de «facultad de incumplimiento», inexistente –aún– en nuestro sistema; parece más razonable, existiendo una analogía cualificada para poder hacerlo –cuando no una directa aplicación–, utilizar la vía del artículo 1594 CC.

Puede parecer contraintuitivo, de conformidad con el sistema general, que los efectos de un incumplimiento equivalgan a una facultad legítima. Sin embargo, cabe pensar que es así porque, en este supuesto verdaderamente no cabe un incumplimiento en los términos apuntados. Y, cuando el incumplimiento sea distinto, aunque variase solamente la comunicación inmediata o previa al prestador del servicio, ya las consecuencias sí podrían ser diversas. No en vano, aunque la hipótesis general del interés positivo sea la misma; la carga del acreedor de mitigar su propio daño, en conjunción con tal comunicación previa y sobre cualquier prestación profesional ofrecida en un mercado abierto en el que quepa proyectar el tiempo y recursos sobre otros clientes, será la que pueda marcar la diferencia, en unos resultados indemnizatorios muy mitigados.

3. ALGUNOS MODELOS POSIBLES DE REFERENCIA

3.1 Derecho comparado vigente

En *Francia*, de cuya tradición –y texto– resulta deudor nuestro artículo 1594, el artículo 1794 de su Code civil³⁴, recoge su mismo contenido³⁵ y potencial proyección³⁶.

³⁴ «Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise».

³⁵ Ya interpretaba POTHIER que «Por lo que hace al locador, siempre que crea conveniente el que no se haga la obra que había encargado, puede separarse del contrato, advirtiéndoselo al conductor é indemnizándole (...) si yo por mi parte puedo separarme del contrato, podrá el empresario por la suya pedir una justa indemnización de los perjuicios que le acarrea la falta de cumplimiento de lo convenido (...) Débese asimismo comprender en los daños y perjuicios del empresario la ganancia, que hubiera podido hacer con otras contratas, que le ha impedido verificar aquella cuya disolución se pide», 1841, pp. 198-199.

³⁶ Si bien la extensión del mismo encuentra, en Francia, un estadio primero cual es su predicar su aplicabilidad no solo a contratos de obra con precio fijo, sino también a aquellos por pieza o medida. En todo caso, aun con diferentes intensidades, han afirmado una interpretación expansiva (desde una posición no unívoca en la doctrina francesa) desde DEMOGUE, R., para el que «Une fois sorti des termes étroits du texte, rien ne nous empêche d'aller plus loin et de généraliser tout à fait. Dans tous ces cas que j'ai dénommés contrats d'aide, pourquoi ne pas étendre la faculté de l'article 1704 ? Les raisons pratiques sont les

Para el *Derecho italiano*, el artículo 1671 del *Codice civile*³⁷ establece una norma prácticamente igual que el artículo 1594 de nuestro Código, aplicable en su caso también, de forma típica, a prestaciones de servicios. Por ello, además de confirmar la posibilidad, idoneidad y práctica de tal solución, permite explorar una doctrina plenamente aplicable.

En tal sentido, no parece haber duda de que se trata, al igual que en el caso español, de una facultad que asiste únicamente al principal³⁸. También, por más que no se trate de un incumplimiento, sus consecuencias sí resultan paralelas en general³⁹; pudiendo no obstante matizarse también los concretos efectos indemnizatorios con las particularidades propias de la situación generada por el desistimiento⁴⁰. De hecho, hasta la perspectiva que entiende que la apli-

mêmes. Pourquoi n'oser affirmer sur un point nouveau non réglé par la loi que si l'on sent un texte tout proche?», *RTDCiv.*, 1907, p. 245. Propone también la extensión del ámbito de aplicación del precepto DURAND-PASQUIER, 2005.

³⁷ Artículo 1671. Recesso unilaterale dal contratto. Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

³⁸ Ya afirmaba RUBINO que «Nell'appalto è consentito il recesso unilaterale dal contratto, ma questa facoltà è attribuita di regola solo al principal», 1946, p. 440. Ello además, con la misma finalidad apuntada –distinta asimismo de la denuncia en los contratos de duración indeterminada–: «È opinione pacifica, ed esatta, che nell'appalto il recesso assolve ad una funzione, ed è giustificato da esigenze, completamente diverse che nei contratti di durata (...) con questa norma la legge ha voluto tutelare l'interesse, che ad un certo punto può sorgere nel committente, a che non venga più eseguita l'opera o il servizio», p. 441. Lo afirma del mismo modo la jurisprudencia: «(...) non è configurabile un diritto dell'appaltatore a proseguire nell'esecuzione dell'opera, avendo, egli, diritto solo all'indennizzo previsto (...)» Cass. civ. n. 11642/2003, de 29 de julio.

³⁹ «Quanto all'«indennizzo» (...) ex art. 1671 «equivale», né più né meno, ad un inadempimento», en GUERRINI, *Rivista di diritto privato*, 1/2015, p. 82. También para RUBINO «(...) le conseguenze sono sostanzialmente quelle stesse della risoluzione per inadempimento», 1946, p. 441. Asimismo, para ROSITO.: «La liquidazione prevista a favore dell'appaltatore (...) si ammette il ricorso ai medesimi principi che regolamentano il risarcimento del danno da inadempimento (...) la domanda dell'appaltatore di essere tenuto indenne dal committente avvalso del diritto di recesso», 2016, p. 373. Aunque la norma impone al principal la indemnización, entiende la jurisprudencia italiana que la carga de la prueba de la ganancia perdida es del prestador, pudiendo además el principal probar por su parte que no ha existido empobrecimiento (lo que abre también la puerta a aducir supuestos en los que, para prestadores profesionales, los negocios de sustitución limitarán notablemente la utilidad que pudieron efectivamente perder): «In ipotesi di recesso unilaterale del committente dal contratto d'appalto, ai sensi dell'art. 1671 Cc, grava sull'appaltatore, che chiede di essere indennizzato del mancato guadagno, l'onere di dimostrare quale sarebbe stato l'utile netto da lui conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate, costituito dalla differenza tra il pattuito prezzo globale dell'appalto e le spese che si sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere, restando salva per il committente la facoltà di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi ovvero gli ha procurato vantaggi diversi», Cass. civ. n. 9132/2012, de 6 de junio.

⁴⁰ Entiende BATELLI al respecto que «(...) il committente non è tenuto a fornire una giusta causa, ma se questa sussiste (...) sarà determinante nella quantificazione dell'ammontare indennitario che potrà essere inferiore a quello altrimenti spettante all'appaltante o interamente compensato dall'entità dei danni subiti dal principal», en «La disciplina del recesso», 2011, p. 246. En el mismo sentido, «(...) il contratto si scioglie

cabildad de esta facultad al principal de los servicios resulta una consecuencia sistemática inevitable también es perceptible en el caso italiano, resultando por ello una facultad imperativa⁴¹, en la generalidad de los supuestos.

Portugal cuenta en su Código civil con una solución de desistimiento general para los contratos de servicios, vehiculizada a través de su contrato de mandato⁴², en el artículo 1172 de su Código civil⁴³. Configura tal disposición, en la que el principal de un servicio decide unilateralmente, *ad nutum*, terminar la relación contractual, como un incumplimiento *lícito*⁴⁴. Una facultad, por lo tanto, general para las prestaciones de hacer⁴⁵, vinculada empero a sus consecuencias indemnizatorias⁴⁶.

senza necessità di indagini sull'importanza e gravità dell'inadempimento, le quali sono rilevanti soltanto quando il committente, pretenda dall'appaltatore il risarcimento del danno per inadempimento, nonostante questi abbia esercitato il suo diritto potestativo di recedere dal contratto». Cass. civ. n. 2130/2017, de 27 de enero.

⁴¹ En tal sentido afirma Guerrini que «Merita, pertanto, adesione l'opinione che afferma che il recesso discrezionale accordato al comittente sottende un principio di ordine pubblico economico, come tale inderogabile, e, alla luce di ciò, qualifica come nulle, e dunque inefficaci, le clausole che escludono tale diritto, così come quelle che ne limitano l'esercizio al rispetto di termini o condizioni», 2015, p. 81; matizando después, de forma consistente también con cuanto se ha afirmado con anterioridad, que sí podría limitarse la desistibilidad cuando la ejecución de la prestación suponga un interés no solo del principal, sino del propio prestatario o de un tercero.

⁴² En cuanto a que, si bien el Código civil portugués sí nomina el contrato de prestación de servicios, en su artículo 1154 («Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição»); el artículo 1156 del mismo texto remite al mandato en cuanto a la regulación del mismo («As disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente»).

⁴³ «A parte que revogar o contrato deve indemnizar a outra do prejuízo que esta sofrer (...) c) Se a revogação proceder do mandante e versar sobre mandato oneroso, sempre que o mandato tenha sido conferido por certo tempo ou para determinado assunto, ou que o mandante o revogue sem a antecedência conveniente».

⁴⁴ Explica Farrajota que «(...) nos casos previstos nas alíneas b), c) e d) do artigo 1172º do CC, nos encontramos perante situações de incumprimento pela parte que revoga o contrato de mandato. Trata-se todavia de situações em que o incumprimento é tolerado pela lei (...) não sendo assim o direito de livre revogabilidade do contrato, consagrado no n.º 1 do artigo 1170º, posto em causa: a contraparte não tem direito ao cumprimento do contrato, mas apenas a uma indemnização. É neste contexto que parte da doutrina entende que nos encontramos, nestes casos, perante um incumprimento lícito», 2013, p. 113.

⁴⁵ Así lo reconoce expresamente el *Acórdão* STJ 4865/07.7TVLSB. L1. S1, de 7 de julio de 2010, en cuanto a la calificación de los contratos de servicios, su inclusión en el régimen general del mandato y, específicamente, en el ámbito del desistimiento del artículo 1172, letra c, del Código civil. Afirma, entre otros extremos, que «basta o preenchimento de um dos requisitos previstos na alínea c) do art. 1172º do Código Civil, que na situação em apreço é a de nos confrontarmos com a revogação unilateral de um contrato de prestação de serviço «para determinado assunto», para que a parte que o revogar tenha a obrigação de indemnizar a outra parte».

⁴⁶ Abunda en cuanto a la interpretación de este contenido indemnizatorio el *Acórdão* STJ 4747/07.2TVLSB. L1. S1, de 5 de febrero de 2015, declarando que el lucro cesante —en el sentido de utilidad perdida, de la norma española— equivaldrá a la diferencia entre la situación patrimonial que existiría si el contrato se hubiera ejecutado íntegramente y la

El *BGB alemán*, en su § 648⁴⁷ –aplicable a un concepto extenso de obra, de conformidad con el § 631(2)– recoge el derecho de desistimiento del cliente. Si bien podría parecer que tal norma sustituye la indemnización por el efectivo pago de la retribución pactada, como refiere, matiza después este *quantum* al resultado de restar a tal precio los gastos no realizados, con una presunción *iuris tantum* de una utilidad –indemnizable– del cinco por ciento.

Resulta más difícil plantear esta cuestión, en los mismos términos, en el ámbito del Common Law. No en vano, partiendo su sistema de un principio general excluyente de la ejecución forzosa de la prestación⁴⁸ (o, más quizá de forma más exacta, la consideración de que ha de demostrarse la inidoneidad del remedio indemnizatorio para poder valorar entonces si pudiese proceder algún tipo de cumplimiento específico⁴⁹); el hecho de que una parte pueda desistir del contrato, pagando por ello una indemnización, se acerca mucho más a la norma⁵⁰, sin perjuicio de sus posibles excepciones⁵¹.

resultante de la terminación anticipada, debiendo remitirse en cuanto al daño emergente a criterios de probabilidad y previsibilidad, que deberán ser probados.

⁴⁷ Tradicionalmente §649, reenumerado como §648a desde el 1 de enero de 2018.

⁴⁸ Para Rowan, «Even the most cursory analysis of the criteria which must be satisfied before a court will order specific performance can leave Little room for doubt that English law is generally reluctant to compel a party in breach of contract to perform a non-monetary obligation», 2011, p. 25. Asimismo, para Burrows «(...) if whether a plaintiff has a free choice between claiming specific enforcement or compensation. In English law the answer is “no”», 1998, p. 137.

⁴⁹ En cuanto a que, como afirma Rowan, «As with specific performance, the single biggest obstacle to mandatory injunctive relief being granted is the condition that damages must be inadequate to protect the expectations of the injured promisee», 2011, p. 31; sin dejar de partir de que, en todo caso, «(...) the threshold for an award of specific performance or a mandatory injunction is deliberately high» p. 36.

⁵⁰ Desde la perspectiva del realismo jurídico americano, ya afirmaba HOLMES que «Nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract. Among other things, here again the so-called primary rights and duties are invested with a mystic significance beyond what can be assigned and explained. The duty to keep a contract at com-mon law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it—and nothing else», 1897, p. 5. Más reciente, también respecto al Derecho norteamericano, de forma más matizada, para Farnsworth «(...) the injured party can always claim damages for breach of contract, that party’s right to specific relief as an alternative is much more limited» 2010, p. 162. Norma asimismo incluida, como genera, en el *Restatement (2nd) of the Law of Contracts*, § 359: «Effect of Adequacy of Damages (1) Specific performance or an injunction will not be ordered if damages would be adequate to protect the expectation interest of the injured party (...)».

⁵¹ En el sentido apuntado por Smith de «(...) a view of contract that implies that the plaintiff’s right to performance is a patrimonial entitlement (...) specific performance (...) prevents a defendant from expropriating a plaintiff’s patrimonial entitlement to performance», 2005, p. 232 y 233. Entiende el autor que el *Common Law* puede estar apuntando una tendencia de aproximación a un sistema más continental en cuanto a la consideración de la prestación forzosa: «This arguably is part of a lengthy process in which the remedial incidents of contract rights are being assimilated to those of real rights in tangible things (...) specific performance, while formally a supplementary remedy in the common law tradition, is becoming more widely available, even to the point where it might be seen to be the default remedy for breach of contract, as it is in the civil law tradition», p. 232. Y, aunque no sea imposible que pueda tenderse en esa dirección, ni parece una afirmación indiscutida, ni tampoco resulta imposible que tal avance se conjugue con un pragmatismo en el que

Desde esa perspectiva, confirmada por el *Case Law* preponderante, y más en supuestos relativos a prestaciones continuadas –como las típicas de servicios–⁵²; para el desistimiento unilateral del principal de un contrato con prestaciones de hacer; parece que el interés del prestador del servicio quedaría naturalmente satisfecho por una indemnización de los beneficios que éste hubiese obtenido. Remedio *adecuado* a los daños que tal terminación unilateral habría de producir. Ello sin perjuicio de que, en las hipótesis singulares –como en los supuestos en los que el prestador del servicio tiene un interés específico, causalizado⁵³–, en su propia actuación–, pudiesen existir excepciones, en las que el cumplimiento específico podría ser *adecuado*.

En ultramar, resulta interesante la comparación de Chile con el sistema español, por cuanto también parten de una laguna equiparable en cuanto a la adecuada y moderna regulación del contrato de servicios⁵⁴, necesitando refugiarse en una analogía a medio camino entre el mandato y modalidades de arrendamientos de obra y de servicios⁵⁵. Pese a ello, también se entiende

la ejecución forzosa no sea regla general ni facultad efectiva, sino opción posible a tenor del resto de circunstancias, cuando el resto no resulten efectivas o hasta puedan entenderse como un abuso del incumplidor.

⁵² En cuanto a que, como entendió Lord Hoffmann en *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores Ltd.*, 1998 AC, 1 –como el caso quizá más influyente en los últimos tiempos, a este respecto–, «The most frequent reason given in the cases for declining to order someone to carry on a business is that it would require constant supervision by the court (...) It is the possibility of the court having to give an indefinite series of such rulings in order to ensure the execution of the order which has been regarded as undesirable». Ya lo había entendido de este modo Lord Dixon en *J. C. Williamson Ltd. v. Lukey and Mulholland*, 1931 45 C. L. R.: «(...) specific performance is inapplicable when the continued supervision of the court is necessary to ensure the fulfilment of the contract».

⁵³ Así, por ejemplo, el artista que no solo se obliga a realizar su actuación artística como prestación debida, sino que la facultad de actuar supone también su situación activa en la relación contractual.

⁵⁴ «(...) la regulación que ofrece el Código Civil chileno es, debido a las bases sobre las que se construye, una regulación inadecuada e insuficiente», como expresa SEVERIN FUSTER, *Revista Ius et Praxis*, 2018, p. 304; habiendo profundizado el mismo autor en las raíces romanas del modelo, «el de la *locatio conductio*, en el que se halla la base de la aproximación legal que adoptaron la mayoría de los códigos civiles decimonónicos (...)», en «Sobre el modelo de contratación de servicios remunerados en el Derecho romano. Algunos aspectos relevantes de la *locatio conductio*», en *Revista de Derecho*, 2015; concretando, entre otros, en el supuesto del Código español y el chileno en las pp. 360-361. Asimismo, para Brantt Zumarán y Mejías Alonzo «(...) el contrato de servicios en nuestro derecho es en rigor atípico, en tanto carece de una reglamentación sistemática destinada especialmente a fijar su régimen supletorio», en «El derecho supletorio del contrato de servicios en el código civil chileno. Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento», *RDPUCV*, 2016, p. 75.

⁵⁵ Entienden Brantt Zumarán y Mejías Alonzo que «Para la construcción del régimen supletorio aplicable a los contratos de servicios, como ya se dijo, encontramos una pluralidad de regímenes o normas posiblemente aplicables en algún sentido cuyo alcance es necesario precisar (...) Las alusiones genéricas que mayoritariamente hace la doctrina a las reglas del mandato y arrendamiento deja sin respuesta adecuada una serie de interrogantes (...) En particular acudiremos al contrato de prestación de servicios profesio-

posible el desistimiento unilateral del principal, fundándose, entre otros argumentos y fuentes, sobre las bases del mandato⁵⁶, y del arrendamiento de servicios inmateriales⁵⁷ para el que el artículo 2009 de su Código civil⁵⁸ dispone la facultad de desistimiento –si bien de ambas partes–; además de lo dispuesto en el artículo 1999 del mismo Código⁵⁹, que expresamente prevé la indemnización como consecuencia del ejercicio de una *facultad* de desistir del principal de una obra material. Las vías anteriores, como fuente de un principio general de desistibilidad de los contratos de servicios, han tenido eco también en la jurisprudencia chilena⁶⁰.

nales y al contrato de prestación de servicios de ejecución de una obra material. El interés en estos modelos obedece a que creemos que gran parte de la prestación de servicios, regidos por el Código civil, pueden ser subsumidas en estos contratos», 2016, pp. 76-77.

⁵⁶ Defiende Severin Fuster, en relación a ello, que «(...) el derecho a revocar [el mandato] deriva, *principalmente*, del reconocimiento de que el mandato no obedece a la lógica de los contratos de intercambio, y al hecho de que en este contrato el objeto es un negocio que *naturalmente interesa al mandante*, interés que, *por la razón que sea*, puede decaer. De ahí que la revocabilidad sea la regla para los casos en los que el negocio no interesa al mandatario o a terceros. Y vale tener presente que no basta el hecho de que el mandato sea remunerado para entender que el mandato se ha otorgado también e interés del mandatario (...) [pesan] sobre el mandante que revoca algunas cargas, deberes u obligaciones (...) debe pagar una parte proporcional de los honorarios, obligación que la ley no prevé expresamente, pero que puede desprenderse de la propia regulación del contrato de mandato, como se ha defendido por la doctrina, y en alguna sentencia», en «El derecho al desistimiento unilateral...», 2018, pp. 314-315.

⁵⁷ De nuevo, para Severin Fuster, G., «no se trata –no al menos necesariamente– de una cuestión de pérdida de confianza; ni se requiere un incumplimiento por parte del prestador del servicio (...) la ley reconoce, que ese servicio inmaterial, con esas características, está adaptado a las necesidades y deseos del cliente, y por tanto, que ha de permitírsele ponerle fin, sin necesidad de expresar causa», 2018, p. 318.

⁵⁸ «Cualquiera de las dos partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiere estipulado. Si la retribución consiste en pensiones periódicas, cualquiera de las dos partes deberá dar noticia a la otra de su intención de poner fin al contrato, aunque en éste no se haya estipulado desahucio, y la anticipación será de medio período a lo menos».

⁵⁹ «Habrà lugar a la reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución. Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiera podido ganar en la obra».

⁶⁰ En este sentido, aunque la sentencia trate muchas otras cuestiones –procesales y sustantivas–, y la afirmación pueda parecer complementaria, se pronuncia la Resolución núm. 438081, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de mayo de 2016 (causa civil núm. 10066/2015). Para un supuesto en el que el demandante pretende resarcimiento por lucro cesante, daño moral y honorarios del mes en curso cuando el principal terminó unilateralmente el contrato de prestación de servicios, con «fundamento central de sus pretensiones radica en el incumplimiento que atribuye al actuar de la demandada al poner término anticipadamente, unilateralmente y sin una sentencia judicial previa que así lo declarara, al vínculo contractual», afirma la sentencia –amén de otros pronunciamientos– que «(...) considerando la naturaleza del contrato, prestación de servicios, la demanda se encontraba habilitada para ponerle término, como lo prevé el artículo 2009 del Código civil»; reiterando la aplicación del precepto como *ratio decidendi* sustantiva principal de el fallo.

En suma, de uno u otro modo, con regímenes heterogéneos, en contenidos y momentos, o bien se reconoce de forma expresa esta facultad de desistimiento; o bien la misma se abre camino a cada paso que los servicios avanzan en las sociedades actuales como una modalidad contractual cada vez más relevante –en determinados sectores hasta en la principal–. Tal común sentido, al margen de lo demás, apunta no solo hacia lo razonable de la dirección, sino hasta a lo inevitable de la misma.

3.2 Propuestas de modernización europeas

Si del estudio de las instituciones y las legislaciones puede inferirse, cuando menos, una pulsión decidida hacia el desistimiento unilateral del principal de prestaciones de servicios; las propuestas de modernización no solo recogen tal principio, sino que han propuesto para el mismo, modelos de formas y efectos concretos.

3.2.1 PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW: SERVICE CONTRACTS⁶¹

En los *PEL SC* se recoge de forma expresa el desistimiento del principal de los contratos de servicios, en su artículo 1:115⁶². La norma establece, como base, la facultad del cliente para desistir⁶³ *ad nutum*, anudando empero a su ejercicio efectos indemnizatorios. Los daños a indemnizar vendrán a coincidir

⁶¹ Redactados por el *Study Group on a European Civil Code*, y editados por BARENDRECHT, *et alii*, como *Principles of European Law. Service Contracts*, Sellier, Múnich, 2007.

⁶² «1:115: Cancellation of the Service Contract. (1) The client may cancel the contract at any time. (2) If the contract is cancelled under this Article the service provider is entitled to damages to put the service provider as nearly as possible into the position in which the service provider would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the service provider has suffered and the gain of which the service provider has been deprived. (3) In determining the position into which the service provider is to be put under paragraph (2), regard is to be had, among other things, to the following rules: (a) if payment of a Price was agreed, the service provider is entitled to that price minus the expenses that should reasonably have been saved and the benefit that could reasonably have been earned using the capacity that has become available; (b) if payment of a fee based on a particular rate was agreed, the service provider is entitled to payment of the fee on the basis of that rate, to the extent that the service has already been performed; and (c) if payment of a fee based on a «no cure no pay» basis was agreed, the service provider is entitled to payment of both the reasonable cost incurred, to the extent that the service has already been performed, and to the gain of which the service provider has been deprived as a result of the cancellation.

⁶³ «Cancellation is therefore not to be regarded as a remedy. It is basically the recognition of the client's right no longer to want the service to be performed even though the service provider is adequately performing his obligations under the contract», BARENDRECHT, 2007, p. 300.

con el interés positivo del contrato que, sin embargo, viene muy matizado en el precepto, con una serie de reglas de determinación *–numerus apertus–*. Se intenta así prever situaciones específicas, entendidas como naturales a la circunstancia, sin perjuicio de que la consecuencia indemnizatoria normal del ejercicio de la facultad sea la general para los supuestos de incumplimiento⁶⁴.

Aunque el fundamento de tal facultad pueda encontrarse en el interés preponderante del principal frente al prestador –que habrá de quedar igualmente indemne–, resulta llamativo que los redactores sustenten tal especialidad de los contratos de servicios en la mayor dificultad del principal no interesado de transformar la prestación que recibe en otro tipo de utilidad, distinta a la pérdida⁶⁵.

3.2.2 DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE⁶⁶

El *DCFR* establece, también para el contrato de servicios, la facultad del principal de terminar el contrato *ad nutum*⁶⁷, una vez lo notifique de forma recepticia a la contraparte⁶⁸. Se establece la

⁶⁴ «(...) the general principle in this respect, consistent with the approach taken in Article 9:502 PECL (General Measure of Damages)», BARENDRECHT, 2007, p. 301.

⁶⁵ Es decir, el comprador de un objeto que ya no le interesa, siempre podrá revenderlo, arrendarlo u obtener otro tipo de utilidad. «(...) this situation [la pérdida del interés del cliente en la prestación] could also arise under any other type of contract –for instance a sales contract– but in such a case a client sometimes has other options to deal with the new situation, without having to cancel the contract. He could for instance still perform his part of the sales contract, and subsequently resell the good in order to safeguard his financial interests», BARENDRECHT, 2007, pp. 301-302.

⁶⁶ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law*, Sellier, Munich, 2009.

⁶⁷ IV. C. 2:111: Client's right to terminate (1) The client may terminate the contractual relationship at any time by giving notice to the service provider. (2) The effects of termination are governed by III. 1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (3). (3) When the client was justified in terminating the relationship no damages are payable for so doing. (4) When the client was not justified in terminating the relationship, the termination is nevertheless effective but, the service provider has a right to damages in accordance with the rules in Book III. (5) For the purposes of this Article, the client is justified in terminating the relationship if the client: (a) was entitled to terminate the relationship under the express terms of the contract and observed any requirements laid down in the contract for doing so; (b) was entitled to terminate the relationship under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination); or (c) was entitled to terminate the relationship under III. 1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (2) and gave a reasonable period of notice as required by that provision.

⁶⁸ Entiende De Barrón Arniches que «(...) en el DCFR este derecho lleva consigo una obligación de preaviso, como un mecanismo dirigido, precisamente, a paliar el perjuicio causado al profesional con la decisión del cliente», *Boletín*, 2011. No obstante, no estableciendo plazo alguno, ni siquiera un plazo «razonable» –como sí se establece en el art. III. 1:109 DCFR para la denuncia de contratos de duración indefinida–, parece válido un preaviso inmediato, incapaz de neutralizar ningún daño. Acaso puede tratarse, más bien, de una exigencia de seguridad y certeza para el prestador,

indemnización ordinaria, propia del incumplimiento, como consecuencia natural del desistimiento. No obstante, menciona de forma conjunta en el mismo precepto la categoría de «desistimiento justificado» –que se aplicará a otras situaciones, como la previsión expresa de desistimiento en el contrato, o la denuncia en las relaciones contractuales indefinidas–. Finalmente, en cuanto a los efectos de la extinción, se remite a las reglas generales previstas en el libro anterior.

Si en vez de desistir la parte hubiera decidido manifestar su decisión de incumplir definitivamente, no desarrolla el precepto, en apariencia ni fondo, la responsabilidad por los daños causados en verdadera contraposición a la responsabilidad por incumplimiento. Únicamente se distancia del incumplimiento responsable en la imposibilidad de acudir, como remedio del mismo, a la ejecución forzosa de la prestación.

Incluso, la diferencia dada por la ejecución forzosa queda atenuada hasta la práctica inexistencia en la medida que el propio texto condiciona la misma, para la obligación de pago, a la realización de la propia prestación⁶⁹ (que, por la oposición del deudor, no se habría podido ejecutar). Además, dicha prestación expresamente no podrá imponerse, al margen de resarcimiento de los daños sufridos, si no es razonable que la contraparte tenga que soportar, coactivamente, el servicio del que pretende desistirse (como dispone el apartado (b) del art III– 3:301 (2)). Tampoco sería posible cuando la prestación sea fungible en un ámbito del mercado en el que sea viable, conforme al esfuerzo exigible encontrar un negocio de sustitución para el desistido.

Puestas en relación las normas de terminación unilateral del contrato con los límites citados respecto de la ejecución forzosa, cualquier desistimiento –sin necesidad de justificación alguna– conllevaría únicamente una indemnización por los daños causados. Además, podría quedar limitada, sobre todo en los supuestos de prestaciones de servicios profesionales fungibles en el mercado. En los supuestos en los que el prestador del servicio haya

para el que no se habrá extinguido la relación en tanto no le sea notificado –sin perjuicio de que este mecanismo, sin duda, palia los potenciales perjuicios que este pueda sufrir; pero teniendo otros efectos como la determinación del momento de extinción de la relación–.

⁶⁹ III. 3:301: Enforcement of monetary obligations (1) The creditor is entitled to recover money payment of which is due. (2) Where the creditor has not yet performed the reciprocal obligation for which payment will be due and it is clear that the debtor in the monetary obligation will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless: (a) the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or (b) performance would be unreasonable in the circumstances.

realizado un negocio de sustitución⁷⁰, o en los que pudiera realizarlo⁷¹, la cuantía de la indemnización podría reducirse, conforme a lo previsto en el DCFR, incluso más allá de la utilidad proyectada sobre el negocio inicial (supuestos en los que se habría de ser especialmente cauteloso en no preterir los costes de transacción y otras circunstancias indirectas no siempre sencillas de individualizar).

Parece que la verdadera función del precepto, más allá de especificar las consecuencias de la aplicación de otras normas⁷², reside en el propio título de la norma, como «*Derecho de desistimiento del principal*»⁷³. Configura así no solo un acto lícito, sino un verdadero derecho subjetivo, aunque mantenga consecuencias indemnizatorias⁷⁴. Cuestión distinta es si esta calificación acaba tenien-

⁷⁰ III. 3:706: Substitute transaction A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the value of what would have been payable under the terminated relationship and the value of what is payable under the substitute transaction, as well as damages for any further loss. Aunque el contenido de estos preceptos está previsto para supuestos de resolución, la remisión en sede de desistimiento del artículo IV. C. -2:111, habría de bastar para aplicarlo en dichos casos—pues, de otra forma, resultaría notablemente ilógico que hubiese de indemnizarse más por desistimiento que por incumplimiento, confrontando además las resultas de dicha aplicación a la proscripción de enriquecimiento injusto previsto en el Libro VII del DCFR.

⁷¹ III. 3:705: Reduction of loss (1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps. (2) The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss. De forma que, el prestador de servicios profesional en un mercado abierto que se negase a realizar negocios de sustitución bien podría estar agravando su propio daño, con las consecuencias aludidas.

⁷² Se reconoce de forma directa en los propios comentarios del DCFR: «The actual results under the system adopted in the Article will in most cases be the same as the results which would be reached by saying that the client had no right to terminate without case (...) the client could still in practice repudiate the contract and withdraw co-operation (...) the client would then have to pay damages, on exactly the same basis, for non-performance (...)», VON BAR y CLIVE 2009, p. 1697. Se pretende después dotar de valor al precepto en relación a los supuestos excepcionales («some unusual type of case») en los que pudiera imponerse la prestación forzosa al cliente. Sin embargo, toda vez que solo podrá hacerse en supuestos en los que sea «razonable», parece que el problema se conjura por sí mismo y, de hecho, permitiría que en determinados casos extremos en los que la prestación del servicio pudiera llegar a ser interés prevalente del prestador, llegasen a realizarse.

⁷³ Para De Barrón Arniches, «(...) parece que el fundamento del derecho a la resolución unilateral del contrato en el derecho europeo es la pérdida de la confianza del cliente en el prestador del servicio, que puede producirse en cualquier momento de la relación contractual, y que da derecho a una pretensión indemnizatoria para el profesional que ha observado todas sus obligaciones contractuales», en «El contrato de servicios...», 2011, p. 13. Sin embargo, no resulta evidente que este sea el único fundamento, ni siquiera el principal. Manteniendo íntegramente tal confianza, puede resultar inútil —o dañino— al principal la recepción del servicio, del que desistiría al margen de que no hubiera dejado de confiar.

⁷⁴ «This Article gives the client the right to terminate the contractual relationship at any time. This is quite distinct from any right there may be to terminate for fundamental non-performance (...)», VON BAR y CLIVE, 2009, p. 1696. Lo que no obsta a que pueda

do alguna relevancia o, sencillamente, queda en un precepto meramente estético o etiológico-formal⁷⁵.

La conclusión, más allá del análisis del texto, viene dada por dos premisas: si de los principios generales de las obligaciones puede deducirse un desistimiento general en el DCFR, resultará coherente con que ocurra también en el Ordenamiento español. Y, si ese desistimiento fuese equivalente en sus efectos al incumplimiento voluntario, de nuevo se revelará que no se trata tanto de un derecho como una realidad incontenible, justificando la universalidad de la categoría y sus circunstancias, dentro del sistema general de las obligaciones.

3.2.3 PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO RELATIVA A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA

El *CESL*, si bien ordena como objeto principal la compraventa, también propone una regulación para los «contratos de servicios relacionados» que, sin embargo, acaso podrían funcionar además como paradigma para los contratos de servicios autónomos⁷⁶. Dispone para tales servicios, como norma gene-

seguir siendo muy parecido a un incumplimiento propio. De hecho, reconoce el comentarista que «It is basically a recognition of the fact that the client may no longer want the service to be performed even though the service provider is adequately performing the obligations under the contract», p. 1696, premisa que podría ser igualmente base de un incumplimiento consciente; y, fuera de los casos de desistimiento justificado (conforme a los causas generales de resolución –que así no resulta tan distinta como se enuncia–; denuncia; o acuerdo inter partes al respecto) «(...) the service provider is entitled to be put as nearly as possible into de situation which would have prevailed if the contractual obligations had been duly performed». Las consecuencias, en fin, serían que «(...) the client must reimburse both the costs already incurred by the service provider (...) and any profit lost as a consecuencia of the termination» pp. 1696-1697.

⁷⁵ Como también se reconoce, aun parcialmente, en los comentarios del DCFR: «Even if there were no to be no right to enforce specific performance of the client's obligations under a cause [hipótesis que antes señala como única en la que el desistimiento tendría alguna utilidad autónoma] the approach adopted in the present Article would be preferable because it is more likely to promote respect for the law. It openly confers a right to terminate on paying compensation, rather than pretending that there is no such right but covertly giving it by pointing out that the client can choose to fail perform the obligations under the contract», VON BAR y CLIVE, 2009, p.1698.

⁷⁶ Afirma al respecto Valpuesta Gastaminza que «(...) es una regulación que puede ser general de todo contrato de servicios (o, como diríamos en España, de «arrendamiento de servicios»). Por lo tanto la Propuesta CESL es bastante más ambiciosa de lo que parece, pues de admitirse, tendremos una regulación de la teoría general de obligaciones y contratos, y de los contratos paradigma de dos de las partes especiales más relevantes: cambio y servicios (...) el carácter «ejemplificador» de esta relación la convierte en el paradigma del negocio de servicios, por lo que su regulación se extenderá a otras muchas prestaciones» en *CDT*, 2013, pp. 212, 213. Desde una postura distinta, entiende como limitativa esta regulación –sobre todo en cuanto oportunidad perdida– Arroyo Amayuelas: «(...) el CESL no contribuye en exceso al desarrollo de los contratos de servicios, algo que acaso hubiera sido más necesario. Estos se incluyen solo con el fin de «maximizar el valor añadido de la normativa común de compraventa europea», de manera que, como se ha dicho, únicamente se regulan los

ral⁷⁷, la facultad de desistimiento del principal, notificándolo al prestador del servicio, en su artículo 158⁷⁸. Tal desistimiento en sentido propio (es decir, si no se trata del ejercicio de otra facultad, como la resolutoria⁷⁹), extinguirá la obligación del prestador del servicio⁸⁰, debiendo igualmente pagar el cliente, al final, la utilidad que el prestador había de haber obtenido del contrato (aunque se redacte a la inversa, fijando como débito el precio, al que deducir cuando el prestador ahorre o pueda ahorrar por la efectiva no prestación del servicio).

Lo que parece menos razonable de esta regulación del CESL es que, al disponer tal artículo 158, *in fine*, la prohibición de excluir la facultad de desistir precedente en los contratos con consumidores; pueda implicar que su posible exclusión en el resto de relaciones contractuales. Porque, sin merma de la autonomía de la voluntad de las partes, vuelve a no parecer posible una alternativa en la que, cobrado su precio, pretenda legítimamente el prestador del servicio su imposición forzosa al cliente que no quiera recibirlo.

que están directa y estrechamente vinculados (...) Un ámbito material de aplicación tan limitado ha merecido severas críticas y estas deben compartirse (...)» *CESCO*, 2014, pp. 213, 214.

⁷⁷ «Una característica del régimen jurídico general de la prestación de servicios es la posibilidad que tiene el cliente de extinguir el contrato por medio del ejercicio del desistimiento unilateral sin causa (...) lo regula también el CESL en el artículo 158 (...). La norma supedita su ejercicio a la notificación por el cliente (sea o no consumidor) al prestador del servicio de su deseo de dar por finalizada la relación contractual. Esta notificación puede tener lugar en cualquier momento de la vigencia del contrato y sin que se requiera formalidad alguna para su eficacia», *CERVILLA GARZÓN, Indret* 2015, p. 27.

⁷⁸ Artículo 158. Derecho del cliente a rechazar la prestación. 1. El cliente podrá notificar en cualquier momento al prestador del servicio que ya no requiere la prestación o la continuación de la prestación del servicio relacionado. 2. Cuando se notifique conforme al apartado 1: (a) el prestador del servicio dejará de tener el derecho o la obligación de prestar el servicio relacionado; y (b) el cliente, si no hubiera motivo para la resolución en virtud de otra disposición, seguirá estando obligado al pago del precio, disminuido de los gastos que el prestador del servicio se haya ahorrado o quepa esperar que se hubiera ahorrado por no tener que completar la prestación. 3. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.

⁷⁹ Pues, «Si la causa justificativa es el incumplimiento, en ese caso no hablaríamos de desistimiento unilateral con causa sino de resolución por incumplimiento, aplicándose, pues, la pertinente normativa», *CERVILLA GARZÓN, Indret*, 2015, p. 27.

⁸⁰ En rigor, el texto amplía la extinción a supuestos en los que la prestación del servicio se pudiese haber configurado como *derecho* del prestador, sin embargo, más que entender que la norma parece querer también incluir supuestos en los que la prestación pueda operar también en beneficio directo del prestador, parece que puede tener más bien que ver con la naturaleza *relacionada* de los servicios tratados (aunque, desvinculado del precio, tampoco parece un concepto especialmente claro).

3.3 Propuestas de modernización en España

3.3.1. PROPUESTA SOBRE EL CONTRATO DE SERVICIOS, DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN⁸¹

Propone la Sección 1.^a de la CGC, sobre el contrato de servicios, un nuevo artículo 1592.2⁸² Cc que venga a reproducir el actual artículo 1594 CC. Lo extiende además, expresamente, a todos los contratos de servicios (siendo además la norma general también de los contratos de obra y depósito, *ex* artículo 1581.2 PCC).

Confirma tal precepto la aplicación general del desistimiento a todos los contratos de servicios; sin innovar o aclarar la mecánica de dicho desistimiento, sobre todo en lo que al *quantum* indemnizatorio se refiere⁸³.

Asimismo, la carencia de regulación específica en este proyecto, especialmente cualificado, sirve para considerar si en efecto se trata de un contenido que habría de formar parte de la regulación especial de tales contratos y no general de las obligaciones y los contratos; o si así lo hizo la Propuesta por limitaciones a las que tuvo que someterse la misma, no aplicables sobre la perspectiva de todo un nuevo Código.

3.3.2 PROPUESTA PARA LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS⁸⁴

La *PMCC*, limitada en su objeto de modernización, en principio no regula normas específicas para la regulación de contratos con prestaciones de hacer –contratos de servicios–. Y, aunque algunas normas generales serán también de aplicación a la categoría, en

⁸¹ Si bien no es posible encontrar una publicación oficial del proyecto, uno de los miembros de la comisión ha dado cuenta de los trabajos realizados, reproduciendo y comentando el articulado. ESCARTÍN en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm#11-nulidad>, el 14 de marzo de 2013. También, impreso, en «El contrato de servicios», en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Prats Albertosa, L. (coord.), Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer, 2012, T. III-1, pp. 603-659.

⁸² Artículo 1.592 PCC. Nulidad, desistimiento y terminación del contrato (...) 2. El cliente puede extinguir la relación contractual en cualquier momento, pero deberá indemnizar al prestador del servicio de todos sus gastos, trabajos realizados y utilidad que hubiera podido obtener.

⁸³ «(...) la propuesta de la CGC se inclina por una solución flexible: «indemnizar al prestador del servicio por todos los gastos, trabajos realizados y utilidad que haya podido obtener». Se huye de mayores precisiones, entre ellas de un complicado sistema de proporcionalidad entre el servicio ejecutado al tiempo del desistimiento y el total del mismo.» ESCARPÍN IPIÉNS, 2012.

⁸⁴ Realizada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009.

concreto no hay precepto alguno referido al desistimiento unilateral *ad nutum* del principal⁸⁵.

3.3.3 PROPUESTA Y ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL⁸⁶

La Propuesta de Código mercantil⁸⁷, de la sección 2.^a de la Comisión General de Codificación, modificada en el Anteproyecto por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014⁸⁸, con una vocación de aplicación cuasi universal, del estatuto jurídico prevalente –y contagioso– del operador de mercado, conforme a su artículo 001-3 en relación con el artículo 001-2 del Anteproyecto (arts. 001-4 y 001-2 de la Propuesta)⁸⁹, propone también una regulación general de los contratos de servicios. En este sentido, el artícu-

⁸⁵ Podría parecer confusa la referencia al desistimiento, que la PMCC realiza en sede de consumo; pero más allá de lo equívoco del término –acaso más revocación que desistimiento para los consumidores–, se trata de una institución enteramente disociable. En el mismo sentido, «(...) no encuentra su reflejo en ninguna norma de la propuesta de modernización del Código civil, siquiera sea dentro de la teoría general de las obligaciones (...) Tampoco puede identificarse con el desistimiento *ad nutum* que se atribuye al cliente-consumidor en la propuesta de modernización del CC», DE BARRÓN ARNICHES, P., en «El contrato de servicios...», *op. cit.*, p. 13.

⁸⁶ Realizado por la sección 2.^a de la Comisión General de Codificación, elevado a Anteproyecto por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014.

⁸⁷ Presentado al Ministro de justicia el 17 de julio de 2013, consultable en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292404268990?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_codigo_mercantil_1.pdf&blobheadervalue2=1288780618794

⁸⁸ C. M. 30/05/2014, sin que parezca tener valor (pre)legislativo alguno a día de hoy, consultable en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427023422?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley_de_C%C3%B3digo_Mercantil.pdf&blobheadervalue2=1288788719402

⁸⁹ Artículo 001-2. *Ámbito subjetivo*. 1. A los efectos de este Código son operadores del mercado y quedan sujetos a sus normas: a) Los empresarios. Se consideran empresarios: 1.º Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales. 2.º Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior. 3.º Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto. b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado. c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades. 2. Se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas.

Artículo 001-3. *Ámbito objetivo*. 1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código: a) Los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo. b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles. c) Los actos de competencia en el mercado. 2. Cuando en los actos y contratos referidos en el apartado anterior intervenga un consumidor, la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores.

lo 531-7, de ambos textos, dispone que «El ordenante podrá desistir unilateralmente y en cualquier momento del contrato aunque los servicios encargados ya hubieren empezado a prestarse, pero deberá resarcir a su contraparte de todos los gastos en que hubiera incurrido, así como pagar el precio de los servicios ya realizados más un porcentaje razonable del precio de los pactados y no llegados a realizar».

A tal propuesta, que en primer lugar recoge el sentido general respecto a la existencia y aplicabilidad de un desistimiento general responsable del principal de contratos de servicios⁹⁰, se pueden oponer dos objeciones fundamentales:

En primer lugar, las bases de las que parte la regulación propuesta son totalmente opuestas a los planteamientos señalados respecto de los contratos de servicios y su relación con los contratos de obra⁹¹, así como a la disociación de los mismos mediante la dicotomía de medios y resultado⁹² (o incluso respecto a la propia consideración del contrato de obra en sí, como base normativa general del

⁹⁰ Fundamenta GALÁN CORONA la norma en que «Se trata de una regla tradicional en contratos de duración indefinida (...) pero que también tiene vigencia en contratos de duración determinada en los que la relación de confianza entre las partes (el *intuitu personae* o el *intuitu instrumenti*) tiene una particular relevancia (...)», en «Contrato de servicios mercantiles y contrato de servicios electrónicos en el Anteproyecto de Código Mercantil», 2014; si bien la regla establecida en la Propuesta —en consonancia con la de la PCC— no se limita a tales supuestos (del que acaso el *intuitu personae* podría discutirse más allá de supuestos representativos), sino que es general para todos los contratos de servicios, incluidos todos los de duración determinada, comporten o no una relación de confianza especial.

⁹¹ En el apartado VI-59 de la Exposición de Motivos (que opera como una suerte de Comentario del borrador, con una redacción más técnica que legislativa): «Éstas y otras especificidades aconsejan, en efecto, proceder a regular el contrato de obra de forma independiente del contrato de servicios, evitándose con ello los inconvenientes que genera la tradicional inclusión de ambas figuras bajo un único régimen jurídico, opción ésta que tiende a desdibujar los perfiles normativos del contrato de prestación de servicios, provocando, a su vez, cierta falta de coherencia en la aplicación a éste de muchas de las soluciones normativas previstas para el contrato de obra».

⁹² Discutible de principio por cuanto «Parece claro que los artículos 1589 y 1590 Cc se refieren a un supuesto muy concreto (pérdida total de la cosa) y deben coordinarse con otras reglas que para un caso similar proporciona el Código civil (arts. 1182 y 1452). Por otro lado, en la regulación del arrendamiento de obra se guarda silencio sobre la imposibilidad que pueda afectar a la actividad prometida por el contratista, de modo que, en este caso, las consecuencias deben articularse, al igual que ocurre respecto del arrendamiento de servicios, recurriendo a las normas generales que rigen esta materia, y al artículo 1595 que contempla un supuesto muy particular de imposibilidad» VAQUERO PINTO, 2005, p. 91. Además, «Una prestación configurada al servicio de un intento o propósito contractual único, está compuesta de obligaciones, de medios y de resultados, que se encadenan funcionalmente e inescindiblemente a ese único intento», LÓPEZ LÓPEZ, 1995, p. 34. Incluso en las fuentes romanas si bien podría considerarse que la obra parte de la materialidad como resultado, ello no llevaría sin más a que dicho resultado fuera el objeto del contrato. En todo caso, podría coincidir el interés subjetivo pleno del acreedor con el resultado material, o no. Al respecto DE ÁNGEL YÁGUEZ, 2006, p. 435. También, y partiendo del artículo 1544 del Código civil, «en los contratos de servicios o de obra cuyo objeto ha delimitado la doctrina y la jurisprudencia sobre una pretendida distinción en el Derecho romano entre *locatio operarum* y *locatio operis*, mezclada con la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado», VILLANUEVA LUPIÓN, 2009, pp. 90 y ss.

Código civil⁹³). Siendo así, es difícil integrar los contenidos de forma sistemática, en contra de las premisas asumidas no solo aquí, sino por gran parte de la doctrina y la mayoría de fuentes directas o indirectas utilizadas, españolas o europeas. Al fin y al cabo, reconoce el propio texto, su contrato de servicios pretende ser distinto de los arrendamientos de servicios u obra que, hasta ahora existen⁹⁴. Ello pese a la descripción casi omnicomprendensiva del contrato de servicios –onerosos– propuesta⁹⁵ (más aún si se tienen en cuenta los comentados criterios de mercantilidad expansiva que se utilizan).

En segundo lugar, en cuanto al contenido, poco innova realmente esta propuesta respecto al artículo 1594 CC. Y en lo que lo varía, muy probablemente, lo haga a peor. El problema del porcentaje razonable no viene dado únicamente por las dificultades intrínsecas de determinar la razonabilidad de un porcentaje concreto, sino que no ofrece índice o referencia alguna respecto a la que determinarlo. El artículo 1594 CC al menos trata como referencia la utilidad, pero esta Propuesta de Código Mercantil no expresa tal parámetro ni ninguno otro posible, sin referirse tampoco de ninguna forma a criterios indemnizatorios ni mencionar siquiera el daño. Podría estar referida al interés contractual negativo, a la confianza depositada, a la naturaleza del contrato, a la rigidez del mercado; o tratar de modo distinto los beneficios potenciales menos probables –retribuciones variables frente a fijas; o, incluso, tratar de forma diferencial los precios más ajustados de aquéllos que no lo fueron, para respetar un *minimum* de ganancia.

⁹³ Pues entiende el Proyecto, como reconoce en el apartado VI– 60 de su exposición de motivos, que «a diferencia de lo que sucede en nuestro Código Civil, en el Código Mercantil se opta por formular un concepto de contrato de obra por empresa que abarca no únicamente la construcción, reparación o transformación de una cosa, sino también la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes, comprendiéndose en esta idea de resultado no únicamente los resultados «materiales», en el sentido de que sean corpóreos o referidos a «cosas», sino también los resultados puramente intelectuales o inmateriales». Si bien es cierto que el origen del contrato de obra del Código civil parte un supuesto mucho más apegado a la obra en sentido estricto (de «construcción»); no lo es menos que esa concepción limitada, hace mucho que se ha superado. Si se parte de esa premisa, como se decía, no es sencillo poder integrar las consecuencias jurídicas a las que lleve.

⁹⁴ En el apartado VI-13 de la Exposición de Motivos: «En los títulos sucesivos se regulan el contrato de obra por empresa (Título II) y los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales (Título III). Estos contratos, aunque recuerdan el arrendamiento de obra o de servicios del Código civil, constituyen tipos contractuales distintos, cuyo régimen jurídico recoge unos criterios que reflejan claramente la realidad de unos tipos contractuales que tienen una importancia extraordinaria en la práctica del mercado».

⁹⁵ Artículo 531 –1.1 del texto: «Por el contrato mercantil de prestación de servicios el prestador, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado».

Además, el criterio propuesto de razonabilidad abstracta podría llegar a impedir la relevancia de la prueba efectiva de la utilidad en el caso concreto –pues no ha de ser necesariamente el criterio determinante uno que la norma no invoca–; o integrarla dentro de los elementos posibles de lo razonable.

En suma, se trata de una remisión casi directa a la equidad, aún más que la prevista en el artículo 1594 CC (que ya resulta en sí misma problemática), susceptible de generar una mayor inseguridad jurídica para el desistimiento de lo que podría ocurrir en casos de resolución contractual (en los que, de hecho, el límite indemnizatorio podría ser menor en los casos en los que no se generen daños adicionales, por cuanto el artículo de la propuesta habla de porcentaje del precio, no de la utilidad o beneficio), lo que acentúa la colisión sistemática aducida.

III. PROPUESTA DE DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL COMITENTE DE SERVICIOS EN LA PCC

Artículo 526-4. Desistimiento.

1. *En los contratos cuyo objeto principal consiste en prestaciones de hacer, el acreedor de las mismas puede en todo caso extinguir unilateralmente el contrato en cualquier momento.*

2. *Los efectos de la extinción no se extienden a las situaciones consumadas antes del pacto.*

3. *Si de la extinción del contrato resultan efectos restitutorios, se está, en lo pertinente, a lo dispuesto en la Sección 3.ª del Capítulo VII de este Título.*

4. *En defecto de pacto o disposición legal que lo regule, la parte que desiste debe indemnizar los gastos no recuperados o recuperables que la otra parte ha realizado para la ejecución del contrato, así como la pérdida de la utilidad que este habría de reportarle y que no pueda mitigarse mediante un negocio de sustitución.*

5. *El desistimiento es compatible con las cláusulas liquidatorias que se hayan podido pactar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 519-13. Además, en los contratos de duración determinada, cuando la cláusula penal o compromiso de permanencia establece una cantidad a tanto alzado, solo es exigible la parte proporcional al tiempo que reste de vigencia del contrato en el momento del desistimiento, respecto a la duración total.*

1. SUPUESTOS DE DESISTIMIENTO EXCLUIDOS

El desistimiento unilateral regulado en el Libro Segundo de la PCC, Sección 1.^a del Capítulo VI, «De los efectos del contrato», forma parte de las excepciones a la eficacia vinculante del contrato para las partes. Comparte Capítulo con la denuncia de las relaciones contractuales de duración indefinida, en el artículo 526-3; el mutuo disenso, en el artículo 526-2⁹⁶; y la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato, en el artículo 526-5.

En una obra que pretende ser una propuesta legislativa, en ocasiones tiene importancia no solo lo que se positiviza, sino cuanto se decide excluir de la regulación. Es, ciertamente, una cuestión más complicada, pues la no inclusión no siempre ha de ser representativa de exclusión. Tampoco se propuso como objetivo específico de la parte general el agotar los supuestos de extinción de las obligaciones y contratos⁹⁷. Sin embargo, sí puede observarse una «no regulación» de supuestos generales, análogos a los tratados como excepción de la eficacia vinculante del contrato. Podrían entenderse como supuestos especiales, no generalizables, que habrían de ser regulados en sus respectivas sedes. Pero también hay instituciones que, excluidas de un supuesto normativo que decide no amparar su uso como causa de extinción de la relación contractual, carecerían de fuente que legitimara su vigencia. Sobre todo, en la medida que el artículo 526-1.3 PCC establece que «Solo en los supuestos pactados o en los casos previstos por la ley puede una de las partes desvincularse unilateralmente del contrato».

En primer lugar, el propio desistimiento unilateral *ad nutum* en prestaciones de hacer se ha configurado como una facultad asimétrica, en la que solo puede ejercitarla el principal, mas no el propio prestador del servicio⁹⁸. Para este último no concurrirían los presu-

⁹⁶ En extenso, respecto a esta institución y sobre su regulación en la PCC, *vid.* MACANÁS, 2019.

⁹⁷ Aunque en la misma, junto con las figuras extintivas señaladas, también se regulan los supuestos de nulidad, anulabilidad y rescisión en el Capítulo VII del Título II; supuestos extintivos de las relaciones obligatorias concretados en la novación, remisión de la deuda y confusión de la deuda (arts. 517-1, 517-2 y 517-3 PCC); y la resolución del contrato en los arts. 518-13 y ss., pudiendo acaso en la misma incluirse asimismo los supuestos de extinción derivados de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (si bien carga con los mismos problemas de legitimación de tal pretensión extintiva –que no puede usar el deudor, aun diligente, de la prestación debida– que podían predicarse de la PMCC; al respecto *vid.* MACANÁS, 2016).

⁹⁸ Así se regula también en la sede de servicios, pues, aunque el artículo 582-22 PCC regule el «Desistimiento del prestador», tal regulación se basa en que «(...) el prestador del servicio retribuido no puede desistir del contrato por su sola voluntad (...)». Sí se le faculta, en cambio, y con el régimen propio del mandato, en los supuestos de prestación gratuita de servicios, lo que resulta congruente con el planteamiento tradicional gratuito del mandato –por ello mismo naturalmente inaplicable en la actualidad a supuestos de

puestos expuestos para el principal, por lo que no se justifica extender la facultad de desistimiento a la otra parte.

En segundo lugar, tampoco se regula ninguna suerte de desistimiento como consecuencia de una relación eventualmente sustentada en un *intuitu personae*. En especial, la concreta relación de mandato podrá dar relevancia a una revocación *ad nutum*⁹⁹; lo que no resulta extensible ni a los contratos en general, ni tampoco a los que se caractericen por prestaciones de hacer. Fuera del ámbito del mandato (o, por motivos distintos, la sociedad civil) ni existe en el actual derecho vigente una facultad de terminación del contrato por pérdida de la confianza en el prestador del servicio¹⁰⁰; ni se ha propuesto tampoco la creación de tal instituto que, bien entendido, siempre podrá reorientarse a otras instituciones más precisas para afrontar los supuestos en los que la pérdida de la confianza pueda ser relevante a estos efectos¹⁰¹.

En tercer lugar, y aunque sea más difícil de apreciar, en la redacción del tratado artículo 526-4 PCC, también hay otro matiz en el supuesto de hecho, que excluye un supuesto no previsto: la norma queda referida únicamente a prestaciones de hacer positivas, excluyendo las prestaciones de no hacer. No era sencillo establecer esta categoría limitada, no habiéndose establecido la principal,

servicios–; así como con la proscripción de las promesas de donación –en lo que se convertiría cada tracto en el que el prestador se viera forzado a continuar prestando, por mor de una donación inicial–.

⁹⁹ Tal y como regula –bajo una premisa de gratuidad natural– el actual artículo 1733 CC; el artículo 1133-2 PCC, relativo a la revocación del poder –no del mandato–; o el artículo 594-2, relativo al desistimiento del mandato (si bien, una modificación posterior a la publicación del PCC –<http://www.derechocivil.net/images/libros/trabajos%20posteriores/LIBRO%20V%20%20TI%CC%81TULO%20IX%20%20%20MANDATO.pdf> –, ha unificado el «desistimiento del contrato de mandato» y la «revocación del poder» en un único concepto menos preciso –que se vuelve aún más confuso cuando, además, también refunde la facultad resolutoria del mandatario con una «revocación» omnicompreensiva de toda facultad que resulte en la extinción del contrato–).

¹⁰⁰ Como bien apunta KLEIN: «(...) tradicionalmente se ha sostenido que la confianza constituye el fundamento de dicha posibilidad de extinguir *ad nutum* el contrato (...) esta facultad no existe en las relaciones contractuales –aun de carácter *intuitu personae*– por tiempo determinado, donde es necesario respetar el plazo pactado, salvo que exista justa causa (normalmente incumplimiento contractual). En estos casos, el elemento de la confianza sí puede influir en la evaluación del tipo de incumplimiento y en su gravedad (...)», 1997, p. 145.

¹⁰¹ «En síntesis, la confianza contractual relevante sobre el prestador del servicio puede adolecer de dos defectos: o bien la realidad de la persona no se corresponde con la representación inicial que motivó el contrato; o bien la realidad de dicha persona varía, deteriorándose o destruyéndose las cualidades que fundamentaron aquella confianza inicial (...) El primer caso bien podría ser reconducible a la teoría general del error en la que el error sobre el motivo, de ser inexcusable, no debería operar contra el contratante sobre el que se erró si éste actuó diligentemente en la información que debió aportar sobre sí mismo. En el segundo supuesto, ya que todo contrato de confianza conlleva una obligación de comportamiento, diligencia y fidelidad, puede parecer que la pérdida objetiva y fundada de la confianza ha de ser correlativa a un incumplimiento contractual de aquellos deberes, lo que daría lugar más a la resolución del contrato que al desistimiento o denuncia del mismo», MACANÁS, 2015, p. 23.

«contratos con prestaciones de hacer» en la parte general, y quizá podría haberse especificado más; pero tampoco parece necesario que todo artículo detalle cada excepción posible, que debería poder resolverse con una adecuada interpretación del precepto.

En esos casos, como para cualquier otro en el que la prestación principal sea de no hacer, no quedarían perjudicados los acreedores de la misma por el efectivo –o hasta forzoso– «no hacer» del prestador; que puede seguir «no haciendo» sin perturbar la esfera personal ni patrimonial de su deudor¹⁰². Además, prestaciones principalmente de «no hacer» podrían entenderse también, a estos efectos, aquellas de mera puesta a disposición¹⁰³, en las que el acreedor lo es principalmente de la no perturbación de los derechos contratados sobre la cosa.

Nada impide, por supuesto, que el prestador del no hacer pueda aceptar un acuerdo de mutuo disenso con un acreedor que le ofrezca una compensación análoga a la indemnización, pero sin que el acreedor pueda forzar tal liquidación –lo que tendrá relevancia, sobre todo, en supuestos de tracto sucesivo durante un plazo determinado, que al acreedor pudiera interesar adelantar, liquidando una situación que el prestador podría, legítimamente, querer mantener en el tiempo¹⁰⁴–.

¹⁰² Por ejemplo, en un pacto de no concurrencia, la abstención de realizar determinadas actividades del prestador de tal «no hacer» es susceptible de prestarse al margen de la esfera personal del principal, sin que se necesite el concurso del deudor para hacer efectivo tal «no hacer» que, por lo tanto, sí podría funcionar como contraprestación de la ejecución forzosa del pago del principal.

¹⁰³ Como en el arrendamiento de cosa que no requiera entrega de la cosa (así en cada caso en la que el arrendatario fuera ya poseedor, y también cuando hubiera de entregarse a partir de ese momento), la prestación principal del arrendador pasa por no perturbar al arrendatario en uso de la cosa arrendada. Tiende a describirse la obligación principal como «dar», en la mediada que el vigente artículo 1543 Cc establece que «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto»; así como el artículo 561-1.1 PCC dispone que «En el arrendamiento de bienes el arrendador se obliga a dar al arrendatario el goce o uso de un bien, mueble o inmueble, por tiempo determinado y precio cierto». Sin embargo, a diferencia de los contratos transmisivos de tacto instantáneo, en el arrendamiento tal prestación es más bien presupuesto –obligatorio– del contrato. Y, una vez «dada», no podrá seguir «dándose» la cosa durante la duración de la relación. Sí, mantener al arrendatario en el goce pacífico del bien, lo que, en la mayoría de los supuestos, supondrá abstenerse el arrendador de perturbar al mismo (prestación, además, dissociable de las relativas a la conservación, a las que podría renunciar el arrendatario sin necesidad de extinguir el contrato ni, por lo tanto, legitimarse un eventual desistimiento del mismo).

¹⁰⁴ Respecto al arrendamiento de cosa resultaría aplicable cuanto afirmaba –para supuestos en los que, como en el actual arrendamiento no de vivienda, no exista facultad de desistimiento reconocida– CARRASCO PERERA: «(...) el arrendador tendría derecho siempre a exigir el cumplimiento del contrato, al menos durante el tiempo en que por ley o por pacto el arrendatario careciese de un derecho de desistimiento unilateral. Podría exigir el cumplimiento, y no la resolución, si ésta no le interesara. Pero tendría que ofrecer su propio cumplimiento. Es decir, tendría que mantener el inmueble en condición de disponibilidad a favor del arrendatario, aunque éste hubiera entregado las llaves», AJA, 2005. En el mismo sentido, para el mismo supuesto, de forma mucho más reciente, «El pretendido desistimiento unilateral no previsto y no consentido por el arrendador, no concurriendo una alteración imprevisible y extraordinaria de las circunstancias del contrato, supone, sencii-

2. EFECTOS GENERALES DEL DESISTIMIENTO

El ejercicio de la facultad de desistimiento extingue la relación contractual, en cualquier momento. Tanto si el contrato no hubiese empezado a ejecutarse, como si la ejecución se hubiera comenzado, tales circunstancias no empecen la facultad de desistir.

No está expresada en el artículo la necesidad de notificar el ejercicio de la facultad. Y, aunque no parezca estrictamente necesario señalarlo, lo cierto es que el artículo 526-4 contiene una errata en esta sede, que debería ser modificada: el apartado 2. establece que «Los efectos de la extinción no se extienden a las situaciones consumadas antes del pacto». Pero, ¿qué pacto? No parece razonable esa referencia, que tiene su origen y razón en la regulación del mutuo disenso, en la misma Sección 1.^a que el desistimiento. El sentido final es el mismo, pero no hay «pacto» de referencia (como sí hay, esencialmente, en el mutuo disenso). En este caso, debería expresarse el apartado 2. que «Los efectos de la extinción no se extienden a las situaciones consumadas antes de la efectiva notificación del desistimiento al prestador».

Más allá de la errata (o error, que en cualquier caso debería corregirse en cuanto fuera posible), la *ratio* del mismo es la consolidación de los efectos válidos ya producidos. No se trata de un supuesto de invalidez, ni tampoco supone el desistimiento un nuevo negocio capaz de generar efectos nuevos, retroactivos, que borren los ya producidos. Efectos que, consolidados, persistirían también en supuestos de resolución contractual (*ex art.* 518-18 PCC). Asimismo, no sería posible desistir de un contrato enteramente consumado.

En cuanto a la posibilidad de desistir de un contrato incumplido, no parece que existan obstáculos al respecto. Si el incumplimiento fuera del propio principal, como quiera que —a diferencia de la resolución— no presupone la facultad de desistir ningún requisito, podría igualmente desistir. Ello no empece a que, frente al principal, deba responder con una indemnización de daños que, como se expuso, tendría un efecto equivalente a una resolución con pretensiones

llamente, un incumplimiento contractual del arrendatario, frente al que podrán utilizarse los remedios propios del incumplimiento (...) Cuando frente al incumplimiento del arrendatario el arrendador opta por el cumplimiento, debe mantener a disposición del arrendatario el inmueble arrendado. En sentido estricto el arrendamiento continúa, por lo que no podría disponer de él ni siquiera en la eventualidad de que el arrendatario le hubiese entregado las llaves. Ello deriva de que va a reclamar el cumplimiento íntegro de la obligación de pago de la renta pactada en el contrato, lo que implica que debe cumplir de igual manera las obligaciones a las que se comprometió», TORAL LARA, *CCJC*, 2018, comentando la STS 539/2017, de 3 de octubre [RJ 2017/4871]; y sin perjuicio de que en estos supuestos pudiera resultar un abuso de derecho el que el arrendador se negase a aceptar negocios de sustitución, en la misma situación de riesgo y ganancia para él.

indemnizatorias. De hecho, si el incumplimiento del principal resultara de no haber pagado servicios ya prestados, el desistimiento ni siquiera afectaría a tales situaciones ya consumadas.

En el supuesto en el que el incumplimiento sea del prestador, igualmente podrá el principal desistir, pero de distinta manera y con diferentes consecuencias a cómo podría, en su caso, también resolver el contrato¹⁰⁵. Es compatible desistir del contrato y, al tiempo, pretender la indemnización que el incumplimiento del prestador hubiera podido causar¹⁰⁶. Sin embargo, tal ejercicio no excluiría el débito de indemnización propia al principal incumplidor¹⁰⁷, que lo es de un contrato vigente, no resuelto, y frente al que no podría oponerse una *exceptio non adimpleti* –de carácter esencialmente temporal– conjugada con un desistimiento definitivo –y acaso también, cuando fuera posible, una *exceptio non rite*–. La resolución, facultad también unilateral, permite una extinción no indemnizatoria; normalmente preferible al principal que pudiera ejercitarla, aunque necesitaría también de determinados presupuestos –incumplimiento resolutorio, y no incumplimiento propio–, que no serían necesarios para poder desistir.

Además, se han articulado los efectos del desistimiento como inmediatos al ejercicio de la facultad, sin supeditarse al ofrecimiento o pago de la indemnización a la que el principal que desista quedaría obligado. Aunque sea posible alcanzar un acuerdo, o incluso que se hubieran previsto en el propio contrato las bases de la indemnización por desistimiento, la liquidación de la indemnización es una cuestión naturalmente controvertida. Como quiera que durante ese ínterin no puede forzarse al principal a recibir la prestación, parece más seguro y eficaz asumir la extinción, sin perjuicio de las liquidaciones y obli-

¹⁰⁵ Pues, como afirma la STS 292/2005, de 26 abril [RJ 2005\3933], «Se trata de situación jurídica distinta a la de la resolución del contrato que autoriza el artículo 1124, carente de relación con el 1594 y no procede asimilar ni confundir el artículo 1124 con el 1594, como tampoco, lógicamente, sus consecuencias jurídicas».

¹⁰⁶ Lo que actualmente supone la compatibilidad congruente entre el ejercicio de la facultad de desistir y una pretensión indemnizatoria, *ex* artículo 1101 CC, que en la PCC se fundamentaría en el artículo 518-20 que, de forma autónoma y compatible –pero disociable– de la resolución establece en su apartado primero que «El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños que el incumplimiento le cause».

¹⁰⁷ En contra, entiende RODRÍGUEZ GUTIÁN que «(...) la regla general es que quien desiste debe indemnizar a la otra parte, de manera que quiebra tal regla cuando el que desiste tiene justa causa, e indudablemente justa causa para dar por terminada la relación de modo anticipado ha de considerarse el incumplimiento contractual de la parte contraria», en «El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales» (erróneamente catalogado como «El desistimiento...»), *ADC*, 2001, p. 739. Sí entiende que puede proceder indemnización del principal al prestador incumplidor la STS 456/1998, de 20 mayo [RJ 1998\3380] pues, aunque no concede tal partida indemnizatoria, reconoce expresamente que «(...) no pide el beneficio dejado de obtener, que podría haber solicitado al amparo del artículo 1594. No puede, por tanto, para respetar el principio de congruencia, concederse cantidad alguna por tal concepto».

gaciones subsistentes (sin que, además, nada impida al prestador que quiera conjurar el riesgo del impago, a pedir provisión de fondos, adelantar el momento del pago, o cualquier otro mecanismo contractual que sus intereses y la negociación le permitan).

En fin, en cuanto a los efectos del desistimiento para cuantas obligaciones estuviesen pendientes en el momento de su ejercicio, el apartado 3. del artículo 526-4 dispone que, «Si de la extinción del contrato resultan efectos restitutorios, se está a lo dispuesto en la Sección 3.^a del Capítulo VII de este Título»¹⁰⁸. Remite, por lo tanto, al régimen restitutorio previsto para la invalidez de los contratos, que se erige como régimen general de restitución¹⁰⁹ –coexistente con otros regímenes particulares– de la PCC.

3. LA INDEMNIDAD DEL PRESTADOR

Además de los efectos apuntados, resulta singular, esencial a la naturaleza, función y regulación del desistimiento tratado, el mantenimiento de la indemnidad del prestador del servicio que sufre la extinción contractual al margen de su voluntad. Tanto es así que cuando el apartado 4 del artículo 526-4 PCC hace referencia a «pacto», como fuente principal de las consecuencias del desistimiento –en defecto de *lex specialis* en cada ámbito–, quedará principalmente referido bien a supuestos de cláusula liquidatoria expresa, bien a pactos de terminación contractual que, aunque eventualmente asimilables al desistimiento, no supongan la misma modalidad unilateral *ad nutum* responsable que aquí se trata.

De este modo, aun configurado como contenido por defecto –y por ende dispositivo–, la indemnización resulta consecuencia característica de la categoría. Solo resultará contenido natural, en cambio, la concreta configuración indemnizatoria propuesta por la norma. En este sentido, se plantea una doble limitación: tanto respecto a las partidas de daños relevantes a efectos de la indemnización; como también en relación a la cuantificación limitada de los mismos, en función de los actos potenciales –debidos en cuanto diligentes– del deudor.

¹⁰⁸ Especialmente los efectos restitutorios contenidos en el artículo 527-17 PCC. A este respecto, si bien tal precepto parte de una restitución total de las prestaciones recibidas, establece en su apartado 1, *in fine*, que «Si la restitución en especie no es posible, debe restituirse su valor», de dónde cabe inferir –por no ser posible restituir los servicios ya prestados– que tales situaciones consumadas se consolidarán, lo que es equivalente a compensar el valor del servicio ya prestado con la cantidad ya pagada por el mismo.

¹⁰⁹ En la medida que «(...) la Sección dedicada a la restitución intenta diseñar en la medida de lo posible un régimen general aplicable a otros supuestos por remisión», APDC, en la Exposición de motivos de la *Propuesta de Código Civil*, 2018, p. 203.

3.1 Partidas indemnizables como consecuencia del desistimiento

En primer lugar, establece el artículo 526-4.4 que deberán indemnizarse «(...) los gastos no recuperados o recuperables que la otra parte ha realizado para la ejecución del contrato, así como la pérdida de la utilidad que este habría de reportarle». Con diferente redacción, más precisa, recoge los mismos elementos indemnizatorios hoy expresados en el artículo 1594 CC: «gastos, trabajo y utilidad».

3.1.1 PÉRDIDA DE LA UTILIDAD: OBJETIVACIÓN O PRUEBA DEL «BENEFICIO INDUSTRIAL»

Se ha afirmado, normalmente más como constatación fáctica que como categoría propia del desistimiento, la posible objetivación de la utilidad indemnizable¹¹⁰. Dicha «utilidad» indemnizable, aun identificándola con el «beneficio industrial», no es un concepto sencillo de determinar y probar. Quizá por ello, en sede indemnizatoria *ex* artículo 1594 CC, se haya consolidado la práctica de manejar un 15% de beneficio industrial por defecto.

Desde tal premisa, cabe plantearse la legitimidad y adecuación de tal porcentaje utilizado por los tribunales, a efectos de valorar si acaso la PCC hubo de haber incluido algún porcentaje análogo, en vez de dejar la determinación del daño a la prueba ordinaria del proceso. Pues bien, por lo que respecta a la génesis y consolidación de esta objetivación del beneficio industrial, no solo procede de unas premisas históricas inaplicables en el momento actual¹¹¹, sino que, sobre todo, el *iter* jurisprudencial en el que se asienta es más que dudoso.

¹¹⁰ «En todo caso, el daño o perjuicio debe probarlo el contratista, aunque ya veremos cómo la jurisprudencia, en parte al menos de alguno de estos conceptos, acude a la presunción (...) A falta de prueba, los Tribunales suelen aceptar como justo porcentaje para la fijación de la utilidad el del 15 por 100 (...)», LUCAS FERNÁNDEZ, F., 1987.

¹¹¹ Las explica la STS de 15 octubre 1992 [RJ 1992\7821]: «(...) el supuesto beneficio industrial, figura ésta de carácter económico, que suele sobrentenderse en los contratos análogos al controvertido de ejecución de obra cuando así no lo hayan excluido o lo hayan pactado expresamente las partes (como es sabido, sobre este concepto económico), cabe afirmar que se trata de una suerte de uso de los propios negocios que ha de probarse, como un derecho de todo contratista a obtener el legal beneficio de su trabajo, (...) salvo pacto en contrario, y sobre el que cabe afirmar que con anterioridad a la Reforma Fiscal de 1964, consecuencia de la entrada en vigor de la Ley General Tributaria, la Doctrina y algunas normas de carácter inferior (órdenes ministeriales) hicieron referencia al beneficio industrial bajo dos puntos de vista distintos: A) Beneficio industrial presunto que fue el reglado para establecer las cuotas por la Licencia Fiscal de Actividades. B) El beneficio industrial incorporado a las ofertas y presupuestos de obras y servicios, que es el relevante a nuestros efectos, y cuyo importe comercial a cargar sobre factura o sobre presupuesto-oferta. Con posterioridad a la Constitución Española han desaparecido las limitaciones contractuales con carácter general, rigiendo el principio de correspondencia demanda-oferta y la consiguiente libertad contractual, y desde luego cabe estimar, que en ausencia de pacto sobre beneficio industrial en la contraprestación de obras y servicios, los Tribunales han estimado en el tráfico negocial el quince por ciento del presupuesto convenido que es algo superior al interés incrementado del dinero a efectos judiciales».

Tomando, entre otras muchas posibles, como punto de partida la SAP de Murcia 248/2013, de 18 de abril, [JUR 2013\203292] se declara que «En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2012, se dice que «para el cálculo de dicho beneficio –utilidad– habrá de estarse a lo pactado, o al cálculo con arreglo a los márgenes o elementos que figuren en el contrato (STS de 30 de mayo de 1993), y, en su defecto, la determinación es una facultad que corresponde al juzgador de instancia como una cuestión de hecho» (STS de 28 de julio de 2000)», con la indicación de que, si bien la jurisprudencia «no ha establecido un porcentaje fijo e inalterable y no sometido a las circunstancias económico– sociales de los tiempos, al tratarse de un uso general, cambiante y acomodado a cada realidad histórico-social» (SSTS de 13 de mayo de 1993 y 17 de octubre de 1996), «se viene entendiendo que para fijar el monto de la indemnización se atenderá al porcentaje del quince por ciento del total del precio convenido» (STS de 29 de septiembre de 2005)».

Sin embargo, la STS invocada por la Audiencia, 69/2012 de 29 de febrero, no declara dichas conclusiones o recoge dicha jurisprudencia como *ratio decidendi*; ni tampoco como *obiter dicta*; sino que lo hace como resumen de la pretensión de la parte que seguidamente desestima: «El segundo apartado del motivo alude al error notorio de la sentencia de apelación en la fijación del *quantum* indemnizatorio (...)», a lo que sigue la cita de la Audiencia antes de declarar que «Este apartado merece análoga repulsa que el anterior (...)». Más aún: la STS alegada, 679/2005, de 29 de septiembre, tampoco declara ese quince por ciento como *ratio decidendi*, sino que se limita a casar la reducción que, por mor del incumplimiento correlativo de la otra parte, la Audiencia había practicado al 15% decidido en Primera Instancia.

Recoge la misma cita impropia de la STS la SAP de la Rioja 46/2014, de 18 febrero [JUR 2014\90777], aunque no tenga una importancia singular en la decisión adoptada. También la SAP de Barcelona 571/2013, de 19 diciembre [JUR 2014\21023], entiende el mismo extracto como doctrina jurisprudencial: «A falta de pacto o de elementos en el contrato que pudieran servir de base para determinar la utilidad, viene admitiéndose el porcentaje del quince por ciento del precio que falta por abonar, equiparándolo a la «utilidad» aludida en el precepto porque ese porcentaje sería el que como beneficio industrial, según los usos habituales, habría obtenido el contratista de realizar el total de la obra, en criterio aceptado por el Tribunal Supremo (STS de 22 de febrero de 2012, con cita de otras)». El mismo argumento, citando la misma sentencia extractada, usa la SAP de Orense 239/2013, de 14 junio

[JUR 2013\243855], «A falta de pacto o de elementos en el contrato que pudieran servir de base para determinar la utilidad, viene admitiéndose el porcentaje del quince por ciento del precio que falta por abonar, equiparándolo a la «utilidad» aludida en el precepto porque ese porcentaje sería el que como beneficio industrial, según los usos habituales, habría obtenido el contratista de realizar el total de la obra». La SAP de Zaragoza 273/2012, de 15 de mayo [JUR 2012\199026], recoge el mismo texto, aunque sin citar la sentencia origen de la misma.

Así, la mayoría –que no toda– de la doctrina jurisprudencial de las Audiencias, aunque sí puedan establecer un criterio general por defecto, lo hace bajo una premisa errónea que, además, es también difícil de sustentar como un criterio jurídicamente fundado por el Tribunal Supremo, al margen de su aceptación.

Al margen de las dos sentencias ya aludidas, otras del Tribunal Supremo también invocan ese quince por ciento como utilidad de residuo, en caso de no poder probarse otra. Sin embargo, la mayoría lo hacen también por vía de remisión a la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal. Así la STS 318/2012, de 24 mayo [RJ 2012\6538], declara: «[este Tribunal] coincide con la Audiencia en la falta de prueba acerca de la realidad de los importes que han sido reclamados, por lo que se ha de proceder a una justa ponderación que, para estos casos, fija la jurisprudencia en el quince por ciento del importe presupuestado y no ejecutado por culpa de la parte contraria, que se considera como «beneficio industrial» dejado de obtener (sentencias de 22 noviembre 1974, 10 de marzo de 1979 [RJ 1979, 858], 13 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2822] y 13 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3546]»). No lo hace justificando tampoco su decisión más que en la doctrina jurisprudencial previa. De ahí que dependa su aseveración de aquella doctrina.

Si matiza algo más la argumentación –no tanto la conclusión porcentual– la más reciente STS 208/2016, de 5 de abril [RJ 2016\4287], disponiendo que «(...) a falta de los referidos datos contractuales –y de prueba cumplida, libremente valorada por el tribunal de instancia, sobre el margen de beneficio industrial aplicado, en su caso, por las partes durante la ejecución de la obra hasta el desistimiento–, esta Sala ha admitido que, para calcular el montante a indemnizar al contratista por dicho concepto, se utilice un margen del 15% (al que también alude la STS 1117/2001, de 3 de diciembre [RJ 2001, 9924]; aunque con la advertencia de que no se trata de un porcentaje inmutable, sino sometido a las circunstancias económico-sociales de los tiempos, al reflejar un uso cambiante y acomodado a la realidad histórico-social».

Pues bien, de las sentencias más tempranas a las que todas las posteriores se remiten (muy citadas también por otras muchas resoluciones intermedias), la STS 474/1993, de 13 de mayo [RJ 1993\3546], no aporta nada más que otra mera remisión a resoluciones anteriores «al deber entenderse, a tenor de reiterada doctrina mantenida por la Sala, que procede su cálculo con arreglo a los márgenes o elementos que figuran en el contrato pero si nada se ha dicho sobre su porcentaje, éste será de un 15% del total del precio convenido (STS, entre otras, de 22 de noviembre de 1974 [RJ 1974\4376], 10 de marzo de 1979 [RJ 1979\858] y 13 de mayo de 1983 [RJ 1983\2822])».

La STS de 13 mayo 1983 [RJ 1983\2822], no establece ese quince por ciento como un beneficio de residuo, ni tampoco lo fija como si de una generalidad se tratara, sino que se limita a sumar partidas concretas preestablecidas, aplicables al caso discutido, y que no podrán serlo al resto de supuestos: «tres partidas correspondientes al 1 por 100 de imprevistos, al 5 por 100 de dirección de obra y al 9 por 100 de estricto beneficio».

La STS de 10 marzo 1979 [RJ 1979\858], no decide tampoco sobre la aplicación de uno u otro porcentaje, sin que fuese discutido en la casación el quince por ciento aplicado desde primera instancia, sino si ese porcentaje había de aplicarse a la obra ya ejecutada o, también, a la que restaba por ejecutar.

En cuanto a la STS de 22 de noviembre de 1974 [RJ 1974\4376], primer eslabón de la cadena, tampoco declara el quince por ciento como una referencia general en caso de no poder probarse otra, sino que, muy al contrario, confirma que el beneficio industrial es, en ese caso concreto, del quince por ciento ya que así se probó por «prueba pericial e informe de la Embajada de Suiza». Más aún: no solo se reconoce al comisionista dicho beneficio, sino que se le suma otro diez por ciento adicional en concepto de comisión, ascendiendo así la utilidad total indemnizable, *ex* artículo 1594 CC, a un 25% del precio, en ese caso.

Así, la mayoría de las resoluciones judiciales de las Audiencias y del Tribunal Supremo que han aplicado ese quince por ciento general lo han hecho sobre la premisa de una doctrina injustificada y carente de autoridad, lo que habría de restarles cualquier valor como doctrina jurisprudencial en sentido propio –por más que el error haya podido convertirse en tendencia, la mera repetición no puede corregir lo errado—¹¹².

¹¹² La mera reiteración equivocada no es susceptible de crear *auctoritas*, sino más bien lo contrario. «(...) en cuanto al valor directivo (más que indirecto) de la doctrina jurisprudencial, es preciso sostener que depende solo «de la *auctoritas* que quepa conceder a la Magistratura en cada momento histórico a tenor de la *prudentia iuris* y la técnica jurídica

Por otra parte, sí existen también resoluciones judiciales que afirman la inexistencia de un porcentaje aplicable por defecto de forma general. Así la STS 419/2003, de 25 de abril [RJ 2003\3546]; que se remite a la STS 840/1996 de 17 de octubre [RJ 1996\7115], que declara que «El porcentaje del 15%, que pretenden se aplique los recurrentes, no procede de su acogida, pues la jurisprudencia de esta Sala lo que ha declarado es que no se puede negar a los constructores el legítimo derecho de obtener beneficios económicos por razón de la actividad profesional realizada (Sentencias de 15 abril y 15 de octubre de 1992 [RJ 1992\3305 y RJ 1992\7821]), pero no se ha establecido la utilidad del 15% como un porcentaje fijo y no sometido a las circunstancias económico-sociales de los tiempos, al tratarse de un uso general (Sentencia de 13 de mayo de 1993 [RJ 1993\3546])¹¹³, cambiante y acomodado a cada realidad histórico-social».

Y, además, el porcentaje debatido es, en rigor, una cuestión de hecho y no de Derecho. Por ello, cualquier interpretación que lo generalizase no sería de norma alguna y, por ende, desbordaría la utilidad nomofiláctica de la casación, así como su función de complemento a las fuentes normativas, mediante su «doctrina», conforme al actual artículo 1.6 CC (recogido en el art. 11-1.7 PCC). Se trata, en fin, de una cuestión fáctica, de relevancia fundamentalmente probatoria, naturalmente extraña a la unificación de doctrina y necesitada de ser alegada, probada y decidida en cada caso (sin perjuicio de costumbres o tendencias homogéneas posibles en determinados ámbitos del mercado –que también habrán de probarse–).

Así lo entiende, sobre el *quantum* de la utilidad referida por el actual artículo 1594 CC, la STS 419/2003, de 25 de abril [RJ 2003\3546], «la determinación es una facultad que corresponde al juzgador de instancia como una cuestión de hecho»; o la STS 815/2000 de 28 de julio [RJ 2000\6202]: «En estas determinaciones, al igual que en la valoración de las pruebas, la facultad corresponde al juzgador de instancia como cuestión de hecho que es (...)».

que las decisiones judiciales acrediten» DE LA OLIVA SANTOS, ADC, 1975, p. 444, entre otras muchas publicaciones, en el mismo sentido, del autor. También «(...) la jurisprudencia no tiene fuerza creadora de normas jurídicas ni siquiera por la vía consuetudinaria (...) [pero] esa manera de interpretar y aplicar las normas jurídicas tiene un reconocimiento de autoridad, si no derivada del propio ordenamiento jurídico (...) sí al menos (...) por efecto de una repetida y consolidada tradición interpretativa de los jueces, en nuestro caso, del Tribunal Supremo», BLASCO GASCO, *Jpd*, 2001, pp. 73-74.

¹¹³ Esta última sentencia, aunque citada como refuerzo después del argumento, sí acepta como criterio de aplicación general el quince por ciento discutido (aunque también lo hace sobre la base de las sentencias erróneamente alegadas que se trataron).

3.1.2 GASTOS NO RECUPERADOS O RECUPERABLES

En fin, además de la pérdida de utilidad efectivamente sufrida, también deberán indemnizarse los gastos en los que el prestador del servicio hubiese incurrido, siempre y cuando hubieran sido recuperados o fueran recuperables por el mismo. Con esto, intenta el precepto asentar la base de los actos diligentes de sustitución del prestador, sobre todo cuando actúe en un ámbito profesional.

En estos casos, desde la propia utilidad perdida (beneficio industrial medio de mercado –o específico, teniendo en cuenta sobre el mismo la proyección del concreto contrato que se trate–), hasta la posible utilización o reinversión de los gastos realizados y sus efectos, serán objeto de una prueba mucho más sencilla, al alcance de la determinación pericial (pareciendo el principal problema la eventual imputación de gastos estructurales, no individualizables, que implicase la actividad del prestador del servicio, sobre la específica relación desistida).

Por último, ya que la recuperabilidad potencial de los gastos puede relacionarse con acierto y provecho con la sustituibilidad del negocio, en el marco de la carga del acreedor de mitigar su propio daño, cabría justificar por qué el precepto tratado disocia ambas cuestiones. Esto es: por qué se añade a la limitación de la eventual recuperación de los gastos a la indemnización de los mismos, frente a la pérdida de utilidad obtenida, cuando tal utilidad ha de descontar tales gastos (de forma actual o potencial, igual que los ingresos ya obtenidos).

Por una parte, retirar la referencia expresa a los gastos, hoy contenidos en el artículo 1594 CC, arriesgaba a que pudiera considerarse una limitación de los mismos, más que su presuposición en otra partida. Por otra parte, la simetría entre gastos recuperables y negocio de sustitución no es completa: en el primer ámbito puede englobarse el propio enriquecimiento, el valor efectivo del gasto para el prestador (que podrá ser para su implementación en un negocio de sustitución homogéneo, pero también para su reventa, o incluso la mera retención de su propiedad, cuando a él mismo le fuera de alguna utilidad).

3.2 La indemnización por la utilidad perdida del prestador

Sigue estableciendo, el artículo 526-4.4 PCC, que deberá indemnizarse «(...) la pérdida de la utilidad que este habría de reportarle y que no pueda mitigarse mediante un negocio de sustitución».

El prestador del servicio, en una relación contractual onerosa, será acreedor de su contraprestación, legítima expectativa sinalagmática del hacer propio. Si el principal puede terminar el contrato, para no causar perjuicio al prestador habrá de indemnizar el daño que defraudar tales expectativas causaría, naturalmente coincidente con el beneficio económico que, detrayendo el coste de su prestación al precio de la misma, el prestador hubiese ganado. La finalidad es que el prestador quede indemne, pero debiendo tratarse de haceres y costes potenciales, por más que el precio pudiera ser fijo, no se trata de una tarea sencilla.

Además, para evitar el abuso del prestador frente al desistimiento, así como para favorecer la mayor seguridad y dinamismo del tráfico, el precepto positiviza principios ya ampliamente aceptados y aplicados en supuestos afines.

3.2.1 LA CARGA MITIGAR EL PROPIO DAÑO Y EL NEGOCIO DE SUSTITUCIÓN

El propio tiempo es, como el resto de activos que en el mismo se utilizarían, un recurso limitado. Un prestador solo puede –al menos personalmente–, prestar un servicio en un tiempo determinado. De no prestar tal servicio, el prestador *recuperaría* ese tiempo, como el resto de gastos *recuperados o recuperables* que no tendrán que ser indemnizados. Más aún: en ese tiempo, acaso podrá desplegar su prestación hacia otro principal, sobre todo si es profesional. En este caso, serán los costes de transacción y, en su caso, el mayor coste de la operación¹¹⁴ (si tuvo que aceptar un precio menor, aun actuando de forma diligente) los únicos daños indemnizables, al haber evitado el mismo acreedor el daño en su

¹¹⁴ Tratando la revocación de la oferta «irrevocable», pero con unas consecuencias análogas, afirma RUIZ ARRANZ que «(...) se satisface el interés que el destinatario-acreedor tiene en el cumplimiento del contrato proyectado con la oferta (se haya acudido a la regla de cobertura o a la regla del mercado). Indemnizar al destinatario-acreedor, al menos, por el mayor coste que le ha supuesto la operación de reemplazo compensa el interés de cumplimiento», en «La oferta de contrato...», 2018, p. 1445. Anticipa, además, también aplicable al ámbito ahora tratado, que «(...) devenida imposible la prestación, el acreedor ostenta un interés subjetivo en ella; interés que no es evaluable en menos del valor de mercado del bien, en este caso ofertado. Pues bien, yo creo que tal interés puede procurarse al destinatario a través de la operación de reemplazo, dentro de los márgenes del moderno Derecho de contratos donde el centro gravitacional de la relación obligatoria contractual parece haber virado hacia la pretensión indemnizatoria. A través de esta pretensión, la operación de reemplazo permite satisfacer *in natura* el interés del acreedor, más allá del cumplimiento específico del contrato (...) La indemnización al destinatario del mayor coste de la operación de reemplazo se erige como una solución razonable para encauzar la responsabilidad por revocación de la oferta vinculante. Esta solución tiene, como presupuesto, asumir que el coste de la operación de reemplazo constituye un daño irrogado al destinatario-acreedor; daño que será mínimo, en cualquier», pp. 1444-1445.

propia utilidad dejada de percibir. O, lo que es lo mismo: si en el mismo tiempo acabase percibiendo la utilidad potencial de una prestación desistida y la utilidad efectiva de la prestación realizada, se estaría enriqueciendo no solo sin causa existente, sino sin ninguna causa posible (pues toda potencialidad decae en la medida que no se pueden realizar dos haceres distintos en el mismo tiempo).

Ya hoy, pese a la falta de positivación expresa, se puede considerar como indiscutida la carga del acreedor de mitigar su propio daño¹¹⁵. Ínsito, además, en el artículo 7 CC¹¹⁶; en el artículo 1258 del mismo texto¹¹⁷; o en los principios de concurrencia de culpas en la causación del daño¹¹⁸; así como reconocido pacíficamente por la doctrina jurisprudencial¹¹⁹.

¹¹⁵ Explica GONZÁLEZ PACANOWSKA que «(...) el deber de mitigar el daño que incumbe al acreedor, cuando proceda (...) no se trata, en rigor, de obligación o deber exigible, pues el perjudicado es libre de realizar o no el negocio que estime oportuno, pero sí una carga cuyo incumplimiento puede reducir el daño resarcible», 2013, p. 8258. Para MORALES MORENO, «El deber de mitigar el daño no está expresamente contemplado en el Código civil, pero puede afirmarse que está vigente en nuestro ordenamiento (...) Para el acreedor insatisfecho supone que tiene que tomar medidas (razonables), de diversa índole, para evitar o reducir el lucro cesante», 2010.

¹¹⁶ PANTALEÓN: «(...) conducta que vendría exigida entonces por el deber de buena fe de la vendedora de mitigar su daño», «Resolución por incumplimiento...», 1989, p. 1152. También, para SOLER PRESAS «El fundamento de este deber autónomo de mitigar el daño causado con las medidas al alcance de quien lo sufre lo encontramos, pues, en el principio general de la buena fe (art. 7.1 C.c.)», *ADC*, 1995, p. 964.

¹¹⁷ Expresa al respecto ZURITA MARTÍN que «(...) los efectos de la conducta del acreedor en la producción de los daños se han de valorar de forma casuística, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, si bien en nuestro Derecho la valoración de dichas actuaciones del acreedor han de calibrarse a la luz del principio general de buena fe en el ejercicio de los derechos, que refrenda el artículo 7.1 Cc y concreta en el ámbito contractual el artículo 1258 CC», *Indret*, 2016, p. 17.

¹¹⁸ Díez-PICAZO: «para tratar de decidir si la existencia de culpa del perjudicado excluye la responsabilidad del autor causante del daño (...) parece aplicable al caso de la responsabilidad contractual (...) tratándose del acreedor deberá enjuiciarse el alcance que haya tenido la inobservancia de las cargas que sobre él pesaban», 2008, p. 599. En contra, para SOLER PRESAS «Urge por tanto diferenciar conceptualmente el deber de mitigar de la concurrencia de culpas (...) La concurrencia de culpas exige que tanto el demandante como el demandado participen en la causación del daño (...) Su aplicación presupone que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado», «El deber de mitigar...», 1995, p. 963. Frente a esto puede oponerse, por una parte, que la mera inacción también puede ser causalmente relevante (sobre todo desde la perspectiva de la adecuación causal, teniendo en cuenta los deberes o cargas de actividad –como reconoce la norma angular de la responsabilidad aquiliana: artículo 1902 CC: «El que por acción u omisión causa daño...»–). Por otro, que no parece que la buena fe sea bastante: una mitigación del daño gravemente negligente, pero de buena fe, no tendría por qué perjudicar al deudor cuyo daño se agravase –o no llegara a mitigarse–; o, al contrario, una negativa de mala fe a mitigar el daño no tendría por qué ser relevante si se demostrase que no había ninguna actividad que pudiera haberse realizado para disminuir el daño sufrido.

¹¹⁹ STS 1013/1994 de 15 de noviembre [RJ 1994\8488]; STS de 29 de noviembre 1995 [RJ 1995\8361]; o STS 959/2008 de 22 de octubre [RJ 2008\5787], que declara que: «en relación con el deber general de buena fe dimanante del artículo 7 CC, que quien sufre el incumplimiento contractual, debe adoptar las medidas que razonablemente se encuentran en su mano para mitigar la extensión del daño causado por el incumplimiento y no

Es en el ámbito algo más concreto de los servicios prestados por profesionales (no necesariamente a consumidores), cuando este factor toma una importancia capital. En general, dichos servicios serán, cuando menos, parcialmente fungibles. En estos supuestos resultará natural que el mismo esfuerzo y material puedan dedicarse a otros contratos del mismo sector. En el peor de los casos, la productividad liberada del prestador profesional podrá ser igualmente reconducida a otras oportunidades de negocio. Ni siquiera se trata de que el deudor «deba» buscar un negocio de cobertura o sustitución; sino que de hecho la propia dinámica de su actividad y el mercado le empujará a hacerlo. Se hará incluso en muchas ocasiones de forma dispersa, acometiendo nuevos contratos conforme se liberen los recursos, sin imputar concretamente los que hubieran de haberse utilizado para el contrato desistido al negocio de sustitución.

Incluso en los supuestos en los que no existiera negocio de sustitución –y bajo la hipótesis de que no hubiese, para ese supuesto, deber de mitigación del daño–, podría discutirse la procedencia de una indemnización plena, más allá de los gastos ya realizados, cuando el prestador perjudicado no hubiera realizado actividad alguna¹²⁰. La frustración del contrato no debería reportar, por vía indemnizatoria, mayor utilidad que lo que el contrato hubiera podido producir; y recibir la contraprestación pactada a cambio de «nada» implica una utilidad mayor que el desempeño de cualquier trabajo por esa misma retribución.

En el caso en que el prestador del servicio contratado no sea un profesional, la preparación y ejecución de su prestación bien pueden implicar un notable esfuerzo finalista, dirigido al concreto contrato de que se trate. Además, sin la participación habitual en el mercado no solo sería más difícil encontrar un negocio de sustitución adecuado, sino que la pérdida del elemento fungible del

puede pretender que la otra le compense de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta de adopción de medidas de mitigación o de limitación del daño. Es un deber derivado de la buena fe evitar la extensión de los daños, como señaló la STS de 6 de mayo de 1960, y es igualmente claro que en un caso semejante se introduce un factor que rompe la relación de causalidad, pues el aumento de los daños no es ya consecuencia directa o inmediata del incumplimiento sino de la inacción, de la pasividad o de la mala fe del supuesto acreedor». Asimismo, la STS 123/2015, de 4 de marzo [RJ 2015\1095], lo concreta como «la obligación de todo sujeto de Derecho de actuar de buena fe, mitigando en lo posible el daño sufrido por la conducta antijurídica de un tercero», con el límite del sacrificio del derecho o interés legítimo.

¹²⁰ Para MORALES MORENO, «en la lógica de la responsabilidad contractual no es posible, por tanto, imponer al deudor el deber de satisfacer el interés del acreedor, por medio de la indemnización, sin compensación económica alguna, obtenida por la vía de la contraprestación o por otra vía», 2010, p. 189 y «la función de la indemnización no es enriquecer al acreedor, y éste se enriquecería si de la indemnización no se descontara la ventaja que, directamente, le haya producido la resolución del contrato», p. 190.

«cliente» hace que el prestador pueda tener un interés concreto en no tener que buscar otros negocios o, incluso, en no contratar con nadie más. En estos supuestos una indemnización que tienda a la plenitud del beneficio neto esperado podría ser razonable.

Distinto es el caso del prestador profesional que, como se advirtió, buscará de forma natural negocios de sustitución que, en un mercado no disfuncional, encontrará¹²¹. Con mayor facilidad lo hará cuando además hubiese sido avisado de forma inequívoca de la intención definitiva del principal de desvincularse del contrato¹²². Con todo, ni siquiera en este caso se puede hacer cargar al prestador con los costes de transacción propios del segundo contrato, que habrá de detraerse a la utilidad sustituta, antes de compensarla con la debida.

Así pues, aunque la carga de mitigar el propio daño sea un principio general, tan aplicable ahora como lo sería bajo la PCC, el artículo 526-4.4 lo explicita, conectándolo además con el negocio de sustitución. No porque sea necesaria su positivación para que sea aplicable¹²³; sino porque, al ser una consecuencia natural de la institución regulada, central en su problemática indemnizatoria, parece conveniente conducir a la misma de forma expresa las consecuencias del desistimiento.

Siguiendo el razonamiento anterior, y bajo la premisa de que en la generalidad de servicios prestados por un prestador profesional existirá un negocio de cobertura para cada contrato desistido, podría apuntarse a una solución en la que el lucro cesante a indemnizar resultará de la diferencia entre el beneficio neto que se habría obtenido del negocio inicial, menos lo obtenido en el negocio de cobertura, más los costes de transacción del segundo contrato y los gastos soportados en el primero, restando también las cantidades que del principal se hubieran percibir hasta entonces¹²⁴.

¹²¹ CARRASCO PERERA: «(...) si la prestación versa sobre bienes fungibles y el acreedor actúa con referencia al mercado, le es exigible disponer de alternativas distintas de la que le suministra el deudor», 2017, p. 1263.

¹²² Entiende MORALES MORENO, respecto a la relevancia del reconocimiento del propio incumplimiento por el deudor, que «habrá que tener en cuenta en qué medida la confianza que genera en el acreedor la actitud del deudor sobre la subsanación del incumplimiento justifica el retraso del acreedor en adoptar medidas oportunas para paliar el daño», 2010, p. 185.

¹²³ Entiende al respecto, ZURITA MARTÍN que «(...) no creemos que la incorporación expresa a nuestro Código Civil del deber del acreedor de mitigar los daños causados por el incumplimiento sea precisa para completar nuestro sistema contractual, facilitar la tarea del aplicador del Derecho o llegar a resultados más equitativos en la resolución de conflictos relacionados con la determinación de daños y perjuicios (...) Si hubiéramos de concretar todas las manifestaciones del principio de buena fe para cada supuesto conflictivo, inundaríamos de reglas el Código Civil», *Indret*, 2016, pp. 26 y ss.

¹²⁴ Se exponen ocho argumentos que discuten la validez a este respecto rechazo de la operación contable a este respecto entre el negocio originario y el de cobertura en MACANÁS, 2014, pp. 270-273.

Por lo tanto, como norma general, podría afirmarse que el valor de mercado de la operación sería el mejor criterio base como abstracción útil¹²⁵. Ello sin perjuicio de que en determinados casos pudiera ser convenientemente matizada (podría no ser aplicable, por ejemplo, a situaciones en las que el negocio de cobertura no fuera posible; o que por la entidad del contrato o la situación concreta de las partes o el mercado se consolide en el desistimiento una pérdida general en el volumen de negocio, o afecte de forma concreta a la estructura empresarial del prestador¹²⁶).

Se conseguiría con la referencia al valor objetivo de la prestación un punto de partida general y adecuado que, basado en máximas de la experiencia del mercado, supondría una suerte de presunción por defecto más equilibrada y rigurosa con los principios indemnizatorios que un porcentaje injustificado, atribuible a un presunto beneficio industrial, que ignora, empero, la posibilidad –o hecho– de la operación sustitutoria y el deber de mitigación del daño del acreedor.

En cuanto a los costes de transacción, su principal problema podría ser su acreditación en los supuestos en los que cuantía fuera menor. Ni es un problema nuevo en sede indemnizatoria; ni impide que las partes fijen –con arreglo a la realidad– en el propio contrato la cuantía de los mismos; ni, en fin, parece demasiado grave si se piensa que cuanto más elevados sean, más fácil será la obtención de la prueba.

La utilidad indemnizable en prestaciones de servicios profesionales en mercado competitivo podría identificarse, en general y sin perjuicio de matizaciones en supuestos concretos, como el coste de transacción que se habría de soportar para alcanzar un negocio de sustitución objetivamente eficiente para satisfacer el interés frustrado del prestador en el contrato de servicios desistido.

¹²⁵ En contra, FENOY PICÓN: «No obstante, tal regla [sistema abstracto de valoración del daño basado en el precio de mercado] se desplaza, si el vendedor lleva a cabo, de manera razonable, una operación de reemplazo, a menor precio que la anterior venta frustrada, en este caso, los daños se calculan de manera concreta, la aplicación de estas dos reglas, a su vez, se coordina con otra: la exigencia de que el acreedor mitigue sus daños», *CCJC*, 2009, p. 588.

¹²⁶ Para MORALES MORENO «No mitiga el daño la operación de reemplazo cuando la oferta del proveedor no es limitada y la operación perdida reduce el volumen total de operaciones», 2010, p. 184. También para FENOY PICÓN: «Admitido el daño de la pérdida de volumen, que desplaza la aplicación de los sistemas de cálculo abstracto y concreto de la venta de reemplazo, la carga de la prueba es un elemento decisivo en cuál sea la tendencia de la puesta en práctica de nuestro sistema indemnizatorio», *CCJC*, 2009, p. 585. Incluso, en dichos supuestos cabría plantearse si aquel daño particular no mitigable era previsible (o, de forma equivalente, si la sustitución y mitigación si lo fuese). Ello tanto para evitar que los efectos del desistimiento dependan de una circunstancia imponderable *ex ante*; como, en el mismo sentido, para evitar la imputación de daños causalmente no representables al principal cuando decide extinguir la relación contractual.

3.2.2 OTRAS UTILIDADES PERDIDAS DISTINTAS O INDIRECTAS AL PRECIO DESCONTANDO LOS GASTOS

La propia certeza de la obligatoriedad del cumplimiento, así como la previsibilidad del mismo, son, en sí mismas, intereses inmanentes a la contratación¹²⁷. A nadie le interesa ni beneficia perder algo seguro (contrato perfecto) por algo potencial, aún muy probable (contrato de sustitución).

La pérdida de la certeza genera daños generales anteriores¹²⁸ y daños concretos posteriores al contrato. En cuanto a estos últimos, se daña tanto directamente el interés propio del acreedor en el cumplimiento según lo pactado; como indirectamente por el retraso en la percepción de la utilidad, aun cuando se encuentre un negocio de sustitución. Este daño variará dependiendo de la dimensión de empresa del profesional, de la elasticidad de la demanda en la zona donde oferte sus servicios o, incluso, de sus propias perspectivas del mercado.

Por otra parte, además de los límites propuestos, basados en la consideración de la oportunidad abstracta de mitigar el lucro cesante por el prestador del servicio profesional, pueden existir otros factores que determinen una pérdida de utilidad que informara al precio, sin llegar a integrarse como parte del mismo.

Es difícil negar, por ejemplo, el interés que puede tener para los prestadores de servicios en el tráfico jurídico el poder conformar una relación jurídica de una cierta duración y estabilidad. Así, gran parte de la conflictividad en sede de abusividad frente a consumidores en contratos de mantenimiento –de ascensores, por ejemplo– reside, precisamente, en el interés del prestador del servicio de asegurar la mayor duración posible. Siendo así, es natural que en la práctica el precio pueda informarse de la ponderación de tal interés, pudiendo asumir el prestador del servicio una oferta a un menor precio, si es a cambio de una mayor duración. Lo mismo podría ocurrir en caso de que se perfeccionaran al tiempo diferen-

¹²⁷ Tanto es así que el contrato significa lo opuesto a la incertidumbre. Hasta tal punto resulta relevante, en la teoría económica, que cara a las decisiones estratégicas para obtener el máximo beneficio en una negociación, la diferencia fundamental entre un «juego cooperativo» y un «juego no cooperativo» se halla, precisamente, en la posibilidad de perfeccionar un contrato vinculante. Al respecto, PINDICK y RUBINFELD, 1995, p. 458.

¹²⁸ Sin posibilidad de cooperación vinculante, la incertidumbre hace que la mejor solución posible para las partes solo pueda alcanzarse por el «equilibrio de Nash». Con contratos «ordinarios», vinculantes, se podría tender hacia el «valor de Shapley», que maximiza la eficiencia y, con ello, estimula el tráfico. Si bien se está simplificando y en la práctica no siempre se podrán alcanzar estas soluciones (concretamente el «valor de Shapley» solo será inmune a desviaciones en algunos tipos de juegos, como los convexos, si bien por ello no pierde la tendencia su valor). Al respecto, PÉREZ-CASTRILLO, 2004.

tes contratos que, aunque no estuviesen causalmente vinculados, sí lo estuvieran en cuanto a la oferta comercial.

En supuestos como los aludidos, y otros que pudieran plantearse, la desvinculación unilateral de la contraparte produce un daño concreto a un interés relevante que se tuvo en cuenta a la hora de consentir el negocio y que informó el precio del acuerdo. Cabría pensar, siguiendo el ejemplo, que si se descontó una cantidad a cambio de añadir dos años a la duración del contrato; de desistirse antes de esos dos años, dicho descuento debería revertirse (o computarse como la utilidad perdida, pues lo sigue siendo, aunque no se manifieste en el precio, a causa del desistimiento o incumplimiento).

El problema de estos supuestos trata, fundamentalmente, de probar que el precio efectivamente se vio informado por factores que, en ese caso, habrían de integrarse en la utilidad indemnizable. Como quiera que los elementos de la negociación no positivizados en el contrato pueden ser muchos, y ni siquiera siempre pueden haber sido conocidos por la contraparte o integrantes de lo supuesto, conviene ser cauto. Sí podría aceptarse, empero, la consideración del interés aludido cuando efectivamente se hubiera reconocido en el contrato dicha relevancia, o incluso cuantificado la afección del factor al precio.

Puede parecer que cargar con este nivel de detalle al desistimiento tratado podría ser excesivo, pero ha de tenerse en cuenta que solo se considera razonable la valoración abstracta de la utilidad indemnizable para contratos con profesionales. En estos supuestos no resultaría tan desproporcionado imponerles la carga a los mismos, toda vez que, además, ampliará la información de las bases del contrato¹²⁹. De hecho, si se pretendiese *ex ante* que dicho interés supusiera un interés indemnizable, sería una información idónea para la contraparte, que no solo tendrá una mejor representación de los intereses causalizados del contrato; sino también una mayor previsibilidad del daño que en su caso podría tener que indemnizar.

3.2.3 LA INDEMNIZACIÓN POR «TRABAJO»

Por último, el artículo propuesto 526-4 PCC no contiene, en su apartado 4, ninguna referencia a la indemnización por «trabajo»,

¹²⁹ «(...) cabría admitir una oferta que incluya diferentes tarifas, vinculadas clara y directamente a diferentes cláusulas, unas más favorables que otras; en este caso, se ha dicho, habría una suerte de negociación individual y el suficiente del conocimiento y consentimiento del consumidor», GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, p. 970. Si bien lo trata para la relación entre condiciones más restrictivas y precio más favorable, la solución de la información como canon de interpretación resultaría aquí igualmente aplicable.

que sí contiene el actual artículo 1594 CC. En efecto, se trata de una exclusión del mismo en sede indemnizatoria. Si algún trabajo se hubiera prestado, y nada se hubiese pactado al respecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 526-4.3, debería restituirse tal y como regla el artículo 527-17 PCC. Como quiera que no puede restituirse en especie, tal y como dispone el apartado 1, *in fine*, de este precepto, deberá restituirse el valor del servicio prestado¹³⁰. No será necesario por tanto incorporar al *quantum* indemnizatorio la restitución ya debida.

3.3 Ejercicio del desistimiento y pago de la indemnización

Como ya se advirtió, se ha previsto en el artículo 526-4 PCC que el pago –u ofrecimiento– de la indemnización sea condición para el ejercicio de la facultad de desistimiento. Esta, por lo tanto, podrá ejercerse en cualquier momento por el legitimado para desistir. Ello no empece que, desde ese momento, el que fuera principal será deudor de la indemnización; quien podrá ofrecerla también desde entonces¹³¹.

¹³⁰ Del mismo modo que, en general, cabe afirmar la retroactividad de los efectos resolutorios, *ex tunc*, no ocurre así en los contratos de tracto sucesivo o duraderos, como serán los servicios prestados objeto del contrato. En este sentido, para GONZÁLEZ PACANOWSKA, «(...) contrato de tracto sucesivo en los que la liberación se produce *ex nunc*, solo para el futuro, manteniéndose en éstos las prestaciones ya realizadas, con la liquidación de la situación existente al tiempo de la resolución contractual y sin perjuicio de la indemnización de daños a cargo del incumplidor», 2013, p. 8249; prácticamente lo mismo que resultaría de aplicar el artículo 1594 CC. En el mismo sentido CLEMENTE MEORO: «No siempre tiene la resolución carácter retroactivo, pues se afirma la irretroactividad de la resolución (...) cuando no hay restitución por no haber realizado ninguna de las partes la prestación (...) en los contratos de tracto sucesivo, cuando ambas partes han estado ejecutando, durante un tiempo, sus respectivas prestaciones (...) cuando se trata de obligaciones de hacer parcialmente ejecutadas», 2009, p. 43.

¹³¹ A los efectos, entre otros, de lo dispuesto para el ofrecimiento y consignación de pago en el artículo 515-26 PCC (que actualiza el actual art. 1176 CC). Este ofrecimiento, que difícilmente puede convertirse en compensación sin una liquidación en la que la colaboración del acreedor se hace necesaria, no es inane. Al contrario, se trataría de un «momento previo indispensable, en el que, aparte de los efectos que produce, se puede agotar toda la relación, pues el acreedor puede entonces reaccionar aceptando el pago y evitando la consignación», BELTRAN DE HEREDIA, 1956, p. 475. Es por ello razonable que, sigue el mismo autor, cuando decida ignorarlo y mantener, sin existir ninguna otra posibilidad, la relación jurídica «por sí solo, sirve [el ofrecimiento] para producir las consecuencias de la *mora accipendi* en cuya virtud se produce la eliminación de la responsabilidad del deudor, excluyendo la posibilidad de la *mora solvendi* e impidiendo que puedan afectarle en su perjuicio, las eventuales caducidades o resoluciones de la titularidad jurídica», p. 476. Asimismo, para BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, «El ofrecimiento de pago rechazado por el acreedor (...) produce la mora del acreedor y, a partir de ese momento, todos los riesgos se imputan al acreedor, y el deudor queda libre de la posible tacha de incumplimiento», 1987, pp. 238-239. Cuestión distinta sería el desacuerdo en el *quantum* de los daños indemnizables, que presupondrían, empero, la extinción de la relación jurídica de la que traen causa.

4. IMPERATIVIDAD DEL DESISTIMIENTO Y LÍMITES A SUS LIMITACIONES

Bajo el paradigma de la libre autonomía de la voluntad de las partes, éstas podrán disciplinar conforme a sus intereses y criterio el desistimiento tratado. Sí parece un límite imperativo la propia existencia del desistimiento –por cuanto su existencia es consecuencia directa de la inejecutabilidad natural de las prestaciones de hacer–; pero no las consecuencias del ejercicio de la facultad de desistir, dentro de los confines de lo razonable.

No se trata de una imperatividad estrictamente legal –al contrario, el precepto antepone lo acordado antes que la regulación propuesta–; sino que parte del mismo motivo por el que no resulta posible la ejecución forzosa, ni la suerte de multas penales que en ella se dispondrían: si no resulta razonable compeler al cumplimiento, dicho extremo habría de extenderse a la función igualmente coercitiva de la pena. Y si dicha función no puede desplegar todos sus efectos, podría resultar desnaturalizada una cláusula penal que, con una mera base indemnizatoria, resultara a todas luces desproporcionada a la indemnidad que, *ex ante*, cabría prever¹³².

En efecto, si bien es razonable pensar en un desplazamiento de tal facultad mediante acuerdo –no de consumo– entre las partes¹³³; nada se lograría si se tiene en cuenta que, al final, los efectos serían los mismos que los del incumplimiento deliberado, como se trata.

Expresamente, el apartado 5 del artículo 526-4 establece que «El desistimiento es compatible con las cláusulas liquidatorias que se hayan podido pactar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 519-13». Así, se excluyen las cláusulas penales no liquidatorias (esto es, las punitivas y las facultativas, en la terminología adoptada en el artículo 519-9 de la PCC, relativo a las «Modalidades» de

¹³² En un sentido amplio del problema, sin tener en cuenta las peculiaridades propias de los servicios, para JORDANO FRAGA: «(...) una cosa es que la indemnización determinada por la cláusula penal sea *superior* al daño efectivamente sufrido por el acreedor (lo que, en sí mismo, es lícito), y otra muy distinta, que se consienta la *desproporción* o el *abuso* en la aplicación de la cláusula: por la relación entre el importe (no ya simplemente superior, sino desorbitado) de la indemnización que resulta y las circunstancias (sobre todo, los daños resultantes) del concreto incumplimiento que motiva esa aplicación», 1992, p. 200. También la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Boletín de Información* del Ministerio de Justicia, Año LXIII, enero, 2009, contiene una reforma en relación al problema apuntado, ampliando la posibilidad de moderación judicial de las cláusulas penales en el propuesto artículo 1150: «El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido».

¹³³ Así RODRÍGUEZ MARÍN: «(...) puede el principal renunciar a la facultad que se le concede al respecto», 1989, p. 318. También para GÁLVEZ CRIADO «(...) tanto los particulares como el legislador, pueden condicionar las relaciones entre desistimiento e indemnización al cumplimiento de requisitos adicionales», 2008, p. 46.

la cláusula penal). Al reconocer el artículo 526-4 el desistimiento como una facultad, su ejercicio no es ilícito y, por lo tanto, no cabe *sanción* frente al mismo¹³⁴. Tampoco parece tener demasiado sentido una *cláusula facultativa*¹³⁵ cuando, en sí misma, esta resultaría redundante con el desistimiento.

Así, la cláusula penal *compatible* es la liquidatoria, por la que «(...) las partes fijan la indemnización para el caso de incumplimiento, que sustituye a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos». Ciertamente que, como se ha apuntado, no existe verdadero incumplimiento en este caso; pero también que como no se trata de sancionarlo, sino de indemnizar los daños producidos, la neutralidad de esta cláusula objetivadora puede resultar idónea para desterrar gran parte de la incertidumbre que una facultad irrenunciable como la de desistir puede llevar al contrato.

La cláusula liquidatoria, para ser tal, aunque objetivada –y por tanto probablemente inexacta, aunque idealmente balanceada–, no debe exceder en su finalidad la adecuada cuantificación de los daños. Su abuso, fijando cantidades desproporcionadas o menos relacionadas con el daño que con el incumplimiento, podría revelar su verdadera naturaleza como cláusula punitiva, lo que explica la referencia expresa de la norma de reguladora del desistimiento al artículo 519-13 PCC¹³⁶.

En fin, también se establece un límite para supuestos en los que el contrato tenga una duración determinada y, además, la

¹³⁴ Artículo 519-9.3 «En la cláusula punitiva las partes prevén para el caso de incumplimiento una prestación que por su cuantía o características cumple la función de sancionar al deudor».

¹³⁵ Artículo 519-9.4 «En la cláusula de desistimiento o facultativa el deudor puede eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida».

¹³⁶ Precisamente por la realidad de la naturaleza de la cláusula al margen de su nominación, así como por la dificultad de disociar ambos tipos de cláusulas en sus zonas de frontera, el artículo 519-13 de la PCC establece, dentro de las facultades de moderación judicial de la cláusula, no solo el deber (imperativo, de oficio, en la redacción dada al precepto) de moderación equitativa judicial de la cláusula punitiva manifiestamente excesivas, sino también de «(...) las cláusulas liquidatorias notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». A este respecto y sobre el artículo 1150 de la PMCC –mayormente equivalente al tratado–, entiende FENOY PICON que «Esta regla supone que cualquier pena convencional, si es excesiva, será equitativamente moderada por el Juez, y cualquier indemnización notoriamente desproporcionada será equitativamente moderada por el Juez, teniendo en cuenta el daño real. El artículo 1150 PC no se limita al cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal como dispone el artículo 1154 CC», ADC, 2011, p. 1669. No se muestra convencida de torcer la voluntad pactada de las partes con esta suerte de moderación judicial ARANA DE LA FUENTE, pues «Las facultades judiciales de carácter discrecional entrañan, en general, un factor que puede distorsionar la fuerza vinculante de los contratos y generar importantes dosis de incertidumbre», *Indret*, 2010, p. 10; sin perjuicio de que también reconozca que una norma como tal por una parte acercaría la regulación española a la mayoría de las de nuestro entorno jurídico y, a su vez, podrían evitarse situaciones manifiestamente abusivas –en lo que, entiende, no lo permite el actual artículo 1154 CC–.

cláusula penal¹³⁷ establezca una cantidad a tanto alzado: en tales casos no podrá exigirse la totalidad de la cuantía establecida, sino la parte proporcional al tiempo que reste de vigencia al contrato. Esta limitación no es imperativa. Sin embargo, en cuanto a su configuración habitual en la contratación de consumo, cuando se trate de una cláusula no negociada individualmente, normalmente lo será. Y, más allá incluso del consumo, podrá serlo también cuando la abusividad se extienda más allá de los consumidores, según las previsiones más amplias de los efectos tuitivos frente al contenido abusivamente impuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 527-7 PCC¹³⁸.

5. SISTEMÁTICA DE LA REGULACIÓN: ¿UNA NORMA GENERAL DE CONTRATOS O ESPECÍFICA DE SERVICIOS?

La regulación propuesta en el artículo 526-4 PCC para el desistimiento unilateral en contratos con prestación característica de hacer no es la única contenida en la Propuesta de Código civil. En el Capítulo II del Título VIII del Libro Quinto¹³⁹, entre las disposiciones comunes de los *contratos de servicios*, el artículo 582-21 regula el «Desistimiento del principal»¹⁴⁰. Lo complementa de seguido el artículo 582-22, sobre todo en lo tratado por la vertiente negativa de su primer apartado, que niega la facultad de desistimiento unilateral para el prestador del servicio, sin perjuicio de su facultad de denunciar las relaciones contractuales indefinidas cuando así lo fueren.

¹³⁷ No debe entenderse aquí «penal» por «punitiva», pues en la terminología adoptada por la PCC, en la Sección 3.ª del Capítulo IX del Título Primero del Libro V, con «cláusula penal» se refiere a la categoría más amplia que incluye cláusulas liquidatorias, punitivas y facultativas (arts. 519-9 PCC).

¹³⁸ Explica GARCÍA HERNÁNDEZ, respecto de la PMCC, que «(...) en su propuesta de artículo 1262 regula la nulidad de las cláusulas no negociadas individualmente abusivas –no solo de las condiciones generales– sin distinguir entre consumidores y empresarios, refiriéndose de forma genérica «a las partes que deriven del contrato» (...) la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (...) reproduce la propuesta de artículo 1262 de la PMCC», 2019.

¹³⁹ Redactado por Vaquero Pinto, coordinando con el resto del Título por ella misma y Díaz Martínez.

¹⁴⁰ «Artículo 582-21. Desistimiento del principal. 1. El principal puede desistir del contrato por su sola voluntad, aunque la prestación del servicio haya comenzado, indemnizando al prestador de acuerdo con lo previsto en el artículo 526-4. 2. El principal no pierde la facultad de desistimiento a la que se refiere el apartado anterior en los casos en que el prestador opta por el cumplimiento del contrato aun concurriendo causa de resolución. 3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del desistimiento que corresponda al consumidor, del desistimiento que derive de las relaciones de duración indefinida, o de cualquier otro que proceda.»

Aquí se ha defendido una perspectiva general para los contratos de servicios, en efecto coincidente con la adoptada en la regulación de los mismos en la PCC. Se pretende integrar en tal categoría todos los contratos con prestaciones de hacer¹⁴¹ (aun distintos en sus especialidades típicas o atípicas – y hasta vinculados por conexión con supuestos marcadamente especiales, como el propio mandato¹⁴²). De forma coherente con esa posición, se asume la idoneidad de incluir una norma general para todos los contratos de prestaciones de hacer en la sede general de los contratos de servicios¹⁴³.

En cuanto a las diferencias más notables de cada una de estas dos regulaciones del desistimiento tratado en la PCC, no existen en rigor. No solo remite el artículo 582-21.1 a las consecuencias previstas en el propio artículo 526.4; sino que las dos especialidades que habrían de suponer los otros dos apartados son más bien especificaciones, aclaraciones, que el artículo 526-4 no niega y de hecho acoge en su interpretación sistemática más razonable.

De una parte, conjuga la facultad de desistimiento con la resolutoria, no haciendo que la primera precluya en los supuestos en los que, frente a la segunda, se hubiese optado por el cumplimiento del contrato (pues, optado el mismo, el contrato mantiene su vigor y efectos, incluido los relativos al desistimiento). De otra, se subraya la compatibilidad de la facultad de desistimiento del principal con la general de denuncia en las relaciones indefinidas (aplicable tanto para la norma específica en sede de servicios, en el artículo 582-4 PCC, como para la general establecida en el artículo 526-3 PCC).

¹⁴¹ Así lo recoge el artículo 581-1 PCC: *Ámbito de aplicación y carácter supletorio de las normas*. Las disposiciones del presente Título son aplicables a los contratos por los que una de las partes, el prestador, se obliga a prestar un servicio a la otra, el principal, a cambio de una retribución. Son igualmente aplicables, en cuanto lo permita su naturaleza, a los contratos por los que el prestador preste sus servicios de forma gratuita.

¹⁴² Regulado en el título IX del Libro Quinto, redactado por GONZÁLEZ CARRASCO y OLIVA BLÁZQUEZ, disciplina su natural conexión con los contratos de servicios en su artículo 591-2.1: «Ámbito de aplicación. Cuando el mandato se integre en un contrato de servicios es de aplicación lo dispuesto en el Título VIII, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas sobre eficacia frente a terceros contenidas en el presente Título»; teniendo en cuenta además el adecuado y preciso concepto del contrato ofrecido por el artículo 591-1, de conformidad con el cual « Son contratos de mandato todos aquellos por los que una persona se obliga a realizar actos con eficacia jurídica frente a terceros por encargo de otra, por cuya cuenta actúa».

¹⁴³ No en vano, aunque acaso pudiera haber sido conveniente plantear una norma general para las prestaciones de hacer en la parte general (como existe, de hecho, para las prestaciones de dar en la Sección 1.º del Capítulo II del Libro Primero, sobre «Algunas clases de obligaciones», arts. 512-1 y 512-2 PCC); no existe tal regulación, cubierta por los artículos 582-5 y 582-6 PCC, en sede de Contrato de Servicios. Su exclusión se explica, en parte, por cuanto su determinación implicaba decisiones específicas relevantes sobre la (re) construcción de los contratos de servicios, que aun propuestas por los redactores encargado de tal parte, debían aún consolidarse (fundamentalmente la relación de generalidad especialidad frente a concretos tipos de servicios, como la obra o, sobre todo, el mandato); frente a la percepción ya de principio más general –y más pacíficamente aceptada– del desistimiento unilateral del principal.

Podría parecer poco adecuado que la PCC mantenga dos normas distintas, regulando supuestos más idénticos que afines¹⁴⁴, técnica legislativa generalmente indiciaria de contradicciones y redundancias. No es, empero, el caso. Frente al riesgo de colisión normativa, se mantiene coherencia interna sostenida por las referencias internas entre los dos preceptos, sin efectos contradictorios entre los mismos. Frente al peligro de mera tautología inútil, motivos internos y externos a la propia PCC pueden explicar la conveniencia de mantener la tratada regulación del desistimiento en el ámbito *de los contratos en general*.

5.1 Indeterminación relativa, pasada y presente, del contenido y destino de la PCC

La PCC supone un estudio general de la inmensa mayor parte del Derecho civil español. Una caja de herramientas para reflexionar, interpretar y aplicar el Derecho. Pero también una propuesta con la aspiración de inspirar, de uno u otro modo, una efectiva y positiva modernización contractual en España.

En cuanto a la última función apuntada, el contenido de la Propuesta se revela como esencialmente contingente. Podría tratarse, como ha ocurrido con otras meritorias propuestas anteriores, de una base para las que sigan. Podría suponer una base de una propia transformación en una ulterior versión de esta primera. Podría, en fin, también acabar redundando en un proceso legislativo, que podría abarcar tanto una parte de la PCC como, en hipótesis, hasta su totalidad. Estas distintas posibilidades explican la necesidad de que, en un primer momento, se intente dotar a cada parte de la Propuesta de una cierta modularidad, sin renunciar a la coherencia sistemática del todo.

Los trabajos de los distintos títulos del Libro Quinto (y del Sexto) se realizaron en paralelo, sin que se pudiera durante su elaboración certeza del contenido definitivo de los trabajos ajenos. Sí existió comunicación, coordinación y pudieron manejarse borradores del resto de partes antes de la presentación definitiva de cada Libro. Después, tales borradores se sometieron a las consideraciones y propuestas del resto de profesores, ajustándose en sucesivos borradores hasta la versión actual. De hecho, en un primer momen-

¹⁴⁴ En tal sentido, con razón entiende GONDRA que «Todos sabemos que las duplicidades en textos legales, cuando se quiere decir lo mismo pero con palabras no del todo iguales, no sirve más que para alimentar litigios. Desde luego, no para dar mayor seguridad jurídica al tráfico», en «Una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil», *RDM*, 2013, pp. 40-41.

to, en la propuesta de 2015 persistían diferencias notables en las regulaciones globales de las prestaciones de hacer respecto a la versión actual¹⁴⁵.

Como no es posible conocer el destino final de la integridad de la propuesta, es necesario mantener una parte general con una regulación integral de los contenidos que se entienden básicos, generales y necesarios para una nueva y más adecuada regulación de las obligaciones y contratos. Así, aunque en algún momento se aprobase, utilizase o inspirase únicamente esta parte general, no se perdería aquellos contenidos generales situados en otras sedes que pudieran sufrir una suerte distinta en una eventual legislación.

5.2 Subsidiariedad general

Aunque la PCC fuese hoy, en su integridad, un cuerpo normativo en vigor; sus efectos no serían necesariamente iguales para todos sus contenidos. De base, el Derecho civil, precisamente por ser el Derecho común, tiene un ámbito de aplicación supletoria general. Por lo tanto, esta norma general reguladora del desistimiento del principal de prestaciones de hacer extendería su eficacia, general, a todos los ámbitos que no tuvieran regulación concreta de la misma.

Así, sería posible que se extendiese la eficacia general de esta regulación del desistimiento del principal de prestaciones de hacer a otras tras sedes distintas a las propias del Derecho civil codicial –tanto autonómicas, *ex* artículo 149.3 de la Constitución¹⁴⁶; como de otros ámbitos de lo jurídico, *ex* artículo 4.3 CC–. De hecho, aunque en esas otras sedes se regulara en concreto o general determinadas relaciones contractuales con prestaciones de hacer, podrían

¹⁴⁵ Establecía el entonces artículo 5111-2, como ámbito de aplicación –supletorio– de la regulación del mandato, la totalidad de prestaciones de «realizar una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, bien organizando para ello los medios adecuados, bien comprometiéndose a un resultado, sin realizar actos con eficacia jurídica frente a terceros por cuenta de aquélla», como puede consultarse en <http://www.derechocivil.net/images/libros/TITULO-XI-MANDATO.pdf>

¹⁴⁶ En relación a la extensión de esta supletoriedad, que no se va a tratar ahora, y dentro de la cierta indeterminación –cuando no opacidad o silencio– con los que la doctrina del Tribunal Constitucional tiende a resolver las cuestiones relativas a los ámbitos competenciales en materia civil, el Auto 349/2003 acaso pudo dar a entender que esta naturaleza supletoria –al menos en el ámbito civil del recurso que resuelve– supone una suerte de materia de exclusiva competencia estatal. Interpreta el TC, al tratar sobre la suspensión del recurrido artículo 111.4 del Código civil de derecho autonómico catalán, que «(...) la lectura del precepto legal impugnado no impone la aplicación expansiva que sugiere el Abogado del Estado, sino que la aplicación supletoria a que se refiere dicha norma puede limitarse a las leyes civiles de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y en la medida en que se haga tal aplicación procede el levantamiento de la suspensión». En contra de tal interpretación, GARCÍA RUBIO, 2014 (2).

encontrar más sencilla compleción en una parte específicamente general para la aplicación subsidiaria que colmase sus eventuales lagunas.

No es, desde luego, imposible aplicar esa misma función de Derecho común a la parte general de la regulación específica de cada institución o contrato. Sin embargo, acaso la sede general podría evitar alguna duda o conflicto, en cuanto a si la ausencia de una norma de esta naturaleza en una regulación más específica supone la exclusión de la misma, o una simple laguna a colmar. Al integrarse en el *corpus* general de referencia, sí podría entenderse que solo la expresa exclusión de la norma general en una especial evitaría la aplicación de la institución.

5.3 Desistimiento general como base de las obligaciones contractuales

La PCC, sin perjuicio de que pueda servir como referencia, modelo o inspiración para cualquier proyecto normativo, nace con una vocación codificadora de Derecho común, en el ámbito legislativo del Estado. No puede por lo tanto ignorar que, más allá de la discusión sobre la extensión o el desarrollo que los ordenamientos civiles autonómicos pueden o no alcanzar, el Ordenamiento civil estatal sí puede, y solo él puede, regular las materias sobre las que el artículo 149.1.8 de la Constitución le reserva competencia exclusiva en todo caso. Entre tales materias está la relativa a *las bases de las obligaciones contractuales*.

Resulta claro, indiscutido, que las bases de las obligaciones contractuales es una materia reservada a la competencia exclusiva del Estado. Pero qué significa tal expresión; qué contiene o hasta dónde puede o no extenderse; ya es una cuestión mucho más oscura. Tanto que, en rigor, la única afirmación honesta es reconocer que, a día de hoy, no se sabe qué son tales bases y que, probablemente, ni siquiera se pueda saber con los actuales elementos a nuestra disposición.

Habiendo existido una profusa y creciente legislación autonómica civil, el Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad de aclararlo, en la determinación de los contornos de tal expansión¹⁴⁷. Y, sin embargo, en cada ocasión, ha huido tanto como ha

¹⁴⁷ Respecto al concepto general de bases, la STC 48/1988, de 22 marzo, ya dispuso que «(...) corresponde al Estado determinar mediante ley, como regla general, lo que ha de considerarse básico, esto es, el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias. Pero la definición concreta de ese común denominador realizada por el legislador no vincula a este Tribunal que, como intérprete supremo

podido de ofrecer un concepto claro de lo que representan, limitándose a describir generalidades¹⁴⁸.

Puede existir un cierto consenso en que tal reserva de materia tiene que ver con la unidad de mercado¹⁴⁹; su eventual primacía¹⁵⁰;

de la Constitución, puede y, en su caso, debe someterla al correspondiente examen, con el fin de comprobar si la uniformidad básica establecida es consecuente o no con la finalidad objetiva perseguida al reservar al Estado la competencia para fijar bases en una determinada materia»; del mismo modo que las describe la STC 147/1991, de 4 julio: «La definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses»; lo que reproduce casi de forma literal, refiriéndolo al «marco competencial que le asigne su Estatuto», la STC 197/1996, de 28 noviembre.

¹⁴⁸ «(...) no parece que la escasa y poco explícita doctrina constitucional sobre el tema pueda ser de gran ayuda para concretar el ámbito concreto de la habilitación estatal, baste señalar que el máximo intérprete de la Constitución no ha utilizado esta reserva estatal específica para atribuir al Estado concretos aspectos de Derecho civil, acudiendo en cambio a la genérica competencia sobre la «legislación civil» y la «legislación mercantil» (...) para terminar confiriendo sin muchos matices al Estado la competencia sobre Derecho de obligaciones y contratos», GARCÍA RUBIO, 2015, pp. 99-100. También trata el alejamiento de la cuestión por el Tribunal Constitucional SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «(...) debido, sin duda alguna, a las grandes dificultades que presenta la calificación nítida de una materia como base de las obligaciones contractuales, lo que hace que el Tribunal Constitucional eluda tal calificación si puede conseguir el mismo objetivo (reservar la materia en cuestión a la competencia exclusiva del Estado) por expedientes distintos (normalmente, mediante su consideración como legislación mercantil, que es competencia exclusiva del Estado sin excepción alguna)», 1993, p. 152. En cuanto a las consecuencias de esta omisión consciente, entiende YZQUIERDO TOLSADA que «junto a las extralimitaciones consistentes en inventar instituciones nuevas o en confundir la dimensión vertical de la competencia con la horizontal, también hay normas, como ya he dicho, que invaden frontalmente las competencias expresamente reservadas al Estado por el artículo 149.1.8.ª del Estado –de estas extralimitaciones prefieren no opinar quienes piensan que el único límite de la competencia autonómica está en el «en todo caso»–, como ha sucedido con las propias del Título Preliminar del Código catalán o, ya en lo que aquí y ahora me interesa destacar, con las que componen las bases de las obligaciones contractuales. Y ello comporta un grave peligro de cara a la unidad de mercado», *RDM*, 2014.

¹⁴⁹ Así lo entiende GONDRA, quien además vincula esta función con la oportunidad, precisamente, de legislar bajo y para tal competencia: «(...) al propósito último de asegurar la unidad del régimen jurídico del mercado (...) creo que el artículo 149.1.8.ª el Estado proporciona otra vía, ciertamente menos expeditiva, como lo es la competencia exclusiva atribuida al Estado sobre «las bases de las obligaciones contractuales» que, de forma mucho menos forzada, le permitirá alcanzar ese objetivo sin operar una deconstrucción del Derecho mercantil y, de paso, del Civil», en «Una primera aproximación...», 2013, p. 47. Asimismo, y a este respecto, entiende SÁNCHEZ GONZÁLEZ que «(...) el principio de unidad de mercado implica el establecimiento, dentro del Estado, de un «espacio económico jurídicamente homogéneo», presupuesto éste imprescindible para poder hablar de la existencia de un orden económico», en «Breves reflexiones...», 1993, p. 155. También para BELTRÁN SÁNCHEZ, con esta competencia exclusiva, «(...) el propio texto constitucional propicia, al amparo de la unidad de mercado, la unificación de aquellos sectores en los que existe duplicidad normativa: derecho de sociedades, derecho de obligaciones y contratos y derecho concursal», 1995, p. 169.

¹⁵⁰ Para ELIZANDE Y AYMARICH «(...) la regulación de los principios y reglas esenciales de la materia, los criterios generales y comunes, corresponde al estado y que las normas autonómicas han de respetar dicha regulación, que aparece como jerárquicamente superior a ellas», *ADC*, 1984, p. 426. Sin embargo, acaso antes que una cuestión de jerarquía se trata más bien de una cuestión de competencia. Entiende también prevalente tales bases, y por tanto dependiente de las mismas al Derecho autonómico que se legislara EGEA FERNÁNDEZ cuando afirma –en un momento en el que no se había aprobado aún– que

o que no puede llegar al punto de desnaturalizar las competencias legislativas civiles reconocidas a las Comunidades Autónomas¹⁵¹. Sin embargo, tal afirmación apenas permite sostener un concepto basilar, sin llegar verdaderamente a una comprensión de lo que se está tratando.

En la mayoría de los casos se han apuntado formulaciones excesivamente genéricas¹⁵² –una opción, empero, tan necesaria como razonable, por apenas existir alternativas claras a la bruma–. En otras situaciones, se ha intentado concretar algunos aspectos concretos que las bases englobarían¹⁵³, si bien apenas señalan algún ejemplo que no parece querer agotar el significado y contenido de tales bases. Incluso, se ha negado un verdadero contenido para las mismas, relegándolas a una base más formal que efectiva¹⁵⁴. Ninguna explicación parece suficiente y, probablemente, la insuficiencia sea la mejor explicación a día de hoy.

«(...) en el Código Civil de Cataluña, del que ya han sido aprobados cinco de los seis libros que lo integran. Queda pendiente solo el libro sexto, que, atendiendo a las bases que fije el Estado, ha de regular las obligaciones y los contratos (...)», *RcDp*, 2010, p. 340.

¹⁵¹ Explica GARCÍA RUBIO que «(...) el Estado no puede regular las bases de un modo tan detallado que deje a las CCAA competentes sin ámbito alguno para su propia regulación (no básica)», en «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código mercantil», *RDC*, 2014 (1), p. 19. También entiende BELTRÁN SÁNCHEZ que «(...) el establecimiento por el Estado de las bases de una materia no puede llegar a tal grado de desarrollo que vacíe de contenido las competencias autonómicas», 1995, p. 154.

¹⁵² Desde una calificación negativa de la competencia, afirma BELTRÁN SÁNCHEZ que «(...) la atribución al Estado de la competencia exclusiva para legislar sobre las «bases de las obligaciones contractuales» supone que la Constitución no impide la unificación sustancial en aquellos sectores en los que existe duplicidad de regulaciones (sociedades, obligaciones y contratos y procedimientos concursales)», 1995, p. 154.

¹⁵³ Concreta las bases, a resultas de la doctrina del Tribunal Constitucional (sobre todo de la STC 71/1982, de 30 de noviembre), SÁNCHEZ GONZÁLEZ, al menos en: «La regulación de la responsabilidad contractual (...) (...) la regulación de las condiciones generales de la contratación o de las modalidades contractuales (...) Por último, la creación de derechos/obligaciones que se inserten *ex lege* en el contenido contractual», en «Breves reflexiones...», *op. cit.*, pp. 173-175, recapitulando y matizando tales bases (en cuanto a que tales contenidos son, al menos en parte, contradichos por la siempre indirecta oscuridad del Tribunal Constitucional en sentencias posteriores, singularmente en la STC 121/1992, de 28 de diciembre) 1993, pp. 173-175. Para RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «(...) en las bases de las obligaciones contractuales que solo puede regular el Estado se hallan comprendidas, sin duda, cuestiones como la responsabilidad contractual, requisitos del contrato, derecho de desistimiento, etc. propias del Derecho de consumo», *RADP*, 2010, nota 91. FUENTES MARTÍNEZ, por su parte, incluye la regulación de la *par conditio creditorum*, *ex arts.* 1922 y 1926 Cc «(...) claramente incardinados dentro de las «bases de las obligaciones contractuales»», *La Notaría*, 2003, p. 126.

¹⁵⁴ Limita, aparentemente, las bases hasta el mínimo contenido posible LACRUZ BERDEJO cuando afirmaba que «(...) en el tema de contratos la Constitución reserva al poder central en exclusiva la legislación sobre «las bases de las obligaciones contractuales», quedando el resto de la materia entregado a la posible competencia legislativa de cada Comunidad con Derecho civil propio. Las bases acaso podrían permitir, entonces, al poder central determinar con exclusividad la ilicitud general de ciertos contenidos del contrato, pero no sería posible que se pueda considerar como *básico* a efectos de sustraer la correspondiente competencia legislativa a los territorios de fuera, cualquier contenido del contrato (...) La legislación estatal sobre las bases no podría exceder de los requisitos generales

La reciente STC 132/2019, de 13 de noviembre, que trata la cuestión en particular, vuelve a partir de un enunciado general para las concretas «bases de las obligaciones contractuales», afirmando que «(...) dentro de la competencia estatal sobre la contratación entre privados, tienen cobijo las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de los contratos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de este sector»; entendiendo tales bases como «(...) una garantía estructural del mercado único y supone un límite en sí –directo desde la Constitución– a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos». De forma no mucho más concreta, la sentencia también afirma que la competencia exclusiva referida a las bases no permite al Estado, a su amparo, «(...) regular pormenorizadamente aspectos materiales concretos».

No parece que haya aportado la sentencia demasiada claridad –o novedad– cuando afirma que «(...) ha de partirse de la idea de que la necesidad de una mínima regulación uniforme en materia de contratos, al ser el contrato un instrumento jurídico al servicio de la economía ha [*sic*] de orientarse al cumplimiento de los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (139 CE), solidaridad y equilibrio económico (arts. 2 y 138 CE) y planificación general de la actividad económica (art. 131 CE)». Tampoco parece fácil imaginar una normativa autonómica que no respete, «en general» –que es como se enuncia–, «directrices básicas tales como el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico». En cambio, mucho menos claro parece el control al que alude el TC respecto a la comprobación de que, en la legislación autonómica «el tipo contractual se ajusta al esquema establecido de la norma estatal». Y la confusión solo acaba de empezar:

Continúa la sentencia afirmando que «(...) proscribir determinados comportamientos, vetar concretos tipos contractuales o establecer regímenes imperativos en otros, siempre está sujeto a la posibilidad de un enjuiciamiento constitucional de tales normas imperativas, en garantía de la libertad individual y de empresa»; pero sin aclarar si existe algún criterio que dote de un mínimo de seguridad jurídica a tal revisión de cualquier norma autonómica libre de disposiciones imperativas propias.

del contrato», 1986, p. 738. Entiende el autor, por lo tanto, que si se excluye de la eventual competencia foral la legislación contractual de consumo debe ser bajo la reserva relativa al Derecho mercantil, no a las bases de las obligaciones contractuales.

Sigue refiriendo principios que han de respetarse, como parte de las «bases de las obligaciones», enunciando sin distribución ni razón al *favor debitoris* y *favor creditoris* que, sin embargo, distan de ser principios generales uniformes para cada tipo contractual como parece afirmar la sentencia; lo mismo de los riesgos derivados del contrato sobre los que vuelve a ejemplificar. No mucho más esclarecedor resulta el mezclar conceptos tan genéricos como «la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato» con cuestiones mucho más concretas como «el sistema de responsabilidad por incumplimiento» (sobre todo en la medida que lo disocia de «la responsabilidad universal del deudor»).

Y termina, culminando la confusión, cuando decide la sentencia escoger como ejemplo, «(...) las comunidades autónomas pueden legislar diversamente sobre las causas de rescisión o de nulidad contractual, pero no variar el concepto mismo de nulidad o rescisión que deben ser equivalentes y únicos para todo el país». Valientes arquetipos la «nulidad» y «rescisión», tipos –y nominaciones– especialmente inciertos, no equivalentes y definitivamente no únicos no ya en el país, sino dentro del propio Código civil. Resulta, empero, un buen ejemplo. De la claridad manifestada en la resolución.

El Tribunal Constitucional no es –a pesar de lo que a veces pueda parecer– constituyente ni legislador. Sin elementos de interpretación suficientes, la doctrina que hubiera podido crear, aun mejor que la absoluta indeterminación que ha dejado, tampoco hubiese podido abarcar la completitud de tales bases. No, al menos, sin rebasar su adecuada función controladora de la inconstitucionalidad. Parece, por ello, mucho más adecuado que, sabiendo que en efecto debe existir un ámbito para tales bases, y resultando claro cuál es, sea el Poder legislativo el que llene tal espacio¹⁵⁵. Por supuesto, sometido al control posterior del Tribunal Constitucional, como garante de la autonomía reconocida a las Comunidades Autónomas con competencia en legislación civil.

¹⁵⁵ Pues «(...) en esas bases han de hallarse los fundamentos comunes de toda la contratación privada y no solo de la civil, los cuales constituyen un común denominador irrenunciable por el Estado y, si se quiere, por el mercado nacional y que, de una buena vez, el legislador tendrá que concretar», GARCÍA RUBIO, 2015, pp. 98-99. Y es que, como bien afirma la misma autora en la misma obra, para tales «(...) bases de las obligaciones contractuales, cuyos precisos contornos solo puede delinear el legislador estatal (...) el Código civil ha de ser la sede adecuada para realizar tal tarea, cuyo resultado estaría, por supuesto, sometido al posible control *ex post* del Tribunal Constitucional», p. 104. Teniendo en cuenta, además, que como reconoce la propia STC 132/2019, el problema competencial se nutre de la negligencia del Legislador al ignorar esta cuestión, pues «(...) mientras esto sucede [la determinación del Legislador estatal de tales bases], las comunidades autónomas no pueden quedar obligadas a esperar el pronunciamiento específico del legislador estatal (...)».

Pues bien, aunque pueda no ser claro qué son tales *bases de las obligaciones contractuales*, acaso la parte general de la ordenación de las obligaciones y los contratos (dividida en dos títulos, por otra parte, por motivos no estrictamente normativos, que no afectan a la esencial unicidad de su contenido¹⁵⁶) es el ámbito propicio para contenerlas¹⁵⁷. No es necesario que todas las *bases* estén en esta parte general; ni que toda la parte general necesariamente suponga *bases*; sino que parece apropiado que gran parte de las *bases*, generales, se recojan en esta sede. Se presentaría, además, como una ocasión idónea para, al legislar la misma desde su ámbito más adecuado¹⁵⁸, invocar la base competencial tratada y, de esta forma, ofrecer un contenido real con el que dotar de sentido al mandato competencial constitucional, hasta ahora mayormente ignorado.

En fin, podrían servir también parte de los contenidos tratados como «bases». Y podría asimismo ser más sencillo identificar legis-

¹⁵⁶ Es decir, no parece que haya que trazar diferencia a este respecto entre el Título I y II, como no cabría hacerlo entre «bases de las obligaciones contractuales» y «bases de los contratos obligatorios». En este sentido, se explica en la Exposición de Motivos de la PCC que «La delimitación entre lo que es teoría general de la obligación y lo que es teoría general del contrato resulta extraordinariamente difícil. Ello tiene que ver con el hecho de que el contrato es la principal fuente de las obligaciones, y hay ciertos tipos de obligaciones que solo pueden —o suelen— nacer de los contratos; pero también con el hecho de que la elaboración doctrinal de la teoría de la obligación se hizo a partir del estudio de las obligaciones nacidas de contrato (...) Para la toma de decisión de determinar qué hay que incluir en el Título de la obligación y qué en el Título de los contratos la tradición no ayuda demasiado como criterio; tampoco la doctrina, pues hay autores que incluyen en la teoría del contrato ciertas figuras que otros estudian dentro de la teoría de la obligación. Se ha optado por incluir en las obligaciones todo lo que tenga que ver con la obligación propiamente dicha (...) mientras que todo lo que vaya referido principalmente al negocio del que surge la obligación se ha incluido en el Título de los contratos. No obstante, se ha huido de rigideces en la aplicación de este criterio, de modo que en ocasiones han prevalecido otras razones, y hay materias cuya regulación se incluye entre las obligaciones y que, igualmente, habrían podido incorporarse en el Título de los contratos», *Propuesta de Código civil, op. cit.*, pp. 200-201.

¹⁵⁷ No en vano, la propia STC 132/2019 llega a señalar, como cuerpo normativo del que desprender los principios que informarían las bases de las obligaciones (nada menos) a los títulos I y II del libro IV del CC (arts. 1088 a 1314).

¹⁵⁸ En el sentido apuntado por GARCÍA RUBIO: «Este nuevo Código civil [tratando, no de la PCC, sino de una hipótesis de recodificación idónea], concebido como un depósito de principios y no como depósito de una disciplina científica, sería aplicable a todo el Derecho privado, pues en la realidad de nuestro tiempo la unidad del Derecho privado no es un capricho, ni siquiera es una opción, es más bien una genuina necesidad», 2015, p. 98. También para CASANOVA ASENCIO, «(...) siendo el Derecho Civil el ámbito adecuado para la regulación de las bases de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de que se establezcan las especialidades que se consideren convenientes para la contratación profesionalizada», 2019. Abundando en la preferencia de la legislación civil para este ámbito material, GONDRA afirma que «Reivindicar a estas alturas la idea de una *aequitas mercatoria*, con pretensiones de una metodología y una técnica jurídica de Teoría general diferente de la civil, no tiene el menor sentido», 2013, p. 40 y, por ello «Construir, en paralelo con la Parte general del Derecho de obligaciones y contratos contenida en el Código civil que, en cuanto Teoría general y Derecho común, sirve para todos los Derechos especiales, una parte general “especial” de obligaciones y contratos mercantiles, carece a mi juicio de toda lógica (...) Y, por supuesto, la alternativa de duplicar la misma Teoría general civil en el Código mercantil tiene aún menos sentido», p. 40.

lativamente tales «bases» sobre Títulos o conjuntos normativos homogéneos, antes que predicarlo de distintas normas diseminadas en el Código. Por ello, parece idóneo el mantener la regulación general del desistimiento, «en todo caso», en el ámbito regulado de las disposiciones generales de las obligaciones contractuales.

TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional	Ponente	Marginal
STC 48/1988, de 22 marzo.	Gloria Begué Cantón.	[RTC 1988\48].
STC 147/1991, de 4 julio.	Eugenio Díaz Eimil.	[RTC 1991\147].
STC 197/1996, de 28 noviembre.	Julio Diego González Campos.	[RTC 1996\197].
STC 132/2019, de 13 noviembre.	Juan José González Rivas.	[RTC 2019\132].

Tribunal Supremo	Ponente	Marginal
STS de 14 de abril de 1897.	J. Garnica.	<i>G. 5 mayo 1897, t. 81, p. 706.</i>
STS de 22 de noviembre de 1974.	Baltasar Rull Villar.	[RJ 1974\4376].
STS de 10 de junio de 1975.	Julio Calvillo Martínez.	[RJ 1975\3265].
STS de 10 de marzo de 1979.	Gregorio Díez Canseco y de la Puerta.	[RJ 1979\858].
STS de 13 mayo 1983.	Antonio Sánchez Jáuregui.	[RJ 1983\2822].
STS de 8 julio 1983.	Jaime De Castro García.	[RJ 1983\4203].
STS de 8 de octubre de 1987.	Cecilio Serena Velloso.	[RJ 1987\6766].
STS de 15 octubre 1992.	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.	[RJ 1992\7821].
STS 474/1993 de 13 de mayo.	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.	[RJ 1993\3546].
STS 1013/1994 de 15 noviembre.	Francisco Morales Morales.	[RJ 1994\8488].
STS de 29 noviembre 1995.	Antonio Gullón Ballesteros.	[RJ 1995\8361].
STS 1996 de 9 de febrero.	Jesús Marina Martínez-Pardo.	[RJ 1996\865].
STS 840/1996, de 17 octubre.	Alfonso Villagómez Rodil.	[RJ 1996\7115].
STS 386/1997, de 12 mayo.	Eduardo Fernández-Cid de Temes.	[RJ 1997\4121].
STS 815/2000, de 28 julio.	José Ramón Vázquez Sandes.	[RJ 2000\6202].
STS 1117/2001, de 3 de diciembre.	Francisco Marín Castán.	[RJ 2001\9924].
STS 419/2003, de 25 abril.	Jesús Corbal Fernández.	[RJ 2003\3546].
STS 292/2005, de 26 abril.	Alfonso Villagómez Rodil.	[RJ 2005\3933].
STS 679/2005, de 29 de septiembre.	Pedro González Poveda.	[RJ 2005\8892].
STS 1103/2006, de 8 noviembre.	Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.	[RJ 2006\9419].

Tribunal Supremo	Ponente	Marginal
STS 959/2008, de 22 octubre.	Juan Antonio Xiol Ríos.	[RJ 2008\5787].
STS 54/2010, de 19 de febrero.	Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.	[RJ 2000\1788].
STS 404/2010, de 18 junio.	Antonio Salas Carceller.	[RJ 2010\4892].
STS 69/2012, de 29 de febrero.	Román García Varela.	[RJ 2012\4995].
STS 318/2012, de 24 mayo.	Antonio Salas Carceller.	[RJ 2012\6538].
STS 36/2015 de 30 enero.	Xavier O'Callaghan Muñoz.	[RJ 2015\317].
STS 123/2015, de 4 marzo.	Rafael Saraza Jimena.	[RJ 2015\1095].
STS 208/2016, de 5 de abril.	Ángel Fernández Pantaleón Prieto.	[RJ 2016\4287].
STS 539/2017, de 3 de octubre.	Francisco Javier Arroyo Fiestas.	[RJ 2017\4871].
ATS de 28 enero de 2014.	Sebastian Sastre Papiol.	[JUR 2014\46421].
ATS de 26 de abril de 2017.	Pedro José Vela Torres.	[JUR 2017\99941].

Audiencias Provinciales	Ponente	Marginal
SAP de Barcelona 577/2006, de 19 de octubre.	Francisco Herrando Millán.	[JUR 2007\140596].
SAP de Burgos 415/2009, de 5 noviembre.	Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia.	[AC\2009\2400].
SAP de Sevilla 112/2010, de 9 marzo.	Fernando Sanz Talayero.	[AC 2010\1392].
SAP de Córdoba 302/2010, de 14 diciembre.	José María Magaña Calle.	[JUR 2011\391683].
SAP de Valencia 137/2011, de 14 marzo.	Alejandro Giménez Murria.	[JUR 2011\270849].
SAP de Zaragoza 273/2012, de 15 mayo.	Francisco Acín Garós.	[JUR 2012\199026].
SAP de Murcia 248/2013, de 18 de abril.	Carlos Moreno Millán.	[JUR 2013\203292].
SAP de Orense 239/2013, de 14 junio.	Josefa Otero Seivane.	[JUR 2013\243855].
la SAP de Barcelona 571/2013, de 19 diciembre.	Francisco Herrando Millán.	[JUR 2014\21023].
SAP de la Rioja 46/2014, de 18 febrero.	María José Martín Argudo.	[JUR 2014\90777].
SAP de Zaragoza 121/2015, de 14 abril.	Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate.	[JUR 2015\132635].
SAP de Albacete 255/2015, de 15 octubre.	José García Bleda.	[JUR 2015\296693].
SAP de Madrid 33/2016, de 3 marzo.	Juan Ángel Moreno García.	[JUR 2016\88949].

Audiencias Provinciales	Ponente	Marginal
SAP de Málaga 377/2016, de 31 mayo.	Antonio Alcalá Navarro.	[JUR 2016\266280].
SAP de Palencia 129/2016, de 20 junio.	Carlos Miguelez del Río.	[JUR 2016\259380].
SAP de Pontevedra 339/2016, de 27 junio.	María Begoña Rodríguez González.	[JUR 2016\188038].
SAP de Pontevedra 567/2016, de 5 diciembre.	María Begoña Rodríguez González.	[JUR 2017\5518].
SAP de Vizcaya 99/2017, de 30 marzo.	Leonor Ángeles Cuenca García.	[JUR 2017\136679].
SAP de Asturias 191/2017, de 10 julio.	Javier Antón Guijarro.	[JUR 2017\224641].
SAP de Sevilla 472/2017, de 11 diciembre.	Víctor Nieto Matas.	[JUR 2018\86734].
SAP de Málaga 11/2018, de 12 enero.	Inmaculada Melero Claudio.	[JUR 2018\264644].
SAP de Córdoba 337/2018, de 11 mayo.	Felipe Moreno Gómez.	[JUR 2018\259949].
SAP de Córdoba 82/2019, de 24 de enero.	Felipe Moreno Gómez.	[JUR 2019\66878].

JURISPRUDENCIA DE DERECHO COMPARADO

Italia.	Cass. civ. n. 11642/2003, de 29 de julio.
Italia.	Cass. civ. n. 9132/2012, de 6 de junio.
Italia.	Cass. civ. n.2130/2017, de 27 de enero.
Portugal.	<i>Acórdão</i> STJ 4865/07.7TVLSB. L1. S1, de 7 de julio de 2010.
Portugal.	<i>Acórdão</i> STJ 4747/07.2TVLSB. L1. S1, de 5 de febrero de 2015.
<i>Inglaterra.</i>	<i>Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores Ltd</i> , 1998 AC, 1.
<i>Inglaterra.</i>	<i>J. C. Williamson Ltd. v. Lukey and Mulholland</i> , 1931 45 C. L. R..
<i>Chile.</i>	Resolución n.º438081, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de mayo de 2016 (causa civil n.º 10066/2015)

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO PÉREZ, María Teresa: *Los contratos de servicios de Abogados, Médicos y Arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997.
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret*, 4/2010, pp. 1-19.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «¿Es el CESL legislación inteligente?», en *Revista CESCO*, n.º 11/2014, pp. 201-228.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización», *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ataz López, J., y García Pérez, C. L. (coords), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 57-117.
- BARENDRECHT, Maurits: *et alii, Principles of European Law. Service Contracts*, Sellier, Munich, 2007.
- BATTELLI, Ettore: «La disciplina del recesso», en *I contratti di appalto privato*, Cuffaro (dir.), Milán, 2011.
- BELTRAN DE HEREDIA, José: *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.
- BELUCHE RINCÓN, Iris: «El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral», en *RDC*, v. II, n.º 2, 2015, pp. 69-126.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Artículo 1176», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albadalejo, M., y Díaz Alabart (dirs.), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.
- BLASCO GASCO, Francisco: en «Derecho judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y vigiliass del juez)», *Jueces para la democracia. Información y debate*, n.º 41, Asociación Jueces para la Democracia, Madrid, 2001, pp. 70-79.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, y MEJÍAS ALONZO, Claudia: «El derecho supletorio del contrato de servicios en el código civil chileno. Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 46, 2016, pp. 71-103.
- BURROWS, Andrew: *Understanding the Law of obligations*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: «Arrendamiento de servicios», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 575-576.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 677/2005, pp. 7-12.
- *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- CASANOVA ASENCIO, Andrea Salud: «Retraso y mora del deudor en la Propuesta de Código civil de la APDC», *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ataz López, J., y García Pérez, C. L. (coords.) Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 259-284.

- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- A propósito del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la compraventa», *Indret* 3/2015, pp. 1-34.
- CLEMENTE MEORO, Mario: *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009.
- DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo: «El “resultado” en la obligación del médico, ¿ideas sensatas que pueden volverse locas?», *Estudios del Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2006, tomo I, pp. 414-468.
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: «El contrato de servicios y la Propuesta de Modernización del Código civil español», en el *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2134, 2011, pp. 1-17.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: «La jurisprudencia en el nuevo Título Preliminar del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVIII, fasc. II, 1975, pp. 437-458.
- Derecho procesal civil: el proceso de declaración, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- *Ejecución forzosa, procesos especiales*, Tercera edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «El mandato», *Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, 2000, pp. 225-248.
- DEMOGUE, René: «Des modifications du contrat par volonté unilatérale», *RTD-Civ*, 1907.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «El desistimiento o denuncia en los contratos de duración indefinida», en *Extinción de los contratos. Un enfoque comparado*, Díaz Alabart, S., et alii (coords.), La Ley (Thomson Reuters), Buenos Aires, 2017, pp. 203-248.
- DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, Calixto: *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Comares, Granada, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, 2008.
- DURAND-PASQUIER, Gwénaëlle: *Le maître de l'ouvrage, contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, Delebecque, Ph., (dir. t), París I, 2005.
- ECHEVERRÍA SÁENZ, Josefa: *El contrato de franquicia: definición y conflictos en las relaciones internas*, McGraw Hill, Madrid, 1995.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan: «Competencia en materia de derecho civil», *Revista catalana de Dret públic*, número especial sobre el Estatuto, 2010, pp. 340-345.
- ELIZANDE Y AYMARICH, Pedro: «El Derecho civil de los Estatutos de Autonomía», *Anuario de Derecho Civil*, 1984, pp. 389-436.
- ESCARTÍN, José Antonio: «El contrato de servicios», en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, T. III-1, Prats Albertosa, L. (coord.), Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer, 2012.
- FARNSWORTH, Edward Allan (y WOLFE, Zachary): *Farsworth on Contracts*, Aspen Publishers, Gaithersburg, 2010.
- FARRAJOTA, Joana: *Os Efeitos da Resolução Infundada por Incumprimento do Contrato*, Pinto Duarte, R., (dir. T.), Universidade Nova de Lisboa, 2013.

- FENOY PICÓN, Nieves: «Comentario de Sentencia 5 de junio de 2008», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 80, 2009, pp. 571-590.
- «La Modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, f. IV, 2011, pp. 1481-1685.
- FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián: «Algunas cuestiones prácticas sobre el derecho de retención», *La Notaría*, n.º 9-10/2003, pp. 123-146.
- GALÁN CORONA, Eduardo: «Contrato de servicios mercantiles y contrato de servicios electrónicos en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Bercovitz A., (dir), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 419-432.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: «El desistimiento en los contratos *intuitu personae*. La pérdida de confianza», en *Extinción de los contratos. Un enfoque comparado*, Díaz Alabart, S., et alii (coords.), La Ley (Thomson Reuters), Buenos Aires, 2017, pp. 467-527.
- GÁLVEZ CRIADO, Antonio: *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- «El desistimiento del consumidor (o usuario) en los contratos de obra y servicios», *Contrato de obra y protección de los consumidores*, Albiez Dhormann, K. J., y Rodríguez Marín, C. (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 427-458.
- GARCÍA GOYENA, Francisco: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, tomo III, Madrid, 1852.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, Joaquina: «El control de contenido de las cláusulas no negociadas entre empresarios», *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ataz López, J., y García Pérez, C. L., (coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 343-370.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código mercantil», en *Revista de Derecho civil*, vol. I, n.º 1, 2014 (1), pp. 7-27.
- *Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil*, Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García, vol. I, Editum, Murcia, 2014 (2), pp. 1939-1954.
- «Hacia un nuevo Código de obligaciones y contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación», *Codificaciones del Derecho privado en el S. XXI*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 61-113.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en el Derecho español», *Indret*, n.º 3, 2007, pp. 1-49.
- GONDRA, José María: «La deconstrucción del concepto del derecho mercantil en aras de la unidad de mercado. Una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, 290, 2013, pp. 27-52.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Artículo 1124», en *Comentarios al Código civil*, tomo VI, Bercovitz Rodríguez Cano, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8213-8261.
- «Capítulo II. Cláusulas abusivas», *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1360-1361.
- GUERRINI, Luca: «Ius variandi e recesso discrezionale nel contratto di appalto», *Rivista di diritto privato*, 1/2015, pp. 69-87.
- HOLMES, Oliver Wendell: «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, n.º 457, 1897 (a través de la Biblioteca Jurídica Digital Antonio Reverte, <http://bib-antonioreverte.um.es/Autores/Holmes.xml>).

- JORDANO FRAGA, Francisco, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria: estudio jurisprudencial del art. 1504 del Código civil*, Civitas, Madrid, 1992.
- KLEIN, Michele: *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «El principio aragonés *Standum est Chartae*», *Anuario de Derecho civil*, vol. 39, n.º 3, 1986, pp. 683-762.
- (*Et alii*) *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2009.
- LÓPEZ LÓPEZ, Ángel María: «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil», *Contratos de servicios y de obra*, Universidad de Jaén, Jaén, 1995.
- LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Artículo 1594», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albadalejo, M., y Díaz Alabart (dirs.), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1987-1990.
- MACANAS, Gabriel: «La facultad de desistimiento en los contratos de servicios (¿incumplimiento remediable o instrumento responsable?)», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, González Pacanowska, I., y García Pérez, C. L. (coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 215-290.
- «La renuncia del abogado en el contrato de servicios», *Indret*, 3/2015, pp. 1-64.
- «La imposibilidad sobrevenida de la PMCC», en *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*, Hornero Méndez, C., et alii (coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 361-382.
- «El mutuo disenso y su regulación en la Propuesta de Código civil de la APDC (art. 526-2 PCC)», en *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ataz López, J., y García Pérez, C. L., (coords.) Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 145-188.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Jurisprudencia civil española (1894-1897)*, Imprenta de la Revista de Legislación, 1898 (a través de la Biblioteca Jurídica Digital Antonio Reverte, <http://bib-antonioreverte.um.es/Autores/Manresa.xml>).
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, PARRA LUCÁN, María Ángeles: *Curso de Derecho Civil*, tomo II, Colex, Madrid, 2011.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid, 2010.
- MORENO QUESADA, Luis: «Contratos de prestación de actividad en servicio ajeno», *Curso de Derecho civil*, Sánchez Calero, F. J., Moreno Quesada, B., (coords.), T. II, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 511-569.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho procesal civil*, 12.ª Edición, Aranzadi, Madrid, 2013.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, n.º 4, 1989, pp. 1143-1168.
- PÉREZ-CASTRILLO, David: «El Reparto del Botín», *Un Paseo por la Geometría*, Ibáñez-Torres, R., y Macho-Stadler, M. (eds.), Universidad del País Vasco, 2004, pp. 1-16.
- PINDICK, Robert Stephen, y RUBINFELD, Daniel Lee: *Microeconomía*, Ed. Prentice Hall, 1995.
- POTHIER, Robert Joseph: *Tratado de la locación-conducción*, Barcelona, 1841 (a través de la Biblioteca Jurídica Digital Antonio Reverte, <http://bib-antonioreverte.um.es/Autores/Pothier.xml>).

- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales», *Anuario de Derecho civil*, f. II, 2001, pp. 681-751.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: *El desistimiento unilateral: como causa de extinción del contrato*, Montecorvo, Madrid, 1989.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia: «La reforma de los códigos, civil y de comercio: la unificación del derecho de obligaciones y contratos y la sede normativa del derecho de consumo», *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, n.º 24, 2010, pp. 119-150.
- ROSITO, Dina: «L'appalto», *Trattario di Diritto civile. Contratti speciali*, Cendon, P. (dir), Giuffrè, Milán, 2016.
- ROWAN, Solene: *Remedies for breach of contract*, Oxford University Press, 2011.
- RUBINO, Domenico: *L'Appalto*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1946.
- RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXI, f. IV, 2018, pp. 1351-1486.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales», *Derecho privado y Constitución*, n.º 1, 1993, pp. 151-176.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1899.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo: «El derecho al desistimiento unilateral del cliente», *Revista Ius et Praxis*, n.º 2, 2018, pp. 303-340.
- SMITH, Lionel: «Understanding Specific Performance», *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Cohen, N. y McKendrick, E., (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 221-234.
- SOLER PRESAS, Ana: «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1.ª de 15 de noviembre de 1994)», *Anuario De Derecho Civil*, Vol. 48, n.º 2, 1995, pp. 951-970.
- TORAL LARA, Estrella: «Consecuencias derivadas del desistimiento anticipado del arrendatario, no pactado ni aceptado por el arrendador, en el arrendamiento de local de negocio», *CCJC*, n.º 106, 2018, pp. 279-315.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más allá hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 199-216.
- VAQUERO PINTO, María José: *El arrendamiento de servicios*, Comares, Granada, 2005.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen: *El servicio como objeto del tráfico jurídico*, La Ley, 2009.
- VON BAR, Christian, y CLIVE, Eric: (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition, Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law*, Sellier, Múnich, 2009.
- VON IHERING, Rudolf: *El fin en el Derecho*, B. Rodríguez Serra (Ed.), Madrid, 1911 (a través de la Biblioteca Jurídica Digital Antonio Reverte, <http://bib-antonioreverte.um.es/Autores/Ihering.xml>).
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatut y sus efectos sobre el Derecho civil (y mercantil) español», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 294, 2014, pp. 13-58.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables», *Indret* 4/2016, pp. 1-33.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MARTA OTERO CRESPO

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Departamento de Derecho Común
Universidade de Santiago de Compostela

JULIA AMMERMAN YEBRA

Investigadora Predoctoral de Derecho civil (FPU)
Departamento de Derecho Común
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Legislación*. A) Normativa Vigente. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de Sociedades. Derecho de Sucesiones. Protección de Datos Personales. Propiedad Intelectual. Responsabilidad Civil y Seguros. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Cooperación Judicial. Derecho Antidiscriminatorio. Marcas, Dibujos y Modelos. Protección de Datos –II. *Procedimientos Jurisdiccionales*. Banca y Mercados. Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Derecho de la Competencia. Derecho de Familia. Derecho de Sociedades. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

DERECHO DE CONSUMO

- 1. Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, DOUE, L, núm. 328, de 18 de diciembre de 2019.**

DERECHO DE CONTRATOS

2. **Corrección de errores de la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DO L 136 de 22 de mayo de 2019), DOUE, L, núm. 305, de 26 de noviembre de 2019.**

DERECHO DE SOCIEDADES

3. **Corrección de errores de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DO L 169 de 30 de junio de 2017), DOUE, L, núm. 5, de 9 enero de 2020.**

DERECHO DE SUCESIONES

4. **Corrección de errores del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201 de 27 de julio de 2012), DOUE, L, núm. 243, de 23 de septiembre de 2019.**

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

5. **Decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de octubre de 2019 por la que se establecen normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en materia de tratamiento de datos personales en el ejercicio de funciones no jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, DOUE, L, núm. 261, de 14 de octubre de 2019.**

PROPIEDAD INTELECTUAL

6. **Corrección de errores de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DO L 130 de 17 de mayo de 2019), DOUE, L, núm. 259, de 10 de octubre de 2019.**
7. **Corrección de errores 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 (DO L 136 de 22 de mayo de 2019), DOUE, L, núm. 305, de 26 de noviembre de 2019.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

8. **Reglamento Delegado (UE) 2019/1935 de la Comisión de 13 de mayo de 2019 por el que se modifica la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación por las que se adaptan los importes básicos en euros relativos al seguro de responsabilidad civil profesional y a la capacidad financiera de los intermediarios de seguros y reaseguros, DOUE, L, núm. 301, de 22 de noviembre de 2019.**
9. **Directiva (UE) 2019/2177 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 2009/138/CE sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros y la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE, L, núm. 334, de 27 de diciembre de 2019.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

COOPERACIÓN JUDICIAL

10. **Conclusiones del Consejo sobre el futuro de la cooperación judicial en materia civil, DOUE, C, núm. 419, de 12 de diciembre de 2019.**

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

11. **Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2018, sobre igualdad de género en los medios de comunicación en la Unión (2017/2210(INI)), DOUE, C, núm. 390, de 18 de noviembre de 2019.**
12. **Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2018, sobre la capacitación de mujeres y niñas a través del sector digital (2017/3016(RSP)), DOUE, C, núm. 390, de 18 de noviembre de 2019.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

13. **Decisión del Parlamento Europeo de no formular objeciones al Reglamento Delegado de la Comisión, de 5 de marzo de 2018, que complementa el Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea y deroga el Reglamento Delegado (UE) 2017/1430 (C(2018)01231 – 2018/2618(DEA)), DOUE, C, núm. 390, de 18 de noviembre de 2019.**

PROTECCIÓN DE DATOS

14. **Decisión del Tribunal de Justicia, de 1 de octubre de 2019, por la que se establece un mecanismo interno de supervisión en materia de tratamiento de datos personales efectuado en el marco de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia, DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
15. **Decisión del Tribunal General, de 16 de octubre de 2019, por la que se establece un mecanismo interno de supervisión en materia de tratamiento de datos personales efectuado en el marco de las funciones jurisdiccionales del Tribunal General, DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
16. **Resumen del dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el mandato de negociación de un acuerdo entre la UE y Japón para la transferencia y el uso de los datos del registro de nombres de los pasajeros, DOUE, C, núm. 419, de 12 de diciembre de 2019.**
17. **P8_TA(2018)0348 Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y la libre circulación de estos datos ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos u organismos de la Unión y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 45/2001 y la Decisión núm. 1247/2002/CE (COM(2017)0008 – C8-0008/2017 – 2017/0002(COD)), DOUE, C, núm. 433, de 23 de diciembre de 2019.**
18. **P8_TA(2018)0381 Libre circulación de datos no personales en la Unión Europea ***I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea (COM(2017)0495 – C8-0312/2017 – 2017/0228(COD)), DOUE, C, núm. 11, de 13 de enero de 2020.**
19. **P8_TC1-COD(2017)0228 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 4 de octubre de 2018 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2018/... del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea, DOUE, C, núm. 11, de 13 de enero de 2020.**
20. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea» [COM(2019) 250 final], DOUE, C, núm. 14, de 15 de enero de 2020.**

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

BANCA Y MERCADOS

21. **Asunto T-635/19: Recurso interpuesto el 25 de septiembre de 2019 – Fondazione Cassa di Risparmio di Pesaro y otros/Comisión, DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

22. **Asunto C-530/18: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 10 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Ilfov – Rumanía) – EP/FO [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia en materia de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Artículo 15 – Remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto – Excepción a la regla de competencia general del órgano jurisdiccional del lugar de residencia habitual del menor – Vinculación especial con otro Estado miembro – Elementos que permiten determinar el órgano jurisdiccional mejor situado – Existencia de normas jurídicas diferentes – Interés superior del menor], DOUE, C, núm. 319, de 23 de septiembre de 2019.**
23. **Asunto C-433/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 6 de junio de 2019 – Ellmes Property Services Limited/SP, DOUE, C, núm. 357, de 21 de octubre de 2019.**
24. **Asunto C-47/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien – Austria) – Skarb Pánstwa Rzeczpospolitej Polskiej – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad/Stephan Riel, en calidad de administrador concursal de Alpine Bau GmbH [Procedimiento prejudicial – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Ámbito de aplicación – Artículo 1, apartado 2, letra b) – Quiebras, convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos – Exclusión – Acción de reconocimiento de un crédito a efectos de su registro en el marco de un procedimiento de insolvencia – Aplicación del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Artículo 41 – Contenido de la presentación de un crédito – Procedimiento principal y procedimiento secundario de insolvencia – Litispendencia y conexidad – Aplicación por analogía del artículo 29, apartado 1, del Reglamento núm. 1215/2012 – Improcedencia], DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.**
25. **Asunto C-709/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 25 de septiembre**

- de 2019 – Vereniging van Effectenbezitters/BP plc, DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.
26. Asunto C-800/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Apelacyjny w Warszawie (Polonia) el 30 de octubre de 2019 – SM przeciwko Mittelbayerischer Verlag KG, DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
27. Asunto C-433/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – ML/Aktiva Finants OÜ [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Exigencia de un procedimiento contradictorio y de un recurso efectivo – Resolución de un tribunal nacional por la que se otorga la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal de otro Estado miembro – Procedimiento nacional de autorización para interponer recurso de apelación], DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.
28. Asunto C-913/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Białymstoku (Polonia) el 13 de diciembre de 2019 – CNP spółka z o.o./Gefion Insurance A/S, DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.
29. Asunto C-946/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) el 27 de diciembre de 2019 – MG/HH, DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.

COOPERACIÓN JUDICIAL

30. Asunto C-451/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 29 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Győri Ítéltábla – Hungría) – Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft./DAF Trucks NV [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencias especiales – Artículo 7, punto 2 – Materia delictual o cuasidelictual – Lugar donde se ha producido el hecho dañoso – Lugar donde se ha materializado el daño – Pretensión de indemnización del perjuicio supuestamente ocasionado por un cártel declarado contrario al artículo 101 TFUE y al artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo], DOUE, C, núm. 319, de 23 de septiembre de 2019.
31. Asunto C-347/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Milano – Italia) – Avv. Alessandro Salvoni/Anna Maria Fiermonte [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 53 – Certificado relativo a una resolución judicial en materia civil y mercantil que figura en el anexo 1 – Facultades del tribunal

de origen – Verificación de oficio de la existencia de infracción de las reglas para determinar la competencia judicial en materia de contratos celebrados por los consumidores], DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.

32. Asunto C-468/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Constanța – Rumanía) – R/P [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos – Reglamento (CE) núm. 4/2009 – Artículo 3, letras a) y d), y artículo 5 – Órgano jurisdiccional ante el que se presentan tres demandas conjuntas relativas al divorcio de los padres de un menor, a la responsabilidad parental y a la obligación de alimentos a favor del hijo – Declaración de competencia en materia de divorcio y de incompetencia en materia de responsabilidad parental – Competencia para conocer de la demanda relativa a la obligación de alimentos – Órgano jurisdiccional del lugar en el que el demandado tiene su residencia habitual y ante el que comparece], DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
33. Asunto C-208/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de octubre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud České republiky República Checa) – Jana Petruřhová/FIBO Group Holdings Limited [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 17, apartado 1 – Competencia en materia de contratos celebrados por consumidores – Concepto de «consumidor» – Persona física que efectúa operaciones en el mercado internacional de divisas a través de una sociedad de corretaje – Reglamento (CE) núm. 593/2008 (Roma I) – Directiva 2004/39/CE – Concepto de «cliente minorista»], DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
34. Asunto C-272/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de octubre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Verein für Konsumenteninformation/TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Ley aplicable a las obligaciones contractuales – Exclusión del Derecho de sociedades del ámbito de aplicación del Convenio de Roma y del Reglamento (CE) núm. 593/2008 (Roma I) – Contrato fiduciario celebrado entre un profesional y un consumidor cuyo único objetivo es la administración de una participación comanditaria], DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
35. Asunto C-548/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de octubre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Saarländisches Oberlandesgericht – Alemania) – BGL BNP Paribas SA/TeamBank AG Nürnberg [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 593/2008 – Ley aplicable a las obligaciones contractuales – Artículo 14 – Cesión de

- créditos – Oponibilidad frente a terceros], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
36. Asunto C-213/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7 de noviembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Roma – Italia) – Adriano Guaitoli y otros/easyJet Airline Co. Ltd [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 7, punto 1, letra a) – Órgano jurisdiccional competente en materia contractual – Normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículos 5, 7, 9 y 12 – Convenio de Montreal – Competencia – Artículos 19 y 33 – Pretensión de indemnización y de reparación de los perjuicios sufridos en caso de cancelación o retraso de un vuelo], DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
37. Asunto C-555/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de noviembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayon en sad – Bulgaria) – K. H. K./B. A. C., E. E. K. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 655/2014 – Orden europea de retención de cuentas – Artículo 5, letra a) – Procedimiento para su obtención – Artículo 4, puntos 8 a 10 – Conceptos de «resolución judicial», «transacción judicial» y «documento público con fuerza ejecutiva» – Requerimiento de pago nacional contra el que puede formularse oposición – Artículo 18, apartado 1 – Plazos – Artículo 45 – Circunstancias excepcionales – Concepto], DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
38. Asunto C-421/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de première instance de Namur – Bélgica) – Ordre des avocats du barreau de Dinant/JN [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Artículo 7, punto 1, letra a) – Competencia especial en materia contractual – Concepto de «materia contractual» – Demanda de abono de las cuotas anuales que un abogado adeuda a un colegio de abogados], DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.
39. Asunto C-493/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 4 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – UB/VA, Tiger SCI, WZ, en su condición de administrador concursal de UB, Banque patrimoine et immobilier SA [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Procedimientos de insolvencia – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Artículo 3, apartado 1 – Acciones que se derivan directamente del procedimiento de insolvencia y que

guardan estrecha relación con él – Venta de un bien inmueble y constitución de hipoteca – Acción ejercitada por el administrador concursal para que se declare la ineficacia de tales actos frente a los acreedores – Artículo 25, apartado 1 – Competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro de apertura del procedimiento de insolvencia], DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.

40. Asuntos acumulados C-453/18 y C-494/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2019 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo y por el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona) – Bondora AS/Carlos V. C. (C-453/18), XY (C-494/18) [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Proceso monitorio europeo – Reglamento (CE) núm. 1896/2006 – Aportación de documentación complementaria que acredite la deuda – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Directiva 93/13/CEE – Control por parte del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado una petición de requerimiento europeo de pago], DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.
41. Asunto C-200/19: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de noviembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Trgovački sud u Zagrebu – Croacia) – INA-INDUSTRIJA NAFTE d.d. y otros/LJUBLJANSKA BANKA d.d. [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Artículo 7, punto 1, letra a) – Competencia especial en materia contractual – Concepto de «materia contractual» – Obligaciones financieras impuestas por la Ley nacional a los copropietarios de un inmueble – Acción judicial por la que se solicita la ejecución de esas obligaciones], DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.
42. Asunto C-200/19: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de noviembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Trgovački sud u Zagrebu – Croacia) – INA-INDUSTRIJA NAFTE d.d. y otros/LJUBLJANSKA BANKA d.d. [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Artículo 7, punto 1, letra a) – Competencia especial en materia contractual – Concepto de «materia contractual» – Obligaciones financieras impuestas por la Ley nacional a los copropietarios de un inmueble – Acción judicial por la que se solicita la ejecución de esas obligaciones], DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.

DERECHO DE CONSUMO

43. Asunto C-438/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 11 de junio de 2019 – Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V./Frontline Digital GmbH, DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.
44. Asunto C-452/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 6 de Ceuta (España) el 12 de junio 2019 – YV/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A., DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.
45. Asunto C-455/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 6 de Ceuta (España) el 12 de junio de 2019 – BX/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A., DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.
46. Asunto C-482/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 6 de Ceuta (España) el 24 de junio de 2019 – JF y KG/Bankia S. A., DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.
47. Asunto C-578/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom (Reino Unido) el 30 de julio de 2019 – X/Kuoni Travel Ltd, DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.
48. Asunto C-495/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Poznaniu (Polonia) el 26 de junio de 2019 – Kancelaria Medius SA/RN, DOUE, C, núm. 337, de 7 de octubre de 2019.
49. Asunto C-519/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Polonia) el 9 de julio de 2019 – Passenger Rights spółka akcyjna w Warszawie/Ryanair DAC w Dublinie (Irlanda), DOUE, C, núm. 337, de 7 de octubre de 2019.
50. Asunto C-529/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Potsdam (Alemania) el 11 de julio de 2019 – Möbel Kraft GmbH & Co. KG/ML, DOUE, C, núm. 348, de 14 de octubre de 2019.
51. Asunto C-609/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal d'instance de Lagny-sur-Marne (Francia) el 13 de agosto de 2019 – BNP Paribas Personal Finance SA/VE, DOUE, C, núm. 348, de 14 de octubre de 2019.
52. Asunto C-600/19: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (España) el 6 de agosto de 2019 – MA/Ibercaja Banco, SA, DOUE, C, núm. 357, de 21 de octubre de 2019.

53. **Asunto C-524/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 2 de Nules (España) el 9 de julio de 2019 – Investcapital Ltd/FE, DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.**
54. **Asunto C-143/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Bonn – Alemania) – Antonio Romano, Lidia Romano/DSL Bank, una sucursal de DB Privat– und Firmenkundenbank AG, DSL Bank, una sucursal de DB Privat– und Firmenkundenbank AG, anteriormente DSL Bank —una división de Deutsche Postbank AG – Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2002/65/CE – Contrato a distancia de crédito al consumo – Derecho de rescisión – Ejercicio del derecho de rescisión después de que el contrato haya sido ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor – Comunicación al consumidor de información sobre el derecho de rescisión), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
55. **Asunto C-331/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 5 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský súd v Prešove – Eslovaquia) – TE/Pohotovosť s. r. o. (Procedimiento prejudicial – Directiva 2008/48/CE – Protección de los consumidores – Crédito al consumo – Artículo 10, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3 – Información que debe mencionarse en el contrato – Normativa nacional que establece la obligación de precisar para cada pago el reparto entre el reembolso del capital, los intereses y los costes), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
56. **Asunto C-383/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy Lublin-Wschód w Lublinie z siedzibą w Świdniku – Polonia) – Lexitor sp. z o.o./Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo – Kredytowa im. Franciszka Stefczyka, Santander Consumer Bank S. A., mBank S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Contratos de crédito al consumo – Directiva 2008/48/CE – Artículo 16, apartado 1 – Reembolso anticipado – Derecho del consumidor a la reducción del coste total del crédito correspondiente a los intereses y gastos adeudados por la duración del contrato que quede por transcurrir), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
57. **Asunto C-417/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vilniaus apygardos administracinis teismas – Lituania) – AW, BV, CU, DT/Lietuvos valstybė, representado por el Lietuvos Respublikos ryšių reguliavimo tarnyba, el Bendrasis pagalbos centras y el Lietuvos Respublikos Vidaus reikalų ministerija (Procedimiento prejudicial – Directiva 2002/22/CE – Servicio universal y derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas – Artículo 26, apartado 5 – Número único europeo de llamada de emergencia – Transmisión de infor-**

- mación relativa a la ubicación de la persona que efectúa la llamada), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
58. Asunto C-34/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Ítéltábla – Hungría) – Otília Lovasné Tóth/ERSTE Bank Hungary Zrt (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Artículo 3, apartados 1 y 3 – Anexo de la Directiva 93/13/CEE – Número 1, letras m) y q) – Contrato de préstamo hipotecario – Acta notarial – Inserción de la apostilla ejecutiva por un notario – Inversión de la carga de la prueba – Artículo 5, apartado 1 – Redacción clara y comprensible), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
 59. Asunto C-686/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa (Senāts) (Letonia) el 18 de septiembre de 2019 – SIA «Soho Group»/Patērētāju tiesību aizsardzības centrs, DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
 60. Asunto C-621/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria – Hungría) – Gyula Kiss/CIB Bank Zrt., Emil Kiss, Gyuláné Kiss (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículo 3, apartado 1 – apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Artículo 4, apartado 2 – Artículo 5 – Obligación de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales – Cláusulas que obligan al pago de gastos por servicios no especificados), DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
 61. Asunto C-260/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – Kamil Dziubak, Justyna Dziubak/Raiffeisen Bank International AG, prowadzący działalność w Polsce w formie oddziału pod nazwą Raiffeisen Bank International AG Oddział w Polsce, anteriormente Raiffeisen Bank Polska SA (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con consumidores – Cláusulas abusivas – Préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera – Cláusula relativa a la determinación del tipo de cambio entre las monedas – Efectos de la constatación del carácter abusivo de una cláusula – Posibilidad de que el juez subsane las cláusulas abusivas recurriendo a cláusulas generales del Derecho civil – apreciación del interés del consumidor – Subsistencia del contrato sin cláusulas abusivas), DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
 62. Asunto C-522/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 6 de Ceuta (España) el 9 de julio de 2019 – DC/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.

63. **Asunto C-523/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 6 de Ceuta (España) el 9 de julio de 2019 – ED/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.**
64. **Asunto C-527/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 6 de Ceuta (España) el 9 de julio de 2019 – HG e IH/Bankia S. A., DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.**
65. **Asunto C-745/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonon sad (Bulgaria) el 10 de octubre de 2019 – PH, OI/«Eurobank Bulgaria» AD, DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.**
66. **Asunto C-691/19: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Alicante (España) el 18 de septiembre de 2019 – Banco Santander, S. A./VF y WD, DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.**
67. **Asunto C-693/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Milano (Italia) el 13 de septiembre de 2019 – SPV Project 1503 Srl, Dobank SpA/YB, DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.**
68. **Asuntos acumulados C-349/18 a C-351/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de noviembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vredegerecht te Antwerpen – Bélgica) – Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS)/Mbutuku Kanyeba (C-349/18), Larissa Nijs (C-350/18), Jean-Louis Anita Dedroog (C-351/18) [Procedimiento prejudicial – Transporte ferroviario – Derechos y obligaciones de los viajeros – Reglamento (CE) núm. 1371/2007 – Artículo 3, punto 8 – Contrato de transporte – Concepto – Viajero sin billete en el momento de acceder al tren – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículos 1, apartado 2, y 6, apartado 1 – Condiciones generales de transporte de una empresa ferroviaria – Disposiciones legales o reglamentarias imperativas – Cláusula penal – Facultades del juez nacional], DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.**
69. **Asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7 de noviembre de 2019 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie, Sąd Okręgowy w Opolu, II Wydział Cywilny Odwoławczy – Polonia) – Profi Credit Polska S. A./Bogumiła Włostowska y otros (C-419/18), Profi Credit Polska S. A./OH (C-483/18) (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Artículo 6, apartado 1 – Artículo 7, apartado 1 – Directiva 2008/48/CE – Artículo 10, apartado 2 – Contratos de crédito al consumo – Licitud de la emisión de un pagaré en blanco como garantía de la deuda derivada de ese contrato – Demanda para el pago de la deuda cam-**

- biaria – Alcance de las funciones del juez), DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
70. **Asunto C-732/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (España) el 4 de octubre de 2019 – LL, MK/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.**
 71. **Asunto C-92/16: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada-Madrid) – Bankia, S. A./Henry-Rodolfo Rengifo Jiménez, Sheyla-Jeanneth Felix Caiza (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículos 6 y 7 – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cuestión idéntica a una cuestión sobre la que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado o cuya respuesta puede deducirse claramente de la jurisprudencia – Declaración del carácter parcialmente abusivo de la cláusula – Facultades del juez nacional en relación con una cláusula calificada de «abusiva» – Sustitución de la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cuestión manifiestamente inadmisibles), DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**
 72. **Asunto C-167/16: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander – España) – Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A./Fernando Quintano Ujeta, María Isabel Sánchez García (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículos 6 y 7 – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cuestión idéntica a una cuestión sobre la que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado o cuya respuesta puede deducirse claramente de la jurisprudencia – Declaración del carácter parcialmente abusivo de la cláusula – Facultades del juez nacional en relación con una cláusula calificada de «abusiva» – Sustitución de la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cuestión manifiestamente inadmisibles), DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**
 73. **Asunto C-486/16: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alicante) – Bankia, S. A./Alfredo Sánchez Martínez, Sandra Sánchez Triviño (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículos 6 y 7 – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Cláusula de vencimiento anticipado**

de un contrato de préstamo hipotecario – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cuestión idéntica a una cuestión sobre la que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado o cuya respuesta puede deducirse claramente de la jurisprudencia – Facultades del juez nacional en relación con una cláusula calificada de «abusiva» – Sustitución de la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional – Principio de efectividad – Principio de autonomía procesal), DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.

74. **Asunto C-738/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam (Países Bajos) el 7 de octubre de 2019 – A/B, C, DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**
75. **Asunto C-774/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Vrhovno sodišče Republike Slovenije (Slovenia) el 22 de octubre de 2019 – A. B. y B. B./Personal Exchange International Limited, DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**
76. **Asunto C-776/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Paris (Francia) el 22 de octubre de 2019 – VB, WA/BNP Paribas Personal Finance SA, DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**
77. **Asunto C-777/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Paris (Francia) el 22 de octubre de 2019 – XZ, YY/BNP Paribas Personal Finance SA, DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**
78. **Asunto C-778/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Paris (Francia) el 22 de octubre de 2019 – ZX/BNP Paribas Personal Finance SA, DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**
79. **Asunto C-779/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Paris (Francia) el 22 de octubre de 2019 – AV/BNP Paribas Personal Finance SA, Procureur de la République, DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**
80. **Asunto C-780/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Paris (Francia) el 22 de octubre de 2019 – BW, CX/BNP Paribas Personal Finance SA, Procureur de la République, DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**
81. **Asunto C-781/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Paris (Francia) el 22 de octubre de 2019 – DÝ, EX/BNP Paribas Personal Finance SA, DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**
82. **Asunto C-782/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Paris (Francia) el 22 de octubre de 2019 – FA/BNP Paribas Personal Finance SA, Procureur de la République, DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**

83. Asunto C-641/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hamburg (Alemania) el 30 de agosto de 2019 – EU/PE Digital GmbH, DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
84. Asunto C-807/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 4 de noviembre de 2019 – «DSK Bank» EAD y «FrontEx International» EAD, DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
85. Asuntos acumulados C-708/17 y C-725/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de diciembre de 2019 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Rayonen sad Asenovgrad y el Sofiyski rayonen sad – Bulgaria) – «EVN Bulgaria Toplofikatsia» EAD/Nikolina Stefanova Dimitrova (C-708/17), «Toplofikatsia Sofia» EAD/Mitko Simeonov Dimitrov (C-725/17) (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Derecho de los consumidores – Artículo 2, apartado 1 – Concepto de «consumidor» – Artículo 3, apartado 1 – Contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor – Contratos de suministro de calefacción mediante sistemas urbanos – Artículo 27 – Venta forzosa – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior – Artículo 5 – Prohibición de las prácticas comerciales desleales – Anexo I – Suministros no solicitados – Normativa nacional que exige que todos los propietarios de inmuebles en un edificio en régimen de propiedad horizontal conectado a una red de calefacción urbana contribuyan a los gastos del consumo de energía térmica de las partes comunes y de la instalación interior de dicho edificio – Eficiencia del uso de la energía – Directiva 2006/32/CE – Artículo 13, apartado 2 – Directiva 2012/27/UE – Artículo 10, apartado 1 – Información sobre la facturación – Normativa nacional que establece que, en el caso de edificios en régimen de propiedad horizontal, las facturas sobre consumo de energía térmica de la instalación interior se realicen para cada propietario de vivienda del edificio proporcionalmente al volumen calefactable de su vivienda), DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.
86. Asunto C-831/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Milano (Italia) el 14 de noviembre de 2019 – Banco di Desio e della Brianza SpA y otros/YX, ZW, DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.
87. Asunto C-853/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Poprad (Eslovaquia) el 22 de noviembre de 2019 – IM/STING Reality s.r.o., DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.
88. Asunto C-211/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 24 de octubre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Bacău – Rumanía) – SC Topaz Development SRL/Constantin Juncu, Raisa Juncu (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abu-

sivas en los contratos celebrados con consumidores – Precontrato de compraventa redactado por el promotor inmobiliario y legalizado por un notario – Artículo 3, apartado 2, y artículo 4, apartado 1 – Prueba del carácter negociado de las cláusulas – Presunción – Firma del contrato por el consumidor – Artículo 3, apartado 3 – Anexo, punto 1, letras d) a f) e i) – Cláusula resolutoria expresa – Cláusula penal – Carácter abusivo – Artículos 6 y 7 – Posibilidad de que el juez nacional modifique la cláusula cuyo carácter abusivo ha sido declarado), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.

89. Asunto C-725/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Sector 2 București (Rumanía) el 1 de octubre de 2019 – IO/Impuls Leasing România IFN SA, DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.
90. Asunto C-904/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie (Polonia) el 10 de diciembre de 2019 – E. Sp. z o.o./K. S., DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.
91. Asunto C-290/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský súd v Trnave – Eslovaquia) – RN/Home Credit Slovakia a.s. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2008/48/CE – Contratos de crédito al consumo – Artículo 10, apartado 2 – Información que debe mencionarse en los contratos de crédito – Tasa anual equivalente – Falta de indicación de un porcentaje preciso de dicha tasa – Tipo expresado mediante una horquilla que va del 21,5% al 22,4%), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.
92. Asunto C-465/19: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Straubing – Alemania) – B & L Elektrogeräte GmbH/GC (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 2, puntos 8, letra c), y 9 – Contrato celebrado fuera del establecimiento – Concepto de «establecimiento mercantil» – Contrato celebrado en un stand de una feria comercial inmediatamente después de que el consumidor, que se hallaba en un espacio común de la feria, fuese contactado por el comerciante), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.
93. Asunto C-465/19: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Straubing – Alemania) – B & L Elektrogeräte GmbH/GC (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 2, puntos 8, letra c), y 9 – Contrato celebrado fuera del establecimiento – Concepto de «establecimiento mercantil» – Contrato celebrado en un stand de una feria comercial inmediatamente después de que el consumidor, que se hallaba en un espacio común de la feria, fuese contactado por el comerciante), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

94. **Asunto C-436/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 29 de julio de 2019 – Shanxi Taigang Stainless Steel Co. Ltd/ Comisión Europea, Eurofer, Association Européenne de l’Acier, ASBL [Recurso de casación – Dumping – Establecimiento de un derecho antidumping definitivo sobre determinados productos originarios de China – Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1429 – Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Artículo 2, apartado 7, letra a) – Valor normal – Determinación sobre la base del precio en un país tercero de economía de mercado – Selección del país tercero apropiado – País tercero de economía de mercado sujeto a la misma investigación antidumping – Ajustes], DOUE, C, núm. 319, de 23 de septiembre de 2019.**
95. **Asunto T-522/15: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2019 – CCPL y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del envasado de alimentos para la venta al por menor – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Valor de las ventas – Límite máximo de la multa – Proporcionalidad – Igualdad de trato – Capacidad contributiva»), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
96. **Asunto T-8/16: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Toshiba Samsung Storage Technology y Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los lectores de discos ópticos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Acuerdos colusorios sobre licitaciones organizadas por dos fabricantes de ordenadores – Vicios sustanciales de forma y violación del derecho de defensa – Competencia de la Comisión – Extensión geográfica de la infracción – Infracción única y continuada – Principio de buena administración – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas»), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
97. **Asunto C-709/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de septiembre de 2019 – Comisión Europea/Kolachi Raj Industrial (Private) Ltd, European Bicycle Manufacturers Association [Recurso de casación – Dumping – Reglamento de Ejecución (UE) 2015/776 – Importación de bicicletas expedidas desde Camboya, Pakistán y Filipinas – Ampliación a estas importaciones del derecho antidumping definitivo establecido sobre las importaciones de bicicletas originarias de China – Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Artículo 13 – Elusión – Operaciones de montaje – Procedencia y origen de piezas de bicicleta – Piezas expedidas desde China a Sri Lanka, elaboradas en Sri Lanka y expedidas posteriormente a Pakistán para su montaje], DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**

98. Asunto C-666/19 P: Recurso de casación interpuesto el 9 de septiembre de 2019 por Changmao Biochemical Engineering Co. Ltd contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 28 de junio de 2019 en el asunto T-741/16, Changmao Biochemical Engineering/Comisión, DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
99. Asunto T-228/17: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2019 – Zhejiang Jndia Pipeline Industry/Comisión («Dumping – Importaciones de determinados accesorios de tubería de acero inoxidable para soldadura a tope, acabados o no, originarios de China y Taiwán – Imposición de derechos antidumping definitivos – Valor normal – Ajustes – Error manifiesto de apreciación – Obligación de motivación»), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
100. Asunto T-650/17: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2019 – Jinan Meide Casting/Comisión [«Dumping – Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1146 – Importaciones de accesorios de tubería roscados, moldeados, de fundición maleable, originarios de China, fabricados por Jinan Meide Castings Co., Ltd – Derecho antidumping definitivo – Reanudación del procedimiento tras la anulación parcial del Reglamento de Ejecución (UE) núm. 430/2013 – Artículo 2, apartado 7, letra a), apartados 10 y 11, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 [actualmente artículo 2, apartado 7, letra a), apartados 10 y 11, del Reglamento (UE) 2016/1036] – Valor normal – Comparación ecuaníme – Tipos de producto sin correspondencia – Artículos 3, apartados 1 a 3, y 9, apartados 4 y 5, del Reglamento núm. 1225/2009 (actualmente artículos 3, apartados 1 a 3, y 9, apartados 4 y 5, del Reglamento 2016/1036) – Determinación del perjuicio»], DOUE, C, núm. 400, de 2 de diciembre de 2019.
101. Asunto C-708/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht Düsseldorf (Alemania) el 25 de septiembre de 2019 – Von Aschenbach & Voss GmbH/Hauptzollamt Duisburg, DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
102. Asunto T-586/14 RENV: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – Xinyi PV Products (Anhui) Holdings/Comisión [«Dumping – Importaciones de vidrio solar originario de China – Artículo 2, apartado 7, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 [actualmente artículo 2, apartado 7, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2016/1036] – Trato de economía de mercado – Concepto de «distorsión significativa de los costes de producción y de la situación financiera de las empresas» – Ventajas fiscales – Error manifiesto de apreciación»], DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
103. Asunto T-105/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – HSBC Holdings y otros/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los derivados sobre tipos de interés en euros – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo

- EEE – Manipulación de los tipos de referencia interbancarios euríbor – Intercambio de información confidencial – Restricción de la competencia por el objeto – Infracción única y continua – Multas – Importe de base – Valor de las ventas – Artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
104. Asunto T-466/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – Printeos y otros/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los sobres estándar o de catálogo y especiales impresos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Anulación parcial por incumplimiento de la obligación de motivación – Decisión de modificación – Procedimiento de transacción – Multas – Importe de base – Adaptación excepcional – Importe máximo del 10 % del volumen de negocios global – Artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Principio non bis in idem – Seguridad jurídica – Confianza legítima – Igualdad de trato – Acumulación de sanciones – Proporcionalidad – Equidad – Competencia jurisdiccional plena», DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
105. Asunto C-403/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 17 de octubre de 2019 – Alcogroup SA, Alcodis SA/Comisión Europea, Orde van Vlaamse Balies, Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles [Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del etanol – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 20, apartado 4 – Decisión de inspección – Desarrollo de la inspección – Confidencialidad de la correspondencia entre el abogado y su cliente – Negativa a suspender las medidas de investigación – Recurso de anulación – Admisibilidad – Decisión de trámite], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
106. Asunto T-500/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – Hubei Xinyegang Special Tube/Comisión [«Dumping – Importaciones de determinados tubos sin soldadura de hierro (excepto de fundición) o de acero (excepto de acero inoxidable), de sección circular y de diámetro exterior superior a 406,4 mm, originarios de China – Derecho antidumping definitivo – Perjuicio – Subcotización de precios – Relación de causalidad», DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
107. Asunto C-599/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 14 de noviembre de 2019 – Silec Cable, General Cable Corp./Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los cables de energía subterráneos y submarinos – Reparto del mercado en el marco de proyectos – Prueba de la infracción – Presunción de inocencia – Desnaturalización de las pruebas – Distanciamiento público – Percepción subjetiva de los demás participantes del cartel – Infracción cometida por diversas empresas que constituyen una única entidad económica – Gravedad de la infracción cometida por una de dichas empresas – Determinación – Actor «marginal» o

«medio» de un cartel – Determinación – Principio de igualdad de trato), DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.

108. Asunto T-240/17: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2019 – Campine y Campine Recycling/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del reciclado de baterías de plomo-ácido para automóviles – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Multas – Valor de las compras – Punto 37 de las directrices para el cálculo del importe de las multas – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Prueba de la infracción – Concepto de Infracción continua o reiterada – Duración de la infracción – Interrupción de la participación en la infracción – Restricción de la competencia por el objeto – Circunstancias atenuantes – Competencia jurisdiccional plena»), DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
109. Asunto T-716/19: Recurso interpuesto el 22 de octubre de 2019 – Interpipe Niko Tube e Interpipe Nizhnedneprovsky Tube Rolling Plant/Comisión, DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
110. Asunto T-790/19: Recurso interpuesto el 13 de noviembre de 2019 – Novolipetsk Steel/Comisión, DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
111. Asunto T-276/13 RENV: Auto del Tribunal General de 14 de noviembre de 2019 – Growth Energy y Renewable Fuels Association/Consejo («Dumping – Importaciones de bioetanol originario de los Estados Unidos – Derecho antidumping definitivo – Derogación del acto recurrido – Desaparición del interés en ejercitar la acción – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.
112. Asunto T-607/15: Sentencia del Tribunal General de 3 de diciembre de 2019 – Yieh United Steel/Comisión [«Dumping – Importaciones de productos planos de acero inoxidable laminados en frío originarios de China y de Taiwán – Derecho antidumping definitivo – Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1429 – Artículo 2, apartados 3 y 5, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 [actualmente artículo 2, apartados 3 y 5, del Reglamento (UE) 2016/1036] – Artículo 2, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 1225/2009 [actualmente artículo 2, apartados 1 y 2, del Reglamento 2016/1036] – Cálculo del valor normal – Cálculo del coste de producción – Ventas del producto similar destinado al consumo en el mercado interno del país exportador»], DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
113. Asunto C-591/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 28 de noviembre de 2019 – Brugg Kabel AG, Kabelwerke Brugg AG Holding/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los cables de energía subterráneos y submarinos – Reparto del mercado en el marco de proyectos – Multas – Derecho de defensa – Acceso al expediente – Principio de presunción de inocencia – Desnaturalización de las pruebas), DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.

114. **Asunto C-593/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 28 de noviembre de 2019 – ABB Ltd, ABB AB/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los cables de energía subterráneos y submarinos – Reparto del mercado en el marco de proyectos – Carga de la prueba – Presunción de inocencia – Principio de igualdad de trato), DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.**
115. **Asunto C-596/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 28 de noviembre de 2019 – LS Cable & System Ltd/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los cables de energía subterráneos y submarinos – Reparto del mercado en el marco de proyectos – Multas – Carga de la prueba – Desnaturalización de las pruebas – Distanciación pública), DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.**
116. **Asunto C-889/19 P: Recurso de casación interpuesto el 4 de diciembre de 2019 por GMB Glasmanufaktur Brandenburg GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 24 de septiembre de 2019 en el asunto T-586/14 RENV, Xinyi PV Products (Anhui) Holdings/Comisión, DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.**
117. **Asunto C-891/19 P: Recurso de casación interpuesto el 4 de diciembre de 2019 por la Comisión Europea contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 24 de septiembre de 2019 en el asunto T-500/17, Hubei Xinyegang Special Tube/Comisión, DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.**
118. **Asunto C-435/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Otis GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtruppen GmbH, Kone AG, Thyssenkrupp Aufzüge GmbH/Land Oberösterreich y otros (Procedimiento prejudicial – Artículo 101 TFUE – Reparación de los daños causados por un cártel – Derecho a indemnización de las personas que no actúan como proveedor o comprador en el mercado afectado por el cártel – Daños sufridos por un organismo público que concedió préstamos en condiciones ventajosas para la adquisición de bienes objeto del cártel), DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.**
119. **Asunto T-865/19: Recurso interpuesto el 18 de diciembre de 2019 – Nevinnomysskiy Azot y NAK «Azot»/Comisión, DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.**
120. **Asunto T-876/19: Recurso interpuesto el 23 de diciembre de 2019 – Broadcom/Comisión, DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.**
121. **Asunto T-886/19: Recurso interpuesto el 28 de diciembre de 2019 – Design Light & Led Made in Europe y Design Luce & Led Made in Italy/Comisión, DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.**

DERECHO DE FAMILIA

122. **Asunto T-379/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2019 – WI/Comisión («Función Pública – Pensiones – Pensiones de viudedad – Unión no matrimonial registrada – Denegación – Artículo 1, apartado 2, letra c), inciso iv), del Anexo VII del Estatuto – Posibilidad de contraer legalmente matrimonio – Principio de buena administración – Deber de asistencia y protección – Circunstancias excepcionales»)**, DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
123. **Asunto T-694/19: Recurso interpuesto el 9 de octubre de 2019 – FI/Comisión**, DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
124. **Asunto C-729/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal in Northern Ireland (Reino Unido) el 2 de octubre de 2019 – TKF/Department of Justice for Northern Ireland**, DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
125. **Asunto C-451/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (España) el 12 de junio de 2019 – Subdelegación del Gobierno en Toledo/XU**, DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
126. **Asunto C-525/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (España) el 9 de julio de 2019 – GF/Subdelegación del Gobierno en Toledo**, DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
127. **Asunto C-532/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (España) el 11 de julio de 2019 – QP/Subdelegación del Gobierno en Toledo**, DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.

DERECHO DE SOCIEDADES

128. **Asunto C-706/19 P: Recurso de casación interpuesto el 20 de septiembre de 2019 por CCPL – Consorzio Cooperative di Produzione e Lavoro SC y otros contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 11 de julio de 2019 en el asunto T-522/15, CCPL y otros/Comisión**, DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
129. **Asunto C-735/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākā tiesa (Senāts) (Letonia) el 7 de octubre de 2019 – Euro-min Holdings (Cyprus) Limited/Finanšu un kapitāla tirgus komisija**, DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

130. Asunto T-520/19: Recurso interpuesto el 22 de julio de 2019 – Heitec/EUIPO – Hetec Datensysteme (HEITEC), DOUE, C, núm. 312, de 16 de septiembre de 2019.
131. Asunto T-527/19: Recurso interpuesto el 26 de julio de 2019 – Sánchez Cano/EUIPO – Grupo Osborne (EL TORO BALLS Fini), DOUE, C, núm. 312, de 16 de septiembre de 2019.
132. Asunto T-532/19: Recurso interpuesto el 29 de julio de 2019 – EC Brand Comércio, Importação e Exportação de Vestuário em Geral/EUIPO (pantys), DOUE, C, núm. 312, de 16 de septiembre de 2019.
133. Asunto T-533/19: Recurso interpuesto el 29 de julio de 2019 – Artur Florêncio & Filhos, Affsports/EUIPO – Anadeco Gestion (sflooring), DOUE, C, núm. 312, de 16 de septiembre de 2019.
134. Asunto T-535/19: Recurso interpuesto el 30 de julio de 2019 – H. R. Participations/EUIPO – Hottinger Investment Management (JCE HOTTINGUER), DOUE, C, núm. 312, de 16 de septiembre de 2019.
135. Asunto T-546/19: Recurso interpuesto el 7 de agosto de 2019 – Isigny – Sainte Mère/EUIPO (Forma de un recipiente dorado con una especie de ola), DOUE, C, núm. 312, de 16 de septiembre de 2019.
136. Asunto T-558/19: Recurso interpuesto el 13 de agosto de 2019 – Luz Saúde/EUIPO – Clínica La Luz (HOSPITAL DA LUZ LEARNING HEALTH TRAINING, RESEARCH & INNOVATION CENTER). DOUE, C, núm. 319, de 23 de septiembre de 2019.
137. Asunto T-349/18: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2019 – Hauenberger/EUIPO (TurboPerformance) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión TurboPerformance – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.
138. Asunto T-397/18: Sentencia del Tribunal General de 9 de julio de 2019 – Hugo’s Hotel/EUIPO – H’ugo’s (HUGO’S BURGER bar) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión HUGO’S BURGER Bar – Marca de la Unión denominativa anterior H’ugo’s – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.
139. Asunto T-480/16: Auto del Tribunal General de 8 de julio de 2019 – Lidl Stiftung/EUIPO – Amedei (For you) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión For you – Resolución denegatoria de la solicitud de registro por motivos de denegación absolutos – Desaparición del interés en ejercitar la acción – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.

140. **Asunto T-662/18: Auto del Tribunal General de 4 de julio de 2019 – romwell/EUIPO (twistpac) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión twistpac – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Deber de diligencia – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
141. **Asunto T-510/19: Recurso interpuesto el 17 de julio de 2019 – Puma/EUIPO – Gemma Group (Emblema de un animal que salta), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
142. **Asunto T-555/19: Recurso interpuesto el 9 de agosto de 2019 – Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi/EUIPO – Fontana Food (GRILLOUMI), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
143. **Asunto T-556/19: Recurso interpuesto el 9 de agosto de 2019 – República de Chipre/EUIPO – Fontana Food (GRILLOUMI), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
144. **Asunto T-557/19: Recurso interpuesto el 9 de agosto de 2019 – Seven/EUIPO (7Seven), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
145. **Asunto T-559/19: Recurso interpuesto el 12 de agosto de 2019 – Julius Sämann/EUIPO – Maharishi Vedic University (Representación de un árbol), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
146. **Asunto T-570/19: Recurso interpuesto el 16 de agosto de 2019 – Muratbey Gida/EUIPO (Forma de queso trenzado), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
147. **Asunto T-571/19: Recurso interpuesto el 16 de agosto de 2019 – Muratbey Gida/EUIPO (Forma de queso trenzado), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
148. **Asunto T-572/19: Recurso interpuesto el 16 de agosto de 2019 – Muratbey Gida/EUIPO (Forma de queso trenzado), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
149. **Asunto T-577/19: Recurso interpuesto el 19 de agosto de 2019 – Leinfelder Uhren München/EUIPO – Schafft (Leinfelder), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**
150. **Asunto T-305/17: Auto del Tribunal General de 3 de julio de 2019 – Red Bull/EUIPO (Representación de un paralelogramo compuesto de dos campos en colores diferentes), DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.**

151. Asunto T-548/19: Recurso interpuesto el 6 de agosto de 2019 – Riginos Emporiki kai Mesitiki/EUIPO – Honda Motor (ONDA 1962), DOUE, C, núm. 337, de 7 de octubre de 2019.
152. Asunto T-550/19: Recurso interpuesto el 1 de agosto de 2019 – Nitto Pharmaceutical Industries/EUIPO – Chiesi Farmaceutici (NOSTER), DOUE, C, núm. 337, de 7 de octubre de 2019.
153. Asunto T-553/19: Recurso interpuesto el 8 de agosto de 2019 – Perfect Bar/EUIPO (PERFECT BAR), DOUE, C, núm. 337, de 7 de octubre de 2019.
154. Asunto T-563/19: Recurso interpuesto el 14 de agosto de 2019 – Perfect Bar/EUIPO (PERFECT Bar), DOUE, C, núm. 337, de 7 de octubre de 2019.
155. Asunto T-564/19: Recurso interpuesto el 14 de agosto de 2019 – Lozano Arana y otros/EUIPO – Coltejer (LIBERTADOR), DOUE, C, núm. 337, de 7 de octubre de 2019.
156. Asunto T-574/19: Recurso interpuesto el 16 de agosto de 2019 – Tinnus Enterprises/EUIPO – Mystic Products Import & Export and Koopman International (Equipos de distribución de fluidos), DOUE, C, núm. 337, de 7 de octubre de 2019.
157. Asunto T-579/19: Recurso interpuesto el 20 de agosto de 2019 – The KaiKai Company Jaeger Wichmann/EUIPO (aparatos de gimnasia o deporte), DOUE, C, núm. 337, de 7 de octubre de 2019.
158. Asunto T-588/19: Recurso interpuesto el 27 de agosto de 2019 – Novomatic/EUIPO – adp Gauselmann (Power Stars), DOUE, C, núm. 337, de 7 de octubre de 2019.
159. Asunto T-589/19: Recurso interpuesto el 27 de agosto de 2019 – Gothe und Kunz/EUIPO – Aldi Einkauf (FAIR ZONE), DOUE, C, núm. 337, de 7 de octubre de 2019.
160. Asunto T-582/19: Recurso interpuesto el 23 de agosto de 2019 – Victoria's Secret Stores Brand Management/EUIPO – Lacoste (LOVE PINK), DOUE, C, núm. 348, de 14 de octubre de 2019.
161. Asunto T-583/19: Recurso interpuesto el 23 de agosto de 2019 – Electrolux Home Products/EUIPO – D. Consult (FRIGIDAIRE), DOUE, C, núm. 348, de 14 de octubre de 2019.
162. Asunto T-680/18: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2019 – SLL Service/EUIPO – Elfa International (LUMIN8) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa LUMIN8 – Marca denominativa anterior de la Unión LUMI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 357, de 21 de octubre de 2019.

163. Asunto T-689/18: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2019 – Executive Selling/EUIPO (EXECUTIVE SELLING) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa EXECUTIVE SELLING – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 357, de 21 de octubre de 2019.
164. Asunto T-744/18: Sentencia del Tribunal General de 10 de septiembre de 2019 – Oakley/EUIPO – Xuebo Ye (Représentation de una elipse discontinua) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una elipse discontinua – Marca de la Unión figurativa anterior que representa una elipse – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 357, de 21 de octubre de 2019.
165. Asunto T-753/18: Sentencia del Tribunal General de 5 de septiembre de 2019 – C&A/EUIPO (#BESTDEAL) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión #BESTDEAL – Motivo de denegación Absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 357, de 21 de octubre de 2019.
166. Asunto T-434/17: Auto del Tribunal General de 22 de julio de 2019 – Younique/EUIPO – Jafer Enterprises R&D (younique products) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 357, de 21 de octubre de 2019.
167. Asunto T-595/19: Recurso interpuesto el 30 de agosto de 2019 – Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi/EUIPO – Fontana Food (GRILLOUMI BURGER), DOUE, C, núm. 357, de 21 de octubre de 2019.
168. Asunto T-575/18: Auto del Tribunal General de 9 de septiembre de 2019 – Shore Capital International/EUIPO – Circle Imperium (The Inner Circle) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa The Inner Circle – Marca denominativa anterior de la Unión InnerCircle – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.
169. Asunto T-209/19: Auto del Tribunal General de 5 de septiembre de 2019 – Giorgio Armani/EUIPO – Invicta Watch Company of America (GLYCINE) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.

170. **Asunto T-587/19: Recurso interpuesto el 26 de agosto de 2019 – Frutas Tono/EUIPO – Agrocazalla (Marién), DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.**
171. **Asunto T-591/19: Recurso interpuesto el 28 de agosto de 2019 – Healios/EUIPO – Helios Kliniken (Healios), DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.**
172. **Asunto T-593/19: Recurso interpuesto el 30 de agosto de 2019 – Chipre/EUIPO – Fontana Food (GRILLOUMI BURGER), DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.**
173. **Asunto T-594/19: Recurso interpuesto el 30 de agosto de 2019 – Axactor/EUIPO – Axa (AXACTOR), DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.**
174. **Asunto T-601/19: Recurso interpuesto el 7 de septiembre de 2019 – Osório & Gonçalves/EUIPO – Miguel Torres (in.fi.ni.tu.de), DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.**
175. **Asunto T-602/19: Recurso interpuesto el 3 de septiembre de 2019 – Eugene Perma France/EUIPO – SPI Investments Group (NATURANOVE), DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.**
176. **Asunto T-604/19: Recurso interpuesto el 4 de septiembre de 2019 – Inova Semiconductors/EUIPO – Venta Servicio LED (ISELED), DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.**
177. **Asunto T-615/19: Recurso interpuesto el 12 de septiembre de 2019 – Point Tec Products Electronic/EUIPO – Compagnie des montres Longines, Francillon (Representación de dos alas extendidas), DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.**
178. **Asunto T-616/19: Recurso interpuesto el 12 de septiembre de 2019 – Katjes Fassin/EUIPO – Haribo The Netherlands & Belgium (WONDERLAND), DOUE, C, núm. 363, de 28 de octubre de 2019.**
179. **Asunto T-606/19: Recurso interpuesto el 5 de septiembre de 2019 – Bartolomé Alvarado y Grupo Preciados Place/EUIPO – Alpargatas (ALPARGATUS PASOS ARTESANALES), DOUE, C, núm. 372, de 4 de noviembre de 2019.**
180. **Asunto T-607/19: Recurso interpuesto el 5 de septiembre de 2019 – Itinerant Show Room/EUIPO (FAKE DUCK), DOUE, C, núm. 372, de 4 de noviembre de 2019.**
181. **Asunto T-608/19: Recurso interpuesto el 6 de septiembre de 2019 – Veronese Design Company/EUIPO – Veronese (VERONESE), DOUE, C, núm. 372, de 4 de noviembre de 2019.**
182. **Asunto T-625/19: Recurso interpuesto el 19 de septiembre de 2019 – Daw/EUIPO (SOS Innenfarbe), DOUE, C, núm. 372, de 4 de noviembre de 2019.**

183. **Asunto T-626/19: Recurso interpuesto el 19 de septiembre de 2019 – Daw/EUIPO (SOS Loch– und Rissfüller), DOUE, C, núm. 372, de 4 de noviembre de 2019.**
184. **Asunto C-104/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de septiembre de 2019 – Koton Ma azacilik Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Joaquín Nadal Esteban [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Causas de nulidad absoluta – Artículo 52, apartado 1, letra b) – Mala fe al presentar la solicitud de la marca], DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
185. **Asunto C-172/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal – Reino Unido) – AMS Neve Ltd, Barnett Waddingham Trustees y Mark Crabtree/Heritage Audio, S. L., y Pedro Rodríguez Arribas [Procedimiento prejudicial – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 97, apartado 5 – Competencia judicial – Acción por violación de marca – Competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho de violación – Publicidad y ofertas de venta presentadas en un sitio web y en redes sociales], DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
186. **Asunto C-541/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – AS/Deusches Patent– und Markenamt [Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 3, apartado 1, letra b) – Carácter distintivo – Criterios de apreciación – Signo constituido por una almohadilla y varias palabras que forman una etiqueta (hashtag)], DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
187. **Asunto T-633/19: Recurso interpuesto el 24 de septiembre de 2019 – Essential Export/EUIPO – Shenzhen Liouyi International Trading (TOTU), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
188. **Asunto T-639/19: Recurso interpuesto el 25 de septiembre de 2019 – Sánchez Romero Carvajal Jabugo/EUIPO – Embutidos Monells (5Ms MMMMM), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
189. **Asunto T-643/19: Recurso interpuesto el 26 de septiembre de 2019 – Dermavita/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVEDERM ULTRA), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
190. **Asunto T-644/19: Recurso interpuesto el 26 de septiembre de 2019 – Linde Material Handling/EUIPO – Verti Aseguradora (Verti-Light), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
191. **Asunto T-646/19: Recurso interpuesto el 26 de septiembre de 2019 – eSky Group IP/EUIPO – Gröpel (e), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**

192. Asunto T-659/19: Recurso interpuesto el 30 de septiembre de 2019 – FF Group Romania/EUIPO – KiK Textilien und Non-Food (_kix), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
193. Asunto T-664/19: Recurso interpuesto el 30 de septiembre de 2019 – Allergan Holdings France/EUIPO – Dermavita (JUVEDERM ULTRA), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
194. Asunto T-176/17: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2019 – WhiteWave Services/EUIPO – Fernandes (VeGa one) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión VeGa one – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea de la marca denominativa anterior Vegas – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
195. Asunto T-359/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2019 – Unifarco/EUIPO – GD Technologie Interdisciplinari Farmaceutiche (TRICOPID) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión TRICOPID – Marca nacional figurativa anterior TRICODIN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
196. Asunto T-399/18: Sentencia del Tribunal General de 17 de septiembre de 2019 – TrekStor/EUIPO (Theatre) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Theatre – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
197. Asunto T-464/18: Sentencia del Tribunal General de 17 de septiembre de 2019 – Grupo Bimbo/EUIPO – Rubio Snacks (Tia Rosa) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Tia Rosa – Marca figurativa nacional anterior TIA ROSA – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
198. Asunto T-502/18: Sentencia del Tribunal General de 17 de septiembre de 2019 – Pharmadom/EUIPO – IRF (MediWell) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MediWell – Marcas nacionales denominativa anterior WELL AND WELL y figurativa anterior well & well LES PHARMACIENS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.

199. **Asunto T-532/18: Sentencia del Tribunal General de 17 de septiembre de 2019 – Aroma Essence/EUIPO – Refan Bulgaria (Esponja de aseo personal)** («Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una esponja de aseo personal – Dibujos o modelos anteriores – Causas de nulidad – Examen de oficio por la Sala de Recurso de los hechos constitutivos de la divulgación – Carga de la prueba que incumbe al solicitante de la nulidad – Exigencias relativas a la reproducción del dibujo o modelo anterior»), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
200. **Asunto T-633/18: Sentencia del Tribunal General de 17 de septiembre de 2019 – Rose Gesellschaft/EUIPO – Iviton (TON JONES)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión TON JONES – Marcas nacional e internacional figurativas anteriores Jones – Prueba del uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 18, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Artículo 10 del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
201. **Asunto T-634/18: Sentencia del Tribunal General de 17 de septiembre de 2019 – Geske/EUIPO (revolutionary air pulse technology)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión revolutionary air pulse technology – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
202. **Asunto T-678/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2019 – Società agricola Giusti Dal Col/EUIPO – DMC (GIUSTI WINE)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Solicitud de protección de la marca denominativa internacional GIUSTI WINE – Marca nacional figurativa anterior DeGIUSTI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
203. **Asunto T-679/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2019 – Showroom/EUIPO – E-Gab (SHOWROOM)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SHOWROOM – Marca figurativa anterior de la Unión SHOWROOM86 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
204. **Asunto T-761/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2019 – La Caixa/EUIPO – Imagic Vision (imagin bank)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Imagic Vision – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.

- cidad de marca figurativa de la Unión imagin bank – Marca nacional figurativa anterior imagic – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
205. Asunto T-34/19: Sentencia del Tribunal General de 11 de septiembre de 2019 – Orkla Foods Danmark/EUIPO (PRODUCED WITHOUT BOILING SCANDINAVIAN DELIGHTS ESTABLISHED 1834 FRUIT SPREAD) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión PRODUCED WITHOUT BOILING SCANDINAVIAN DELIGHTS ESTABLISHED 1834 FRUIT SPREAD – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
206. Asunto T-649/18: Auto del Tribunal General de 11 de septiembre de 2019 – ruwido austria/EUIPO (transparent pairing) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión transparent pairing – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
207. Asunto T-70/19: Auto del Tribunal General de 18 de septiembre de 2019 – Nosio/EUIPO – Passi (LA PASSIATA) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
208. Asunto T-142/19: Auto del Tribunal General de 18 de septiembre de 2019 – Nosio/EUIPO – Passi (PASSIATA) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
209. Asunto T-182/19: Auto del Tribunal General de 12 de septiembre de 2019 – Puma/EUIPO (SOFTFOAM) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión SOFTFOAM – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
210. Asunto T-620/19: Recurso interpuesto el 16 de septiembre de 2019 – Ace of spades/EUIPO – Krupp y Borrmann (Forma de una botella de Champagne rosé), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
211. Asunto T-621/19: Recurso interpuesto el 16 de septiembre – Ace of spades/EUIPO – Krupp y Borrmann (Forma de una botella de Champagne gran reserva), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.

212. Asunto T-622/19: Recurso interpuesto el 16 de septiembre – Ace of spades/EUIPO – Krupp y Borrmann (Forma de una botella de Champagne prestige), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
213. Asunto T-624/19: Recurso interpuesto el 17 de septiembre de 2019 – Welter’s/EUIPO (Forma de una empuñadura con cerdas), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
214. Asunto T-629/19: Recurso interpuesto el 20 de septiembre de 2019 – L. Oliva Torras/EUIPO – Mecánica del Frío (Acoplamientos para vehículos), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
215. Asunto T-637/19: Recurso interpuesto el 25 de septiembre de 2019 – Sun Stars & Sons/EUIPO – Carpathian Springs (forma de una botella), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
216. Asunto T-638/19: Recurso interpuesto el 25 de septiembre de 2019 – Sun Stars & Sons/EUIPO – Valvis Holding (forma de una botella), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
217. Asunto T-651/19: Recurso interpuesto el 26 de septiembre de 2019 – Brands Up/EUIPO (Credit24), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
218. Asunto T-665/19: Recurso interpuesto el 30 de septiembre de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO (€\$), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
219. Asunto T-668/19: Recurso interpuesto el 1 de octubre de 2019 – Ardagh Metal Beverage Holdings/EUIPO (marca sonora), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
220. Asunto T-669/19: Recurso interpuesto el 2 de octubre de 2019 – Novomatic/EUIPO – Brouwerij Haacht (PRIMUS), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
221. Asunto T-677/19: Recurso interpuesto el 2 de octubre de 2019 – Polfarmex/EUIPO – Kaminski (SYRENA), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
222. Asunto T-678/19: Recurso interpuesto el 4 de octubre de 2019 – Health Product Group/EUIPO – Bioline Pharmaceutical (Enterosgel), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
223. Asunto T-686/19: Recurso interpuesto el 7 de octubre de 2019 – Euroapotheca/EUIPO – General Nutrition Investment (GNC LIVE WELL), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
224. Asunto T-687/19: Recurso interpuesto el 8 de octubre de 2019 – in-Music Brands/EUIPO – Equipson (Marq), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
225. Asunto C-228/19 P: Recurso de casación interpuesto el 13 de marzo de 2019 por ETI Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ contra la sentencia del

- Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 17 de enero de 2019 en el asunto T-368/18, ETI Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ/EUIPO – Grupo Bimbo (ETI Bumbo), DOUE, C, núm. 406, de 2 de diciembre de 2019.**
- 226. Asunto C-278/19 P: Recurso de casación interpuesto el 3 de abril de 2019 por Mas Que Vinos Global, S. L. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 17 de enero de 2019 en el asunto T-576/17, Mas Que Vinos Global, S. L./EUIPO – JESA (EL SEÑORITO), DOUE, C, núm. 406, de 2 de diciembre de 2019.**
- 227. Asunto C-295/19 P: Recurso de casación interpuesto el 10 de abril de 2019 por Apple Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 31 de enero de 2019 en el asunto T-215/17: Pear Technologies/EUIPO – Apple (PEAR), DOUE, C, núm. 406, de 2 de diciembre de 2019.**
- 228. Asunto T-287/18: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2019 – M. I. Industries/EUIPO – Natural Instinct (Nature’s Variety Instinct) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Nature’s Variety Instinct – Marca nacional figurativa anterior Natural Instinct Dog and Cat food as nature intended – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 406, de 2 de diciembre de 2019.**
- 229. Asunto T-288/18: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2019 – M. I. Industries/EUIPO – Natural Instinct (NATURE’S VARIETY INSTINCT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión NATURE’S VARIETY INSTINCT – Marca nacional figurativa anterior Natural Instinct Dog and Cat food as nature intended – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 406, de 2 de diciembre de 2019.**
- 230. Asunto T-367/18: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2019 – Sixsigma Networks Mexico/EUIPO – Marijn van Oosten Holding (UKIO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión UKIO – Marca de la Unión figurativa anterior que representa dos líneas diagonales seguidas de una línea vertical y un círculo – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 406, de 2 de diciembre de 2019.**
- 231. Asunto T-378/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2019 – NHS/EUIPO – HLC SB Distribution (CRUZADE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión CRUZADE – Marca figurativa anterior de la Unión SANTA CRUZ – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE)**

- 2017/1001 – Elevado carácter distintivo de la marca anterior»], DOUE, C, núm. 406, de 2 de diciembre de 2019.
232. Asunto T-716/18: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2019 – The Logistical Approach/EUIPO – Idea Groupe (Idealogistic Compass Greatest care in getting it there) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Idealogistic Compass Greatest care in getting it there – Marca internacional figurativa anterior IDÉA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 406, de 2 de diciembre de 2019.
233. Asunto T-67/19: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2019 – Sixsigma Networks Mexico/EUIPO – Dokkio (DOKKIO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa DOKKIO – Marca de la Unión figurativa anterior que representa dos líneas diagonales seguidas de una línea vertical y un círculo – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 406, de 2 de diciembre de 2019.
234. Asunto C-684/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 17 de septiembre de 2019 – mk advokaten GbR/MBK Rechtsanwälte GbR, DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
235. Asunto T-13/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – Crédit mutuel Arkéa/EUIPO – Confédération nationale du Crédit mutuel (Crédit Mutuel) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Crédit Mutuel – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Carácter distintivo adquirido por el uso – Adhesión al recurso – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 59, apartado 1, letra a), y apartado 2, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
236. Asunto T-68/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – Fränkischer Weinbauverband/EUIPO (Forma de una botella elipsoide) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de una botella elipsoide abombada, aplanada por delante y por detrás – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
237. Asunto T-219/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – Piaggio & C./EUIPO – Zhejiang Zhongneng Industry Group (Mobilettes) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un ciclomotor – Dibujo o modelo comunitario anterior

- Causa de nulidad – Carácter singular – Impresión general distinta – Usuario informado – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Interpretación conforme del artículo 6 del Reglamento núm. 6/2002 – Inexistencia de uso de una marca nacional tridimensional anterior no registrada en el dibujo o modelo registrado – Artículo 25, apartado 1, letra e), del Reglamento núm. 6/2002 – Inexistencia de uso no autorizado de una obra protegida en virtud de la normativa sobre derechos de autor de un Estado miembro en el dibujo o modelo registrado – Artículo 25, apartado 1, letra f), del Reglamento núm. 6/2002», DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
238. Asunto T-356/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – Volvo Trademark/EUIPO – Paalupaikka (V V-WHEELS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión V V-WHEELS – Marcas figurativas anteriores de la Unión, nacionales y no registradas, VOLVO – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
239. Asunto T-458/18: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2019 – Multifit/EUIPO (real nature) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión real nature – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
240. Asunto T-492/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – Zhadanov/EUIPO (Scanner Pro) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Scanner Pro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
241. Asunto T-650/18: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2019 – Reaktor Group/EUIPO (REAKTOR) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión REAKTOR – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Relación directa y concreta con los productos y servicios contemplados por la solicitud de marca»], DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
242. Asunto T-746/17: Auto del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – TrekStor/EUIPO – Beats Electronics (i. Beat jump) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Retirada de la solicitud de caducidad – Sobreseimiento – Artículo 137 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General – Gastos evitables – Artículo 139, letra a), del Reglamento de Procedimiento

- del Tribunal General»), DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
243. **Asuntos acumulados T-748/17 y T-770/17: Auto del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – TrekStor y Beats Electronics/EUIPO – Beats Electronics y TrekStor (iBeat) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Retirada de la solicitud de caducidad – Sobreseimiento – Artículo 137 del Reglamento de procedimiento del Tribunal General – Costas procesales evitables – Artículo 139, letra a), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General»)**, DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
244. **Asunto T-749/17: Auto del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – TrekStor/EUIPO – Beats Electronics (i. Beat jess) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Retirada de la solicitud de caducidad – Sobreseimiento – Artículo 137 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General – Costas procesales evitables – Artículo 139, letra a), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General»)**, DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
245. **Asunto T-663/19: Recurso interpuesto el 30 de septiembre de 2019 – Hasbro/EUIPO – Kreativni Dogadaji (MONOPOLY)**, DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
246. **Asunto T-693/19: Recurso interpuesto el 9 de octubre de 2019 – Kerry Luxembourg/EUIPO – (KERRYMAID)**, DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
247. **Asunto T-696/19: Recurso interpuesto el 14 de octubre de 2019 – Teva Pharmaceutical Industries/EUIPO (Moins de migraine pour vivre mieux)**, DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
248. **Asunto T-697/19: Recurso interpuesto el 14 de octubre de 2019 – Teva Pharmaceutical Industries/EUIPO (Weniger Migräne, Mehr vom Leben)**, DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
249. **Asunto T-707/19: Recurso interpuesto el 16 de octubre de 2019 – FF&GB/EUIPO (ONE-OFF)**, DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.
250. **Asunto C-514/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 17 de octubre de 2019 – Landeskammer für Land- und Forstwirtschaft in Steiermark/Gabriele Schmid, Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 15 – Concepto de «uso efectivo» – Exigencia de utilizar la marca de conformidad con su función esencial]**, DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
251. **Asunto C-728/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Justice (Chancery Division) (Reino Unido) el 2 de octubre de 2019 – Beverly Hills Teddy Bear Company/PMS International Group**, DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.

252. **Asunto T-261/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – Roxtec/EUIPO – Wallmax (Representación de un cuadrado negro que contiene siete círculos azules concéntricos) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa un cuadrado negro que contiene siete círculos azules concéntricos – Motivo de denegación absoluto – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.**
253. **Asunto T-404/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – Zhadanov/EUIPO (PDF Expert) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión PDF Expert – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.**
254. **Asunto T-428/18: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2019 – McDreams Hotel/EUIPO – McDonald’s International Property (mc dreams hotels Träumen zum kleinen Preis!) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión mc dreams hotels Träumen zum kleinen Preis! – Marca denominativa anterior de la Unión McDONALD’S – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Familia de marcas – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior»], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.**
255. **Asunto T-453/18: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2019 – Biasotto/EUIPO – Oofos (OOF) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión OOF – Marca denominativa anterior de la Unión OOFOS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.**
256. **Asunto T-491/18: Sentencia del Tribunal General de 3 de octubre de 2019 – Vafo Praha/EUIPO – Rutzinger-Kurpas (Meatlove) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Meatlove – Marca denominativa anterior de la Unión carnilove – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.**
257. **Asunto T-497/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – IAK – Forum International/EUIPO – Schwalb (IAK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión IAK – Marca nacional denominativa anterior IAK – Institut für angewandte Kreativität – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1,**

- letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior», DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
258. Asunto T-500/18: Sentencia del Tribunal General de 3 de octubre de 2019 – Puma/EUIPO – Destilerías MG (MG PUMA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MG PUMA – Marca denominativa anterior de la Unión GINMG – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los signos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
259. Asunto T-533/18: Sentencia del Tribunal General de 3 de octubre de 2019 – Wanda Films y Wanda Visión/EUIPO – Dalian Wanda Group (WANDA FILMS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión WANDA FILMS – Marca denominativa anterior de la Unión WANDA – Motivo de denegación relativo – Limitación de la solicitud de registro – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
260. Asunto T-536/18: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2019 – Sociéte des produits Nestlé/EUIPO – European Food (FITNESS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión FITNESS – Motivos de denegación absolutos – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por el Tribunal General – Artículo 65, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 72, apartado 6, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso», DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
261. Asunto T-542/18: Sentencia del Tribunal General de 3 de octubre de 2019 – Wanda Films y Wanda Visión/EUIPO – Dalian Wanda Group Co. (wanda films) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión wanda films – Marca denominativa anterior de la Unión WANDA – Motivo de denegación relativo – Limitación de la solicitud de registro – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
262. Asunto T-666/18: Sentencia del Tribunal General de 3 de octubre de 2019 – 6Minutes Media/EUIPO – ad pepper media International (ad pepper) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa ad pepper – Uso efectivo de la marca – Artículos 18, apartado 1, letra a), y 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Forma que difiere en elementos que no alteran su carácter distintivo», DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.

263. Asunto T-668/18: Sentencia del Tribunal General de 3 de octubre de 2019 – 6Minutes Media/EUIPO – ad pepper media International (ADPepper) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa ADPepper – Uso efectivo de la marca – Artículos 18, apartado 1, letra a), 58, apartado 1, letra a), y 95, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Forma que difiere en elementos que no alteran su carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
264. Asunto T-686/18: Sentencia del Tribunal General de 3 de octubre de 2019 – LegalCareers/EUIPO (LEGALCAREERS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión LEGALCAREERS – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
265. Asunto T-700/18: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2019 – Kalypso Media Group/EUIPO – Wizards of the Coast (DUNGEONS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión DUNGEONS – Marca anterior denominativa de la Unión DUNGEONS & DRAGONS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
266. Asunto T-749/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de septiembre de 2019 – Daimler/EUIPO (ROAD EFFICIENCY) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión ROAD EFFICIENCY – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
267. Asunto T-607/18: Auto del Tribunal General de 9 de octubre de 2019 – Essity Hygiene and Health/EUIPO (Representación de una hoja) («Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que consiste en la representación de una hoja – Motivo de denegación absoluto – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
268. Asunto T-663/18: Auto del Tribunal General de 26 de septiembre de 2019 – Nissin Foods Holdings/EUIPO – The GB Foods (Soba JAPANESE FRIED NOODLES) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Soba JAPANESE FRIED NOODLES – Causa de nulidad absoluta – Artículo 59, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.

269. Asunto T-713/18: Auto del Tribunal General de 9 de octubre de 2019 – Esim Chemicals/EUIPO – Sigma-Tau Industrie Farmaceutiche Riunite (ESIM Chemicals) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ESIM Chemicals – Marca denominativa nacional anterior ESKIM – Motivo de denegación relativo – Incumplimiento de la obligación de pago de la tasa de recurso dentro de plazo – Resolución de la Sala de Recurso por la que se declara el recurso no presentado – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»), DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
270. Asunto T-729/19: Recurso interpuesto el 30 de octubre de 2019 – Dinamo/EUIPO (Favorit), DOUE, C, núm. 423, de 16 de diciembre de 2019.
271. Asunto C-281/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 31 de octubre de 2019 – Repower AG/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), repowermap.org (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Revocación de la resolución inicial de la Sala de Recurso que desestimaba parcialmente la solicitud de anulación de la marca denominativa de la Unión Europea REPOWER), DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
272. Asunto T-601/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de octubre de 2019 – Rubik’s Brand/EUIPO – Simba Toys (Forma de un cubo con caras que poseen una estructura cuadrículada) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca de la Unión tridimensional – Cubo con caras que poseen una estructura cuadrículada – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (CE) núm. 40/94 (actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (UE) núm. 2017/1001) – Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 (actualmente artículo 95, apartado 1, del Reglamento (UE) núm. 2017/1001) – Artículo 75, apartado 1, segunda frase, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 (actualmente artículo 94, apartado 1, segunda frase, del Reglamento (UE) núm. 2017/1001) – Artículo 65, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 (actualmente artículo 72, apartado 6, del Reglamento (UE) núm. 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
273. Asunto T-58/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de octubre de 2019 – Mahr/EUIPO – Especialidades Vira (Xocolat) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Xocolat – Marca denominativa anterior de la Unión LUXOCOLAT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Motivación del escrito de oposición – Regla 15, apartado 3, letra b), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 2, apartado 4, del

- Reglamento Delegado (UE) 2018/625]», DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.**
- 274. Asunto T-279/18: Sentencia del Tribunal General de 17 de octubre de 2019 – Alliance Pharmaceuticals/EUIPO – AxiCorp (AXICORP ALLIANCE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa AXICORP ALLIANCE – Marcas denominativa y figurativa anteriores de la Unión ALLIANCE – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Interpretación de la descripción de los productos incluidos en la lista alfabética que acompaña a la Clasificación de Niza»], DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.**
- 275. Asunto T-361/18: Sentencia del Tribunal General de 5 de noviembre de 2019 – APEDA/EUIPO – Burraq Travel & Tours General Tourism Office (SIR BASMATI RICE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión SIR BASMATI RICE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.**
- 276. Asunto T-380/18: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2019 – Intas Pharmaceuticals/EUIPO – Laboratorios Indas (INTAS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión INTAS – Marcas anteriores figurativas de la Unión y nacional que incluyen el elemento denominativo «indas» – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos y los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 47 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.**
- 277. Asunto T-434/18: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2019 – Vans/EUIPO (ULTRARANGE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión ULTRARANGE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.**
- 278. Asunto T-454/18: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2019 – Biasotto/EUIPO – Oofos (OO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión OO – Marca figurativa anterior de la Unión OO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.**
- 279. Asunto T-498/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de octubre de 2019 – Aldi Einkauf (Happy Moreno choco) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figura-**

- tiva de la Unión Happy Moreno choco – Marcas nacionales figurativas anteriores MORENO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Sustitución de la lista de productos cubiertos por las marcas figurativas nacionales anteriores – Rectificación de la resolución de la Sala de Recurso – Artículo 102, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Base jurídica – Práctica decisoria anterior – Seguridad jurídica – Confianza legítima», DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
280. Asunto T-559/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de octubre de 2019 – Atos Medical/EUIPO – Andreas Fahl Medizintechnik– Vertrieb (Parches médicos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un parche médico – Divulgación de dibujos o modelos anteriores – Causa de nulidad – Carácter singular – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Impresión general distinta – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
281. Asunto T-560/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de octubre de 2019 – Atos Medical/EUIPO – Andreas Fahl Medizintechnik– Vertrieb (Parches médicos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un parche médico – Divulgación de dibujos o modelos anteriores – Causa de nulidad – Carácter singular – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Impresión general distinta – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
282. Asunto T-568/18: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2019 – Local-e-motion/EUIPO – Volkswagen (WE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión WE – Marca nacional denominativa anterior WE – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
283. Asunto T-582/18: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2019 – Boxer Barcelona/EUIPO – X-Technology Swiss (XBOXER BARCELONA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión XBOXER BARCELONA – Marca figurativa anterior de la Unión que representa la letra “x» – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Pruebas – Artículo 18, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001 – Artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Limitación de la solicitud de registro ante la Sala de Recurso – Artículo 49, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.

284. Asunto T-628/18: Sentencia del Tribunal General de 17 de octubre de 2019 – E. I. Papadopoulos/EUIPO – Europastry (fripan VIENNOISERIE CAPRICE Pur Beurre) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión fripan VIENNOISERIE CAPRICE Pur Beurre – Marca figurativa anterior de la Unión Caprice – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
285. Asunto T-708/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de octubre de 2019 – ZPC Flis/EUIPO – ZPC Flis/EUIPO – Aldi Einkauf (FLIS Happy Moreno choco) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión FLIS Happy Moreno choco – Marcas nacionales figurativas anteriores MORENO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Sustitución de la lista de productos cubiertos por las marcas nacionales figurativas anteriores – Rectificación de la resolución de la Sala de Recurso – Artículo 102, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Base jurídica – Práctica decisoria anterior – Seguridad jurídica – Confianza legítima», DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
286. Asunto T-10/19: Sentencia del Tribunal General de 17 de octubre de 2019 – United States Seafoods/EUIPO (UNITED STATES SEAFOODS) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa UNITED STATES SEAFOODS – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
287. Asunto T-41/19: Sentencia del Tribunal General de 24 de octubre de 2019 – MSI Svetovanje/EUIPO – Industrial Farmacéutica Cantabria (nume) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión nume – Marca denominativa anterior de la Unión numederm – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
288. Asunto T-240/19: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2019 – A9.com/EUIPO (Representación de una campana) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una campana – Motivo de denegación absoluto – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.

289. Asunto T-735/19: Recurso interpuesto el 30 de octubre de 2019 – Frank Recruitment Group Services/EUIPO – Pearson (PEARSON FRANK), DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
290. Asunto T-737/19: Recurso interpuesto el 5 de noviembre de 2019 – Huevos Herrera Mejías/EUIPO – Montesierra (MontiSierra HUEVOS CON SABOR A CAMPO), DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
291. Asunto T-739/19: Recurso interpuesto el 6 de noviembre de 2019 – Productos Jamaica/EUIPO – Alada 1850 (flordeJamaica), DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
292. Asunto C-528/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 13 de noviembre de 2019 – Outsource Professional Services Ltd/Flatworld Solutions Pvt. Ltd, Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Causas de nulidad absoluta – Artículo 52, apartado 1, letra b) – Mala fe al presentar la solicitud de la marca], DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
293. Asunto T-276/17: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Ogrodnik/EUIPO – Aviário Tropical (Tropical) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Tropical – Marca nacional denominativa anterior TROPICAL – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Similitud entre los productos – Riesgo de confusión – Coexistencia de las marcas», DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
294. Asunto T-669/18: Sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2019 – Neoperl/EUIPO (Representación de cuatro orificios rellenos en un patrón de orificios perforados regular) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa cuatro orificios rellenos en un patrón de orificios perforados regular – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
295. Asunto T-101/19: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2019 – Rezon/EUIPO (imot.bg) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión imot.bg – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartados 1, letra b), y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, primera frase, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
296. Asunto T-149/19: Sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2019 – Sociétés des produits Nestlé/EUIPO – Jumbo Africa (Representación de una figura humana situada sobre un escudo)

- [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una figura humana situada sobre un escudo – Marca figurativa de la Unión que representa una figura humana – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Facultad de modificación»], DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
297. Asunto T-738/19: Recurso interpuesto el 4 de noviembre de 2019 – Clouds Sky/EUIPO – The Cloud Networks (Wi-Fi Powered by The Cloud), DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
298. Asunto T-788/19: Recurso interpuesto el 14 de noviembre de 2019 – Body Attack Sports Nutrition/EUIPO – Sakkari (Sakkattack), DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
299. Asunto T-792/19: Recurso interpuesto el 11 de noviembre de 2019 – Agepha Pharma/EUIPO – Apogepha Arzneimittel (AGEPHA), DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.
300. Asunto T-527/18: Sentencia del Tribunal General de 21 de noviembre de 2019 – K. A. Schmersal Holding/EUIPO – Tecnum (tec.nicum) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión tec.nicum – Marca nacional figurativa anterior TECNIUM – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los servicios – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículos 18, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001 – Forma que difiere en elementos que no alteran su carácter distintivo – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal»], DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.
301. Asunto T-642/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2019 – August Wolff/EUIPO – Faes Farma (DermaFaes Atopimed) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión DermaFaes Atopimed – Marca denominativa anterior de la Unión Dermowas – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.
302. Asunto T-643/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2019 – August Wolff/EUIPO – Faes Farma (DermaFaes) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión DermaFaes – Marca denominativa anterior de la Unión Dermowas – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.
303. Asunto T-695/18: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2019 – Werner/EUIPO – Merck (FLORAMED) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de mar-

- ca figurativa de la Unión **FLORAMED** – Marca denominativa anterior de la Unión **MEDIFLOR** – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.
304. Asunto T-711/18: Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2019 – **Wyld/EUIPO** – **Kaufland Warenhandel (wyld)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión **wyld** – Marca internacional denominativa anterior **WILD CRISP** – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Denegación parcial de la solicitud de registro», DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.
305. Asunto T-147/19: Auto del Tribunal General de 14 de noviembre de 2019 – **Flovax/EUIPO** – **Dagniaux y Gervais Danone (GLACIER DAGNIAUX DEPUIS 1923)** («Marca de la Unión Europea – Solicitud de nulidad – Marca figurativa de la Unión **GLACIER DAGNIAUX DEPUIS 1923** – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.
306. Asunto C-678/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 21 de noviembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – **Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden** [Procedimiento prejudicial – Dibujos o modelos – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículo 90, apartado 1 – Medidas provisionales y cautelares – Competencia de los tribunales nacionales de primera instancia – Competencia exclusiva de los tribunales designados en dicha disposición], DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
307. Asunto C-607/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el **Bundesgerichtshof** (Alemania) el 12 de agosto de 2019 – **Husqvarna AB/Lidl E-Commerce International GmbH & Co. KG**, DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
308. Asunto T-644/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2019 – **August Wolff/EUIPO** – **Faes Farma (DermaFaes Atopiderm)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión **DermaFaes Atopiderm** – Marca denominativa anterior de la Unión **Der-momas** – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
309. Asunto T-658/18: Sentencia del Tribunal General de 3 de diciembre de 2019 – **Hästens Sängar/EUIPO** (Representación de un dibujo a cuadros) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa que representa un dibujo a cuadros – Motivo de denegación absoluto – Falta

- de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/100», DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
310. Asunto T-665/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2019 – Soundio/EUIPO – Telefónica Germany (Vibble) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa Vibble – Marca alemana denominativa anterior vybe – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»] DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
311. Asunto T-736/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2019 – Runnebaum Invest/EUIPO – Berg Toys Beheer (Bergsteiger) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Bergsteiger – Marcas denominativa Benelux y figurativa y denominativa anteriores de la Unión BERG – Motivo de denegación relativo – Artículo 47, apartados 1 y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Admisibilidad de una solicitud de prueba del uso efectivo de la marca anterior – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
312. Asunto T-672/18: Auto del Tribunal General de 22 de noviembre 2019 – Pyke/EUIPO – Paglieri (CLIOMAKEUP) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
313. Asunto T-805/19: Recurso interpuesto el 21 de noviembre de 2019 – Ultrasun/EUIPO (ultrasun), DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
314. Asunto T-806/19: Recurso interpuesto el 21 de noviembre de 2019 – Govern d’Andorra/EUIPO (Andorra), DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
315. Asunto T-808/19: Recurso interpuesto el 25 de noviembre de 2019 – Silgan International y Silgan Closures/Comisión, DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
316. Asunto T-809/19: Recurso interpuesto el 22 de noviembre de 2019 – Liga Nacional de Fútbol Profesional/EUIPO (El Clasico), DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
317. Asunto T-814/19: Recurso interpuesto el 22 de noviembre de 2019 – Nutravita/EUIPO – Pegaso (nutravita Healthy Mind, Body & Soul.), DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
318. Asunto T-817/19: Recurso interpuesto el 27 de noviembre de 2019 – Olimp Laboratories/EUIPO – OmniVision (Hydrovision), DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.

319. **Asunto T-818/19: Recurso interpuesto el 27 de noviembre de 2019 – Dvectis CZ/EUIPO – Yado (Almohadas), DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.**
320. **Asunto T-819/19: Recurso interpuesto el 2 de diciembre de 2019 – Man and Machine/EUIPO – Bim Freelance (bim ready), DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.**
321. **Asunto T-821/19: Recurso interpuesto el 2 de diciembre de 2019 – Herlyn y Beck/EUIPO – Brillux (B.home), DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.**
322. **Asunto T-524/18: Sentencia del Tribunal General de 4 de diciembre de 2019 – Billa/EUIPO – Boardriders IP Holdings (Billa) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Billa – Marcas denominativas anteriores de la Unión BILLABONG – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Comparación de los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.**
323. **Asunto T-648/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2019 – Super bock group/EUIPO – Agus (Crystal) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Crystal – Marca nacional denominativa anterior CRISTAL – Motivo de denegación relativo – Falta de similitud de los productos – Ausencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.**
324. **Asunto T-683/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2019 – Conte/EUIPO (CANNABIS STORE AMSTERDAM) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión CANNABIS STORE AMSTERDAM – Motivo de denegación absoluto – Marca contraria al orden público – Artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 7, apartado 2, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.**
325. **Asunto T-747/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2019 – Refan Bulgaria/EUIPO (Forma de una flor) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de una flor – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Derecho de defensa – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.**
326. **Asunto T-29/19: Sentencia del Tribunal General de 5 de diciembre de 2019 – Idea Groupe/EUIPO – The Logistical Approach (Idealogistic Verhoeven Greatest care in getting it there) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Idealogistic Verhoeven Greatest care in getting it there – Marcas nacionales denominativas anteriores idéa logistique, IDEA y Groupe idea – Marca nacional figurativa ante-**

- rrior iDÉA – Registros internacionales que designan a la Unión Europea – Marcas figurativa anterior iDÉA y denominativa anterior IDEA – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.
327. Asunto T-255/19: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2019 – Baustoffwerke Gebhart & Söhne/EUIPO (BIOTON) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión BIOTON – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.
328. Asunto T-266/19: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2019 – gastivo portal/EUIPO – La Fourchette (Representación de un tenedor sobre fondo verde) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un tenedor sobre fondo verde – Marca figurativa anterior de la Unión gastivo – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.
329. Asunto T-267/19: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2019 – gastivo portal/EUIPO – La Fourchette (Representación de un tenedor sobre un fondo verde) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un tenedor sobre un fondo verde – Marca figurativa anterior de la Unión gastivo – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.
330. Asunto T-811/19: Recurso interpuesto el 22 de noviembre de 2019 – Enoport – Produção de Bebidas/EUIPO – Miguel Torres (CABEZA DE TORO), DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.
331. Asunto T-835/19: Recurso interpuesto el 6 de diciembre de 2019 – CrossFit/EUIPO – Hochwarter (CROSSBOX), DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.
332. Asunto T-800/19: Recurso interpuesto el 20 de noviembre de 2019 – Austria Tabak/EUIPO – Mignot & De Block (AIR), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
333. Asunto T-802/19: Recurso interpuesto el 19 de noviembre de 2019 – Kisscolor Living/EUIPO – Teoxane (KISS COLOR), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.

334. Asunto T-810/19: Recurso interpuesto el 25 de noviembre de 2019 – Victoria’s Secret Stores Brand Management/EUIPO – Yiwu Dearbody Cosmetics (BODYSECRETS), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
335. Asunto T-820/19: Recurso interpuesto el 3 de diciembre de 2019 – Totalizator Sportowy/EUIPO – Lottoland Holdings (LOTTO-LAND), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
336. Asunto T-833/19: Recurso interpuesto el 6 de diciembre de 2019 – Grammer/EUIPO (Representación de una figura geométrica), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
337. Asunto T-834/19: Recurso interpuesto el 5 de diciembre de 2019 – e*Message Wireless Information Services/EUIPO – Apple (e*message), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
338. Asunto T-836/19: Recurso interpuesto el 10 de diciembre de 2019 – Première Vision/EUIPO – Vente-Privée.com (PV), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
339. Asunto T-838/19: Recurso interpuesto el 10 de diciembre de 2019 – Koopman International/EUIPO – Tinnus Enterprises y Mystic Products Import & Export (Equipo para la distribución de fluidos), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
340. Asunto T-839/19: Recurso interpuesto el 10 de diciembre de 2019 – Koopman International/EUIPO – Tinnus Enterprises y Mystic Products Import & Export (Equipo para la distribución de fluidos), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
341. Asunto T-840/19: Recurso interpuesto el 10 de diciembre de 2019 – Koopman International/EUIPO – Tinnus Enterprises y Mystic Products Import & Export (Equipo para la distribución de fluidos), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
342. Asunto T-841/19: Recurso interpuesto el 10 de diciembre de 2019 – Koopman International/EUIPO – Tinnus Enterprises y Mystic Products Import & Export (Equipo para la distribución de fluidos), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
343. Asunto T-842/19: Recurso interpuesto el 10 de diciembre de 2019 – Koopman International/EUIPO – Tinnus Enterprises y Mystic Products (Equipo para la distribución de fluidos), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
344. Asunto T-844/19: Recurso interpuesto el 12 de diciembre de 2019 – Apologistics/EUIPO – Peikert (discount-apotheke.de), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
345. Asunto T-847/19: Recurso interpuesto el 13 de diciembre de 2019 – X-cen-tek/EUIPO – Altenloh, Brinck & Co. (PAX), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.

346. Asunto T-858/19: Recurso interpuesto el 18 de diciembre de 2019 – easyCosmetic Swiss/EUIPO – U. W. I. Unternehmensberatungs- und Wirtschaftsinformations (easycosmetic), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
347. Asunto C-783/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 12 de diciembre de 2019 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea/Wajos GmbH [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra b) – Motivo de denegación absoluto – Marcas que carecen de carácter distintivo – Marcas tridimensionales constituidas por la forma del producto – Criterios de apreciación del carácter distintivo – Obligación de motivación – Forma de un continente – Ánfora], DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.
348. Asunto C-143/19 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2019 – Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículos 15 y 66 – Uso efectivo de una marca colectiva de la Unión – Marca relativa a un sistema de recogida y de valorización de residuos de envases – Colocación en el envase de los productos para los que está registrada la marca], DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.
349. Asunto T-383/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Sta*Ware EDV Beratung/EUIPO – Accelerate IT Consulting (businessNavi) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión businessNavi – Uso efectivo de la marca – Caducidad parcial – Artículo 51, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.
350. Asunto T-823/19: Recurso interpuesto el 4 de diciembre de 2019 – JMS Sports/EUIPO – Inter-Vion (Cintas para el pelo en espiral), DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.
351. Asunto T-829/19: Recurso interpuesto el 4 de diciembre de 2019 – Palírna U Zeleného stromu/EUIPO – Bacardi (BLEND 42 VODKA), DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.
352. Asunto T-830/19: Recurso interpuesto el 4 de diciembre de 2019 – Palírna U Zeleného stromu/EUIPO – Bacardi (BLEND 42 VODKA), DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.
353. Asunto T-831/19: Recurso interpuesto el 4 de diciembre de 2019 – Palírna U Zeleného stromu/EUIPO – Bacardi (BLEND 42 FIRST CZECH BLENDED VODKA), DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.
354. Asunto T-853/19: Recurso interpuesto el 17 de diciembre de 2019 – Tehrani/EUIPO – Blue Genes (Earnest Sewn), DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.

355. **Asunto T-854/19: Recurso interpuesto el 17 de diciembre de 2019 – Franz Schröder/EUIPO – RDS Design (MONTANA), DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.**
356. **Asunto T-855/19: Recurso interpuesto el 17 de diciembre de 2019 – Franz Schröder/EUIPO – RDS Design (MONTANA), DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.**
357. **Asunto T-856/19: Recurso interpuesto el 17 de diciembre de 2019 – Franz Schröder/EUIPO – RDS Design (MONTANA), DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.**
358. **Asunto T-859/19: Recurso interpuesto el 9 de diciembre de 2019 – Alkemie Group/EUIPO – Mann & Schröder (ALKEMIE), DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.**
359. **Asunto T-860/19: Recurso interpuesto el 9 de diciembre de 2019 – Alkemie Group/EUIPO – Mann & Schröder (ALKEMIE), DOUE, C, núm. 54, de 17 de febrero de 2020.**
360. **Asunto T-501/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Currency One/EUIPO – Cinkciarz.pl (CINKCIARZ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión CINKCIARZ – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Término peyorativo relacionado con los productos o servicios en cuestión»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.**
361. **Asunto T-589/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Vins el Cep/EUIPO – Rotkäppchen-Mumm Sektkellereien (MIM NATURA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MIM NATURA – Registros internacionales denominativo y figurativo y marca nacional denominativa anteriores MM, MM y MUMM – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.**
362. **Asunto T-624/18: Sentencia del Tribunal General de 18 de diciembre de 2019 – Gres de Aragón/EUIPO (GRES ARAGÓN) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión GRES ARAGÓN – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación – Error de Derecho»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.**
363. **Asunto T-690/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Vita Audio (Vita) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de**

- caducidad – Marca denominativa de la Unión Vita – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por parte del Tribunal General – Artículo 65, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 72, apartado 6, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Fuerza de cosa juzgada», DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
364. Asunto T-729/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – El Corte Inglés/EUIPO – Lloyd Shoes (LLOYD) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión LLOYD – Marca figurativa anterior de la Unión LLOYD’S – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos y los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
365. Asunto T-743/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Japan Tobacco/EUIPO – I. J. Tobacco Industry (I. J. TOBACCO INDUSTRY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión I. J. TOBACCO INDUSTRY – Marca figurativa anterior de la Unión JTi – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
366. Asunto T-28/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Karlovarské minerální vody/EUIPO – Aguas de San Martín de Veri (VERITEA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VERITEA – Marca denominativa anterior de la Unión VERI – AGUA PURA DEL PIRINEO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
367. Asunto T-40/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Amigüitos pets & life/EUIPO – Sociéte des produits Nestlé (THE ONLY ONE by alphaspirt wild and perfect) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión THE ONLY ONE by alphaspirt wild and perfect – Marca denominativa anterior de la Unión ONE – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
368. Asunto T-54/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Nosio/EUIPO (BIANCOFINO) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión BIANCOFINO – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.

369. Asunto T-69/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Südwestdeutsche Salzwärke/EUIPO (Bad Reichenhaller Alpensaline) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Bad Reichenhaller Alpensaline – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
370. Asunto T-175/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft/EUIPO (eVoter) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión eVoter – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
371. Asunto T-270/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Amazon Technologies/EUIPO (ring) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa ring – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
372. Asunto T-188/16: Auto del Tribunal General de 17 de diciembre de 2019 – repowermap.org/EUIPO – Repower (REPOWER) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa REPOWER – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
373. Asunto T-12/19: Auto del Tribunal General de 18 de diciembre de 2019 – Nowhere/EUIPO – Junguo Ye (APE TEES) («Marca de la Unión Europea – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
374. Asunto T-74/19: Auto del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – DK Company/EUIPO – Hunter Boot (DENIM HUNTER) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión DENIM HUNTER – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
375. Asunto T-501/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Currency One/EUIPO – Cinkciarz.pl (CINKCIARZ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión CINKCIARZ – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Re-

- glamento (UE) 2017/1001] – Término peyorativo relacionado con los productos o servicios en cuestión», DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
376. Asunto T-589/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Vins el Cep/EUIPO – Rotkäppchen-Mumm Sektke-llereien (MIM NATURA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MIM NATURA – Registros internacionales denominativo y figurativo y marca nacional denominativa anteriores MM, MM y MUMM – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
377. Asunto T-624/18: Sentencia del Tribunal General de 18 de diciembre de 2019 – Gres de Aragón/EUIPO (GRES ARAGÓN) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión GRES ARAGÓN – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación – Error de Derecho»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
378. Asunto T-690/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Vita Audio (Vita) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión Vita – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por parte del Tribunal General – Artículo 65, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 72, apartado 6, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Fuerza de cosa juzgada»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
379. Asunto T-729/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – El Corte Inglés/EUIPO – Lloyd Shoes (LLOYD) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión LLOYD – Marca figurativa anterior de la Unión LLOYD’S – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos y los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
380. Asunto T-743/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Japan Tobacco/EUIPO – I. J. Tobacco Industry (I. J. TOBACCO INDUSTRY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión I. J. TOBACCO INDUSTRY – Marca figurativa anterior de la Unión JTi – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.

381. Asunto T-28/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Karlovarské minerální vody/EUIPO – Aguas de San Martín de Veri (VERITEA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VERITEA – Marca denominativa anterior de la Unión VERI – AGUA PURA DEL PIRINEO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
382. Asunto T-40/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Amigüitos pets & life/EUIPO – Société des produits Nestlé (THE ONLY ONE by alphaspirt wild and perfect) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión THE ONLY ONE by alphaspirt wild and perfect – Marca denominativa anterior de la Unión ONE – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
383. Asunto T-54/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Nosio/EUIPO (BIANCOFINO) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión BIANCOFINO – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
384. Asunto T-69/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Südwestdeutsche Salzwerte/EUIPO (Bad Reichenhaller Alpensaline) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Bad Reichenhaller Alpensaline – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
385. Asunto T-175/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft/EUIPO (eVoter) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión eVoter – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
386. Asunto T-270/19: Sentencia del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – Amazon Technologies/EUIPO (ring) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa ring – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.

387. Asunto T-188/16: Auto del Tribunal General de 17 de diciembre de 2019 – repowermap.org/EUIPO – Repower (REPOWER) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa REPOWER – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
388. Asunto T-12/19: Auto del Tribunal General de 18 de diciembre de 2019 – Nowhere/EUIPO – Junguo Ye (APE TEES) («Marca de la Unión Europea – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
389. Asunto T-74/19: Auto del Tribunal General de 19 de diciembre de 2019 – DK Company/EUIPO – Hunter Boot (DENIM HUNTER) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión DENIM HUNTER – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
390. Asunto T-192/19: Auto del Tribunal General de 18 de diciembre de 2019 – Ceramica Flaminia/EUIPO – Ceramica Cielo (goclean) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión goclean – Revocación de la resolución impugnada – Artículo 103 del Reglamento (UE) 2017/1001 – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»], DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
391. Asunto T-851/19: Recurso interpuesto el 16 de diciembre de 2019 – Body Attack Sports Nutrition/EUIPO – Sakkari (SAKKATTACK)
Asunto T-862/19: Recurso interpuesto el 18 de diciembre de 2019 – Brasserie St Avold/EUIPO (Forma de una botella), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
392. Asunto T-863/19: Recurso interpuesto el 19 de diciembre de 2019 – Production Christian Gallimard/EUIPO – Éditions Gallimard (PCG CALLIGRAM CHRISTIAN GALLIMARD), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
393. Asunto T-869/19: Recurso interpuesto el 20 de diciembre de 2019 – Tetra/EUIPO – Neusta next (Wave), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
394. Asunto T-877/19: Recurso interpuesto el 23 de diciembre de 2019 – Einkaufsbüro Deutscher Eisenhändler/EUIPO – Tigges (TOOLINEO), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
395. Asunto T-878/19: Recurso interpuesto el 23 de diciembre de 2019 – Bende/EUIPO – Julius-K9 (K-9), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.

396. **Asunto T-879/19: Recurso interpuesto el 30 de diciembre de 2019 – Sumol + Compal Marcas/EUIPO – Jacob (Dr. Jacob’s essentials), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.**
397. **Asunto T-15/20: Recurso interpuesto el 10 de enero de 2020 – Skyliners/EUIPO – Sky (SKYLINERS), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.**
398. **Asunto T-16/20: Recurso interpuesto el 10 de enero de 2020 – Hub Culture/EUIPO – PayPal (VEN), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.**
399. **Asuntos acumulados C-123/19 P y C-125/19 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de diciembre de 2019 – Vans, Inc./ Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) y Deichmann SE (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Recursos de casación que quedan sin objeto – Sobreseimiento – Costas), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
400. **Asuntos acumulados C-123/19 P y C-125/19 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de diciembre de 2019 – Vans, Inc./ Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) y Deichmann SE (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Recursos de casación que quedan sin objeto – Sobreseimiento – Costas), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
401. **Asunto T-852/19: Recurso interpuesto el 16 de diciembre de 2019 – Albéa Services/EUIPO – dm-drogerie markt (ALBÉA), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
402. **Asunto T-882/19: Recurso interpuesto el 27 de diciembre de 2019 – Kerangus/EUIPO (AIIAA!), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
403. **Asunto T-883/19: Recurso interpuesto el 27 de diciembre de 2019 – Gustopharma Consumer Health/EUIPO – Helixor Heilmittel (HELIX ELIXIR), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
404. **Asunto T-1/20: Recurso interpuesto el 2 de enero de 2020 – M. I. Industries/EUIPO – Natural Instinct (INSTINCT), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
405. **Asunto T-2/20: Recurso interpuesto el 3 de enero de 2020 – Laboratorios Ern/EUIPO – Bio-tec Biologische Naturverpackungen (BIOPLAST BIOPLASTICS FOR A BETTER LIFE), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
406. **Asunto T-6/20: Recurso interpuesto el 8 de enero de 2020 – Dr. Spiller/EUIPO – Rausch (Alpenrausch Dr. Spiller), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**

407. **Asunto T-11/20: Recurso interpuesto el 9 de enero de 2020 – Paravan/EUIPO – paragon (Paragon), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
408. **Asunto T-12/20: Recurso interpuesto el 9 de enero de 2020 – Schneider/EUIPO – Frutaria Comercial de Frutas y Hortalizas (Frutaria.), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
409. **Asunto T-17/20: Recurso interpuesto el 11 de enero de 2020 – adp Gauselmann/EUIPO – Gameloft (GAMELAND), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
410. **Asunto T-19/20: Recurso interpuesto el 13 de enero de 2020 – sprd.net/EUIPO – Shirtlabor (I love), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
411. **Asunto T-21/20: Recurso interpuesto el 14 de enero de 2020 – LG Electronics/EUIPO – Staszewski (K7), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
412. **Asunto T-22/20: Recurso interpuesto el 13 de enero de 2020 – IB/EUIPO, DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
413. **Asunto T-23/20: Recurso interpuesto el 15 de enero de 2020 – FF IP/EUIPO – Seven (the DoubleF), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
414. **Asunto T-25/20: Recurso interpuesto el 17 de enero de 2020 – Deutsche Post/EUIPO – Pošta Slovenije (Representación de un instrumento en forma de cuerno), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
415. **Asunto T-26/20: Recurso interpuesto el 16 de enero de 2020 – Forex Bank/EUIPO – Coino UK (FOREX), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
416. **Asunto T-30/20: Recurso interpuesto el 20 de enero de 2020 – Promed/EUIPO – Centrumelektroniki (Promed), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
417. **Asunto T-35/20: Recurso interpuesto el 20 de enero de 2020 – Monster Energy/EUIPO – Nanjing aisiyou Clothing (Representación de un arañazo con forma de garra), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
418. **Asunto T-598/18: Sentencia del Tribunal General de 30 de enero de 2020 – Grupo Textil Brownie/EUIPO – The Guide Association (BROWNIE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión BROWNIE – Marcas denominativas nacionales anteriores BROWNIES, BROWNIE, Brownies y Brownie – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), de Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de la marca**

anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.

419. Asunto T-697/18: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2020 – Aldi/EUIPO – Titlbach (ALTISPORT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa ALTISPORT – Marcas internacional y de la Unión denominativas anteriores ALDI – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Comparación de los productos y servicios – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.
420. Asunto T-42/19: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2020 – Volkswagen/EUIPO (CROSS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión CROSS – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001 – Igualdad de trato – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.
421. Asunto T-239/19: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2020 – Vinos de Arganza/EUIPO – Nordbrand Nordhausen (ENCANTO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ENCANTO – Marca nacional denominativa anterior BELCANTO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.
422. Asunto T-559/19: Sentencia del Tribunal General de 30 de enero de 2020 – Julius Sämann/EUIPO – Maharishi Vedic University (Representación de un árbol) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un árbol – Marcas figurativas anteriores de la Unión e internacional que representa un «árbol mágico» – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Inexistencia de perjuicio para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.
423. Asunto T-125/19: Auto del Tribunal General de 21 de enero de 2020 – Clem & Jo Optique/EUIPO – C&A (C&J) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.
424. Asunto T-128/19: Auto del Tribunal General de 16 de enero de 2020 – Hemp Foods Australia/EUIPO – Cabrejos (Sativa) («Recurso de

- anulación – Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Falta de inscripción del cambio de titular en el registro internacional – Falta de legitimación activa – Inadmisibilidad», DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.
425. Asunto T-870/19: Recurso interpuesto el 20 de diciembre de 2019 – Worldwide Spirits Supply/EUIPO – Melfinco (CLEOPATRA QUEEN), DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.
426. Asunto T-3/20: Recurso interpuesto el 3 de enero de 2020 – Forbo Financial Services/EUIPO – Windmüller (Canoleum), DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.
427. Asunto T-38/20: Recurso interpuesto el 23 de enero de 2020 – Lotto24/EUIPO (LOTTO24), DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.
428. Asunto T-41/20: Recurso interpuesto el 24 de enero de 2020 – Di Bernardo/Comisión, DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.
429. Asunto T-45/20: Recurso interpuesto el 27 de enero de 2020 – KRBL/EUIPO – P. K. Overseas (INDIA SALAM Pure Basmati Rice), DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

430. Asunto C-469/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Funke Medien NRW GmbH/Bundesrepublik Deutschland (Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Sociedad de la información – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Artículo 2, letra a) – Derecho de reproducción – Artículo 3, apartado 1 – Comunicación al público – Artículo 5, apartados 2 y 3 – Excepciones y limitaciones – Alcance – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), DOUE, C, núm. 319, de 23 de septiembre de 2019.
431. Asunto C-476/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Pelham GmbH, Moses Pelham, Martin Haas/Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben [Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Sociedad de la información – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Muestreo (sampling) – Artículo 2, letra c) – Productor de fonogramas – Derecho de reproducción – Reproducción «de parte» – Artículo 5, apartados 2 y 3 – Excepciones y limitaciones – Alcance – Artículo 5, apartado 3, letra d) – Citas – Directiva 2006/115/CE – Artículo 9, apartado 1, letra b) – Derecho de distribución – Derechos

fundamentales – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 13 – Libertad de las artes], DOUE, C, núm. 319, de 23 de septiembre de 2019.

432. **Asunto C-516/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Spiegel Online GmbH/Volker Beck (Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Sociedad de la información – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Artículo 5, apartado 3 – Excepciones y limitaciones – Alcance – Artículo 5, apartado 3, letras c) y d) – Información sobre acontecimientos de actualidad – Citas – Utilización de hipervínculos – Puesta a disposición del público legalmente – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 11 – Libertad de expresión y de información), DOUE, C, núm. 319, de 23 de septiembre de 2019.**
433. **Asunto C-442/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 12 de junio de 2019 – Stichting Brein/News-Service Europe BV, DOUE, C, núm. 357, de 21 de octubre de 2019.**
434. **Asunto C-501/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Înalta Curte de Casație și Justiție (Rumanía) el 28 de junio de 2019 – UCMR – ADA Asociația pentru Drepturi de Autor a Compozitorilor/Asociația Culturală «Suflet de Român» prin lichidator Pro Management Insolv IPURL, DOUE, C, núm. 372, de 4 de noviembre de 2019.**
435. **Asunto C-637/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Svea Hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Suecia) el 27 de agosto de 2019 – BY/CX, DOUE, C, núm. 372, de 4 de noviembre de 2019.**
436. **Asunto C-683/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça – Portugal) – Cofemel – Sociedade de Vestuário, S. A./G-Star Raw CV [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual e industrial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artículo 2, letra a) – Concepto de «obra» – Protección de las obras mediante derechos de autor – Requisitos – Articulación con la protección de los dibujos y modelos – Directiva 98/71/CE – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Modelos de prendas de vestir], DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.**
437. **Asunto C-688/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék – Hungría) – Bayer Pharma AG/Richter Gedeon Vegyészeti Gyár Nyrt., Exeltis Magyarország Gyógyszerkereskedelmi Kft. (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Patentes – Directiva 2004/48/CE – Artículo 9, apartado**

- 7 – Comercialización de productos infringiendo los derechos conferidos por una patente – Medidas provisionales – Anulación posterior de la patente – Consecuencias – Derecho a una indemnización adecuada como reparación del perjuicio causado por las medidas provisionales), DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
438. Asunto C-597/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Ondernemingsrechtbank Antwerpen (Bélgica) el 6 de agosto de 2019 – M. I. C. M. Mircom International Content Management & Consulting Limited/Telenet BVBA, DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
439. Asunto C-728/18 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de noviembre de 2018 por EM Research Organization, Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 25 de septiembre de 2018 en el asunto T-180/17: EM Research Organization/EUIPO – Christoph Fischer y otros, DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
440. Asunto C-293/19 P: Recurso de casación interpuesto el 10 de abril de 2019 por Et Djili Soy Dzhihangir Ibryam contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 12 de febrero de 2019 en el asunto T-231/18, Et Djili Soy Dzhihangir Ibryam/EUIPO – Lupu (Djili), DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
441. Asunto C-577/19 P: Recurso de casación interpuesto el 29 de julio de 2019 por KID-Systeme GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 16 de mayo de 2019 en el asunto T-354/18, KID-Systeme/EUIPO, DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
442. Asunto C-622/19 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de agosto de 2019 por Luz Saúde, S. A. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 13 de junio de 2019 en el asunto T-357/18, Luz Saúde/EUIPO – Clínica La Luz, DOUE, C, núm. 432, de 23 de diciembre de 2019.
443. Asunto C-484/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Sociétés de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes de la musique et de la danse (Spedidam), PG, GF/Institut national de l’audiovisuel (Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Derechos exclusivos de los artistas intérpretes – Artículo 2, letra b) – Derecho de reproducción – Artículo 3, apartado 2, letra a) – Puesta a disposición del público – Autorización – Presunción – Régimen nacional que exime a una entidad pública responsable de la conservación y promoción del patrimonio audiovisual nacional de obtener el consentimiento escrito del artista intérprete para explotar archivos que contengan fijaciones de sus actuaciones), DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2020.

444. Asunto C-263/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Den Haag – Países Bajos) – Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers/Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV (Procedimiento prejudicial – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Artículo 3, apartado 1 – Derecho de comunicación al público – Puesta a disposición – Artículo 4 – Derecho de distribución – Agotamiento – Libros electrónicos – Mercado virtual de libros electrónicos «de segunda mano»), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
445. Asunto C-666/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Paris – Francia) – IT Development SAS/Free Mobile SAS (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Respeto de los derechos de propiedad intelectual – Directiva 2004/48/CE – Protección jurídica de programas de ordenador – Directiva 2009/24/CE – Contrato de licencia de un programa informático – Modificación no autorizada del código fuente de un programa de ordenador por un licenciataria infringiendo el contrato de licencia – Acción por infracción de derechos de propiedad intelectual ejercida por el autor del programa informático contra el licenciataria – Naturaleza del régimen de responsabilidad aplicable), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.

PROTECCIÓN DE DATOS

446. Asunto C-40/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 29 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Fashion ID GmbH & Co. KG/Verbraucherzentrale NRW eV (Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Directiva 95/46/CE – Artículo 2, letra d) – Concepto de «responsable del tratamiento» – Administrador de un sitio de Internet que incorporó en este un módulo social que permite comunicar los datos personales del visitante de ese sitio al proveedor de dicho módulo – Artículo 7, letra f) – Legitimación de los tratamientos de datos – Toma en consideración del interés del administrador del sitio de Internet o del interés del proveedor del módulo social – Artículos 2, letra h), y 7, letra a) – Consentimiento del interesado – Artículo 10 – Información del interesado – Normativa nacional que permite a las asociaciones de defensa de los intereses de los consumidores ejercitar acciones judiciales), DOUE, C, núm. 319, de 23 de septiembre de 2019.
447. Asunto C-658/19: Recurso interpuesto el 4 de septiembre de 2019 – Comisión Europea/Reino de España, DOUE, C, núm. 357, de 21 de octubre de 2019.

448. Asunto C-620/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania) el 20 de agosto de 2019 – Land Nordrhein-Westfalen/D.-H. T. actuando como administrador concursal de los bienes de J & S Service UG, DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
449. Asunto C-669/19 P: Recurso de casación interpuesto el 9 de septiembre de 2019 por BP contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 11 de julio de 2019 en el asunto T-838/16, BP/Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
450. Asunto C-136/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État – Francia) – GC, AF, BH, ED/Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) [Procedimiento prejudicial – Datos personales – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de estos datos – Directiva 95/46/CE – Reglamento (UE) 2016/679 – Motores de búsqueda en Internet – Tratamiento de los datos que figuran en páginas web – Categorías especiales de datos contempladas en el artículo 8 de la Directiva y en los artículos 9 y 10 del Reglamento – Aplicabilidad de estos artículos al gestor de un motor de búsqueda – Alcance de las obligaciones del gestor en relación con dichos artículos – Publicación de los datos en páginas web con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria – Incidencia en el tratamiento de una solicitud de retirada de enlaces – Artículos 7, 8 y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea], DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
451. Asunto C-507/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de septiembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État – Francia) – Google Inc./Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) [Procedimiento prejudicial – Datos personales – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de estos datos – Directiva 95/46/CE – Reglamento (UE) 2016/679 – Motores de búsqueda en Internet – Tratamiento de los datos que figuran en páginas web – Alcance territorial del derecho a la retirada de enlaces], DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
452. Asunto C-673/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de octubre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V./Planet49 GmbH [Procedimiento prejudicial – Directiva 95/46/CE – Directiva 2002/58/CE – Reglamento (UE) 2016/679 – Tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas – Cookies – Concepto de consentimiento del interesado – Declaración de consentimiento mediante una casilla marcada por defecto], DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.

453. **Asunto C-70/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de octubre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State – Países Bajos) – Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid/A, B, P (Procedimiento prejudicial – Acuerdo de Asociación CEE-Turquía – Decisión núm. 2/76 – Artículo 7 – Decisión núm. 1/80 – Artículo 13 – Cláusulas de «standstill» – Nueva restricción – Toma, registro y conservación de datos biométricos de nacionales turcos en un fichero central – Razones imperiosas de interés general – Objetivo de prevención y lucha contra la usurpación de identidad y el fraude documental – Artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Derecho al respeto de la vida privada – Derecho a la protección de los datos de carácter personal – Proporcionalidad), DOUE, C, núm. 413, de 9 de diciembre de 2019.**
454. **Asunto T-728/19 Recurso interpuesto el 29 de octubre de 2019 – PL/Comisión, DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.**
455. **Asunto C-817/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour constitutionnelle (Bélgica) el 31 de octubre de 2019 – Ligue des droits humains/Conseil des ministres, DOUE, C, núm. 36, de 3 de febrero de 2020.**
456. **Asunto C-793/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania) el 29 de octubre de 2019 – Bundesrepublik Deutschland/SpaceNet AG, DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.**
457. **Asunto C-794/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania) el 29 de octubre de 2019 – Bundesrepublik Deutschland/Telekom Deutschland GmbH, DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.**
458. **Asunto C-708/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul București – Rumanía) – TK/Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA (Procedimiento prejudicial – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 7 y 8 – Directiva 95/46/CE – Artículos 6, apartado 1, letra c), y 7, letra f) – Legitimación del tratamiento de datos personales – Normativa nacional que permite la videovigilancia para garantizar la seguridad y la protección de las personas, bienes y activos y la satisfacción de intereses legítimos sin el consentimiento del interesado – Instalación de un sistema de videovigilancia en las zonas comunes de un inmueble de uso residencial), DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

459. **Asunto C-354/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 29 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada**

- por el Tribunalul Bacău – Rumanía) – Radu-Lucian Rusu, Oana-Maria Rusu/SC Blue Air – Airline Management Solutions SRL [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Transporte aéreo – Denegación de embarque – Conceptos de «compensación» y «compensación suplementaria» – Tipo de perjuicio indemnizable – Perjuicio material o moral – Dedución – Compensación suplementaria – Asistencia – Información facilitada a los pasajeros], DOUE, C, núm. 319, de 23 de septiembre de 2019.
460. Asunto C-530/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 11 de julio de 2019 – NM, como administradora concursal en el procedimiento de insolvencia de NIKI Luftfahrt GmbH/ON, DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.
461. Asunto C-570/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Irlanda) el 26 de julio de 2019 – Irish Ferries Ltd/National Transport Authority, DOUE, C, núm. 328, de 30 de septiembre de 2019.
462. Asunto C-560/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil no 3 de Valencia (España) el 23 de julio de 2019 – GT/Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo S. A., DOUE, C, núm. 372, de 4 de noviembre de 2019.
463. Asunto C-541/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hamburg (Alemania) el 16 de julio de 2019 – XW/Eurowings GmbH, DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
464. Asunto C-542/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hamburg (Alemania) el 16 de julio de 2019 – YX/Eurowings GmbH, DOUE, C, núm. 383, de 11 de noviembre de 2019.
465. Asunto C-648/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Erding (Alemania) el 2 de septiembre de 2019 – EU-flight.de GmbH/Eurowings GmbH, DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
466. Asunto C-687/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la cour d’appel de Mons (Bélgica) el 18 de septiembre de 2019 – Ryanair Ltd/PJ, DOUE, C, núm. 399, de 25 de noviembre de 2019.
467. Asunto C-814/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Divisional Court) (Reino Unido) el 6 de noviembre de 2019 – AC, TM, GM, MM/ABC SI, XYZ Plc, DOUE, C, núm. 10, de 13 de enero de 2019.
468. Asunto C-766/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial da Comarca dos Açores (Portugal) el 18 de octubre de 2019 – QE, RD/SATA International — Serviços de Transportes Aéreos, S. A.. DOUE, C, núm. 19, de 20 de enero de 2020.

469. Asunto C-707/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Łodzi (Polonia) el 23 de septiembre de 2019 – K. S./A. B., DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
470. Asunto C-792/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Köln (Alemania) el 28 de octubre de 2019 – TUIfly GmbH/EUflight.de GmbH, DOUE, C, núm. 27, de 27 de enero de 2020.
471. Asunto C-756/18: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 24 de octubre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal d'instance d'Aulnay-Sous-Bois – Francia) – LC, MD/easyJet Airline Co. Ltd [Procedimiento prejudicial – Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Artículo 99 – Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Gran retraso de los vuelos – Derecho del pasajero a obtener compensación – Prueba de la presencia del pasajero en la facturación – Reserva confirmada por el transportista aéreo], DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
472. Asunto C-786/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht Köln (Alemania) el 23 de octubre de 2019 – The North of England P & I Association Ltd., también en calidad de sucesora de Marine Shipping Mutual Insurance Company/Bundeszentralamt für Steuern, DOUE, C, núm. 45, de 10 de febrero de 2020.
473. Asunto C-532/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – GN, representada a efectos legales por HM/ZU, en su condición de liquidadora de Niki Luftfahrt GmbH (Procedimiento prejudicial – Transporte aéreo – Convenio de Montreal – Artículo 17, apartado 1 – Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente – Concepto de «accidente» – Aeronave en vuelo – Derramamiento de un vaso de café depositado sobre la bandeja plegable del asiento – Lesión corporal de un pasajero), DOUE, C, núm. 61, de 24 de febrero de 2020.
474. Asuntos acumulados C-355/18 a C-357/18 y C-479/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de diciembre de 2019 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Landesgericht Salzburg y el Bezirksgericht für Handelssachen Wien – Austria) – Barbara Rust-Hackner (C-355/18), Christian Gmoser (C-356/18) y Bettina Plackner (C-357/18)/Nürnberger Versicherung Aktiengesellschaft Österreich y KL/UNIQA Österreich Versicherungen AG, LK/DONAU Versicherung AG Vienna Insurance Group, MJ/Allianz Elementar Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft y NI/Allianz Elementar Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft (C-479/18) (Procedimiento prejudicial – Libre prestación de servicios – Seguro directo de vida – Directivas 90/619/CEE, 92/96/CEE, 2002/83/CE y 2009/138/CE – Derecho de renuncia – Información incorrecta sobre las modalidades de ejercicio del derecho de renuncia – Requisitos formales de la declaración de renuncia – Efectos sobre las obligaciones de la empresa de segu-

ros – Plazo – Extinción del derecho de renuncia – Posibilidad de renunciar después de la resolución del contrato – Reembolso del valor de rescate del contrato – Reembolso de las primas pagadas – Derecho a intereses remuneratorios – Prescripción), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.

- 475. Asunto C-431/18: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 11 de diciembre de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.a – España) – María Pilar Bueno Ruiz, Zurich Insurance PL, Sucursal de España/Irene Conte Sánchez (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 2009/103/CE – Artículo 3, párrafo primero – Concepto de «circulación de vehículos» – Escapes de aceite y otros fluidos de un vehículo automóvil – Daños), DOUE, C, núm. 68, de 2 de marzo de 2020.**
- 476. Asunto C-810/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania) el 4 de noviembre de 2019 – Flightright GmbH/Qatar Airways, DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.**
- 477. Asunto C-826/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Korneuburg (Austria) el 13 de noviembre de 2019 – WZ/Austrian Airlines AG, DOUE, C, núm. 77, de 9 de marzo de 2020.**

BIBLIOGRAFÍA

Libros *

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

DÍAZ TELJEIRO, Carlos M: *La legítima de los descendientes en la ley de Derecho civil de Galicia*, Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor. Pamplona, 2018, 407 pp.

Conforme advierte el lector desde el mismo inicio de esta monografía, la legítima de los descendientes constituye el núcleo en torno al cual se articula todo el derecho sucesorio gallego, asumido y modernizado por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (en adelante LDCG).

Esta ley ha recogido el sentir mayoritario de la doctrina actual, poniendo al día las instituciones tradicionales, tal y como se manifiesta en la reducción de la cuantía legitimaria «a la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido» (art. 243 LDCG), en la correlativa ampliación del ámbito de disponibilidad del testador, así como en la supresión de la condición de legitimarios de los ascendientes. Pero la modernización se muestra también más allá del Capítulo dedicado a las legítimas, pues la Ley 2/2006 ha reordenado otras instituciones sucesorias típicas del Derecho tradicional de Galicia como la «mejora de labrar y poseer y la casa petrucial o lugar acasurado» (arts. 219 a 223) o la «apartación» (art. 224 ss.). Se trata con frecuencia de instituciones que fuerte arraigo histórico, que ya aparecían en la añeja Memoria que el ministro de justicia Álvarez Bugallal mandó elaborar al incorporar como miembro de la Comisión General de Codificación un representante de cada una de las regiones con Derecho propio –elección que para Galicia recayó en López de Lago, letrado de ciencia y práctica reconocida–, pero que habían quedado un tanto petrificadas en el tiempo. En realidad, poco se habían modificado estas instituciones consuetudinarias gallegas con la aprobación de la Ley 147/1963, de 2 diciembre, sobre la Compilación de Derecho civil especial de Galicia. Y en comparación con la ley de 2006, pocas fueron también las novedades introducidas por la Ley de Derecho Civil de Galicia de 24 mayo 1995 en materia de legítimas, por más que las innovaciones que aportó perfilaban ya el Derecho gallego como un sistema propio más que como una serie de excepciones respecto del sistema del Código Civil.

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

La estructura de la monografía se divide en tres partes, no todas de igual extensión, ordenándose interiormente en capítulos. La primera presenta la estructura y función de la legítima, dedicándose el primer capítulo a «la adquisición de la condición de legitimario», alrededor del cual giran los presupuestos necesarios de la condición de legitimario; esto es: la existencia del legitimario en el momento de la muerte del causante –o que sobreviva a este–; así, el artículo 238.1 LDCG alude al mismo al asignar como legitimarios «a los descendientes de hijos premuertos»; y la existencia del sucesor como «persona» (arts. 30 y 745.1.º CC). No obstante, este segundo requisito cuenta con dos excepciones, una tradicional, la del concebido y no nacido, artículos 959, 961 CC; y hoy la del llamado «hijo super póstumo», concebido o implantado en el seno materno como consecuencia de las técnicas de reproducción humana asistida artículos 7 a 9 y 11 LTRHA de 26 de mayo de 2006. A estos dos requisitos se puede añadir que también se exige un vínculo de parentesco directo entre el llamado y el causante, de suerte que solo los más próximos descendientes del causante se convertirán en legitimarios (art. 238.1.º LDCG), quedando además excluidos de la condición de legitimarios los parientes en línea recta ascendente. Con ello el Derecho de Galicia se coloca en la línea ya emprendida por el Derecho de Sucesiones de Aragón, o por la más reciente ley foral del País Vasco, de 25 de julio de 2015.

No obstante, aunque el legitimario reúna los requisitos anteriores, puede que no se consolide como tal, porque el futuro legitimario haya incurrido en una conducta reprobable –causas de indignidad sucesoria y desheredación–, o bien porque ambos –causante y legitimario– así lo hayan convenido, típicamente a través de la figura de la apartación (art. 224 LDCG). Estas causas de frustración de la condición de legitimario operan de manera diferente: la apartación consiste en un pacto entre los potenciales causante y legitimario de suerte que, por causa del pacto queda excluido éste de modo irrevocable de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante: artículos 242, 224 LDCG. Mientras que la desheredación y la indignidad se basan en una serie de causas enumeradas en la ley, por más que la primera solo pueda operar en la sucesión testada y la segunda en cualquier tipo de sucesión.

Al hilo de este capítulo se plantea el Dr. Díaz Teijeiro una interesantísima cuestión, en relación con las causas legales de desheredación y el llamamiento que en el Código Civil se hace a las de indignidad, preguntándose si son estas causas taxativas. Parte el autor de que, dada la gravedad de la sanción por la que son excluidos, debe entenderse que son causas taxativas, no procediendo más que aquellas que son fijadas por el legislador. Sin embargo, no puede pasar por alto que en la actualidad el carácter taxativo no está blindado, ya que una reciente jurisprudencia ha comenzado por admitir el simple maltrato psicológico como posible causa de desheredación en el artículo 853.2.^a, además del maltrato de obra que allí figura, (STS de 3 de junio de 2014 y de 31 de enero de 2015); lo mismo que a la injuria grave de palabra, art. 853.2 CC, se acompañan las injurias vertidas por escrito como motivo suficiente de desheredación. A lo que hay que añadir que, a la vista de los pronunciamientos judiciales, es previsible que acaben siendo reconocidos también como justas causas de desheredación tanto la falta injustificada de cuidados o auxilios por parte de los hijos respecto del padre anciano o enfermo, como la ruptura caprichosa de las relaciones paterno-filiales imputables al posible legitimario (pese a que no procedió ésta como causa de desheredación en la STS de 27 de junio de 2018). Cuestiones todas abordadas con buen criterio y prudencia por Díaz Teijeiro.

El Capítulo III de esta primera parte, «funciones que desempeña la legítima en la sucesión hereditaria», tiene especial importancia en el tema en estudio, como ya su propio título advierte. Su ubicación se corresponde con el carácter que tiene de cuestión previa a uno de los temas centrales en estudio, la intangibilidad de la legítima, con toda su carga histórica reflejada en el artículo 240 LDCG el cual se refiere tanto a su aspecto cuantitativo como cualitativo («los legitimarios tienen derecho a recibir del causante por cualquier título una atribución patrimonial en la forma y medida establecida en la presente ley»). En relación con el principio de intangibilidad cualitativa, tal como ha sido diseñado por la doctrina del Código civil, la legítima debe pagarse «in natura» y sin soportar cargas; y si bien, como dice el autor, tratándose del Derecho civil de Galicia, ha quedado excluida la primera característica (art. 243 LDCG), no ocurre lo mismo con la segunda, en cuanto que el artículo 241 LDCG añade que «dejando a salvo el usufructo del cónyuge viudo ordenando de acuerdo con la presente ley, no podrán imponerse sobre la legítima cargas». Se completa este capítulo con las interesantes excepciones que la propia ley establece a la inviolabilidad de la legítima, pues, como señala el autor, además de la excepción del artículo 241 LDCG se advierte la existencia de alguna otra. Así, el artículo 282 referido a la partición conjunta, el artículo 221.2 a la mejora de labrar y poseer, el artículo 199 al testamento por comisario, y la comprendida en el artículo 808.3 CC. Excepciones todas ellas al principio de intangibilidad de la legítima en la LDCG.

En relación con la cuestión de la intangibilidad de la legítima, especial mención exige el usufructo del cónyuge viudo, ubicado al final de las disposiciones testamentarias especiales, artículos 228 a 237 LDCG, que se añade a la condición de legitimario que este tiene en la ley cuando no esté separado legalmente o de hecho (arts. 238.2 y 253), y que difiere del anterior en su cuantía («usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario fijado conforma a la reglas del art. 245»), que puede además ser conmutado por los herederos por alguna de las atribuciones señaladas en los preceptos citados. Pero también suponen excepciones a la intangibilidad de la legítima las que pueden surgir del testamento por comisario (art. 196), como forma testamentaria por la que uno de los cónyuges otorga el ejercicio de la facultad gestoria concedida por el otro, debiendo el comisario respetar, además de las legítimas (art. 238 LDCG), las disposiciones del cónyuge atribuyente. A la partición conjunta se alude en el artículo 282 el cual contiene otra excepción al principio de inviolabilidad de la legítima: a él se refiere el citado precepto cuando dispone que «en la partición conjunta y unitaria por ambos cónyuges, la legítima de cualquiera de los hijos o descendientes comunes podrá ser satisfecha con bienes de uno solo de ellos. En este caso, no podrán reclamarse las legítimas hasta el fallecimiento del último de los cónyuges». Lo cual entraña una dilación para el legitimario que no puede reclamar los bienes que le corresponden hasta el fallecimiento del último de los cónyuges. Y por último, también de la regulación de la mejora de labrar y poseer se desprende otra excepción a la intangibilidad de la legítima, artículo 219 LDGG: «el ascendiente que quiere conservar indiviso un lugar acasado [...] podrá pactar con cualquiera de sus descendientes su adjudicación íntegra». Añadiendo el artículo 221.1 que el adjudicatario «podrá compensar en metálico a los demás interesados en la partición». Sin duda, estamos en el precepto estrella del Derecho de sucesiones vivido en Galicia después de la entrada en vigor del Código Civil. Tan es así que, como pone de manifiesto Díaz Teijeiro, los textos legales que cobijaron el Derecho Gallego le concedieron una especial re-

levancia: así la Compilación de Derecho Civil de Galicia de 2 de diciembre 1963, cuyos artículos 84 a 87 lo regulan; y posteriormente la Ley de 24 mayo 1995, antecedente inmediato del texto actual.

La segunda parte de la monografía, bajo la denominación de «modos de satisfacer la legítima», comprende dos capítulos, ubicándose en ellos todo el régimen jurídico de la legítima de los descendientes, resaltando las especialidades propias con que la dota el legislador gallego, para con ello establecer un punto de comparación en determinados aspectos con la legítima del Código civil. Aun cuando los artículos 815 CC y 240 LDCG emplean la misma expresión («por cualquier título»), ello no impide que algunos elementos peculiares del Derecho sucesorio de Galicia determinen que las facultades del causante en el momento de elegir el título de la atribución de la legítima sean allí más amplias que en el Código.

La Ley 2/2006 en su afán de sistematizar esta materia y crear un sistema legitimario propio y completo, regula los fundamentos que conforman esta figura a través de las normas del Capítulo V bajo la rúbrica «de las legítimas» y que pueden condensarse en los siguientes puntos: 1.º Designación de los parientes del causante con derecho a legítima, artículo 238.1.º LDCG. 2.º Naturaleza y contenido de la legítima de los descendientes, así como fijación de su cuantía artículos 240, 243, 249.1.º LDCG. 3.º Operaciones de calculo de la legítima e imputación artículos 239, 243, 244 y 245 LDCG. 4.º Regla de Intangibilidad de la legítima y algunas de sus excepciones, artículo 241 LDCG. 5.º La posibilidad del heredero y otras personas –comisario o contador partidor, así como el testamento facultado para ello, artículos 246, 248, 250– para entregarla. 6.º Reducción de la cuantía de los derechos legitimarios de los descendientes «a la cuarta parte del haber hereditario líquido», artículo 243; teniendo en cuenta, además, que ese cuarto al que queda reducida la legítima se deberá distribuir por igual entre los hijos, lo cual supone la supresión de la mejora. 7.º Si el testador no hubiere designado la legítima en bienes determinados, los herederos de común acuerdo podrán optar entre pagarlo en bienes hereditarios o en metálico hereditario o extrahereditario, artículos 246, 248 LDCG. 8.º La pretensión del legitimario gallego se concreta en un Derecho de crédito, siendo la acción para reclamarlo puramente personal frente al heredero, artículo 249.1.º (entendiendo la doctrina unánime que la ley no obliga al testador a instituir heredero al legitimario, artículo 240, en cuanto que estos a lo que tienen derecho es a recibir del causante «por cualquier título» una atribución patrimonial en la forma y medida de lo establecido en esta Ley). 9.º El legitimario podrá solicitar anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad artículo 249.3 LDCG y RD-GRN 2 agosto 2016, que podrá realizarse bien por solicitud directa del legitimario al Registrador, o bien siendo el Juzgado el que se pronuncie ante la Instancia presentada con esta finalidad, artículos 46 y 42.10 LH.

Una de las cuestiones a las que el Dr. Díaz Teijeiro dedica mucha atención es la de perfilar cuál es la situación del legatario de legítima ante la comunidad hereditaria y la partición de la herencia. Para ello sigue el método de comparar la posición jurídica del legitimario del Código Civil y la del legitimario gallego. En el primero, la posición del legitimario ante la Comunidad hereditaria se concreta en su derecho a una porción de bienes de la herencia (art. 806 CC), lo que conduce a dos posturas doctrinales: bien que la posición de este legitimario sería equivalente a la del legatario de parte alícuota; o bien que tal legitimario sería merecedor de la cualidad de heredero. Pese a su discrepancia, ambas coinciden en la atribución al legitimario de la

condición de miembro de la comunidad hereditaria, y mientras ello sea así, goza de las facultades posesorias sobre los bienes hereditarios que se reconocen a los coherederos y entre ellas la posesión civilísima (Espejo Lerdo de Tejada), artículo 440 CC. En cualquier caso, es necesario precisar la posición de este legitimario del Código ante la partición por la que se podrá poner fin a la situación de indeterminación, al quedar sustituido la cuota por bienes concretos, reconociendo al destinatario del legado de legítima, a falta de otros, el poder promover la partición de la herencia, siguiendo para ello alguna de las formas de los artículos 1057.2, 1058 CC; o, si así no fuera posible, acudir a la partición judicial artículo 1059 CC y artículo 782.1.º LEC, teniendo con ello la posibilidad no solo de intervenir, sino también de ser miembro en la partición. A lo que todavía hay que añadir que en el Código Civil la ley reserva una porción de bienes al legitimario si acredita tal condición.

Por lo que se refiere, en cambio, al legitimario gallego, su posición como destinatario de un crédito o valor del haber hereditario líquido varía frente a la postura anterior en cuanto que no será titular de una porción de bienes de la herencia (arts. 249 y 243 LDCG); por ello se le considera como un extraño en la comunidad hereditaria, así como en la posesión de los bienes de la herencia, ya que el destinatario de un legado de legítima carece, en el sistema legitimario gallego, de la cualidad de heredero, así como de la de titular de los bienes hereditarios, confirmándose el carácter prescindible de la participación del legitimario en la partición, al consistir su derecho en un crédito; reconociéndose, por tanto, como su única facultad la de intervención en las operaciones de división del caudal hereditario: lo que puede presentar una diferencia según el tipo de la partición o supuestos de liquidación. Además, al margen de lo anterior, la facultad de intervención en la partición se ordena exclusivamente a tener conocimiento, presentando por ello un carácter restringido en cuanto que se limita a facilitar el conocimiento y la comprobación del desarrollo de las operaciones útiles para la liquidación de su crédito, artículo 1083 CC. Por ello la Ley de Derecho Civil de Galicia contempla dos facultades extraordinarias del legitimario en orden a garantizar su crédito: a) una primera, requerir a la persona obligada al pago de su legítima para que formalice inventario; y b) y otra, a solicitar anotación preventiva de su derecho sobre los bienes inmuebles de la herencia en el Registro de la Propiedad, artículo 249.2 y 3 LDCG y RDGRN de 2 de agosto 2016.

Una de las cuestiones que, aunque estudiada en el Derecho del Código civil, se plantea también en la ley gallega es la reclamación del cumplimiento del legado de legítima frente a una pluralidad de herederos tras la práctica de la partición. No hay duda de que la solución se encuentra en el artículo 1084.1 CC, y que por tanto la responsabilidad es solidaria de los coherederos, aunque si se quiere matizada por el párrafo 2 del mencionado artículo. Sin embargo, tratándose de legado de legítima, y si se hubiere dividido la herencia sin dar cumplimiento al legado, el legitimario podría dirigirse contra cualquiera de los coherederos reclamando la totalidad de su derecho. Ahora bien, ¿puede oponerse el demandado a la reclamación del legitimario alegando que este carece de legitimación? Viendo que corresponde a los herederos la elección de la modalidad de pago de la legítima, como esta elección provoca un efecto similar a la indivisibilidad por su carácter alternativo (art. 246 1.º y 2.º) podrá cuestionarse si ello comporta que el legitimario deba proceder conjuntamente contra todos los herederos –como ha defendido Núñez Iglesias– o no.

La existencia de dos modalidades alternativas de pago, a elección de los herederos, determina que el legado de legítima no sea susceptible de cumpli-

miento parcial: por ello constituye un caso de indivisibilidad en el pago (art. 246.2 LDCG). El legislador en la Ley 2/2006 da importancia a este momento del cumplimiento del legado de legítima dedicando a ello varios preceptos. Convertido en titular de un derecho de crédito, el legitimario, desde que tiene lugar la apertura de la sucesión, goza de un tiempo para su cumplimiento. ¿Cuál es este plazo con que cuenta el legitimario? A resolver estas cuestiones se dedica el artículo 250 LDCG. Hay que partir de que lo habitual es que los herederos cumplan de modo voluntario, pero también puede ocurrir que el legitimario deba reclamar al heredero el pago de su legítima y con ello su cumplimiento; y, entonces sí, la ley fija un plazo para el cumplimiento y anuda a su inobservancia un determinado efecto. El artículo 250 lo establece: en el plazo de un año desde que el legitimario reclame la legítima o ejercite la acción de complemento; aunque el destinatario del legado de legítima devenga titular de un crédito desde que se causa la sucesión, señala el Dr. Díaz Teijeiro que el artículo 250 LDCG contempla aquí un plazo que se asemeja a la categoría de los plazos de gracia, por ser concedido a favor del deudor, que supone una dilación en el cumplimiento de la obligación no realizada en el tiempo, de forma que su concesión atiende a causas justificadas y a la existencia de una obligación no realizada. Siguiendo a la mejor doctrina el autor interpreta el precepto señalando dos periodos de tiempo en el cumplimiento del legado de legítima. Uno de simple retraso, que abarca desde la apertura de la sucesión hasta el vencimiento del plazo, y es de un año a contar desde la reclamación del ya legitimario; y otro, de retraso cualificado o de mora que se inicia desde la expiación de ese plazo y en el que la legítima devenga el interés legal del dinero. Ahora bien, hay aún que preguntarse cómo se concilia este devengo del interés legal (efecto de la mora del heredero) del dinero con la actualización monetaria de cada una de las partidas que componen el capital relicto y el *donatum* previsto en el artículo 244 LDCG. Además, hay que tener en cuenta que el cumplimiento del legado de legítima puede hacerse por persona distinta del heredero, y que el propio artículo 248 menciona a dichos facultados: además del heredero, el comisario o contador-partidor, así como el testamentero facultado para ello, ya que, por consistir el derecho del legitimario en un simple crédito, su satisfacción constituye un puro acto de liquidación. Si bien para que esto sea así es necesario que «el testador no hubiere asignado la legítima en bienes determinados» (art. 246.1 LDCG); estudiando por ello el autor los requisitos y efectos de las actuaciones llevadas a cabo por quienes, siendo ajenos a la herencia, son encargados a su vez de la entrega del legado de legítima a su respectivo titular.

Termina este capítulo con la responsabilidad del heredero por razón del legado de legítima (art. 251 LDCG), exponiendo las tres posturas existentes a este respecto. Una primera, responsabilidad ilimitada del heredero por razón de la legítima (que es la aceptada por el BGB alemán: §§ 2325, 2326, 2328 y 2329); la segunda, la tesis intermedia, responsabilidad ilimitada del heredero y reconocimiento de su legitimación para reducir las disposiciones inoficiosas (art. 251 LDCG), señalando un amplio ámbito de disposiciones si en la herencia no hay bienes suficientes: legados, donaciones, apartaciones y contratos sucesorios; y por último la tesis tradicional, en la que el heredero responde limitadamente del legado de legítima. Extendiéndose este tema con la cuestión de la reclamación del legado de legítima cuando lo es frente a una pluralidad de herederos, tanto antes de la partición como después de ella, con su interpretación del artículo 1084 CC. Termina esta parte central de la obra

con el capítulo quinto sobre los otros títulos aptos para satisfacer la legítima, siendo estos: institución de heredero, donación y mejora.

La monografía concluye con una tercera parte constituida por un único capítulo, el VI, bajo la rúbrica de «la tutela del legitimario», enumerando como acciones protectoras: la desheredación injusta y la preterición (art. 264); el complemento de legítima (arts. 247 y ss.) o la reducción de disposiciones inoficiosas (arts. 251 y 252 LDCG) ya anteriormente citada. Sistema protector que, como señala el autor, no deja de ser un régimen de excepción al sistema del Código Civil.

Si se tuviera que enjuiciar el contenido de la monografía «La legítima de los descendientes en la ley de derecho civil de Galicia» el resultado no puede ser más que altamente positivo. Ello no solo por la estructura, que esta toma en la propia ley, sino porque a su alrededor de la figura central van desfilando todas las especialidades del sistema sucesorio gallego. Lo cual no impide que en temas puntuales sea el régimen del Código Civil el que supla la, a veces, parca regulación de la ley. Quizá conviene destacar que no son las novedades más importantes del trabajo el estudio de la peculiaridad de la configuración de la legítima como *pars valoris*, ni la exclusión de determinados legitimarios –los ascendientes–, sino el propio tema en que se centra, y el reconocimiento simple de legítima. El Dr. Díaz Teijeiro no ha dejado de hacer frente y resolver los problemas que plantean estudios de esta naturaleza. Para ello ha contado con una abundante y selecta bibliografía, con un acopio legislativo de diversas leyes que inciden directamente en la materia objeto de estudio, con claros referentes jurisprudenciales y con la doctrina emanada de la Dirección General de Registros y del Notariado a través de sus resoluciones; sin olvidar la cercanía que ha tenido en la dirección del profesor Miguel Ángel Pérez Álvarez, quien redacta el prólogo. Todo ello le ha permitido llegar a este magnífico resultado que será materia de consulta para los estudiosos del Derecho de sucesiones. El esfuerzo ha merecido la pena.

Teodora F. TORRES GARCÍA
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Valladolid

DURBÁN MARTÍN, Ignacio: *La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 508 pp¹.

Si cuarenta años después de publicada la Constitución de 1978 hiciéramos una encuesta entre los constitucionalistas españoles buscando el consenso, o al menos la opinión mayoritaria, sobre cuál consideran que es el precepto más enjundioso, tortuoso, problemático o difícil de entender de entre todos los contenidos en la ley fundamental, seguramente la regla 8.^a del párrafo primero del artículo 149 no encabezaría la lista de resultados. Con toda probabilidad, si esa misma encuesta si hiciera entre nuestros privatistas, el citado sería, por amplia mayoría, el precepto ganador.

¹ La presente recensión se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación «Balance de 38 años de pluri-legislación civil postconstitucional: situación actual y propuestas de futuro», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el FEDER [Ref. DER2016-77190-R].

Hace ya tiempo que los civilistas (también los internacional privatistas) venimos dedicando muchas horas de trabajo y líneas de papel escrito a intentar descifrar el significado de un precepto destinado a cumplir una misión fundamental: la de distribuir el poder normativo en el ámbito de la legislación civil entre el Estado y (algunas) Comunidades Autónomas. En realidad, se trata de una tarea que, en su función normativa, corresponde hacer al Tribunal Constitucional (en adelante TC), que es el órgano encargado de dilucidar, solo a petición de parte, si las actuaciones legislativas estatales y autonómicas sobre materias civiles se acomodan o no a las reglas de distribución contenidas en el señalado precepto. Lo cierto es que en esta tarea el máximo intérprete de la Constitución ha puesto esfuerzos notables, aunque bastantes discontinuos. De hecho, las resoluciones que todos consideramos fundamentales se corresponden con los primeros años de la última década del siglo pasado y con estos cuatro últimos (de 2016 a 2019, ambos inclusive); el resto del tiempo, esto es, durante la primera década tras la entrada en vigor de la Constitución y las más de dos que van desde 1993 a 2016, ha habido alguna que otra resolución de cierta importancia, pero desde luego, ninguna absolutamente trascendente. Lo cierto es que, a la hora de hacer balance, el completo conjunto de resoluciones del TC, lejos de conformar una doctrina coherente, exhaustiva y clarificadora del artículo 149.1.8.^a CE, ha contribuido, si cabe, a hacerlo más inextricable, hasta el punto de que probablemente hoy su significado es más oscuro que nunca.

Sin embargo, como decía en el primer párrafo de esta recensión, los expertos en hermenéutica constitucional, que también son los que realizan las propuestas de mejora de cara a una nueva ley fundamental que muchas voces consideran ya inevitable, han estado, en general, muy poco interesados por las reglas de distribución de competencias en materia civil. Es como si el hecho de tratarse de la legislación civil les permitiera delegar en sus colegas privatistas, dejando que seamos estos quienes nos ocupemos de esta extraña disposición; de hecho, en varios pasajes de la obra recensionada aquí se pone de manifiesto la escasa atención prestada por la doctrina constitucionalista a la regla octava del artículo 149.1 CE.

Pues bien, el libro que me propongo presentar en estas pocas páginas constituye una feliz excepción en ese panorama. Ignacio Durbán Martín es un joven profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, que ha escrito un libro titulado «La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles». Conviene aclarar que se trata de una monografía que nace de la depuración del trabajo de investigación que su autor defendió como tesis doctoral y que ha sido reconocida con el XV Premio Manuel Giménez Abad para trabajos de investigación sobre descentralización política y territorial.

No estamos, pues, ante una aportación entre tantas otras sobre un tema complejo, pero también un tanto manido. Estamos ante un libro que utiliza con destreza herramientas útiles y a veces innovadoras, que proporciona una visión distinta de la habitual, tal vez más distanciada de la temática de fondo, pero más cercana a los instrumentos propios de la hermenéutica constitucional; por añadidura, propone, incluso para escenarios futuros, soluciones que son de indudable utilidad, cuando menos porque obligan al lector a pensar, lo cual, al fin y al cabo, constituye la misión fundamental del investigador universitario.

A lo largo de los cinco capítulos que conforman la obra, el autor trata de realizar un análisis exhaustivo del tratamiento que recibe en nuestra Consti-

tución –tanto escrita como vivida en su desarrollo estatutario, legislativo y en su interpretación jurisprudencial– el consabido tema de la coexistencia de una pluralidad de legislaciones civiles en España.

Los dos primeros capítulos están destinados al estudio de las normas atributivas de la competencia en la materia. El primero se dedica al precepto constitucional ya varias veces mencionado (art. 149.1.8.^a CE), cuya exacta comprensión precisa de un análisis histórico que el autor no elude, como tampoco lo hace con el estudio del proceso de elaboración parlamentaria, sin duda igualmente interesante; ni, por supuesto, con el análisis exegético del texto que, al igual que han hecho otros antes que él, divide en tres grandes bloques: la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de conservación, modificación y desarrollo de sus derechos civiles forales o especiales allí donde existan y, finalmente, las materias que constituyen el núcleo duro que en todo caso corresponde al Estado; utilizando los términos del propio Ignacio Durbán, «un conglomerado de ochenta y siete palabras... que trazan una intrincada secuencia –o eso parece, pero incluso esto se ha discutido– compuesta de regla general, excepción, contraexcepción y excepción a esta última» (p. 417).

En el segundo capítulo se analiza la asunción por parte de las Comunidades Autónomas que se han sentido concernidas por la atribución constitucional de la competencia en la materia civil, ejercicio que obliga al análisis de varios Estatutos de Autonomía en los que se apela a la cuestión con diferente nomenclatura, como sucede con la llamada a la legislación civil en su conjunto, o a la modificación, conservación y desarrollo del Derecho civil, o a las instituciones de Derecho civil, como se hace en el caso del gallego –lo cual, dicho sea de paso, puede llegar a tener transcendencia– o al Derecho consuetudinario propio, o incluso, a «figuras jurídico privadas», como es el caso del ciertamente curioso artículo 47 del Estatuto andaluz.

En el siguiente capítulo de la obra el autor realiza un peinado de las distintas leyes autonómicas dictadas al amparo de sus competencias en materia de Derecho civil, incluyendo un somero análisis de cada una de ellas. En este lugar ya se pone de manifiesto una evidencia que anuncia el propio título del libro: la legislación autonómica en la materia ha sido, como ese título indica, claramente asimétrica. Así, en el caso catalán, por acudir al ejemplo más claro, se han llegado a publicar hasta 48 leyes (en la fecha de aparición del libro, con posterioridad hay alguna más), hasta el punto de que esta Comunidad Autónoma cuenta con un Código civil diseñado originalmente para ser completado de manera progresiva, según un proceso que sigue el curso trazado y que el Tribunal Constitucional ha sancionado en fechas recientes, a través de su STC 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad 2557-2017, interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña; lamentablemente, Ignacio Durbán no puede hacerse eco de esta importantísima resolución, sobre la que habré de volver, sencillamente porque es posterior a la publicación de su obra.

Mucho menor, aunque de diferente intensidad, ha sido la labor legislativa de las otras Comunidades Autónomas afectadas por el precepto en cuestión; de nuevo tengo que mencionar que por idénticas razones temporales no está recogida en el libro la Ley foral 21/2019 de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil de Navarra o Fuero Nuevo,

ni tampoco, obviamente, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra algunos de sus artículos. Lo que no falta en esta parte es un apunte, que el propio autor califica de breve, sobre la normativa civil dictada por las Comunidades Autónomas al hilo de otros títulos competenciales diferentes del recogido en el artículo 149.1.8.^a, normativa que fue calificada en su día como «Derecho civil autonómico no foral», expresión que esta obra también acoge, aunque, en mi opinión, no resulta del todo satisfactoria.

Sin lugar a dudas, el capítulo cuarto, destinado al análisis de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional sobre el tortuoso artículo 149.1.8.^a CE, es uno de los más esforzados de todo el libro. A la exhaustividad de las fuentes –están todas las sentencias, al menos todas las que podían estar cuando el autor publicó el libro, hasta llegar casi al centenar– se añade el comentario de todas ellas y el plus que representa el análisis de conjunto en cada una de las rúbricas. El origen del autor explica que se traigan varias veces a colación las sentencias del TC 82/2016, 110/2016 y 192/2016, todas referidas a leyes civiles valencianas, a la postre, declaradas inconstitucionales; es bien sabido que esta triada valenciana, junto con la posterior STC 133/2017 que también considera no conformes con la Constitución algunos preceptos de la Ley de Derecho Civil de Galicia referidos a la autotutela y a la adopción, constituyen el grupo de resoluciones que optan por la interpretación restrictiva de las posibilidades otorgadas a las Comunidades Autónomas por el artículo 149.1.8.^a CE. Todo el trabajo de desbroce jurisprudencial realizado en este libro resulta de especial valor tomando en consideración que, como el propio autor reconoce (p. 302), la aportación del TC a la definición del Estado autonómico ha sido, también en este punto, decisiva. Otra cosa es que haya sido suficientemente clarificadora. Baste señalar aquí que, como es también opinión de quien esto escribe, para Ignacio Durbán, la doctrina del TC no resulta ni mucho menos satisfactoria, sobre todo en lo que atañe a la técnica de las «instituciones conexas» surgida en la STC 88/1993 y aplicada en los cuatro últimos años de manera bastante oscilante, hasta el punto de que, utilizando las palabras de un magistrado del propio Tribunal Constitucional, en la utilización de este criterio el alto tribunal emplea «distintas varas de medir» (Voto particular de Conde Pumpido a la citada STC 133/2017). Tampoco le satisface al Dr. Durbán Martín la interpretación conforme que realiza la STC 31/2010, con el fin de salvar la constitucionalidad del artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, interpretación que no dejó contentos ni a unos ni a otros y que es absolutamente forzada, hasta el punto de que, como he dejado escrito en otro lugar, hace decir a la norma estatutaria lo de que ninguna manera dice, transformándola en otra norma distinta.

Dentro de este mismo capítulo merece mención separada el escrutinio que Ignacio Durbán realiza sobre las tesis del TC en las seis materias que el artículo 149.1.8.^a CE atribuye «en todo caso» al Estado. De nuevo al análisis particularizado de cada una de ellas se agrega una valoración de conjunto del autor, quien, una vez más, se muestra insatisfecho con una doctrina que no duda en calificar como imprecisa y errática, en la que es prácticamente imposible encontrar una línea de razonamiento homogénea; no obstante, sí resalta la reiteración por el propio TC de la afirmación según la cual este pasaje constitucional debe ser visto como una «segunda reserva competencial en favor del legislador estatal», cuyo sentido no es otro que «delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto,

de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno...» (p. 413).

El esfuerzo de reconstrucción, ordenación y análisis de leyes y resoluciones del TC que, al menos en teoría, deberían arrojar luz sobre el problema de la distribución del poder normativo en materia de legislación civil en España, lo complementa el Dr. Durbán Martín con un capítulo quinto y último dedicado a hacer un balance general de lo acontecido hasta ahora y a trazar una perspectiva de futuro. Si la primera no resulta una tarea nada sencilla, la segunda ya es, con toda seguridad, propia de aguerridos exploradores, como me consta que lo es él. Varias son las cuestiones que me interesa comentar de esta parte de la obra, sin duda, la más personal del autor.

Su tesis es que la imprecisión y vaguedad del texto del artículo 149.1.8.^ª CE provoca que estemos ante un precepto abierto a diversas interpretaciones, todas las cuales se pueden fundamentar jurídicamente con rigor. Al respecto recuerda que hay justificaciones igualmente cabales para interpretaciones muy distintas e incluso antagónicas de, entre otras, la expresión «allí donde existan», o del límite del crecimiento del Derecho civil autonómico y su condicionamiento o no al sustrato de las instituciones históricas. Ello es posible porque el precepto implica una insatisfactoria constitucionalización del reparto competencial en materia civil (como «diseño intrínsecamente defectuoso» lo califica en p. 428), lo que a día de hoy y en tanto permanezca inalterado, hace imposible un acuerdo sobre su contenido. Por mi parte, solo añadiré que ratifican la exactitud de estas apreciaciones los cuarenta años de estéril debate sobre el exacto significado del precepto, probablemente, hoy más oscuro que nunca.

Partiendo de que la única certeza que deriva del texto constitucional es que no todos los territorios pueden legislar en materia civil, estima Durbán Martín que el problema de fondo está en la irresoluble tensión entre historia y desarrollo que el precepto trató de cohesionar; su opinión es que «mantener ambas partes del binomio en un satisfactorio equilibrio no es viable puesto que nos hallamos ante dos fuerzas antagónicas que, como sucede en el caso del juego del sokatira, jalan en direcciones opuestas, si bien, en este caso, con muy desigual intensidad puesto que una de ellas goza, digamos, de una cierta ventaja sobre la otra», de suerte que «es inevitable que, tarde o temprano, los anclajes históricos terminen diluyéndose convirtiendo así en irreconocible la singularidad civil y, con ello, esa suerte de halo histórico que debería acompañar –según la doctrina del TC– a los derechos civiles, forales o especiales» (pp. 427-428). En buena lógica, esa ruptura con la historia le lleva a plantear la nada desdeñable contingencia de que otras Comunidades Autónomas sin competencia en la materia puedan reclamar la posibilidad de dictar abiertamente su propio Derecho civil. De nuevo no puedo coincidir más con el autor, quien, además, expone con brillantez alguna de las derivaciones de la asimetría que provoca el precepto; destaco esto último como un mérito particular, ya que llevo mucho tiempo convencida de que, a pesar de su evidencia, esas derivaciones no habían sido todavía puestas de relieve con la necesaria contundencia.

Al respecto, utilizando una expresión cuasi periodística, Durbán Martín habla de las dos Españas en lo civil: «la de los territorios que (aún con notables diferencias entre sí) han aprobado a lo largo de las últimas décadas normas innovadoras en este sector del ordenamiento y la de los que carecen de cualquier tipo de atribución al respecto» (p. 432), de tal suerte que, con sus propias palabras, «sería posible distinguir... entre los que tienen y los que no

tienen». Conuerdo totalmente con el autor cuando estima que, una vez constatado que el ejercicio de la competencia ha dejado atrás los perfiles históricos —una constatación que queda reforzada tras la posterior y ya citada STC 132/2019— la asimetría entre territorios carece de razones atendibles. Y es que, añado yo ahora, si por hipótesis aceptamos que la sociedad de nuestro tiempo exige legislar, por ejemplo, sobre parejas de hecho, no se ve por qué el legislador catalán, aragonés o navarro puede atender a esa llamada de su ciudadanía y el legislador asturiano o castellano y leonés, no; y no cabe decir que los ciudadanos asturianos o leoneses están atendidos por el legislador estatal que ha decidido, precisamente, no legislar sobre la materia, opción posible entre las legítimas; no cabe decirlo, porque lo cierto es que no lo están, ya que el legislador estatal, vamos a poner que atendiendo a que los ciudadanos de Murcia, de Extremadura o de Andalucía prefieren que no haya ley de parejas, puede estar imponiendo también esta respuesta omisiva en Asturias o en León, aunque los habitantes de estos territorios, también por hipótesis, sean partidarios de que sí exista tal ley; lo cierto es que los asturianos y los leoneses no tienen legislador civil y eso les coloca en una situación objetivamente discriminatoria; todo ello, por supuesto, a mi juicio, que me atrevo a decir que parece ser también el del autor de este libro.

A lo anterior se añade otro problema que Durbán Martín no aborda directamente en su trabajo, pero que estimo que sirve para complementar el razonamiento anterior. Me refiero al que se plantea al considerar que, para legislar en materia civil para los territorios de Derecho común, se ha de contar con la participación de los parlamentarios de los territorios con Derecho civil propio, quienes en ocasiones pueden estar en condiciones incluso de vetar o de imponer reformas legislativas destinadas a afectar a los ciudadanos de aquellos territorios «sin Derecho civil propio». Como ya he explicado en alguno de mis trabajos sobre el tema, los constitucionalistas británicos conocen muy bien un asunto —antes llamado *West Lothian Question* y hoy *English Question*—, al que han dado no poca trascendencia, por lo que me extraña sobremanera que en nuestro caso haya pasado prácticamente desapercibido. Me permitirá el lector que, por mi lugar de nacimiento, sintetice así mi tesis: los leoneses no tenemos legislador civil, o al menos no lo tenemos en las mismas condiciones que navarros, catalanes, aragoneses, gallegos, vascos o baleares, quienes, además, pueden estar en condiciones de imponer su criterio sobre lo que más nos conviene a los leoneses. No creo que exista justificación para tal resultado o, al menos, si la hay, deberíamos conocerla.

Nuestro autor aborda también otros puntos de indudable interés. Así, por ejemplo, se cuestiona si los Derechos civiles autonómicos son o no «hechos diferenciales», inclinándose más bien por la respuesta negativa; se interroga también sobre si las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio han ido o no demasiado lejos en el ejercicio de esa competencia al legislar sobre temas actuales, absolutamente desvinculados de las instituciones históricas; partiendo de que tal actuación es legítima, el Dr. Durbán considera que con ello se incrementa la distancia entre unos y otros territorios, aunque entiende que ninguna responsabilidad sobre tan indeseable resultado recae en las comunidades legisladoras, centrando toda ella en el defectuoso diseño de la norma atributiva de competencia. Por lo que antes indiqué, y porque creo que no siempre han actuado con la necesaria lealtad constitucional (como tampoco lo ha hecho el Estado en todas las ocasiones, lo que también he dejado por escrito en otras ocasiones), no comparto la total exoneración de responsabilidad por parte de las Comunidades Autónomas, aunque sí estoy totalmente de

acuerdo en que la fuente de ese desorden es la norma fundamental, y no solo en el precepto que nos viene ocupando.

Por otro lado, el autor considera excesiva la judicialización del modelo, e incluso se plantea si más allá de la instrumentalización política del recurso de inconstitucionalidad que indudablemente se hace, no estamos ante un verdadero uso irresponsable del mismo. De nuevo es difícil no estar de acuerdo con él. La experiencia de más de cuatro décadas pone de manifiesto tanto la discrecionalidad del poder político de turno a la hora de interponer los recursos, como, sobre todo, el desistimiento selectivo de los que se llegan a interponer, asuntos que preocupan especialmente a Ignacio Durbán, hasta tal punto de compartir la opinión de quienes estiman que el problema desaparecía, lisa y llanamente, con la supresión del recurso de inconstitucionalidad; una solución un tanto drástica, pero que cabría considerar si se acompaña de las correlativas reformas que garantizaran la depuración efectiva de las normas inconstitucionales, cosa que no queda del todo asegurada con el modelo actual. Una vez más apelo a trabajos anteriores en los que he planteado la paradoja que suscita la presencia de normas autonómicas idénticas o muy parecidas a otras procedentes del legislador vecino que han sido declaradas inconstitucionales y, por tanto, nulas, mientras aquellas siguen siendo válidas y eficaces; en tal circunstancia ni el TC puede extender el alcance de la declaración ni la autoridad judicial ordinaria pueda apreciarla por sí misma; la solución que representa la posibilidad de que esta última plantee la «cuestión de inconstitucionalidad» ha demostrado sobradamente su insuficiencia.

No se rehúye tampoco en el libro comentado la prospectiva. En concreto, ya cerca de sus últimas páginas se plantea si es o no posible una unificación legislativa en materia civil, tal vez al hilo de un proceso similar a nivel europeo; no sorprende que esta no sea vista como probable por nuestro autor. Lo que él prefiere y esboza con rigor, hasta el punto de constituir una de las partes, para mí, más interesantes de este libro – sobre todo, como apunté al principio, porque utiliza fuentes y herramientas más propias del bagaje constitucionalista que privatista – es que el futuro pudiera ir por un reparto competencial en la materia de tipo simétrico, es decir, para todas las Comunidades. Se trata de un modelo inspirado en la Constitución republicana de 1931 que básicamente derivaría de la interacción de varios preceptos constitucionales; concretamente de una o varias reglas atributivas de competencia en favor del Estado y una cláusula residual que dejase el resto en manos de las Comunidades Autónomas (p. 466). Aunque reconoce que tal solución propiciaría una mayor fragmentación de la materia civil, comparte el criterio de que la división debería producirse solo en aquellos ámbitos en los que no se halle comprometida la protección jurídica de los derechos fundamentales de la persona y las relaciones esenciales del mercado de bienes y servicios en los que es fundamental la libertad de circulación, quedando por tanto reservada la eventual diversidad para las relaciones económicas familiares y sucesorias, el uso y disfrute de la tierra y el mercado de los bienes inmuebles. Confieso que, siendo esta también mi opinión, el resultado al que llega la varias veces citada STC 132/2019 no va precisamente en esa línea, al menos si el criterio que la resolución sustenta sobre el alcance de la limitación al poder normativo de las Comunidades Autónomas que deriva de la competencia exclusiva del Estado sobre «las bases de las obligaciones contractuales» se consolida en próximas sentencias. Las vacilaciones y cambios de rumbo a la que nos tiene acostumbrados la doctrina constitucional recaída sobre el artículo 149.1.8.ª CE en los últimos años no nos permiten dar nada por seguro.

En todo caso, para la propuesta citada, como para otras posibles soluciones claras a un problema de por sí muy complejo, parece que solo cabe ya una vía: la de la reforma constitucional. A disminuir los miedos que esta opción todavía crea en algunos se dirigen los apuntes finales de este libro, de imprescindible lectura para los interesados en la pluralidad de ordenamientos civiles en España y, en general, para calibrar la situación derivada del reparto del poder normativo cuatro décadas después de la entrada en vigor de la Constitución. No se si es o no el mejor momento para acometer esa reforma, ni si la que plantea el Dr. Durbán Martín es la mejor de las opciones posibles, pero nada obvia la necesidad y hasta la urgencia de la primera y la conveniencia de pensar, entre otras, en la segunda. Permítanme, pues, terminar mi recensión con las mismas palabras con las que finaliza su libro Ignacio Durbán (apelando, nada menos, que a Gramsci y a Rubio Llorente): «afrontemos el pesimismo de la razón con el optimismo de la voluntad».

María Paz GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

GARCÍA GOLDAR, Mónica: *La liquidación de la herencia en el código civil español*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, 566 pp.

Aunque los sistemas de sucesión *mortis causa* se suelen definir por el modo en el que el llamado a suceder a título universal se convierte en sucesor (por la aceptación o por el solo llamamiento), en la definición de un sistema sucesorio es igualmente determinante el modo en que se dispone la liquidación de las deudas del causante y las que origina la sucesión, sea esta testada, intestada o contractual. Naturalmente, en todos los sistemas, las obligaciones del causante que no son personalísimas son transmisibles *mortis causa*; pero mientras en el *Common Law* del pago de estas deudas se ocupa un liquidador nombrado al efecto, en nuestro sistema es el sucesor quien asume esa función de liquidación de las deudas hereditarias, y responde de ello con su propio patrimonio.

Este es el objeto de este estudio comparado y en profundidad, sobre la liquidación de la herencia en el Código Civil español. Y la responsabilidad del sucesor a título universal es la perspectiva desde la que se aborda; para poner de manifiesto, sobre todo, la necesidad de que las normas y principios determinantes de dicha responsabilidad sean revisados y reformados: para limitarla de modo efectivo *intra vires* con carácter general y para todas las deudas de la herencia; pero en especial, cuando las deudas, que con ocasión de la sucesión deberá afrontar el sucesor universal, resulten desconocidas o sobrevenidas. Pero en este completísimo estudio la autora propone, además, a quien se acerca a él y a lo largo de su recorrido, nuevas soluciones sobre otros problemas antiguos y nuevos de nuestra normativa sobre sucesiones *mortis causa*, que la crisis económica, con sus efectos en todos los ámbitos, ha obligado a reconsiderar.

Como punto de partida, se considera la imposibilidad de que los acreedores del causante puedan verse afectados por el hecho sucesorio en la garantía patrimonial universal con que contaban al nacer su crédito y en vida del causante. Y que la responsabilidad de los sucesores *mortis causa* por las deudas

hereditarias viene, determinada por el juego de varios principios que son indisponibles: el principio de responsabilidad patrimonial universal, no hay herencia sino en el residuo, y la inoponibilidad de los negocios jurídicos en perjuicio de los terceros (en este caso, los acreedores de la sucesión).

El causante puede disponer de sus bienes con libertad, pero no de sus deudas porque estas corresponden *ex lege* al heredero. Este decidirá si finalmente las asume al aceptar voluntaria y libremente. El testador tiene la potestad de decidir y disponer, de acuerdo con su voluntad, si un sujeto le sucederá a título universal o particular. La condición de heredero o legatario del sucesor no dependerá de llamamiento que se le haya hecho, ni de la proporción de bienes o relaciones jurídicas en las que suceda al causante; y de hecho, es posible recibir solo deudas cuando los bienes hayan sido legados. La condición de heredero o legatario depende de si el testador quiso que le sucediera a título universal, en su activo y en su pasivo, y con ello, el testador determina, así mismo, su responsabilidad por las deudas hereditarias. Pero el testador no puede imponer al heredero ni la aceptación pura, ni el beneficio de inventario, y aunque puede distribuir sus deudas entre sus sucesores y limitar su responsabilidad, ninguna cláusula testamentaria que comprometa la garantía universal que ofrece su patrimonio a sus acreedores, les será oponible una vez abierta la sucesión.

La voluntad del causante es la ley de la sucesión, y salvo lo relativo a las solemnidades testamentarias, a las legítimas y reservas, que constituyen materia imperativa, el resto es disponible. No obstante, respecto de las deudas hereditarias rige, desde luego, el principio de inoponibilidad de los negocios jurídicos (también del testamento y sus cláusulas) otorgados en perjuicio del tercero (el acreedor del causante) sin su consentimiento. El artículo 1205 CC es una concreción de este principio, también aplicable cuando la asunción de la deuda se produce *mortis causa*, de modo que el testador no puede distribuir sus deudas o limitar la responsabilidad por las mismas comprometiéndolo.

Solo en la medida en que esa garantía patrimonial universal esté a salvo, el testador puede limitar la responsabilidad del sucesor de diversos modos: repartiendo toda la herencia en legados de parte alícuota o nombrando a terceros o a los propios llamados como administradores del caudal relicto antes de la aceptación, evitando que ésta se presuma como si hubiera sido formulada tácita, pura y simplemente. No parece posible, sin embargo, que el testador imponga la aceptación a beneficio de inventario al heredero o que instituya un heredero «a beneficio de inventario», y ello por la esencial voluntariedad de la aceptación y del propio beneficio que, además, requiere una actuación compleja del heredero, ahora ante notario.

De esta práctica imposibilidad de que el testador limite realmente la responsabilidad de sus sucesores por las propias deudas y las que genere su muerte, asunto al que dedica el primer capítulo, analiza la autora a partir del segundo capítulo sobre la herencia yacente y el tercero sobre *ius delationis*, aceptación y repudiación (también la venta de herencia), todo el *iter* sucesorio que dispone nuestro sistema, Identificando los riesgos y problemas que pueden presentarse para los créditos y deudas de la herencia, en ese recorrido que implica la sucesión.

A diferencia del sistema anglosajón, en el que el patrimonio hereditario se liquida previamente a la adquisición del sucesor, en el Código Civil el heredero adquiere con la aceptación el patrimonio hereditario, y la situación de créditos y deudas de la sucesión será sustancialmente distinta mientras el patrimonio hereditario se mantenga separado y sin confundirse del propio del

heredero, al modo alemán. Mientras se mantenga separado, el patrimonio hereditario puede responder preferentemente de las deudas hereditarias frente a las del heredero y sobre los bienes del caudal relicto podrán cobrar con preferencia los acreedores de la sucesión. Con la confusión esa posibilidad desaparece.

A partir fundamentalmente del análisis y los argumentos desarrollados por Peña Bernaldo de Quirós la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia españolas admite hoy, con más o menos rotundidad, que en la sucesión *mortis causa* del Código Civil la separación de los patrimonios del causante y del heredero se mantiene automáticamente a lo largo del *iter* sucesorio, lo que justifica que no se contemple en el Código Civil un «beneficio de separación» para los acreedores hereditarios como si sucedía en Derecho Romano, en el que la confusión del patrimonio del causante y el del heredero era el efecto automático, y por tanto, había que proveer a los acreedores de ese expediente. Para esta posición mayoritaria el fin del artículo 1082 del Código civil que da a los acreedores del causante la facultad de oponerse a la partición de la herencia, no sería otorgar a los acreedores un beneficio de separación, sino simplemente impedir que se dirijan a él los acreedores particulares de los herederos, como dispone el artículo 1034 para la herencia aceptada a beneficio de inventario.

Según Peña, no dándose confusión en nuestro ordenamiento en ningún caso, el legislador no vio necesario incorporar el beneficio de separación. El patrimonio hereditario se mantiene autónomo del propio del heredero, antes de la aceptación, sea esta o no a beneficio de inventario, mientras existe comunidad hereditaria y extinguida esta, incluso tras la partición, y en suma «no puede hablarse del remedio o beneficio de separación, porque en el sistema español la separación de patrimonios no es un remedio excepcional: es la situación de toda herencia adquirida».

Quizás por resultar más eficaz a la protección de los acreedores de la herencia, desde que se formulara la teoría del carácter autónomo de los patrimonios hereditario y del heredero en la sucesión, aun después de practicada la partición, se fueron sumando progresivamente a la teoría de Peña destacados civilistas. También la Dirección General de los Registros que en RDGRN de 1 septiembre 1976, vino a dar razón a esta postura, al afirmar que la confusión a la que se refiere el artículo 1023 CC de los patrimonios del heredero y del causante no se produce en perjuicio de los acreedores, lo que equivale a reconocer en beneficio de los acreedores la separación de ambos patrimonios cuando el heredero ha aceptado pura y simplemente o cuando hubiere perdido el beneficio de inventario. Junto a la interpretación literal, pero *sensu contrario*, del artículo 1023.2. Esta resolución vino asumir los principales argumentos que la doctrina venía defendiendo al respecto, reconducibles a uno indiscutible: la garantía patrimonial universal con la que contaban los acreedores del causante antes de su muerte y su orden de preferencia al cobro, según los artículos 1921 ss. –preceptos, todos ellos, de naturaleza imperativa–, como sucede con los relativos al concurso de acreedores, no pueden quedar al arbitrio de la voluntad del heredero en aceptar simplemente o a beneficio de inventario».

No obstante, a pesar de que la mayoría sostenga la autonomía permanente y automática del caudal relicto respecto del patrimonio del heredero, y se prolongue aun después de la entrega del remanente al heredero, de modo que los acreedores de la sucesión cobrarán con preferencia a los acreedores del heredero, contra esos bienes (o su valor) una vez incorporados al patrimonio

del sucesor (art. 1029 CC), la confusión de los patrimonios es indiscutible a la vista del artículo 1192 CC: los derechos del heredero se extinguen por confusión si la aceptación es simple o si el heredero ha perdido el beneficio. También las disposiciones de la Ley Concursal confirman que como efecto natural de la sucesión universal el patrimonio hereditario se confunde con el del heredero con la aceptación pura y simple.

Puede suceder, ciertamente, que el causante haya dispuesto para la sucesión la separación de patrimonio hereditario y del heredero dividiendo toda la herencia en legados. Y aunque no sea así, a la vista de lo que ordena el código Civil, mientras la herencia está yacente, cuando una vez aceptada permanece indivisa, y cuando se declara en concurso, el patrimonio hereditario se mantiene separado, *ope legis*, en administración y liquidación. Pero en el momento de la aceptación y de la división del caudal, la autonomía e integridad del patrimonio hereditario quedan verdaderamente comprometidos, y para esos momentos, el sistema articula instrumentos dirigidos a procurar la necesaria autonomía e integridad del patrimonio hereditario: El beneficio de inventario, a instancias del heredero en el momento de la aceptación, y la oposición a la partición y la solidaridad de herederos, a instancias de los acreedores del causante. Sin ellos habrá confusión del patrimonio hereditario con el del heredero. Es lo que concluye la autora a la vista de los recursos que ofrece nuestro Código Civil a los acreedores de la herencia para cobrar sus créditos, objeto del capítulo cuarto: que los patrimonios hereditario y del heredero no se mantienen separados automáticamente en nuestro sistema.

Por otra parte, en nuestro sistema se han identificado hasta tres posibles tipos de responsabilidad de los sucesores por las deudas hereditarias, ya se trate de deudas del causante, cargas hereditarias u obligaciones testamentarias. En la modalidad de responsabilidad *ultra vires*, el sucesor responde por las deudas del causante, cargas hereditarias y obligaciones testamentarias no solo con los bienes que reciba, sino además con los suyos propios. En el tipo de responsabilidad *intra vires*, el sucesor solo responde con los bienes recibidos. En este caso, cabe que la limitación de la responsabilidad sea por el valor de los bienes recibidos, aunque respondiendo de dicho valor con los bienes propios (*pro viribus*); o bien el sucesor se limita a responder con los bienes recibidos (o con lo que le den por ellos) quedando excluidos los suyos propios (*cum viribus*). En un tercer sistema, intermedio, la responsabilidad es *ultra vires*, para las deudas, e *intra vires* para las cargas, que se muestran entonces como mermas de la herencia.

En el Código Civil los sucesores a título particular responden *intra vires* de modo que su responsabilidad por las deudas de la sucesión nunca comprometerá su propio patrimonio. Los sucesores a título universal, sin embargo, responden *ultra vires* a menos que utilicen una potestad: la solicitud del beneficio de inventario, con la que limitan esa responsabilidad al patrimonio hereditario, convirtiéndose así en responsabilidad *intra vires*. Con el beneficio de inventario contraen los herederos importantes obligaciones sobre la gestión y liquidación del patrimonio hereditario, lo que justifica esa limitación por garantizar a los acreedores, y de ahí que solo esté en manos del heredero limitar su responsabilidad.

De cómo sea el llamamiento al sucesor depende, en nuestro sistema, su responsabilidad por las deudas hereditarias: y así, el modo de responder de los sucesores *mortis causa* en el Código Civil es *ultra vires* para el heredero e *intra vires* para el legatario; aunque matizando algún sector que si el heredero ha de responder sin límite –al margen del beneficio de inventario–, y

con su propio patrimonio, por las deudas del causante (se trataría de una responsabilidad *ultra vires*), solo debería responder de los legados hasta los bienes de la herencia (se trataría entonces, de una responsabilidad *intra vires*). Se argumenta al respecto un antecedente histórico: el Derecho romano clásico limitó *intra vires* la responsabilidad del heredero por los legados, al prescribir la *Lex Falcidia* que el testador no podría disponer legados más allá de las tres cuartas partes de la herencia, debiendo respetar, para el heredero, al menos una cuarta parte (la *quarta falcidia*).

No obstante, y aunque admiten que la solución contraria pudiera ser más conveniente, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia advierten que en nuestro sistema la responsabilidad del heredero por los legados, al igual que por las deudas del causante, es ilimitada a la luz de los artículos 1003 y 1023 del Código Civil. Estos no permiten hacer distinción alguna, y, así mismo, cuando el artículo 858 limita la responsabilidad de los legatarios gravados con legados, al afirmar que «no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado», parece querer dar un tratamiento diferenciado al legatario respecto del heredero que respondería ilimitadamente. En realidad, solo los herederos legitimarios que acepten pura y simplemente responderán de forma distinta de las deudas de la herencia que de los legados. La razón no es otra que la ineficacia de los legados en la medida en que afecten a la legítima, de modo que, si el legitimario es heredero, no responde del pago de los legados aunque acepte la herencia sin beneficio de inventario, pero responde de las deudas del causante personal e ilimitadamente como cualquier otro heredero.

Desde la perspectiva mayoritaria en la actualidad, más arriba expuesta, se entiende también que la responsabilidad *ultra vires* no es consecuencia necesaria de la aceptación simple, basándose en que el propio Código Civil contempla supuestos de aceptación simple con responsabilidad limitada para el heredero como el previsto en el artículo 1015 del Código civil, según el cual, al heredero que ya ha aceptado la herencia expresa, tácita o presuntamente, pero «no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero» tiene un plazo para pedir a la vez la formación del inventario y la citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniere (art. 1014). Solo si pasara este plazo sin que actúe al respecto, sería responsable *ultra vires*. Es igualmente *intra vires* la responsabilidad del heredero, aunque no haya manifestado que acepta a beneficio de inventario, cuando adquiere la herencia tras su reclamación judicial cuando otro se hallare en posesión de ella por más de un año (art. 1021 del Código civil). Recientemente encontramos incluso normativa especial que revela irrelevante que la aceptación se haya realizado o no a beneficio de inventario para proclamar una responsabilidad *intra vires* del heredero. Así sucede con el artículo 38.5 de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas, sobre la transmisión *mortis causa* de la responsabilidad contable del causante a los herederos. (STCu 11/2013, de 11 de abril); y la doctrina interpreta este precepto como un beneficio de inventario *ope legis*, semejante a otros, como el que opera cuando los sucesores son el Estado, o los menores.

La responsabilidad propia del heredero sería como norma general, según estos autores, *intra vires*, y solo en determinados supuestos (entre los que se incluirían algunos en el que el heredero había aceptado a beneficio de inventario) se tornaría *ultra vires* debiendo hacer frente entonces a las deudas hereditarias con su patrimonio personal si el caudal relicto no es suficiente: la omisión, dolosa o culposa, del inventario realizado correctamente, significa

la extensión de la responsabilidad por las deudas hereditarias más allá del caudal relicto. También por las causas taxativas del artículo 1024 del CC en que pierde el heredero el beneficio de inventario «con la concurrencia de dolo o malicia», y por el incumplimiento doloso o culposo de las formalidades liquidatorias de la herencia, lo que afecta también a los legatarios en el caso del artículo 891 CC, sujetos, como el heredero, al cumplimiento del principio «antes es pagar que heredar».

Hasta aquí el sentir dominante en la doctrina sobre cómo han de interpretarse las normas sobre liquidación de la herencia en relación a la responsabilidad del heredero. Sin embargo, concluye igualmente la autora en el capítulo quinto de este estudio que la responsabilidad del heredero por deudas de la herencia es *ultra vires*. El heredero debe pagar las deudas del causante, en todo caso, y solo quedará limitada su responsabilidad a lo recibido, si inventaría y liquida correctamente y de acuerdo a lo dispuesto por el legislador, en garantía de los acreedores de la sucesión. De lo contrario, y por no haber inventariado y liquidado correctamente, responderá con todos sus bienes y no solo con los adquiridos en la sucesión. La limitación de la responsabilidad solo opera con un comportamiento activo del heredero: La aceptación a beneficio de inventario. Y ni siquiera el testador puede obligar a aceptar la herencia a beneficio de inventario. La voluntad y el comportamiento del heredero son por tanto determinantes, tanto para mantener separado el patrimonio hereditario del suyo propio, como para limitar su responsabilidad *intra vires*. El beneficio de inventario es el instrumento con que cuenta al respecto, y para que este surta efecto no basta con la mera declaración formal de someterse a él.

El Código Civil dispone claramente la responsabilidad *ultra vires* del heredero en garantía de los acreedores hereditarios, (art. 1003 CC) y el beneficio de inventario es un instrumento potestativo solo del heredero, para limitar él mismo (o no) su responsabilidad, porque asume el compromiso de llevar a cabo todas las operaciones que requiere y sin las cuales responderá *ultra vires* a pesar de haber formulado la *aceptación* a beneficio de inventario formalmente. Por eso, a pesar de haber aceptado a beneficio de inventario, responderá *ultra vires*: «si por culpa o negligencia del heredero no se principiare o no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente» (art. 1028 CC). «Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia» (1024.1 CC); y «si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización» (1024.2 CC). Estos preceptos demuestran que no es suficiente la aceptación a beneficio de inventario para responder *intra vires*, sino que se requiere la práctica del inventario y las formalidades liquidatorias prescritas y la responsabilidad *ultra vires* deviene si la omisión de las mismos es por «culpa o negligencia del heredero» (art. 1018 del Código civil), o «a sabiendas» (art. 1024 CC). Junto a ellos, el artículo 1002 CC demuestra igualmente, que la responsabilidad del heredero no es *intra vires* y que depende de él impedir o no la confusión de los patrimonios hereditario con el propio. Ni siquiera es posible admitir la institución de heredero a beneficio de inventario, precisamente por ese carácter potestativo que tiene para el heredero, a la vista de su configuración normativa.

Una cosa es que el ordenamiento procure instrumentos para mantener autónomo el patrimonio hereditario en garantía de los sucesores y los acreedores de la sucesión, y otra es que esa autonomía sea automática y que se mantenga incluso tras entregar al heredero el remanente. Y una cosa es que el heredero pueda limitar su responsabilidad y otra que esa limitación opere automáticamente. Sentadas esas bases, aborda el capítulo sexto el nuevo beneficio de inventario notarial que como principal instrumento de limitación de la propia responsabilidad por el heredero se muestra insuficiente.

En este interesante capítulo se pone de manifiesto desde luego que el beneficio de inventario que permite al heredero limitar su responsabilidad, más que un modo de aceptar constituye sobre todo un expediente para administrar y liquidar la herencia que garantiza el patrimonio hereditario a todos los interesados en la sucesión, y sostiene su autonomía e integridad hasta la completa liquidación del caudal relicto. Así lo demuestra finalmente el capítulo séptimo al tratar a las deudas desconocidas y sobrevenidas, por lo que se concluye sobre la necesidad de limitar *ex lege* la responsabilidad del heredero para hacerla *intra vires*. Se analizan entonces, y para terminar, las soluciones que otros ordenamientos de nuestro entorno han hecho en esa dirección.

La Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, ha introducido importantes modificaciones al Código Civil en materia sucesoria y entre ellas un buen número afectan a la sucesión en el pasivo hereditario y su liquidación. La obra valora estas reformas observando, que en realidad, no se responde con ellas a los problemas relativos a la sucesión en el pasivo y la liquidación del patrimonio hereditario que, durante años, se han ido poniendo de manifiesto. Y que se encuentra aún pendiente un aspecto esencial y determinante de todo el sistema: el de la limitación de la responsabilidad del heredero. Esta modificación obligaría a una revisión a fondo del sistema que no parece imposible y, sin embargo, sí muy conveniente.

A esta misma conclusión se llega, en mi opinión, desde cualquier perspectiva desde la que se aborde el análisis de la liquidación de la herencia en el Código Civil en la actualidad. También cuando la perspectiva es la de los acreedores del causante, pues a pesar de que erróneamente pudiera considerarse que limitar la responsabilidad del heredero limita también la garantía de sus deudas al suprimir como tal garantía el patrimonio del heredero; lo cierto es que, sin embargo, antes de la muerte del causante los acreedores no contaban el patrimonio del heredero como garantía, y de sus créditos solo respondía el patrimonio presente y futuro de su deudor, por lo que la muerte de este, no debería extenderse automáticamente esa garantía con la responsabilidad del heredero. La falta de un verdadero beneficio de separación en el sistema, que debería ser notarial como lo es ya el de inventario, convierte también en interesante a los acreedores la limitación de la responsabilidad del heredero a la vista de lo anteriormente expuesto.

Supone esta monografía la publicación de la tesis doctoral de su autora. Para su realización ha contado con el magisterio de la profesora María Paz García Rubio quien precisamente se doctoró con un trabajo sobre sucesiones que constituye una obra de referencia y consulta obligada sobre esta materia. Hay que desear a la autora de este libro el mismo éxito que obtuvo su maestra, y que sea solo la primera de otras muchas e importantes aportaciones al Derecho Civil en su carrera como investigadora.

Belén SAINZ-CANTERO CAPARRÓS
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Almería

REY MUÑOZ, Francisco Javier: *La responsabilidad contractual por defectos en la edificación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 368 pp.

La obra que se recensiona tiene como base la Tesis Doctoral de su autor titulada «La responsabilidad legal y contractual por defectos constructivos» que fue realizada bajo la dirección del profesor Ignacio Gallego Domínguez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba. Quien suscribe estas líneas formó parte del Tribunal que evaluó este trabajo, que fue defendido el 26 de marzo de 2019 en la Universidad de Córdoba y resultó merecedor de la máxima calificación, esto es, Sobresaliente con mención *cum Laude*.

No cabe duda de que la materia de los defectos en la edificación, por su incidencia y frecuencia en el día a día, es de permanente actualidad y es fuente de multitud de conflictos, a menudo de significativa importancia económica, que comportan una elevada litigiosidad con reflejo en un gran número de sentencias de los Tribunales de Justicia. Además, dichos conflictos tienen una gran trascendencia porque en ocasiones se refieren a la vivienda habitual, bien merecedor de especial protección por cuanto afecta a los ámbitos personal y familiar y por ser objeto del derecho fundamental a la vivienda, o a otros edificios igualmente imprescindibles para la población y, tienen gran trascendencia también, en todo caso, por su incidencia en un sector, el de la edificación, de elevadísima relevancia económica para el Estado.

Nuestro ordenamiento regula la responsabilidad por defectos constructivos mediante diversos regímenes jurídicos, con previsiones distintas, en orden a razones temporales –si el edificio está en fase de construcción o ya ha sido objeto de recepción– objetivas –el tipo de obra y el daño o defecto que presenta– y subjetivas –la existencia o no de vinculación contractual entre quien provoca el daño y quien lo sufre y la condición de persona propietaria o consumidora de la persona damnificada–. Dichos regímenes son los de responsabilidad legal, responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual y los regímenes específicos sobre protección de los consumidores y usuarios. Sin embargo, no siempre es claro cuándo deben aplicarse cada uno de ellos –incluso en ocasiones parece que algunos se solapan– aunque las consecuencias de la aplicación de uno u otro son distintas.

De un lado, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) regula la responsabilidad legal por defectos constructivos de forma independiente y desvinculada de la responsabilidad derivada del contrato que sirve de base a la edificación, pues las finalidades principales de esta norma son –según dicta su exposición de motivos– la delimitación de las obligaciones y responsabilidades de los agentes de la edificación, la elevación de la calidad en la edificación, la protección medioambiental y la defensa de los consumidores y usuarios.

De otro lado, los numerosos contratos en los que habitualmente se sustenta el proceso de edificación originan responsabilidad en el caso del incumplimiento de las obligaciones que contienen derivado de la aparición de defectos constructivos. Responsabilidad que se habrá de vehicular mediante las acciones generales de responsabilidad contractual y, en su caso, específicas de cada particular modalidad contractual. Especialmente relevante es la fijación del ámbito de aplicación que resta a la acción del artículo 1591 CC por ruina del edificio por vicios de la construcción tras la entrada en vigor de la LOE.

También la responsabilidad extracontractual puede resultar un remedio eficaz para lograr la indemnidad de los daños en la edificación, especialmente cuando no proceda su reclamación por otras vías y cuando los perjudica-

dos sean terceros no propietarios que tampoco gocen de protección como consumidores. Se podrán reclamar los daños sufridos mediante la acción general del artículo 1902 CC o mediante el régimen específico de responsabilidad extracontractual del propietario por los daños causados establecido en los artículos 1907 a 1909 CC.

Por último, también en la normativa dedicada a la protección de los consumidores y usuarios se establece un régimen de responsabilidad, compatible con los anteriores, dirigido a indemnizar los daños producidos por los productos defectuosos. De acuerdo con el artículo 136 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, si bien los bienes inmuebles se excluyen de la definición de producto, quedan incluidos en su ámbito de aplicación los bienes muebles unidos o incorporados a otro bien mueble o inmueble, por lo que el régimen dispuesto en esta norma puede resultar aplicable cuando los defectos de la edificación afectan a elementos como el ascensor, la calefacción, la fontanería, etc.

En esta monografía su autor realiza un estudio muy detallado y pormenorizado del régimen vigente de la responsabilidad contractual por defectos constructivos en sus aspectos sustantivo y procesal y determina sus ámbitos objetivo, subjetivo y temporal, incidiendo en las notas que la caracterizan y singularizan respecto a la responsabilidad legal. A estos efectos analiza la protección de los terceros que brindan los artículos 1907 a 1909 del Código Civil y las normas específicas tales como la Ley de Ordenación de la Edificación y el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios.

Se parte de la constatación de que, a priori, la LOE supone una reducción del nivel de garantías respecto a la situación anterior. Así, por la limitación de los plazos de garantía y prescripción y la limitación de los daños reclamables, reducidos a los daños materiales en el propio edificio. Lo que evidencia la importancia de que pueda considerarse la ampliación de la protección que esta norma ofrece mediante la aplicación de los otros regímenes de responsabilidad apuntados.

De ahí que se dedique especial atención a la cuestión de la compatibilidad de las acciones contractuales con el régimen establecido en la LOE y sus consecuencias en orden a la ampliación de la dimensión temporal de la responsabilidad. Para ello se realiza un estudio comparativo entre el régimen de la LOE y la responsabilidad contractual por defectos en la edificación, analizando aquella norma desde la óptica contractual y se abordan los problemas que se plantean cuando los defectos constructivos quedan excluidos de su aplicación. En este punto se incluye un análisis de la jurisprudencia que resulta indispensable y muy ilustrativo.

En el ámbito procesal se efectúa un minucioso estudio de todas las acciones y excepciones ejercitables por defectos de la construcción y de la legitimación activa y pasiva de cada una de ellas: las acciones de la LOE, las acciones contractuales, la acumulación de acciones, la acumulación de procesos y otras cuestiones procesales.

El análisis de los defectos constructivos se aborda de forma extraordinariamente detallada con un estudio pormenorizado de todos y cada uno de los defectos constructivos que generan responsabilidad de acuerdo con la LOE –defectos estructurales, defectos de habitabilidad y defectos de terminación o acabado– y los que generan responsabilidad contractual.

Se tratan de forma individualizada las diferentes acciones y excepciones contractuales: acciones de cumplimiento de contrato, acciones resolutorias, acciones por vicios del consentimiento, acciones edilicias en la compraventa,

acciones derivativas del contrato de seguro, acciones contractuales de repetición y excepción de contrato no cumplido.

El autor también se detiene en el estudio de los criterios de imputación de la responsabilidad en el régimen de la LOE y de imputación de la responsabilidad contractual, detallando el alcance objetivo de la responsabilidad en cada uno de estos regímenes. Sin olvidar el análisis de la responsabilidad solidaria y de la responsabilidad por hecho ajeno en los defectos constructivos.

A lo largo de la obra, se consigue concretar la complementariedad de los regímenes jurídicos de responsabilidad legal y contractual por defectos en la edificación, a la vez que se demuestra el «renovado protagonismo» –así lo afirma el autor– de la responsabilidad contractual en este ámbito, que permite la reclamación de daños y perjuicios no incluidos en la LOE y posibilita su reclamación incluso más allá de los plazos de garantía que establece esta ley especial y con más amplios plazos de prescripción de los que esta norma dispone. Al estudio de la prescripción de las acciones legales y contractuales se dedica un capítulo entero.

La obra se caracteriza por la exhaustividad, pues parece que agota el tema tratado con rigor y profundidad. Plantea cuantas cuestiones y situaciones guardan conexión con la responsabilidad por defectos constructivos, de modo que es difícil imaginar algún supuesto que escape a los contemplados a lo largo de sus páginas. Se caracteriza asimismo por el extraordinario análisis jurisprudencial que contiene, con comentario y cita de numerosísimas sentencias –alrededor de 500 Sentencias del Tribunal Supremo y otras tantas Sentencias de Audiencias Provinciales– todas ellas muy oportunas, que el autor maneja con absoluta comodidad.

La obra se distingue, asimismo, por su enfoque práctico. Esta nota, sin duda, guarda relación con la condición del Dr. Rey Muñoz de abogado especialista en la materia con largos años de experiencia. Sin embargo, dicha dimensión práctica no comporta en ningún momento que el estudio pierda el más mínimo rigor teórico, que se sustenta también en una sólida base doctrinal con numerosísimas citas de autores como argumentos de autoridad.

La pretensión de exhaustividad y el detalle que caracteriza el trabajo lleva al autor a estructurar la obra de forma muy fraccionada o compartimentada, con numerosos puntos y subpuntos, lo que se traduce no en pocas ocasiones en reiteraciones en caso de una lectura continuada. Sin embargo, esta sistemática favorece la consulta de cuestiones concretas que encuentran respuestas claras y completas.

En definitiva, de una parte, el rigor del estudio teórico y doctrinal hacen de esta monografía una obra de obligada referencia en materia derecho de la edificación. De otra, el enfoque práctico de este trabajo y el completísimo estudio jurisprudencial que contiene la convierten en una obra extraordinariamente útil para la resolución de las cuestiones de todo orden que se plantean a los operadores jurídicos en torno a conflictos en materia de defectos en la edificación.

Judith SOLÉ RESINA
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

BIBLIOGRAFÍA

Nota crítica

La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil (Acreditada TU)
Universidad Autónoma de Madrid *

SUMARIO: Justificación. I. *Las críticas a la teoría de la imputación objetiva.*–II. *La incertidumbre causal.* 2.1 Daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. 2.2 La pérdida de oportunidad. 2.3 Causalidad alternativa o disyuntiva. 2.4 ¿Más casos de incertidumbre causal?–III. *La responsabilidad proporcional: significado y contraste con otras soluciones.* 3.1 La solución tradicional y la responsabilidad proporcional. 3.2 Las ventajas de la responsabilidad proporcional.–IV. *El reconocimiento de la responsabilidad proporcional en el Ordenamiento jurídico español.* 4.1 La doctrina. 4.2 La jurisprudencia. 4.3 La tipificación de la responsabilidad proporcional.–V. *Valoración final.*–*Bibliografía.*

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2017-84947-P «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento: aproximación de dos sistemas» dirigido por los Profesores Nieves FENYO PICÓN y Antonio Manuel MORALES MORENO y financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

La presente nota crítica es el fruto de reflexiones que han sido estimuladas por la Profesora Julia ORTEGA (a quien agradezco la confianza que depositó en mí al poner el libro en mis manos) y compartidas con especialistas en la materia que han tenido la delicadeza de atender mis dudas e, incluso, en algún caso, de leer el original. A todos ellos (las Profesoras Alma M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN, María del Carmen CRESPO MORA, los Profesores Antonio-Manuel MORALES MORENO, Fernando PANTALEÓN PRIETO, Pedro DEL OLMO y Miquel MARTÍN CASALS) les estoy profundamente agradecida por su generosidad y paciencia. Las imperfecciones que puedan quedar en el original son solo atribuibles a quien firma estas líneas.

JUSTIFICACIÓN

En el año 2018 la editorial Thomson Civitas publicó el libro *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, cuyo autor, Luis Medina Alcoz, es de sobra conocido por los civilistas¹. En el libro cabe encontrar reflexiones relacionadas con el *Law & Economics*, la Teoría del Derecho o el Derecho Constitucional²; pero no son estas, a mi modo de ver, las cuestiones más sugerentes que la obra ofrece para los civilistas. Si la tesis de la obra es, como se desprende claramente del título, que, en casos de incertidumbre causal la solución debe ser la responsabilidad proporcional, las cuestiones que me planteo como civilista son tres.

El punto de partida debe ser, necesariamente, el análisis del supuesto de hecho al que la responsabilidad proporcional pretende dar solución. Lo que implica preguntarse, qué es la incertidumbre causal o, lo que es lo mismo, en qué supuestos cabe hablar de incertidumbre causal. Este primer bloque de cuestiones trata, entonces, de averiguar cuáles son los casos que plantean el problema jurídico insatisfactoriamente resuelto y en los que la responsabilidad proporcional se erige, a juicio del autor, como la mejor solución.

El segundo bloque de cuestiones tiene como objetivo explicar el significado de la responsabilidad proporcional, en contraste con otro tipo de soluciones.

Por último, se trata de analizar si la tesis defendida por el autor cuenta con predicamento entre la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país o, incluso, con reconocimiento en el Derecho positivo.

La estructura indicada será, precisamente, la que seguiré a continuación, no sin antes aludir a una importante premisa sostenida por el autor y que se relaciona con una de las instituciones básicas de la relación de causalidad: la teoría de la imputación objetiva.

¹ No es ésta, de hecho, la primera vez que el mencionado Profesor de Derecho administrativo realiza una incursión en temas civiles y, en concreto, en cuestiones relacionadas con la relación de causalidad en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Sirvan como muestra su obra, ya de referencia, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007; o algunos de sus artículos sobre el tema: «Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades», en *Revista de la Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, 30/2009, pp. 31 a 74; «El problema de la culpa en el Derecho de Daños», en *La falta de servicio*, coord. R. Letelier Wartenberg, ed. Thomson, Santiago de Chile, 2012, pp. 363-456.

² Especialmente, aunque no solo, en el capítulo 3.

I. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La apreciación del nexo causal es, según el autor, un *juicio normativo*. A propósito de esta tesis, Medina Alcoz reitera las críticas que ya hizo³ a la teoría de la imputación objetiva⁴.

Luis Medina Alcoz no es el único autor que, en los últimos tiempos, ha criticado la teoría de la imputación objetiva: son conocidas las tesis de García-Ripoll Montijano⁵ y de Peña López⁶. Pero justo es citar también las reseñas a estas dos obras, de Maraver Gómez⁷ y de Basozábal Arrúe⁸, respectivamente, que no comparan las tesis defendidas por los autores citados.

Creo, con Basozábal Arrúe⁹, que el dato fáctico es, necesariamente, aquel del que se debe partir a la hora de analizar la relación de causalidad en todo supuesto de responsabilidad civil. También cuando hay incertidumbre causal. Y una vez constatado el dato fáctico de que hay incertidumbre causal, la solución que se dé a estos casos será, naturalmente, normativa. Igual que lo es la solución que aporta la teoría de la imputación objetiva. Me sorprende por ello el empeño en criticar esta teoría, pues en nada afecta ésta a la tesis de la responsabilidad proporcional, ya que cada una de ellas trata de resolver problemas distintos: la teoría de la imputación objetiva busca limitar la virtualidad expansiva de la causalidad fáctica, mientras que la responsabilidad proporcional es un criterio para suplir la causalidad¹⁰.

³ MEDINA ALCOZ, 2007, pp. 39-44, 254-259.

⁴ «La teoría tiene utilidad (sobre todo para explicar la doctrina de la concurrencia de causas). No obstante, soslaya la reflexión jurídica en torno a la causalidad fáctica bajo el entendimiento de que pertenece al mundo del ser y de que su conocimiento corresponde esencialmente al experto o al científico natural. /Al presentar el juicio de causalidad como físico o puramente naturalista, no normativo, la teoría de la imputación objetiva desarrolla un defecto característico de la dogmática tradicional. Centrada en la construcción de teorías explicativas del sistema jurídico y en la interpretación de las normas, esa dogmática prestaba escasa atención a los hechos, como si no fueran Derecho. Partía de que el juicio al hecho debe abandonarse irremediablemente a la subjetividad del juzgador o, a la inversa, daba por sentado que ese juicio es tan objetivo que no plantea problemas jurídicos», MEDINA ALCOZ, 2018, pp. 25 y 26. Y más adelante: «Las viejas teorías causales (causalidad próxima, adecuada, eficiente; imputación objetiva) son exponentes del «pensamiento dogmático» que pone el acento en la construcción de sistemas, despreciado [*sic*] a menudo los casos reales para fijarse en los de laboratorio».

⁵ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008.

⁶ PEÑA LÓPEZ, 2011.

⁷ MARAVER GÓMEZ, *ADC*, 2010, I, pp. 335 a 348.

⁸ BASOZÁBAL ARRÚE, *ADC*, 2012, III, pp. 1361 a 1366.

⁹ BASOZÁBAL ARRÚE, *ADC*, 2012, p. 1362.

¹⁰ En el mismo sentido, BASOZÁBAL ARRÚE, X.: *ADC*, 2012, p. 1365. Véase, recientemente, PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 11 de mayo de 2020.

II. LA INCERTIDUMBRE CAUSAL

La «incertidumbre causal» se produce en aquellos supuestos en que no se sabe si hubo verdaderamente conexión causal entre el daño producido y el hecho enjuiciado.

La obra analizada se centra en dos grupos de casos que, a juicio del autor, encajan en el concepto de incertidumbre causal: aquellos en que los daños han sido causados por el miembro indeterminado de un grupo y los casos que se suelen agrupar bajo la idea de la «pérdida de oportunidad».

Analizaré estos casos en las líneas que siguen, preguntándome (1) si la calificación de estos grupos de casos como de incertidumbre causal es correcta; y (2) si, más allá de ellos, existen más supuestos de incertidumbre causal. En otras palabras, las cuestiones que me planteo son: ¿son «[casos de incertidumbre causal]» todos los que están «[tratados como de incertidumbre causal en la obra estudiada]»? ¿están todos los que son «[casos de incertidumbre causal]»?

2.1 DAÑO CAUSADO POR EL MIEMBRO INDETERMINADO DE UN GRUPO

Como es sabido, se habla de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo cuando se sabe que solo uno de los miembros de un número limitado de personas causó el daño, pero no se sabe quién.

Son muy numerosos los ejemplos que existen a este propósito y que el autor agrupa al comienzo del libro¹¹. Pero hasta donde he podido comprobar, no se pronuncia el autor sobre si el problema del daño causado por miembro indeterminado de un grupo deja de tener relevancia desde el punto de vista de la relación de causalidad

¹¹ Algunos de ellos se encuentran expresamente recogidos en la ley. Así, el supuesto en que, por ejemplo, un senderista sufre lesiones por un disparo proveniente de una partida de caza, sin que sea posible determinar quién de los cazadores disparó el proyectil por error (art. 33.5 Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza). El caso en que es imposible individualizar la causa de los daños materiales sufridos en el edificio, regulado en el artículo 17.3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. O el supuesto, contemplado en la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea, en que, como consecuencia de la colisión entre dos aeronaves, un tercero sufre daños (art. 123 de la mencionada ley).

La jurisprudencia nos ofrece otros ejemplos, como el caso resuelto por la conocida STS de 8 de febrero de 1983 (RJ 1983, 2118), en el que un menor sufre lesiones causadas por alguno de los niños que jugaba al lanzamiento recíproco de objetos metálicos punzantes.

En fin, es clásico también el supuesto en que el consumo de un producto ha causado un daño, pero se desconoce la identidad del concreto fabricante.

cuando entre los posibles causantes del daño existió coautoría¹². Tampoco se entra a valorar si son casos de incertidumbre causal aquellos en los que los responsables han contribuido causalmente a la producción del daño cuya indemnización se pretende, pero lo que no es posible deslindar es la contribución individualizada de cada uno de ellos¹³ (supuesto que contempla, por ejemplo, el art. 17.3 LOE).

2.2 LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

El autor incluye bajo el concepto de incertidumbre causal la «pérdida de oportunidad», esto es aquellos supuestos en que el hecho enjuiciado priva con certeza a la víctima de una ventaja, pero no se puede apreciar con seguridad que dicha ventaja se habría obtenido de no haberse producido el hecho en cuestión.

En la obra que ha sugerido estas reflexiones, se mencionan tres grupos de supuestos como pertenecientes a la pérdida de oportunidad.

En primer lugar, aquellos en que la negligencia del abogado o del procurador priva al cliente de la posibilidad de interponer un recurso¹⁴, aunque es posible que el recurso no se hubiera ganado. Se trata de los supuestos de «pérdida de oportunidad procesal»,

En segundo lugar, supuestos encuadrados en la responsabilidad civil médica. El autor incluye aquí, como supuestos de pérdida de oportunidad, tanto los casos en los que alguna negligencia médica priva al paciente de la oportunidad de curación¹⁵, como aquellos en

¹² Véase, a este propósito, PANTALEÓN PRIETO, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, 1, p. 413.

¹³ Sobre este supuesto, véase SOLÉ FELIÚ, «The reception of the loss of a chance doctrine in Spanish Case-Law», en *European Review of Private Law*, v. 16, núm. 6-2008, p. 1114 [a partir de ahora, SOLÉ FELIÚ, *ERPL*, 2008].

¹⁴ SOLÉ FELIÚ (*ERPL*, 2008, p. 1108) incluye los casos en no se interpone el recurso en plazo, aquellos en que no se informa al cliente acerca de la posibilidad de reclamar, así como los supuestos en que el cliente pierde la oportunidad de reclamar el pago por transcurso del plazo legalmente establecido.

¹⁵ Piénsese en el caso del médico que no detecta la patología a tiempo, pero es posible que, aunque se hubiera detectado tempestivamente, el resultado hubiera sido el mismo. O en el supuesto resuelto por la conocida STS de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998/8371) en el que la operación de reimplante de una mano amputada a un trabajador no pudo ser realizada por las condiciones en que se produjo el transporte al hospital; pero no es seguro que el reimplante hubiera finalizado con éxito, aunque hubiera llegado a tiempo. El autor alude también a supuestos acaecidos en el ámbito de la sanidad pública, como el resuelto por la STS (3.ª) de 7 de julio de 2008 (RJ 2008, 6872), en el que un submarinista que sufrió un accidente de descompresión quedó en silla de ruedas; la Administración se había demorado excesivamente en el traslado del paciente al hospital que contaba con los instrumentos adecuados para proceder a su curación, pero es posible que el resultado dañoso se hubiera producido aunque la Administración hubiera actuado correctamente. También recoge el autor el supuesto resuelto por la STS (3.ª) de 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 6525), en el

los que falta el consentimiento informado. Sin embargo, la doctrina civil ha mostrado su oposición a la categorización de este segundo grupo de casos como de pérdida de oportunidad, ya que falta en ellos el necesario elemento de la aleatoriedad que caracteriza a la pérdida de oportunidad¹⁶.

En tercer lugar, el libro también alude a aquellos casos en que «el licitador [...] pudo (o no) obtener la adjudicación del contrato público, si la Administración no hubiera introducido en las bases criterios de valoración contrarios al Derecho de la competencia [...]» (p. 46).

Medina Alcoz analiza la pérdida de oportunidad desde la perspectiva de la relación de causalidad¹⁷. Esta tesis, que parece haber calado ya en el TS¹⁸, se separa de aquella que sitúa a la pérdida de oportunidad como un problema relacionado con el daño¹⁹. En realidad, el autor no se opone a esta visión, pero considera que es solo una visión parcial de los problemas que surgen en este tipo de supuestos: a su juicio, los casos de pérdida de oportunidad plantean, por un lado, un problema relacionado con el daño moral²⁰ que se derivará, según el caso, de la lesión del derecho de defensa (responsabilidad civil del abogado o del procurador), de la capacidad de autodeterminación (falta de consentimiento informado), de la

que se produjo un error de diagnóstico y la paciente, que no sufría la enfermedad que se le había diagnosticado y que tenía una predisposición individual a padecer toxicidad por las medicinas que le fueron suministradas, desarrolló una neuritis óptica bilateral con disminución de agudeza visual; también en este caso es posible que el daño se hubiera producido aunque la Administración hubiera actuado correctamente.

¹⁶ Véase CRESPO MORA, 2005, pp. 398 y 399 y la doctrina que cita en la nota 144.

¹⁷ Idea que ya ha expresado en otras sedes; baste citar aquí el Capítulo V del *Tratado de responsabilidad civil*, dedicado a la relación de causalidad y en el que se incluye a la pérdida de oportunidad)

¹⁸ Véase la reciente STS de 19 de diciembre de 2019 (Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena), en particular, el FD.º séptimo, y de la que tuvo conocimiento a raíz de la comunicación presentada en el I Congreso Iberoamericano de Responsabilidad civil (celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 28 y 29 de octubre de 2019) por SÁNCHEZ HERNÁNDEZ y titulada «Responsabilidad de la directora de una guardería por el fallecimiento de un bebé: el daño resarcible por la pérdida de oportunidad en la STS de 19 de febrero de 2019».

¹⁹ Y así, baste decir aquí, que en el *Tratado de responsabilidad civil* dirigido por REGLERO CAMPOS, aunque la pérdida de oportunidad se trate en la relación de causalidad (de la que, como acabo de recordar en la nota anterior, se ocupa el propio MEDINA ALCOZ), también se analiza desde la perspectiva del daño, por VICENTE DOMINGO, 2014, p. 332, y por PARRA LUCÁN y REGLERO CAMPOS, 2014, pp. 490 a 493).

²⁰ Sin embargo, es reiterada la jurisprudencia del TS que atribuye carácter patrimonial al daño por pérdida de oportunidad procesal cuando la pretensión era de carácter económico. También se ha indemnizado el daño patrimonial cuando no hay ninguna duda de que la negligencia del letrado ha privado al cliente de una sentencia estimatoria (véase, a título de ejemplo, las SSTS de 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 8871] y 21 de marzo de 2006 [RJ 2006, 1591], cit. por SOLÉ FELIÚ, *ERPL*, 2008, p. 1109). Aunque, como ha afirmado CRESPO MORA, 2005, p. 382], en estos casos, a los que la autora se refiere como supuestos de daño por pérdida de la pretensión, no hay una auténtica pérdida de oportunidad, pues hay certeza.

oportunidad de curación (responsabilidad civil médica) o de la oportunidad de obtención de un contrato para el licitador. Pero, continúa el autor, por otro lado, existe el problema de si hay una conexión causal entre la falta de interposición del recurso y la satisfacción de la pretensión; o la falta de curación del paciente y la negligencia médica o la falta de consentimiento informado; o entre la falta de obtención del contrato y la vulneración de las normas por la Administración, según el caso.

2.3 CAUSALIDAD ALTERNATIVA O DISYUNTIVA

Hay un tercer grupo de casos al que el autor alude en una parte de la obra, pero sin que llegue a quedar claro si constituyen, a su juicio, supuestos de incertidumbre causal. Se trata de los supuestos de «causalidad alternativa o disyuntiva», en los que «es posible que el daño derive de un factor, pero es posible que provenga de otro, sin que esté probado que sea consecuencia de ambos a la vez» (p. 48). Ilustra el autor esta idea con dos ejemplos. En primer lugar, se refiere al hipotético caso en que el daño consiste en las graves lesiones permanentes que sufre un bebé; los dos posibles factores que pueden haber causado el daño (sin que se sepa cuál de ellos lo ha producido) son la falta de detección de las insuficiencias de la placenta por parte del personal médico y el cordón umbilical que rodeaba el cuello del bebé. El segundo ejemplo de causalidad alternativa o disyuntiva que propone el autor es el de un esquiador que sufre graves daños, sin que sea posible determinar si se produjeron al caerse fortuitamente o, posteriormente a la caída, cuando se golpeó contra una señalización puntiaguda incorrectamente protegida.

Aunque a primera vista pudiera parecer que, a juicio del autor, también en estos supuestos existe incertidumbre causal, esta conclusión se ve oscurecida en la página 125, en la que, a propósito de una STC [a la que aludiré más adelante (*infra* § IV)], se afirma «Es discutible que el problema sea de incertidumbre causal o causalidad alternativa [...]» (p. 125), contraponiendo, así, ambos conceptos.

2.4 ¿EXISTEN MÁS CASOS DE INCERTIDUMBRE CAUSAL?

Más allá de los grupos de casos a los que la obra aquí analiza presta atención, existen otros que también cabe calificar de incertidumbre causal. La tipología es muy amplia y ni siquiera

existe un consenso claro sobre cuáles son los grupos de casos que cabe calificar de incertidumbre causal²¹. Tomando como guía la tipología que propone Martín Casals, cabe hablar de incertidumbre causal en casos de causalidad alternativa con causante del daño no identificado²², causalidad alternativa con pluralidad de víctimas donde la incertidumbre no permite relacionar a los causantes con las víctimas²³, víctimas no identificadas²⁴ e incremento de riesgo²⁵.

A la vista de la heterogeneidad de supuestos que cabe incluir bajo el concepto de incertidumbre causal, cabe preguntarse si todos ellos deben recibir la misma solución. Esta reflexión se torna más necesaria si se tiene en cuenta que ningún Ordenamiento propone como solución única a la incertidumbre causal la de la responsabilidad proporcional²⁶.

III. LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL: SIGNIFICADO Y CONTRASTE CON OTRAS SOLUCIONES

Situados entonces en el escenario que interesa (incertidumbre causal), las preguntas que inevitablemente se estará haciendo el lector son las siguientes: ¿Cuál es la solución que tradicionalmente se ofrece y qué solución propone la «responsabilidad proporcional» en estos casos? (*Vid.* § 3.1). ¿Por qué es preferible la responsabilidad proporcional frente a la solución tradicional? (*Vid.* § 3.2).

²¹ Como se desprende de las palabras de MARTÍN CASALS, 2012, p. 252, nota 64.

²² Existiendo una pluralidad de causantes del daño y una sola víctima, el daño ha sido causado por tan solo uno de ellos o, en cualquier caso, no por todos ellos, pero se ignora por quién (art. 3:101 (1) PETL).

²³ Artículo 3:103 (2) PETL.

²⁴ Se incrementa el número de personas que sufren un determinado daño que puede haber sido originado por factores diversos. Por ejemplo, tras la instalación de una fábrica, se incrementa el número de personas que sufren una determinada enfermedad, pero no es posible saber cuáles son las víctimas que deben su dolencia a la contaminación que proviene de la fábrica.

²⁵ Se trata de supuestos como los que MEDINA ALCOZ incluye en la causalidad alternativa (daño cerebral del bebé, que puede haber sido causado por la vuelta de cordón o por la negligencia del médico; lesiones que sufre un esquiador y que no se sabe si han sido causadas de modo fortuito antes de golpearse con una señalización puntiaguda mal señalizada o tras el golpe con ella).

²⁶ Tal y como informa MARTÍN CASALS, 2019, p. 218), quien, citando a Jaap Spier y sus comentarios al artículo 3:103 ss. PETL, añade: «The shift to proportional liability may depend on several factors, such as the basis of liability (negligence/gross negligence, strict liability, vicarious liability), the relevant recoverable heads of loss, the magnitude of the damage, the number of tortfeasors, the number of victims, etc.».

3.1. LA SOLUCIÓN TRADICIONAL Y LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL

En los casos de incertidumbre causal, por definición no es posible averiguar si el daño se habría producido de no mediar el hecho enjuiciado, de modo que lo que se exige al juzgador es que determine si la probabilidad de que el daño se habría producido sin el hecho enjuiciado es más o menos alta o más o menos baja (p. 27). El grado de probabilidad se determina mediante la lógica inductiva, es decir, a través de las leyes, reglas, criterios o máximas de experiencia (las reglas de la sana crítica de los arts. 316.2, 348 y 376 LEC o criterio humano del art. 386.1 LEC). Conforme a estas reglas, cabe diferenciar varios grados de probabilidad, que, por razones de claridad expositiva, el autor expresa en los siguientes porcentajes: muy alta ($\geq 90\%$), alta ($\geq 75\%$), media (50%), baja ($\leq 25\%$) o muy baja ($\leq 10\%$) (p. 28).

La «responsabilidad proporcional» distribuye el peso de la incertidumbre entre las dos partes, víctima y agente. La víctima recibirá una indemnización parcial, que se calculará conforme a la probabilidad de que hubiera dejado de padecer el daño de no haber mediado el hecho; el agente responderá en proporción a la probabilidad causal (p. 16).

La responsabilidad proporcional no se aplicará cuando la probabilidad de concurrencia del nexo causal es nula, escasa o insignificante, ni cuando dicha probabilidad es alta o muy alta; en el primer caso, la víctima no tiene derecho a indemnización, mientras que en el segundo se reconoce al dañado el derecho a la reparación total (p. 143).

La «solución tradicional» en los casos de incertidumbre causal parte de un sistema que el autor denomina «sistema binario» porque «[s]us reglas [...] responden a la lógica bivalente, esto es, a una racionalidad que admite solo dos valores de verdad (verdadero o falso, 1 o 0)» (p. 44). Este sistema «obliga a elegir sin vacilaciones, como si no hubiera incertidumbre, entre la existencia de causalidad y de responsabilidad total, por un lado, o la ausencia de causalidad y de toda responsabilidad, por otro» (p. 15).

El autor divide las reglas del sistema tradicional en dos grupos: las reglas ordinarias y las reglas excepcionales.

Las reglas ordinarias son las de la «probabilidad preponderante» y la «carga probatoria», entendida esta última como regla de cierre en caso de duda.

Conforme a la regla de la responsabilidad preponderante, el sistema jurídico reputa una hipótesis como aceptable por ser suficien-

temente probable cuando «la hipótesis de que la víctima habría dejado de padecer el daño, de no haber mediado el hecho ilícito [es] más probable que la hipótesis contraria» (pp. 32 y 33). Ahora bien, «cuando el juzgador es incapaz de determinar si la probabilidad de la hipótesis fáctica supera o no el umbral de la probabilidad preponderante (> 50%), debe quitar la razón a quien, estando en mejores condiciones de probar, no ha proporcionado los elementos de juicio que quizá habrían inclinado la balanza a su favor» (p. 32).

Las reglas excepcionales son los estándares especiales de certidumbre y la inversión legal de la carga probatoria.

Los «estándares especiales» de certidumbre son dos (p. 37): aquellos que fijan un estándar exigente de certidumbre, correspondiente con probabilidades altas o muy altas; y aquellos que fijan un estándar suave de certidumbre correspondiente con probabilidades bajas o muy bajas.

El ejemplo de estándar exigente de certidumbre que el autor avanza en el libro es la garantía constitucional de la presunción de inocencia, que «expresa la exigencia de que la hipótesis fáctica supere un nivel cualificado de probabilidad, lo que implica aceptar un hecho como falso, aunque pueda tener más probabilidades positivas que negativas» (p. 38).

La prohibición constitucional de las discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra condición personal o social (recogida, como es sabido, en el artículo 14 CE) encierra, según Medina Alcoz, una «regla probatoria especial que opera en el caso de que concurra un mínimo panorama indiciario de discriminación. Según el Tribunal Constitucional, –continúa el autor– esa regla conmina a probar la ausencia de discriminación a quien alega no haber incurrido en ella» (p. 39).

La «inversión legal de la carga probatoria» se refiere a aquellos supuestos en que hay una regla de cierre que en caso de duda favorece sistemáticamente a una de las partes. El ejemplo ofrecido por el autor es «la regla de cierre in dubio pro operario recogida en el artículo 3.2 del Estatuto de los Trabajadores» (p. 37).

3.2 LAS VENTAJAS DE LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL

De las dos soluciones posibles a los supuestos de incertidumbre causal (tradicional «versus» responsabilidad proporcional), es

«preferible», según el autor, la que brinda la «responsabilidad proporcional», por las razones que siguen:

«En resumen, la responsabilidad proporcional como solución brindada a la incertidumbre causal es prácticamente igual de buena que el sistema binario de la probabilidad preponderante en términos de acierto o racionalidad epistemológica y superior a él desde la perspectiva de la igualdad y la eficiencia. Responde a la identidad de valor de las partes implicadas con más precisión, distribuyendo los errores y el coste de la incertidumbre entre las dos partes; y genera más beneficio social, al reducir el coste social de los accidentes y maximizar la utilidad del dinero sin aumentar apreciablemente el coste social derivado de los errores ni los costes administrativos. Frente a la inversión legal de la carga de la prueba (régimen binario con regla de cierre favorable a una de las partes, sin alteración del umbral de la probabilidad preponderante), la responsabilidad proporcional es superior en los mismos términos (igualdad y eficiencia). Frente al régimen binario del estándar probabilístico especial (suave o riguroso), la responsabilidad proporcional es superior en todos los órdenes: falla mucho menos, honra mucho más la igualdad de las partes y produce más beneficio social también desde la perspectiva del coste social derivado de los errores y los costes administrativos» (p. 84).

IV. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

¿Se reconoce la «responsabilidad proporcional en el Ordenamiento jurídico español»? La obra expone la opinión de la doctrina (*infra* § 4.1), los pronunciamientos jurisprudenciales existentes al respecto (*infra* § 4.2), analiza si hay impedimentos constitucionales a su reconocimiento (*infra* § 4.3) y, finalmente, se pregunta si está recogida en el Derecho positivo (*infra* § 4.4).

4.1 LA DOCTRINA

Medina Alcoz afirma que la responsabilidad proporcional es una solución defendida por la «doctrina mayoritaria», entre quienes se encuentran, además de él mismo, Cosculluela Montaner, Doménech Pascual, Asúa González, Peña López, García Amado, Xiol Ríos, Asensi Pallarés, Cid-Luna Clares, Díez Sastre, Galán Cortés, Yzquierdo Tolsada, Gallardo Castillo, González Carrasco y Llamas Pombo (pp. 116 y 117, nota 3). No oculta el autor que

voces autorizadas han expresado su oposición a la incorporación de la responsabilidad proporcional como criterio general para resolver el tipo de supuestos que venimos analizando [en concreto, Martín Casals y Solé Feliú (pp. 106 y 107)].

4.2 LA JURISPRUDENCIA

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, el autor afirma (p. 119) que tanto la Sala 1.^a como la Sala 3.^a del Tribunal Supremo han acogido abiertamente el planteamiento ofrecido por la responsabilidad proporcional en el ámbito de la pérdida de oportunidad. Cita, a este propósito, la STS (1.^a) de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784), relativa a un supuesto de falta de consentimiento informado, así como la STS (3.^a) de 20 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1376).

El autor se preocupa de demostrar que no existen impedimentos constitucionales al reconocimiento de la responsabilidad proporcional en nuestro Ordenamiento, más allá de que «el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales puede llegar a condicionar al legislador que se ocupa de los sistemas de imputación causal, en general, y de la responsabilidad proporcional, en particular» (p. 124). Ilustra esta idea a través de la STC 69/2016, de 14 de abril, a partir de la cual se plantea la posible incompatibilidad de la responsabilidad proporcional con el reconocimiento constitucional del derecho a la huelga.

4.3 LA TIPIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL

Una importante conclusión de la obra es que la regla de la responsabilidad proporcional ya está «tipificada» en el Ordenamiento jurídico español. En concreto, en algunos supuestos de pérdida de oportunidad y de daño causado por miembro indeterminado de un grupo.

En el ámbito de la «pérdida de oportunidad» estaría tipificada en la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, del Consejo, de 25 de febrero de 1992 y, en concreto, en su artículo 2.7, que reza como sigue: «Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que

hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación».

Interpreta el autor este precepto en el sentido de que «[a]nte esta prueba, el licitador tiene derecho a obtener una reparación parcial, inferior al beneficio industrial que habría reportado la ejecución del contrato» (p. 127).

Sin embargo, creo que esta no es la única interpretación posible de la norma: de hecho, como el propio autor apunta a continuación, algunos países (Alemania, por ejemplo) «interpretan que la Directiva mantiene el sistema binario de imputación causal, limitándose a dulcificar el umbral de incertidumbre» (p. 128).

Pasando a los casos de daños causados por «miembro indeterminado de un grupo», en opinión del autor algunas leyes que imponen la responsabilidad solidaria en estos casos recogen la responsabilidad proporcional como regla aplicable dentro de la relación interna.²⁷ Pero, a mi modo de ver, esta tesis del autor palidece si tenemos en cuenta que la solidaridad es, precisamente, la solución opuesta a la responsabilidad proporcional en casos de incertidumbre causal²⁸: en los supuestos de responsabilidad solidaria la víctima recibe la indemnización total del daño, lo que es incompatible con la regla de la responsabilidad proporcional, que precisamente tiene como premisa la distribución del peso de la incertidumbre entre las dos partes (agente y víctima). El autor insiste (pp. 52 a 59), sin embargo, en que en estos casos el coste de la incertidumbre causal sigue estando distribuido entre los agentes y la víctima y la solidaridad es solo una de las posibles soluciones a un problema distinto: el del riesgo de impago por incomparecencia o insolvencia. La solidaridad, continua Medina Alcoz, transfiere el riesgo de impago a los posibles causantes, mientras que la otra posible solución (la mancomunidad) deriva el riesgo hacia la víctima [como sucedió en el caso inglés *Barker v. Corus* (2006)].

Como es sabido, y como el propio autor reconoce, lo habitual es que el legislador no diga nada acerca de la distribución de la indemnización entre los deudores solidarios. Para Medina Alcoz

²⁷ Y así, el artículo 35.1.a) del Decreto 506/1971, de 25 de marzo y el 71.4 de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de caza de Aragón, disponen que si se desconoce cuál es el terreno del que procede la especie cinegética causante de daños, los propietarios de los fondos cercanos responden solidariamente de todas las pérdidas frente a la víctima y en proporción a la superficie colindante de los predios perjudicados frente al deudor solidario que abone la compensación. El artículo 123 Ley 48/1960 establece que en caso de colisión de dos aeronaves sin que pueda determinarse cuál de ellas provocó los daños al tercero, cada una de las empresas responderá solidariamente frente a las víctimas y en proporción al peso de la aeronave dentro de su relación interna.

²⁸ Como pone de manifiesto MARTÍN CASALS, 2019, p. 216. Véase, además, con Solé Feliú, 2013, pp. 24 y 25.

esto no es obstáculo para que la responsabilidad proporcional sea el criterio de reparto, lo que justifica del siguiente modo:

«Las previsiones legales que establecen la solidaridad vienen a disponer que, en ausencia de información particularizada sobre la autoría, ante la consiguiente equidistribución de las probabilidades causales, los miembros del grupo deben compartir el coste del daño a partes iguales. La regla del prorrateo está generalmente aceptada, aunque no siempre se explicita su razón de ser. Su fundamento normativo no se halla en el artículo 1138 CC [...] En el caso que nos ocupa, «del texto de las obligaciones» resulta la exigencia de distribuir el coste del daño en función de la probabilidad causal. Esta exigencia es la que, en ausencia de información particularizada, obliga a dividir la indemnización a partes iguales. De ahí que, en presencia de datos indicativos de que algún miembro tiene más probabilidades causales que otro, no haya prorrateo, imponiéndose la distribución asimétrica [...] Estas previsiones legales, del mismo modo que precisan que el miembro que prueba que no es autor del menoscabo deja de incurrir en responsabilidad frente a los demás integrantes del grupo, vienen a disponer que el miembro que demuestra su menor probabilidad causal incurre en menor responsabilidad. En suma, el silencio legal en cuanto a los criterios de distribución de la indemnización debe necesariamente interpretarse en el sentido de que cada posible causante responde en función del grado de probabilidad causal» (pp. 130 y 131).

Es importante subrayar que para el autor la tipificación de la regla de la responsabilidad proporcional no está en las cláusulas generales de responsabilidad civil (pp. 32, 84 y 85). Es más, un capítulo entero de la obra (el 3.º) se dedica a criticar lo que el profesor Medina Alcoz denomina «ficciones», esto es, «crípticas denominaciones y artificiosas justificaciones para presentar la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal como regla derivada de las cláusulas generales de responsabilidad» (p. 86)²⁹.

²⁹ Serían ficciones, en primer lugar, la justificación de la indemnización en casos de pérdida de oportunidad exclusivamente desde la perspectiva de la *chance* como el daño indemnizable cuando la probabilidad causal, sin ser alta, es seria (pp. 89 a 93); también la tesis que, en el ámbito médico sanitario, justifica la regla de la responsabilidad proporcional aplicando la doctrina de la concurrencia de causas (pp. 98 a 100); critica igualmente la tesis que presenta a la responsabilidad proporcional como una teoría vigente compatible con el sistema tradicional de imputación causal, explorando la teoría de la prueba (pp. 93 a 97); en fin, son también «ficciones» criticables, a juicio del autor, todas aquellas teorías que han tratado de justificar la responsabilidad solidaria de los integrantes del grupo en los casos de daños causados por miembro indeterminado de un grupo (la que parte de la consideración del conjunto de los posibles autores como una especie de personificación o sociedad de hecho [p. 100], la que justifica su responsabilidad a partir de la teoría del riesgo creado [pp. 101 y 102], la tesis que sitúa en el seguro el fundamento de la responsabilidad [pp. 102 a 104] o aquella que la analiza desde la perspectiva de la inversión de la carga probatoria [pp. 104 a 106]).

En fin, según el autor la regla de la responsabilidad proporcional puede «extenderse más allá de los supuestos tipificados»:

«La legislación en materia de contratación pública, caza, navegación aérea y edificación ha previsto la responsabilidad proporcional para resolver un problema habitual en el ámbito regulado (incertidumbre causal), sin la pretensión de realizar una composición de intereses singular, vinculada a un objetivo político específico o a circunstancias exclusivamente características del sector. Ha concretado una regla perfectamente generalizable que honra la igualdad de las partes. El juez que aplica este criterio a supuestos distintos crea Derecho nuevo, pero no altera la estructura del sistema de responsabilidad civil; no promueve activamente políticas públicas ni pone en riesgo, por tanto, la voluntad constitucional de que sean los parlamentos y las Administraciones quienes desarrollen esas políticas públicas». (p. 138).

V. VALORACIÓN FINAL

La obra que ha servido de estímulo para estas reflexiones es un trabajo que tiene el mérito de hacer propuestas en un terreno difícil, aunque, a mi modo de ver, no acierta a satisfacer las objeciones de los mejores especialistas de la responsabilidad civil en España.

El autor plantea propuestas valientes y rupturistas, pero la cautela impone que, antes de dar por superadas determinadas teorías, contemos con una alternativa que funcione correctamente.

Es probable que la responsabilidad proporcional pueda tener un papel en el futuro diseño de la responsabilidad civil, pero su adecuada construcción exige una cuidadosa distinción de supuestos, ya que hay una gran heterogeneidad de casos, que presentan una diversidad de situaciones y de problemas, lo que quizás aconseje que la solución no sea la misma para todos ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- BASOZÁBAL ARRÚE, Xabier: «Reseña a Peña López, Fernando: Dogma y realidad del Derecho de daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL», en *ADC*, 2012, III, pp. 1361 a 1366.
- CRESPO MORA, María del Carmen: *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: Imputación objetiva, *causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, ed. Comares, Granada, 2008.
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario: «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Derecho civil y en Derecho penal. A propósito del libro de Mar-

- tín García-Ripoll Montijano, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, en *ADC*, 2010, I, pp. 335 a 448.
- MARTÍN CASALS, Miquel: «Causation and scope of liability in the Internet of Things (IoT)», en *Causation and Scope of liability in the Internet of Things (IoT): Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV*, Sebastian Lohsse; Reiner Shulze; Dirk Staudenmaier (Ed.), Hart Publishing, 2019.
- Y SOLÉ FELIÚ, Josep: «Causal uncertainty and proportional liability in Spain», en *Proportional liability, Analytical and Comparative perspectives*, Israel Gilead, Michael D. Green, Bernhard A. Coch (Eds.), ed. Walter de Gruyter GmbH, Berlin, Boston, 2013.
- «Nuevas perspectivas de la responsabilidad extracontractual», en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, E. Bosch Capdevila (Dir.), ed. Bosch, Barcelona, 2012.
- MEDINA ALCOZ, Luis: *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- *La teoría de la pérdida de oportunidad*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- «El nexo causal. La pérdida de oportunidad, Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Reglero Campos y Busto Lago (Dirs.), ed. Thomson Reuters Aranzadi, 5.ª ed., Cizur Menor, 2014, pp. 825 a 872.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «En pocas palabras: sobre imputación objetiva y daños causados por un animal (art. 1905 CC)», en *Almacén de Derecho*, entrada del 11 de mayo de 2020.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles y REGLERO CAMPOS, Fernando: «La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II., Reglero Campos y Busto Lago (Dirs.), ed. Thomson Reuters Aranzadi, 5.ª ed., Cizur Menor, 2014, pp. 439 a 596.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Dogma y realidad del Derecho de daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- SOLÉ FELIÚ, Josep: «The reception of the loss of a chance doctrine in Spanish case-law», en *European Review of Private Law*, 2008, pp. 1105 a 1117.
- VICENTE DOMINGO, Elena: «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Reglero Campos y Busto Lago (Dirs.), ed. Thomson Reuters Aranzadi, 5.ª ed., Cizur Menor, 2014, pp. 317 a 462.

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Carlos III de Madrid), María del Rosario DÍAZ ROMERO (Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE [Profesor asociado, Universidad Alberto Hurtado (Chile)], Martín GARCÍA-RIPOLL (Catedrático de Derecho civil, Universidad de Murcia), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid), Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN [Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada CU), Universidad Autónoma de Madrid]

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.– II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.–*Abreviaturas*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

CABRILLAC, R.: «Un Nouveau Code civil?», *RDS*, 2019, núm. 39, pp. 2149-2152.

El autor, ante los cambios provocados en el Derecho civil a lo largo del siglo XX, se plantea la posibilidad de elaborar un nuevo Código civil en Francia. (*R. A. R.*)

COLONNA D'ISTRIA, F.: «Le poids de la tradition dans l'argumentation juridique», *RTDC*, 2019, núm. 4, pp. 727-750.

A la hora de argumentar una norma jurídicamente se suele acudir a diferentes técnicas. Una de ellas es la costumbre o tradición del lugar. El autor en este artículo analiza su importancia. (*R. A. R.*)

FORTUNATO, S.: «Sull'abuso del diritto e sull'abuso dell'abuso», *RDC*, 2019, núm. 2, pp. 321-344.

Reflexiones sobre el tratamiento de la figura del principio general que prohíbe el abuso del derecho: diferencias entre la falta de tutela expresa por el legislador y la aplicación del principio por la jurisprudencia. (*M. R. D. R.*)

HOCH, V. R. S.: «Anwendung Künstliche Intelligenz zur Beurteilung von Rechtsfragen im unternehmerischen Bereich. Zulässigkeit, Grenzen und Haftungsfragen beim Einsatz von Legal Robots», *AcP*, núm. 5, 2019, pp. 646-702.

«Pronto sobraremos todos...». Una frase que cada vez se oye más entre los juristas. El desencadenante de esta funesta profecía son los progresos del *LegalTech Market*.

Sin embargo, la autora no cree que los robots vayan a sustituir a los abogados. Al menos en un primer estadio, es de esperar que los sistemas automatizados apoyen la actividad abogacil, p. ej., mediante la búsqueda de literatura jurídica. Por otra parte, la inversión en materias secundarias o muy especializadas no será rentable para los programadores de esos sistemas, pues los potenciales clientes y mercados son demasiado pequeños.

E incluso si llegara a ser posible un asesoramiento jurídico automatizado amplio, el jurista no será superfluo. Simplemente se trasladaría su ámbito de actividad. Así, sería posible un «ingeniero jurídico» o un «informático jurídico», y el jurista tendría un importante papel en la construcción y aplicación de los programas.

Por último, no deja de tener importancia el aseguramiento frente a las eventuales responsabilidades civiles por los errores de estos robots o programas informáticos. (*M. G.-R.*)

MANIACI, A.: «Autonomia privata e conflitto», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 854-864.

Artículo dedicado a los nuevos espacios conquistados por la autonomía privada: acuerdos preventivos que inciden sobre el proceso, acuerdos celebrados durante el proceso que inciden tanto sobre los aspectos procesales como sobre aspectos sustantivos y, por último, acuerdos concluidos tras el proceso que influyen sobre la relación sustantiva. (*Alma R. G.*)

MATTERA, R.: «Diritto civile e diritto tributario. Verso una progressiva autonomia?», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 846-860.

Artículo que profundiza en la búsqueda de la relación existente entre el derecho civil y el derecho tributario, la conexión entre la obligación civil y la obligación tributaria y el análisis del principio de indisponibilidad de la pretensión tributaria. (*Alma R. G.*)

SICCHIERO, G.: «Gli usi legali non esistono più: Cronaca di una morte certificata», *CI*, 2019, núm. 6, pp. 1266-1274.

Artículo con una aproximación al concepto jurídico de los usos y análisis de la prueba de los mismos. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ASTONE, A.: «L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali», *CI*, 2019, núm. 2, pp. 614-648.

Artículo que analiza varias cuestiones relativas a la circulación de los datos personales de los menores de edad en las redes: el artículo 8 del Regla-

mento (UE) 2016/679 sobre la protección de datos y la edad del consentimiento digital en el decreto legislativo italiano n. 101 del año 2018; el papel del consentimiento en relación con el interés superior del menor y la protección parcial de los datos de los menores y riesgos a los que está sujeta la libertad de autodeterminación. (*Alma R. G.*)

BIGOT, CH.: «Le droit à la dignité humaine ne peut prévaloir à lui seul sur le droit à l'humour», *SJ*, 2019, núm. 48, pp. 2126-2129.

El conflicto entre la libertad de expresión a través del humor y la dignidad de la persona. ¿Cuál prevalece? (*R. A. R.*)

BRAVO, F.: «Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto», *CI*, 2019, núm. 1, pp. 9-18.

Artículo que profundiza en la afirmación, expresada por la sentencia de la Corte de Casación de 2 de julio de 2018 n. 17278, de que el ordenamiento no prohíbe el intercambio de datos personales, sino que únicamente exige que tal intercambio sea fruto de un consentimiento pleno y de ningún modo sujeto a límites. Tal afirmación es de extrema relevancia en cuanto se requiere la necesidad del consentimiento del interesado al tratamiento de datos personales, distinto del consentimiento contractual, en el caso de operaciones jurídico-económicas en las que se prevé como contraprestación el intercambio de datos personales y no la contraprestación de dinero. (*Alma R. G.*)

CARBONE, E.: «Contrattualità quotidiana e dignità della persona», *RDC*, 2019, núm. 5, pp. 1086-1105.

Reflexiones sobre el concepto de dignidad y su respeto en la actuación y ejecución de las figuras jurídicas cuya finalidad es completar la falta de capacidad de obrar, en los diferentes supuestos contemplados por el Ordenamiento jurídico. (*M. R. D. R.*)

CICERO, C.: «Anche i giuristi hanno da sapere manovrare il microscopio (Osservazioni in tema di c.d. donazione dei campioni biologici umani)», *DFP*, 2019, núm. 3, pp. 1225-1238.

Artículo dedicado a las implicaciones jurídicas y éticas de la donación de cualquier muestra biológica de origen humano susceptible de conservación y de poder albergar información sobre la dotación genética característica de una persona. (*Alma R. G.*)

CONTALDO, A.: «Brevi note su sfruttamento dell'immagine senza il consenso dell'interessato e l.d.a.», *Dir. Aut.*, 2019, núms. 1-2, pp. 208-232.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Turín de 27 de febrero de 2019 sobre el derecho a la imagen y su transmisibilidad *mortis causa* a los herederos; análisis de la jurisprudencia relativa al derecho de explotación económica de la imagen y a la divulgación de imágenes de personajes famosos sin el consentimiento del interesado o de los herederos. (*Alma R. G.*)

DONATO, F.: «Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana», *RDC*, 2019, núm. 5, pp. 1071-1085.

Reflexiones sobre el concepto de dignidad y su reconocimiento normativo en las Constituciones europeas y como derecho fundamental del hombre. (*M. R. D. R.*)

GIORGIO, R.: «La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali», *CI*, 2019, núm. 1, pp. 85-105.

Artículo dedicado al régimen jurídico de los datos personales y de otros bienes digitales en la fase posterior a la muerte del sujeto titular de los mismos, que constituye en la actualidad uno de los temas más debatidos dentro de la temática del derecho de la economía digital. Se profundiza en el Derecho de Sucesiones alemán, con el fin de examinar de qué modo la normativa reguladora de la herencia de los códigos civiles tradicionales puede ser adaptada a la economía digital. En particular, en Alemania se ha dictado el primer caso europeo sobre la muerte digital: así, BGH 12 de julio de 2018. (*Alma R. G.*)

GROSSET, M.: «Étude sur les directives anticipées et la personne de confiance: le rôle du tiers dans l'expression de la volonté du sujet empêché», *RDS*, 2019, núm. 35, pp. 1947-1955.

Las personas con enfermedades que afectan a la capacidad, a largo plazo, suelen prever determinadas decisiones antes de quedar totalmente impedidos. El autor analiza en este caso el papel del tercero a la hora de tomar dichas decisiones. (*R. A. R.*)

KÖNIG, C.: «Vertragliche Gestaltung der Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken», *AcP*, núm. 5, 2019, pp. 611-645.

El artículo parte de la importancia de redes sociales como Facebook, Twitter o YouTube. En ellas, desgraciadamente, se deslizan con mucha frecuencia noticias falsas, insultos, acoso (*bullying*), lo que lleva a muchos a apartarse de ellas. El 1 de enero de 2018 ha entrado en vigor en Alemania la *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz-NetzDG)* (Ley para la mejora de la aplicación del Derecho en las redes sociales), que obliga a los operadores de redes sociales con, como mínimo, dos millones de usuarios en Alemania, a eliminar en un corto plazo determinados contenidos ilícitos.

Sin embargo la mayoría de las eliminaciones o borrado de mensajes por los operadores se basan en las propias condiciones de uso que ellos imponen, y no en la mencionada Ley. Por tanto, el artículo se centra en estas políticas de uso y su relevancia jurídica. Para el autor, siguiendo la doctrina común en Alemania, la relación entre el operador y el usuario es de carácter contractual. Y esta relación contractual hay que considerarla sujeta a las normas sobre condiciones generales de la contratación, especialmente el § 307.1 BGB, que establece que «Las disposiciones de las condiciones generales negociales son ineficaces cuando perjudican inadecuadamente a la contraparte del que las impone, en contra del principio de buena fe». Así pues, los operadores de las plataformas deben encontrar un adecuado equilibrio entre sus propios intereses y los intereses justificados del usuario. Como consecuencia del efecto mediato frente a terceros de los derechos fundamentales, esto significa especialmente que los operadores deben tener en cuenta la libertad de opinión de sus usuarios, conforme al artículo 5.1 de la Ley Fundamental. Pero

esto no impide a los operadores perseguir sus propios intereses empresariales al configurar las condiciones de uso, ya que los artículos 12 y 14 de la Ley Fundamental protegen igualmente la libertad de la actividad empresarial. (M. G.-R.)

IMARISIO, L.: «La questione del cognome tra identità della persona, riconoscibilità sociale della copia e interessi dei minori», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 789-806.

Comentario a las sentencias de la Corte Constitucional italiana de 22 de noviembre de 2018 n. 212 y del tribunal de *Tar Lazio* de 26 de noviembre de 2018 n. 11410, que establecen que la petición de modificación del apellido del hijo menor de edad solo puede solicitarse por ambos progenitores conjuntamente, en el marco del ejercicio de la representación legal con base en el artículo 320 del Código Civil. En caso de desacuerdo entre ellos es de aplicación el artículo 316 del citado código, que prevé la posibilidad de que los progenitores puedan acudir al juez sin formalidad alguna. (Alma R. G.)

LUPO, E.: «La legge n. 71 del 2017 sul cyberbullismo: uno sguardo generale», *DFP*, 2019, núm. 3, pp. 1005-1016.

El 8 de junio de 2017 entró en vigor en Italia la Ley n. 71 de 29 de mayo, relativa al fenómeno del *ciberbullying* y las medidas de protección de los menores, y este trabajo pretende centrarse, en particular, en la remoción de los datos personales del menor difundidos en la red. (Alma R. G.)

MESSINETTI, R.: «La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 861-894.

Artículo que estudia el principio de transparencia en el ámbito de la inteligencia artificial y profundiza en la existencia de un posible derecho de la persona al conocimiento de las razones por las que se adopta una decisión automatizada. (Alma R. G.)

MICUCCI, A.: «Il diritto all'immagine delle celebrità: ultimi orientamenti giurisprudenziali», *Dir. Aut.*, 2019, núms. 1-2, pp. 138-156.

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema italiana de 23 de enero de 2019 n. 1875 sobre lesión del derecho a la imagen de un personaje famoso por la publicación, en un par de semanales punteros, de una foto suya en el interior de una habitación, en comportamientos íntimos con otro personaje famoso con el que mantenía una relación sentimental. (Alma R. G.)

PICHARD, M.: «Toutes les femmes?», *RDS*, 2019, núm. 39, pp. 2143-2148.

El autor analiza en este artículo las diferentes medidas legales actuales en Francia sobre la mujer y se cuestiona si afectan o no a todas las mujeres. (R. A. R.)

POTENZANO, R.: «Il consenso informato ai trattamenti sanitari sui minori e decisioni di fine vita. Riflessioni comparatistiche», *DFP*, 2019, núm. 3, pp. 1307-1371.

Reflexiones sobre la determinación terapéutica en edad pediátrica, en particular, se profundiza sobre el derecho de las personas vulnerables a consentir o a rechazar los cuidados, el papel de la voluntad de los familiares en la

búsqueda del mejor interés del paciente menor, la interrupción de las terapias de sostén vital de los menores incapaces de discernimiento y el análisis en este sentido de pronunciamientos ingleses. (*Alma R. G.*)

RICCI, A.: «Il trattamento di dati personali per finalità di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati. Riflessioni sul d.lgs 18 maggio n. 51 di attuazione della Dir. 2016/680 UE.», *NLCC*, 2019, núm. 3, pp. 565-598.

Adaptación de la normativa europea sobre protección de las personas físicas respecto al tratamiento de sus datos personales, y sanciones por vulneración de la privacidad. (*M. R. D. R.*)

SALVAGE-GEREST: «Recueil d'un mineur par un français et déclaration acquiescive de nationalité», *SJ*, 2019, núm. 44-45, pp. 1947-1949.

La adquisición de nacionalidad francesa tras el acogimiento por un francés de un menor. Requisitos legales. (*R. A. R.*)

PERSONA JURÍDICA

BARGUE, N.: «Le défaut d'organisation ou de fonctionnement de la personne morale», *RDS*, 2019, núm. 30, pp. 1667-1672.

La persona jurídica, en general, requiere una serie de requisitos personales y patrimoniales para que funcione, además de cumplir toda la normativa legal. En ocasiones tienen defectos que le impiden realizar su función o tener una buena estructura. (*R. A. R.*)

MIGNOZZI, A.: «L'assenza di un regime di responsabilità dell'organo gestorio negli enti del terzo settore. Mero rinvio o disciplina *sui generis*?», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 1217-1236.

El presente trabajo profundiza en la oportunidad y conveniencia de una regulación normativa adecuada para las entidades del sector terciario, en particular, del reconocimiento de la personalidad jurídica de las obligaciones de transparencia y de la responsabilidad y deberes de los administradores. (*Alma R. G.*)

RIGANTI, F.: «La società semplice di godimento. Spunti di riflessione», *CI*, 2019, núm. 1, pp. 236-256.

Estudio de los antecedentes históricos de la sociedad civil, de las soluciones adoptadas por el código civil italiano de 1942 en materia societaria, en concreto, del paso del concepto de ganancia al concepto de utilidad y, por último, análisis de la sociedad simple de mero disfrute inmobiliario y de la sociedad simple *holding*. (*Alma R. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ADLER, A./FROMER, J. C.: «Taking Intellectual Property into Their Own Hands», *CLR*, 2019, vol. 107, núm. 5, p. 1455-1530.

Se analiza la protección del derecho de autor desde una diferente perspectiva, evidenciándose que esta no necesariamente se reflejará en acciones

legales, sino que también a través de mecanismos ajenos al ámbito legal. Con ejemplos relativos a la moda o a las artes visuales se destacan los beneficios y problemáticas de este nuevo fenómeno de autotutela que, a veces, utiliza la puesta en evidencia con sentido peyorativo de la copia inadecuada de la propia obra como principal arma en las redes sociales u otras plataformas de acceso público y general.

También se da cuenta de nuevos fenómenos como la apropiación de la infracción a la propiedad intelectual para generar, a su vez, nuevas obras creativas, incluso conjuntamente. Desde el análisis de nuevas fenomenologías y prácticas, se da, entonces, una innovadora perspectiva del derecho de autor, a partir de una especie de autodefensa del sujeto lesionado. (A. F.)

AL MUREDEN, E.: «*Autonomous cars e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive de iure condendo*», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 895-924.

Artículo que plantea la novedosa cuestión de los problemas que derivan de la responsabilidad civil en el caso de los daños producidos por vehículos sin conductor, en especial, se trata de analizar si la vigente normativa de la responsabilidad civil de los códigos civiles tradicionales puede dar soluciones adecuadas a dicha problemática. (Alma R. G.)

ALPA, G.: «*Orientamenti della giurisprudenza sulla nuova disciplina della responsabilità medica*», *CI*, 2019, núm. 1, pp. 1-8.

Artículo que profundiza en la nueva normativa italiana de responsabilidad médica introducida por la Ley núm. 24 de 2017. Así, el estudio se centra en la responsabilidad de la institución hospitalaria, que la jurisprudencia califica de modo unánime como contractual tanto en el caso del daño ocasionado por el médico como en el caso de infecciones contraídas por el paciente en el curso de una intervención; abordando también la responsabilidad del equipo médico y la responsabilidad del profesional sanitario, además del consentimiento informado del paciente. (Alma R. G.)

— «*Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione Europea*», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 825-830.

Artículo que analiza y da cuenta de la aprobación el 3 de abril de 2019 de dos Directivas en materia de compraventa: una relativa a la compraventa de bienes de consumo (Dir 771/2019/UE) y la segunda sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (Dir 770/2019/UE). (Alma R. G.)

BALL, G.: «*En Garde: A Civil Law Approach to Autonomous Vehicle Liability Under Louisiana Law*», *Tul. L. Rev.*, 2019, vol. 94, núm. 1, p. 155-182.

Se aborda el eventual problema de la responsabilidad civil por daños derivados de automóviles sin conductor en Louisiana, proponiendo un futuro sistema de responsabilidad sin culpa en caso de accidente vial, inspirándose, en parte, en la opción adoptada por el ordenamiento francés. (A. F.)

BATTELLI, E.: «*Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 925-940.

Artículo que se ocupa de los *smart contracts* en cuanto se trata de un fenómeno jurídica y tecnológicamente complejo, planteándose si se trata de contratos o de actos de ejecución automatizada. Por último, analiza las oportunidades que se abren con esta nueva figura jurídica en el derecho bancario. (Alma R. G.)

BATTELLI, E.: «Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica», *CI*, 2019, núm. 1, pp. 106-129.

El artículo analiza, entre otras cuestiones, el derecho contractual de los códigos civiles entre el pensamiento neoclásico y la *Law & Economics*; la autonomía contractual entre la crisis de la racionalidad económica de los individuos y las dudas sobre el modelo de la regulación pública; el paternalismo jurídico del derecho de los contratos; la «racionalidad imperfecta» y la tutela de la libertad del individuo y la desaparición del modelo del *homo economicus* y los recientes desarrollos del derecho privado europeo. (*Alma R. G.*)

BENEDETTI, A. M.: «L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 827-831.

Artículo dedicado a la autonomía contractual y, en particular a la función que ésta conserva en el Derecho Privado actual. (*Alma R. G.*)

BURROW, A.: «In Defense of Unjust Enrichment», *C. L. J.*, 2019, vol. 78, núm. 3, p. 521-544.

El objetivo del *paper* es defender la importancia del enriquecimiento injustificado. A estos efectos, además de tocar algunos aspectos jurisprudenciales, el escrito se hace cargo de algunas posturas doctrinales anteriores y antitéticas, intentando desmontar sus argumentaciones [Robert Stevens, «The Unjust Enrichment Disaster» (2018) 134 *LQR* 574] y Lionel Smith, «Restitution: A New Start?», en *Devonshire and Havelock, The Impact of Equity and Restitution in Commerce* (2018)]. (*A. F.*)

CHESNEY, B./CITRON, D.: «Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security», *CLR*, 2019, vol. 107, núm. 6, p. 1753-1819.

El artículo estimula a la comunidad a reflexionar sobre el problema de las falsificaciones y retoques de soportes audiovisuales evidenciando que esto comportará un nuevo desafío en relación, no solo con la intimidad personal, sino, más en general, con la seguridad nacional.

La capacidad de generar audios y vídeos de personas reales, con extrema perfección, que dicen y hacen cosas que nunca dijeron o hicieron, además de su rápida divulgación, creará nuevos retos jurídicos.

El artículo aborda las causas y consecuencias que este nuevo fenómeno puede generar desde una perspectiva multidisciplinaria, ya que los ámbitos penal, civil y reglamentario, necesitan moverse con armonía en este contexto. (*A. F.*)

DAMIANI, E.: «La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori», *RDC*, 2019, núm. 4, pp. 847-860.

Análisis de la figura de los herederos legitimarios y los derechos de los acreedores de los legitimarios. Principios a tener en cuenta en el orden de prelación: derechos de los acreedores, libertad de testar, interés familiar. (*M. R. D. R.*)

DESSUET, P.: «De l'immeuble écoresponsable à l'immeuble connecté», *RDI*, 2019, núm. 7-8, pp. 376-389.

Estudio sobre la responsabilidad y garantías en la construcción de los inmuebles actuales. (*R. A. R.*)

DUBUISSON, F./POISSONNIER, G.: «Étiquetage des produits en provenance des colonies israéliennes: la cour de justice confirme la légalité de la législation européenne et française», *SJ*, 2019, núm. 51, pp. 2309-2314.

Problemas de etiquetado en los productos de países de fuera de Europa y el conflicto de normas con la Unión Europea. (R. A. R.)

FACCIOLI, M.: «Avveramento della condizione e buona fede *post finitum contractum*», *CI*, 2019, núm. 2, pp. 511-536.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 25 de enero de 2018, que constituye un buen marco para analizar los problemas derivados del comportamiento de las partes contratantes durante la pendencia de la condición a la que dicho contrato está sujeto. (Alma R. G.)

FARNETI, M.: «Sulla sindacabilità delle clausole del contratti d'opera professionale per lo svolgimento di prestazioni legali: alcuni spunti di riflessioni.», *NLCC*, 2019, núm. 3, pp. 720-755.

Reflexión sobre el fundamento, ámbito de aplicación y efectos del abuso contractual en las relaciones entre profesionales. (M. R. D. R.)

FREEMAN ENGSTROM, N.: «The Lessons of Lone Pine», *Yale L. J.*, 2019, vol. 129, núm. 1, p. 1-76.

Estudio crítico sobre la tendencia jurisprudencial que nació con *Lore v. Lone Pine* (No. L-33606-85, 1986 WL 637507; N. J. Super. Ct. Law Div. Nov. 18, 1986), en que se asentó que el demandante tiene determinadas cargas probatorias en procedimientos daños múltiples o colectivos, como lesiones, exposición, causalidad dentro de un determinado periodo, de contrario se viera la desestimación de la demanda.

El autor intenta ver los inconvenientes de seguir esta postura que, normalmente, es la utilizada en los tribunales para racionalizar y acelerar la resolución de casos complejos. (A. F.)

GAIARDO, P.: «L'obligation du garagiste, une obligation de résultat doublement atténuée», *RDS*, 2019, núm. 27, pp. 1503-1510.

El contrato de garaje plantea problemas importantes entre las partes En este trabajo se analiza la obligación del propietario del garaje y su incidencia en caso de responsabilidad. (R. A. R.)

GALBOIS-LEHALLE, D.: «L'application du droit de la consommation à l'épreuve des opérations triangulaires: la question des clauses abusives», *RDS*, 2019, núm. 43, pp. 2362-2368.

Actualmente, está en auge el problema de las cláusulas abusivas en los contratos como forma de protección de los consumidores. A veces, existen relaciones complejas, donde hay que distinguir dos relaciones diferentes con tres sujetos implicados. El autor se plantea aquí tales operaciones. (R. A. R.)

GENOVESE, A.: «La crisi della disciplina del contratto *standard*», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 1156-1169.

El presente trabajo aborda, entre otras cuestiones, la temática de la protección frente a los riesgos ligados al contrato de adhesión y la irrazonable limitación de la normativa al contrato celebrado con el consumidor. (Alma R. G.)

GIACCAGLIA, M.: «Considerazioni su *Blockchain* e *Smart contracts* (oltre le criptovalute)», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 925-940.

El presente trabajo aborda las aplicaciones concretas que tiene la evolución del sector tecnológico en el ámbito jurídico, en particular, los desarrollos aplicativos del *Blockchain* y de los *Smart contracts*, en particular, en el sector concreto del mercado del arte y del patrimonio artístico cultural. (*Alma R. G.*)

GUERRIERI, G.: «Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza», *NLCC*, 2019, núm. 4, pp. 809-859.

Análisis del nuevo Código de crisis e insolvenca, con normativa especial para posibilitar la recuperación patrimonial del deudor, reestructuración de deudas, instrumentos de ayuda a deudores en crisis y procedimientos de liquidación: fundamento, estructura y sistematización de las normas. (*M. R. D. R.*)

HEYMANN, J.: «Protection des passagers aériens en cas d'annulation ou de retard important d'un vol», *SJ*, 2019, núm. 49, pp. 2196-2201.

Los daños por cancelación o retraso de un vuelo aéreo y acciones del pasajero para conseguir una reparación. (*R. A. R.*)

HOSTIOU, R.: «Au sujet de la publication sous forme électronique des informations relatives au prix de l'immobilier et du foncier. Chronique d'un long cheminement vers une plus grande transparence du marché», *RDI*, 2019, núm. 11, pp. 554-556.

En materia de venta de inmuebles es fundamental que el adquirente final conozca no solo su precio sino también la comisión de los intermediarios y los costes de esa operación. Todo ello está en favor de la transparencia del mercado. (*R. A. R.*)

HYDE, A. A.: «Avocat et intelligence artificielle: Quelles obligations? Quelle responsabilité?», *RDS*, 2019, núm. 38, pp. 2107-2111.

La inteligencia artificial está hoy totalmente de moda pero no hay regulación. Por ello, en este trabajo se estudia cuáles son las obligaciones y la responsabilidad si se utiliza esta nueva técnica por parte de los abogados. (*R. A. R.*)

JERÔME, C.: «Secret du médecin, secret de l'avocat: un ou deux secrets?», *GP*, 2019, núm. 34, pp. 16-19.

En materia de filiación y en el ámbito familiar en muchas ocasiones intervienen varios profesionales que tienen, entre sus normas deontológicas, el deber de secreto. ¿Es un solo deber o cada uno debe tener el suyo? (*R. A. R.*)

LAMMERVILLE, D./BRETZNER, JD. F.: «“Accroître l'attractivité du système juridique français”: Examen par le groupe de travail Chagny du projet de réforme du droit de la responsabilité civile», *SJ*, 2019, núm. 37, pp. 1562-1565.

Actualmente, una de las tendencias de todos los países de Europa es la reforma de las normas de responsabilidad civil. En Francia, el grupo Chagny ha elaborado un proyecto de ley y se analiza en este estudio. (*R. A. R.*)

LANDINI, S.: «Assicurazione dei “danni punitivi” e delle sanzioni punitive civili», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 1170-1194.

El presente trabajo profundiza en el debate italiano existente en la actualidad sobre la admisión de los daños punitivos y el problema del contrato de seguro de los daños punitivos en EEUU y su repercusión en la administración de las compañías de seguros. (*Alma R. G.*)

MACIOCE, F.: «Difetto di conformità, sopravvenuta impossibilità e responsabilità dell’organizzatore di viaggi», *CI*, 2019, núm. 2, pp. 386-398.

El artículo trata de las cuestiones de la falta de conformidad y de los remedios contractuales existentes ante ello a la luz de las modificaciones introducidas por el decreto legislativo n. 62 de 2018 en el decreto legislativo n. 79 de 2011 del Código de Turismo, que se ocupa de la regulación del contrato de turismo organizado. (*Alma R. G.*)

MATTATIA, F.: «Données personnelles: la responsabilité d’un utilisateur des services proposés par Facebook», *SJ*, 2019, núm. 40, pp. 1730-1735.

El grave problema de protección de datos personales ante su publicación en determinadas plataformas, como el caso de Facebook. (*R. A. R.*)

MAZZAMUTO, S.: «La prospettiva dei rimedi in un sistema de *Civil Law*», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 831-845.

Artículo que analiza los remedios ante el incumplimiento en el ámbito del Derecho Contractual, con particular referencia a la cada vez más frecuente tutela específica. (*Alma R. G.*)

MEJRI, A. EL.: «Lettre d’intention: caducité, effet relatif des contrats et préjudice réparable», *SJ*, 2019, núm. 40, pp. 1715-1717.

Problemas jurídicos sobre determinadas cartas de intenciones entre dos sujetos. La eficacia relativa del contrato afecta al emisor y al destinatario. (*R. A. R.*)

MIGLIACCIO, M.: «Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova», *DFP*, 2019, núm. 3, pp. 1239-1275.

Artículo dedicado al problema de la carga de la prueba del nexo causal tras la nueva normativa italiana de responsabilidad médica (*Legge Gelli-Bianco*), en particular, se detiene en el examen del riesgo de la causa desconocida. (*Alma R. G.*)

MIGNOT, M.: «L’action en indemnisation du créancier véritable d’un assureur ayant assuré le risque de décès contre l’accipiens du capital: Article L. 132-8 versus article L. 132-25 du Code des assurances», *SJ*, 2019, núm. 36, pp. 1520-1522.

Interpretación de los artículos 132-8 y 132-25 del Código de seguros francés sobre la acción para exigir indemnización por muerte. (*R. A. R.*)

MOULIN, J. M./PICOD, Y: «La place du droit de la consommation dans le cadre d'un crédit octroyé par l'employeur», *RDS*, 2019, núm. 33, pp. 1848-1851.

El problema en torno al carácter de consumidor de un empresario cuando solicita un crédito y existen cláusulas abusivas. (*R. A. R.*)

OMODEI SALÈ, R.: «Le “vendite basate sulle qualità della cosa” nella prospettiva rimediale», *CI*, 2019, núm. 2, pp. 537-570.

La compraventa con reserva de aprobación o la compraventa a prueba, basadas en la calidad del bien, aparecen ubicadas de modo conjunto en la sección del código civil dedicada a la compraventa de bienes muebles y, en buena medida, ello explica la dificultad de distinción entre las mismas. El artículo se dedica al estudio de estas clases de compraventa y, en particular, a los remedios que tiene a su alcance el comprador ante el incumplimiento del contrato. (*Alma R. G.*)

PAISANT, G: «Le non professionnel protégé contre les clauses abusives: le retour du critère du “rapport direct”», *SJ*, 2019, núm. 49, pp. 2183-2185.

Los problemas de protección de contratos con cláusulas abusivas conforme al criterio de relación directa entre las partes. (*R. A. R.*)

— «Prêt à la consommation basé sur une devise étrangère et clauses abusives», *SJ*, 2019, núm. 44-45, pp.1951-1955.

Cláusula abusiva de un préstamo al consumo con referencia en divisa extranjera. Acciones y protección del consumidor. (*R. A. R.*)

PATTI, F.: «Il declino della responsabilità oggettiva», *RDC*, 2019, núm. 4, pp. 977-1013.

Análisis de la figura de la responsabilidad contractual por daños sufridos por objetos en custodia: responsabilidad objetiva y subjetiva y efectos del caso fortuito. (*M. R. D. R.*)

PELLEGATTA, S.: «Responsabilità da comunicazioni politiche via *tweet*», *CI*, 2019, núm. 2, pp. 423-429.

Artículo que se ocupa de las redes sociales como fenómeno jurídico; en particular del impacto de las declaraciones sociales sobre los contratos celebrados por la Administración Pública y de la responsabilidad civil y la prueba del daño. (*Alma R. G.*)

PIECKENBROCK, A./RODI, D.: «Wider die Disponibilität des Schutzes von § 407 Abs. 1 BGB», *AcP*, núm. 5, 2019, pp. 735-770.

Teniendo en cuenta que la cesión de un crédito es posible mediante un simple contrato (dispositivo) entre el antiguo y el nuevo acreedor (§ 398 BGB), sin que —a diferencia de lo que ocurre con la prenda (§ 1280 BGB)— sea necesaria una comunicación al deudor, se plantea la cuestión de qué efectos han de atribuirse a la prestación hecha por el deudor al cedente. El BGB ha respondido a esta pregunta señalando que la prestación al cedente produce todos sus efectos frente al cesionario cuando el deudor no conocía la cesión del crédito (§ 407.1). Esta consecuencia jurídica es entendida por la doctrina en el sentido de que el deudor puede optar por considerar cumplida su obligación o bien ejercitar una acción

de enriquecimiento injusto (cobro de lo indebido). Sin embargo, según la doctrina dominante, esta última acción se extingue con efecto retroactivo cuando el cesionario autoriza la realización de la prestación al cedente, porque entonces el crédito cedido ha sido satisfecho; se habla entonces de una simple *posibilidad* de elección fáctica en vez de un *derecho* de elección del deudor. La opinión contraria concede a la realización de la prestación un efecto extintivo inmediato de la deuda. Y esta es la postura que se defiende en este trabajo. (M. G.-R.)

PIEDELÈVRE, S.: «Les obligations d'investigation de l'agent immobilier», *SJ*, 2019, núm. 52, pp. 2360-2362.

El agente inmobiliario, en su función, debe conocer el bien y las condiciones del inmueble y del vendedor. Por ello, el autor analiza las obligaciones de investigación de estos agentes. (R. A. R.)

PROCH, Ch.: «Der "vereinbarte Werkerfolg" in § 650b BGB und der funktionale Mangelbegriff des BGH. Eine rechtsdogmatische Betrachtung», *AcP*, núm. 5, 2019, pp. 703-734.

El trabajo trata un problema muy concreto del contrato de obra en el BGB. Su § 633.2 dispone que «La obra está libre de vicios cuando tiene la calidad acordada». Como «calidad acordada» cuentan, según repetida jurisprudencia del TS alemán (BGH), todas las cualidades de la obra que deben producir el resultado contractual debido, según el acuerdo de las partes. Este resultado no se valora según el modo o clase de ejecución, sino preferentemente según la función acordada o presupuesta que la obra debe cumplir según la voluntad de las partes. Si la obra no se corresponde con esa función, hay que considerarla viciada, incluso cuando el empresario ha respetado el modo de ejecución acordado, con cumplimiento de las reglas de la técnica generalmente aceptadas (concepto funcional de vicio).

La primera sentencia en la que el BGH adoptó este criterio es de 8 de noviembre de 2007. Se trataba de una instalación de calefacción en la casa de un guardabosques, que el Tribunal considera viciosa porque no calentaba lo suficiente y, por consiguiente, no cumplía su función. Era irrelevante el hecho de que la instalación «por sí misma» fuera idónea, es decir, adecuadamente instalada, y que la falta de calor fuera atribuible a la planta modular para generar energía y calor en forma combinada (*Blockheizkraftwerk*) a la que estaba conectada la instalación de calefacción. La planta modular había sido construida por un tercero por encargo del mismo comitente de la instalación de la calefacción en la casa. El BGH consideró al instalador de la calefacción doméstica responsable en virtud del contrato de obra.

Contra esta dirección jurisprudencial se enfrenta el artículo. (M. G.-R.)

POISSONNIER, G.: «L'information du passager aérien à la suite d'un refus d'embarquement», *SJ*, 2019, núm. 44-45, pp. 1964-1967.

El derecho de información del pasajero cuando no se le permite embarcar y realizar el viaje. (R. A. R.)

POUMARÈDE, M.: «Précaution et responsabilité civile: de la règle au principe (et inversement)», *RTDC*, 2019, núm. 3, pp. 465-476.

El principio de precaución ha sido eludido por la responsabilidad civil. Para el autor, analizando su función, ha visto que se recoge como norma que se basta a sí misma y se regula en el artículo 5 de la Carta de Medio Ambiente.

Además de como norma, la precaución es también un principio que ha invadido la responsabilidad civil. El autor entiende que debe irse más allá y recoger este principio como figura básica en la responsabilidad civil. (R. A. R.)

PROTO, M.: «Accordi sul termine», *RDC*, 2019, núm. 4, pp. 890-911.

Estudio del término de los contratos y sus efectos, según el tipo de contrato y carácter y finalidad del plazo de cumplimiento de las obligaciones contractuales. (M. R. D. R.)

PRUSSIANI, C.: «Il risarcimento in forma specifica dei danni da responsabilità contrattuale: lo spazio di operatività della tutela risarcitoria nei rapporti con l'adempimento coattivo e l'esecuzione forzata», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 1111-1155.

El presente trabajo se ocupa de la reparación *in natura* como posible modalidad resarcitoria del daño contractual, de los problemas de aplicación ligados al resarcimiento en forma específica en la responsabilidad contractual, de la relación entre el resarcimiento en forma específica y la pretensión de cumplimiento y de los límites de la tutela específica del crédito. (Alma R. G.)

QUARTA, A.: «La dicotomia bene-servizio alla prova del supporto digitale», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 1013-1028.

El presente trabajo aborda los bienes y los servicios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la dicotomía bien-servicio en el soporte digital. (Alma R. G.)

RENDE, F.: «Il ruolo dell'informazione sul recesso dopo la sentenza *Walbusch Walter Busch*», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 670-681.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea vuelve a ocuparse en la sentencia de 23 de enero de 2019 causa C-430-17 de las relaciones entre el derecho de desistimiento y las reglas de información. A través de una interpretación del artículo 8.4.º de la Directiva n. 83/2011 CE, la sentencia identifica en la información sobre el derecho de desistimiento un elemento imprescindible en la comunicación precontractual. (Alma R. G.)

RIVA, I.: «L'ultima parola delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di clausole *claims made*», *CI*, 2019, núm. 1, pp. 9-18.

Nuevo pronunciamiento de la Corte de Casación civil de 24 de septiembre de 2018 n. 223/37, que afirma la conformidad en abstracto con el ordenamiento jurídico italiano de la cláusula *claims made* inserta en los contratos de seguro, aunque deberá analizarse en cada caso concreto si hay abuso de un instrumento, que en sí mismo es lícito, mediante el estudio del cumplimiento del deber de información por la compañía de seguros y la existencia de equilibrio contractual. (Alma R. G.)

RIZZO, N.: «Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti», *RDC*, 2019, núm. 4, pp. 847-860.

Reflexiones sobre los principios fundamentales constitucionales y su implicación en el Derecho Privado. (M. R. D. R.)

SALVANDY, J.: «Réforme des sanctions civiles du TEG: Uniformisation ou simplification?», *RDI*, 2019, núm. 12, pp. 604-609.

La industria tecnológica francesa ha tenido un gran desarrollo, como en toda Europa. El autor analiza las nuevas sanciones civiles impuestas en estos casos. (R. A. R.)

SIMON, A-C: «Sanctionner la mise en danger grâce aux jeux de la causalité: Perspectives comparées des responsabilités civile et pénale en matière sanitaire», *RTDC*, 2019, núm. 3, pp. 477-498.

Comparación de la responsabilidad civil y penal de los profesionales sanitarios. Refuerzo de sanciones, eludiendo la causalidad según el caso concreto. Diversidad de sanciones jurídicas y sus límites. (R. A. R.)

SIRENA, P.: «La scelta dei principles of european contract law (PECL) come legge applicabile al contratto», *RDC*, 2019, núm. 3, pp. 608-621.

Análisis de la aplicación de los Principios de Derecho Contractual Europeo como *soft law* y su elección frente a los derechos nacionales de los estados miembros de la Unión Europea. (M. R. D. R.)

SWAIN, W.: «A Historical Examination of Vicarious Liability: A “Veritable UPAS Tree”?», *C. L. J.*, 2019, vol. 78, núm. 3, p. 640-661.

Parafraseando el paralelo que en 1916 Thomas Baty realizara entre la responsabilidad vicaria y el árbol Upas (desde el que se sacaba veneno para las flechas), el autor da el título a su artículo, haciendo un recorrido histórico de la responsabilidad vicaria desde la Edad Media, con particular atención en el derecho inglés.

Si bien, muchas veces, la asociación con la culpa ha hecho que la responsabilidad vicaria siempre fuese más difícil de justificar, se resalta la relación que su estudio tiene con algunas de las teorías clásicas (*master's o servant's tort theory*). (A. F.)

TOSI, E.: «Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle Sezioni Unite della Cassazione», *CI*, 2019, núm. 1, pp. 197-235.

Artículo dedicado a la forma informativa de los contratos asimétricos en general y, en particular, de los contratos bancarios, a la luz de la doctrina mantenida en las sentencias de la Corte de Casación de 16 de junio de 2018 n. 898 y de 23 de enero de 2018 n. 1653. (Alma R. G.)

VVAA: «Número especial sobre Droit des baux commerciaux du 10 mars 2020», *GP*, 2019, núm. 43.

Número especial sobre la nueva normativa de los arrendamientos de locales de negocio. (R. A. R.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BINCTIN, N.: «TDM: un enjeu de l'intelligence artificielle», *RIDA*, núm. 262, octubre 2019, pp. 5-32.

El autor pone de manifiesto, a través de este trabajo, la interacción tan fuerte que existe entre la propiedad intelectual y el desarrollo tecnológico, así como el

gran desafío que supone para los derechos de autor el mundo digital. En particular, este trabajo se centra en dos excepciones a los derechos de autor incluida por la Directiva (UE) 2019/790, sobre derechos de autor en el mercado único digital: la minería de textos y datos, una de ellas para fines científicos e investigadores (arts. 3) y otra para fines más generales (art. 4). Ambas están llamadas a beneficiar a la comunidad científica, que ve en la tecnología de la minería de textos y datos una herramienta fundamental para la innovación. El autor divide el artículo en dos grandes bloques. En el primero analiza la relación entre la tecnología para la minería de textos y la inteligencia artificial. Aquí hace referencia a: 1) la utilidad general de estas herramientas; 2) los desafíos que se plantean en la fase de aprendizaje de la inteligencia artificial. En el segundo bloque, el autor estudia de manera detallada el alcance de las dos excepciones apuntadas, desarrollando cada uno de los requisitos necesarios para su aplicación. (S. L. M.)

BOSSHARD, M.: «L'esaurimento del diritto d'autore sul *software* non destinato al largo consumo», *CI*, 2019, núm. 1, pp. 106-129.

El artículo analiza el problema del *software* no destinado a larga difusión y a la extinción del derecho en caso de licencia del *software* para una obra única realizada por encargo. (Alma R. G.)

CHIANALE, A.: «Il pegno non possessorio su beni determinati», *RDC*, 2019, núm. 4, pp. 951-976.

Estudio de la prenda sin desplazamiento posesorio sobre bienes específicos: aplicación de normativa hipotecaria, concurrencia con otras garantías, oponibilidad a terceros adquirentes. (M. R. D. R.)

COSTA, A.: «Sui caratteri del possesso per l'usucapione dell'intero bene da parte del coerede», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 682-690.

La usucapción por parte de un coheredero impide la división hereditaria respecto a los bienes usucapidos. Para el logro de tal usucapción es preciso que el coheredero extienda su posesión en términos de exclusividad sobre todo el bien a través de una interversión *de facto* y que lleve a cabo el cumplimiento de los actos idóneos e inequívocamente dirigidos a impedir el goce ajeno, entre los cuales no se encuentran, desde luego, los actos de administración ordinaria. (Alma R. G.)

DE SANCTIS, L.: «Diritto d'autore sull'opera cinematografica e diritto connesso del produttore: limiti, rapporti e interconnessioni», *Dir. Aut.*, 2019, núms. 1-2, pp. 1-14.

Breves reflexiones que permiten explicar las razones concretas que han llevado a introducir en el ordenamiento jurídico italiano el artículo 78 ter del decreto legislativo de 9 de abril de 2003, referido al derecho conexo a favor del productor de obras cinematográficas, audiovisuales o de secuencias de imágenes en movimiento. (Alma R. G.)

DI LAZZARO, F.: «Fenomenologia del *Three-Step Test*: evoluzione sistematica dell'istituto, approfondimenti del rapporto con le limitazioni ed eccezioni nei sistema "chiusi", cenni comparativi con il *Fair use* e valutazioni sull'applicazione di sistema complementari», *Dir. Aut.*, 2019, núms. 1-2, pp. 15-47.

Análisis evolutivo y sistemático de la figura del *Three-Step Test*, tanto en el ordenamiento italiano como en los sistemas anglosajones. Su fin último es

la valoración de la función que dicha figura desarrolla en el contexto de los libres usos. (*Alma R. G.*)

FERRY, C.: «L'insaisissabilité du bien stipulé inalienable dans un acte à titre onereux», *RTDC*, 2019, núm. 4, pp. 751-770.

Obligación de no disponer de un bien enajenado a título oneroso y los problemas de su posible embargo. (*R. A. R.*)

FRANÇOIS, J.: «Qu'est-ce que c'est un droit réel de jouissance spéciale?», *RDS*, 2019, núm. 30, pp. 1660-1666.

Hasta ahora conocemos los derechos de uso y disfrute normal. El autor se plantea la nueva figura de derecho de goce especial. ¿Qué es? (*R. A. R.*)

HENKE, H.: «Les livres électroniques dans le droit d'auteur allemand et européen: contextes, contrastes et effets», *RIDA*, núm. 261, julio 2019, pp. 3-27.

El autor de este trabajo hace un estudio sobre cómo las nuevas tecnologías han cambiado el sector del libro, pasando del formato papel al formato electrónico. Lo que se cuestiona el autor es si las normas sobre propiedad intelectual, y en particular la ley alemana, han sabido adaptarse a ese cambio. Y concluye que las disposiciones de la ley alemana parecen estar basadas en el concepto clásico de libro, entendido objeto físico formado por varias páginas. Sin embargo, a su juicio, la normativa europea, en particular la Directiva 2012/28/UE, sobre obras huérfanas, y la Directiva (UE) 2019/790, sobre derechos de autor en el mercado único digital, es más neutra en cuanto al formato en que se explotan las obras. Por otro lado, el autor destaca la importancia de los libros electrónicos en la ciencia y la educación, y cómo los límites previstos en el artículo 5 Directiva 2001/29/CE pueden afectar a este tipo de libros, sobre todo lo que tiene que ver con la cita y el uso de obras para la ilustración de la enseñanza. Otra cuestión importante que se trata es la relativa al préstamo de libros electrónicos por parte de las bibliotecas. El derecho de distribución que tienen los autores, dentro del cual se incluye el préstamo, está pensado para obras en formato tangible y no para libros electrónicos. Sobre esta cuestión se pronunció el TJUE en su sentencia de 10 de noviembre de 2016 (asunto C-174/15), en el caso *Openbare Bibliotheken*, donde se concluyó que el préstamo de libros electrónicos podría ser comparable con el préstamo de libros impresos. El autor analiza esta sentencia y concluye que, en la ley alemana, el préstamo de libros electrónicos está excluido del derecho de distribución, pero sí está amparado en el derecho de comunicación pública que tienen los autores, en la modalidad de puesta a disposición. El artículo concluye con un estudio sobre la práctica desarrollada por las entidades de gestión de derechos de autor en relación con los libros electrónicos, poniendo de manifiesto la necesidad de que esa labor de gestión y recaudación se adapte al nuevo medio tecnológico. (*S. L. M.*)

KILGUS, N.: «Droit de l'usufruitier de participer aux décisions collectives: Propos critiques», *SJ*, 2019, núm. 42, pp. 1834-1835.

El usufructuario ¿Puede participar junto al nudo propietario en la toma de decisiones colectivas relativas al bien usufructuado? El autor lo analiza desde un punto de vista crítico. (*R. A. R.*)

LAMICELA, M.: «L'interpretazione in chiave personalistica dell'art. 844 c.c.: ricadute sistematiche e nodi irrosolti», *CI*, 2019, núm. 1, pp. 169-196.

Análisis crítico sobre la idoneidad de la aplicación que viene llevando a cabo la jurisprudencia del artículo 844 del código civil en materia de inmisiones que superan el límite de la tolerabilidad, con el fin de preservar no solo la integridad del inmueble objeto de propiedad sino también el bien «salud» de las personas expuestas a tal inmisión. En particular, se plantea la conveniencia de la aplicación del precepto a la luz de las funciones que cumple la responsabilidad civil. (*Alma R. G.*)

LA ROSA, A.: «Il Tribunale delle Imprese di Roma sul caso RTI contro Facebook», *Dir. Aut.*, 2019, núms. 1-2, pp. 208-232.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 15 de febrero de 2019 n. 3512, que declara la naturaleza ilícita, en el interior de un perfil de un usuario privado en *Facebook*, de la publicación de links que conducían a secuencias de imágenes en movimiento pertenecientes a la serie *Kilari*, transmitida en aquel momento en redes de televisión de la sociedad demandante, *Reti Televisive Italiane*, spa. Se plantea, pues, la responsabilidad de los gestores de la red social *Facebook*, sea en referencia a la lesión de derechos conectados con el de autor del operador de TV, sea en referencia a la lesión de derechos de la personalidad. (*Alma R. G.*)

LONGHINI, S.: «Il “giudice a Berlino” del diritto di autore si trova... a Roma», *Dir. Aut.*, 2019, núms. 1-2, pp. 88-108.

Artículo que aborda la responsabilidad del *hosting provider*. (*Alma R. G.*)

MONÉGER, J.: «Les lignes essentielles de la réforme du droit de la copropriété: À propos de l'ordonnance núm. 2019-1101 du 30 octobre 2019», *SJ*, 2019, núm. 49, pp. 2170-2171.

Estudio de la normativa sobre copropiedad, contenida en la Ordenanza 2019-1101, de 30 de octubre. Ventajas e inconvenientes de la nueva normativa. (*R. A. R.*)

MOUNGOUKA, A.: «La qualification juridique des utilisations non autorisées d'un logiciel par un licencié», *RIDA*, núm. 262, octubre 2019, pp. 33-74.

El trabajo tiene que ver con la caracterización legal del uso no autorizado de *software* por licenciarios. Los titulares de derechos sobre un programa de ordenador pueden autorizar a terceros (licenciarios) su uso a través de una licencia, y ocurre, a veces, que éstos no cumplen con los términos del contrato e incurrir en infracciones (ej.: utilizando el *software* a pesar de haber expirado el plazo de uso otorgado en la licencia o instalándolo en más dispositivos de los permitidos). Este estudio pone de relieve las dos posiciones doctrinales que existen en relación con esta cuestión: hay quienes entienden que se trata de una infracción de estos derechos y hay quienes consideran que estamos ante responsabilidad contractual. Estos dos regímenes plantean consecuencias muy distintas tanto para los licenciarios como para los titulares de derechos de autor. A través de trabajo, el autor quiere arrojar luz sobre esta cuestión tan importante y la desarrolla en torno a dos bloques: a) la delimitación del concepto de infracción a los derechos de autor y los supuestos donde estaría justificado ese uso no autorizado por un licenciario; b) las limitaciones impuestas a la aceptación de infracciones a los derechos de autor en el marco de relacio-

nes contractuales. A la hora de caracterizar el concepto de infracción en el marco de estos usos no autorizados, el autor se refiere a: 1) la definición de infracción a los derechos de autor en el ámbito del *software*; 2) el tratamiento jurisprudencial que se hace de este tipo de usos no autorizados, no solo desde el punto de vista nacional francés, sino también teniendo presente la jurisprudencia europea, la de otros países miembros de la UE y la de Estados no miembros. Dentro del segundo bloque del estudio, el autor desarrolla la legitimidad del régimen de responsabilidad contractual, en la medida en que existe una licencia contractual para el uso del *software*, y analiza las restricciones que han tenido los jueces en algunos casos para tratarlo como infracción a los derechos de autor. Con ocasión de todo este análisis, el autor comenta la sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2019 (asunto C-666/18), en el caso *Free Mobile*, que entiende que el incumplimiento de los términos de una licencia de *software* es una infracción de derechos de propiedad intelectual. (S. L. M.)

PIÉDELÉVRE, S: «La réforme du droit de la copropriété par l'ordonnance du 30 octobre 2019», *GP*, 2019, núm. 41, pp.11-13.

Estudio sobre la nueva regulación en materia de copropiedad del Derecho francés. (R. A. R.)

QUAEDVLIÉG, A.: «Les saveurs et l'identification de l'oeuvre», *RIDA*, núm. 260, abril 2019, pp. 5-36.

Este artículo trata la cuestión de si es posible proteger el sabor de un alimento como obra y hasta qué punto dicho sabor puede ser identificativo del objeto al que se refiere. El profesor Quaedvlieg viene a hacer un comentario de la sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2018 (asunto C-310/17), sobre el caso *Levola*, donde se planteó si el sabor de un queso podía obtener protección a través de la normativa sobre derechos de autor. Tras analizar detalladamente las conclusiones del TJUE, el profesor explica que el TJUE no cierra la puerta a que los sabores puedan ser protegidos por derechos de autor si llegaran a constituir obras originales y cumplieran los requisitos señalados por el Tribunal, sobre todo el relativo a la identificación mediante medios técnicos. A su juicio, el estado de la técnica es el que va a determinar la posibilidad de proteger un sabor como obra y considera que esto será posible en un futuro no muy lejano. En la segunda parte del artículo, el autor desarrolla este argumento, sobre la base de las siguientes consideraciones: a) el sabor de un alimento podría constituir una obra gustativa; b) la originalidad de un sabor puede ser identificada mediante una descripción de sus elementos más característicos. (S. L. M.)

RIGAUD, S./MONTEIRO, J.: «Transposition du «Paquet marques» et réforme du code de la propriété intellectuelle», *SJ*, 2019, núm. 52, pp. 2352-2356.

La nueva regulación de la propiedad intelectual tras la directiva Paquet marques. (R. A. R.)

ROUAH, S., y BOURDON, R. D.: «L'accès aux oeuvres scientifiques: droits privés et libres sciences», *RIDA*, núm. 261, julio 2019, pp. 29-57.

Los autores se enfrentan al tradicional conflicto que se plantea con las obras científicas: si deben ser objeto de derechos exclusivos o si deben estar a la libre disposición del público. Los autores vienen a resolver el problema de la liberalización del acceso a las obras científicas (*open access*) y la oposición

de los editores a esta práctica. El estudio se realiza desde el punto de vista de la ley francesa sobre derecho de autor, si bien se hace referencia a toda una serie de iniciativas europeas que pretenden fomentar el libre acceso a este tipo de obras. Al hilo de este tema, analizan cuestiones importantes como: 1) la protección de los autores de obras científicas; 2) su internacionalización y su difusión a gran escala; 3) los desafíos económicos que plantean; 4) la crítica al modelo tradicional de explotación de estas obras, basado en suscripciones a precios prohibitivos y en la evaluación de los investigadores conforme a índices inapropiados; 5) la manera en que debería realizarse ese cambio al modelo de libre acceso y qué características debería tener éste. (S. L. M.)

SHOEMAKER, J. A.: «Transforming Property: Reclaiming Indigenous Land Tenures», *CLR*, 2019, vol. 107, núm. 5, p. 1531-1607.

La autora destaca el problema de la reivindicación y protección de la tierra indígena en las regiones estadounidenses. Se demuestra cómo el concepto de propiedad asume más vigor en fenómenos de adaptación compleja relativos a determinados contextos sociales analizando distintos enfoques, entre los cuales destacan el mecanismo del fideicomiso o el sistema de tarifas fijas, para garantizar la protección de la comunidad indígena y sus bienes. (A. F.)

TERESI, S.: «Revisitazione dell'art. 50 l.d.a.: profili interpretativi e ruolo del produttore», *Dir. Aut.*, 2019, núms. 1-2, pp. 233-269.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 24 de octubre de 2018 n. 20430 en relación a la protección del productor cinematográfico en el conflicto jurídico promovido por el titular del derecho de autor de la obra literaria que se lleva al cine. (Alma R. G.)

THÉRON, J.: «Par une relecture de la réserve de propriété», *RTDC*, 2019, núm. 4, pp. 713-726.

La reserva de propiedad es una figura tradicional de garantía en el Derecho de cosas continental. El autor analiza su desarrollo y trata de darle una nueva función. (R. A. R.)

DERECHO DE FAMILIA

BINET, JR.: «Gestation pour autrui: l'intérêt de l'enfant avant tout», *SJ*, 2019, núm. 41, pp. 1781-1784.

Los problemas de la gestación subrogada y el interés del menor. (R. A. R.)

BOUCHARD, V.: «L'apport en capital ne participe pas de l'exécution de l'obligation de contribuer aux charges du mariage», *SJ*, 2019, núm. 47, pp. 2006-2009.

Problemas de aportación de capital en materia de régimen económico matrimonial. El problema de la contribución a las cargas. (R. A. R.)

GUIDO GRASSO, A.: «Maternità subrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 757-770.

Análisis, a raíz de la sentencia de la Gran Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019, de varias cuestiones relativas

a la maternidad subrogada; en particular, si un Estado excede el propio margen de discrecionalidad rechazando la inscripción del acto de nacimiento llevado a cabo en el extranjero respecto a la maternidad de la madre de intención, y si el hecho de que el hijo haya sido concebido o no con los gametos de aquella modifica o no los términos de la cuestión. Por otra parte, analiza, en caso de que el reconocimiento de la relación de filiación con el progenitor intencional deba considerarse como una obligación impuesta por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, si la adopción del hijo biológico del marido puede constituir un medio alternativo idóneo a la inscripción de la filiación a favor de ambos progenitores. (*Alma R. G.*)

HILT, M.: «Repenser la maternité», *RDS*, 2019, núm. 40, pp. 2190-2194.

El cambio de la idea de maternidad ante las nuevas técnicas de reproducción, así como con la gestación subrogada. (*R. A. R.*)

KESSLER, G.: «La distinction du parent et du géniteur: propositions pour une nouvelle approche de la filiation», *RTDC*, 2019, núm. 3, pp. 519-542.

La filiación está sufriendo grandes cambios debido básicamente a las nuevas formas de reproducción. A ello se une el interés del menor por conocer su verdadera filiación. Por ello, se analiza la diferencia entre padre y progenitor. (*R. A. R.*)

LAMARCHE, M.: «Mariage jocandi causa à Las Vegas et “nullité à tout faire”», *SJ*, 2019, núm. 44-45, pp. 1944-1946.

Matrimonio sin causa por el lugar y forma en que se realiza y su nulidad en el derecho francés. (*R. A. R.*)

MIRABAIL, S.: «Réforme de la justice et séparation de corps: entre cohérence et incohérence», *GP*, 2019, núm. 32, pp. 17-19.

La reforma de los procedimientos de separación y divorcio entre cónyuges contrasta con la disminución de demanda de estas figuras. (*R. A. R.*)

OBERTO, G.: «La modifica del regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza», *CI*, 2019, núm. 2, pp. 649-679.

Artículo que analiza de forma amplia las posibilidades que abre a los convivientes de hecho el artículo 1 de la Ley de 20 de mayo de 2016 n. 76 cuando establece que el régimen patrimonial elegido en el contrato de convivencia puede ser modificado durante el desarrollo de la convivencia sujeto a ciertos condicionantes. (*Alma R. G.*)

— «Mutuo dissenso e convenzione di separazione dei beni», *RDC*, 2019, núm. 4, pp. 817-846.

Reflexiones sobre los acuerdos matrimoniales y su resolución por mutuo acuerdo: eficacia de la disolución del régimen de separación de bienes respecto de terceros. (*M. R. D. R.*)

PALMERI, G.: «Animali da compagnia e separazione dei coniugi», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 780-788.

Con el pronunciamiento de 19 de febrero de 2019, el Tribunal de *Sciaccia* pone a cargo del marido, en un caso de separación conyugal, una pensión mensual de mantenimiento a la esposa, a la cual ha sido atribuida la guarda y

custodia de dos animales de la pareja, un gato y un perro, en base al argumento de que, en ausencia de acuerdo, el sentimiento por los animales constituye un valor merecedor de tutela jurídica. (*Alma R. G.*)

POLI, M.: «Abbandonare la strada vecchia per quella nuova: l'efficacia dei provvedimenti di *kafalah* a seguito dell'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja del 1996», *DFP*, 2019, núm. 3, pp. 1191-1208.

Comentario al decreto del Tribunal de menores de *Emilia Romagna* de 14 de marzo de 2019 sobre la *kafalah* como instrumento de protección de menores: en virtud del ordenamiento italiano (artículo 66 de la ley n. 218/1995) y del artículo 23.1 de la Convención de la Haya de 1996, el procedimiento de un tribunal marroquí que establece la *kafalah* de un menor marroquí a favor de una pareja de ciudadanos italianos posee eficacia *ex lege* en el ordenamiento italiano, sin que sea necesario ningún otro procedimiento. (*Alma R. G.*)

ROUSSEAU, E.: «La conformité du change du régime matrimonial à l'intérêt de la famille après le 25 mars 2019», *RDS*, 2019, núm. 41, pp. 2259-2265.

La reforma legal en materia de régimen económico del matrimonio lleva a la posibilidad de cambiar el régimen en interés de la familia y no por otras causas. (*R. A. R.*)

SADI, D.: «Du divorce à grande vitesse: Brèves observations à propos de la loi du 23 mars 2019», *RDS*, 2019, núm. 32, pp. 1779-1783.

El divorcio express también ha surgido en Francia. El autor analiza su implantación con la ley de 23 de marzo de 2019. (*R. A. R.*)

SALANITRO, U.: «Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 737-756.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación civil italiana de 8 de mayo de 2019 n. 12193, que niega la conformidad al orden público italiano del procedimiento de la autoridad canadiense, que había declarado al nacido, fruto de una maternidad subrogada de carácter gratuito realizada en dicho país, hijo de una pareja homosexual italiana. El comentario profundiza en la evolución de la noción de orden público internacional y en la relación existente entre dicho orden público y la filiación homosexual. (*Alma R. G.*)

— «Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme», *RDC*, 2019, núm. 3, pp. 563-582.

Reflexiones sobre la reforma del derecho de familia, para adaptar las relaciones de pareja al contexto socio económico: implicaciones patrimoniales y paterno-filiales. (*M. R. D. R.*)

TOTI, B.: «Oltre una certa età un figlio è ormai un adulto (Recenti orientamenti sul mantenimento del figlio maggiorenne)», *NLCC*, 2019, núm. 2, pp. 374-394.

Reflexión sobre el deber de mantenimiento de los hijos mayores de edad: alcance y duración de la obligación parental de prestación de alimentos. (*M. R. D. R.*)

VIGANOTTI, E: «Bruxelles II ter: premières observations», *GP*, 2019, núm. 30, pp. 18-21.

Análisis de las reformas que ha traído Bruselas II al derecho de familia en Francia, tanto en materia de crisis del matrimonio como en materia de hijos. (R. A. R.)

ZAPPATORE, F.: «Fecondazione omologa c.d. *post mortem*: regole e principi di determinazione dello *status filiationis* in una recente pronuncia di legittimità», *DFP*, 2019, núm. 3, pp. 1117-1155.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación italiana de 15 de mayo de 2019 n. 13000 sobre la debatida cuestión de la inseminación artificial *post mortem* homóloga con consentimiento del marido, prohibida en la actualidad en el ordenamiento italiano. En particular, se centra en el análisis de las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre el polémico tema del status del nacido fruto de tal técnica. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

CARBONE, E.: «La revocazione testamentaria per sopravvenienza di figlio ulteriore», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 845-853.

Artículo dedicado a la figura, dentro de la normativa de la revocación de las disposiciones testamentarias (arts. 679 ss. del código civil italiano), a la revocación «de derecho» por la existencia o la sobreveniencia de un hijo o descendiente del testador, si este último, en el momento del otorgamiento del testamento, o bien no tenía, o bien ignoraba la existencia de hijos o descendientes (artículo 687 del código civil). (*Alma R. G.*)

DAMIANI, E.: «La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori», *RDC*, 2019, núm. 4, pp. 847-860.

Análisis de la figura de los herederos legitimarios y los derechos de los acreedores de los legitimarios. Principios a tener en cuenta en el orden de prelación: derechos de los acreedores, libertad de testar, interés familiar. (*M. R. D. R.*)

MATTERA, R.: «La successione nell'account digitale. Il caso tedesco», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 691-707.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 12 de julio de 2018 n. 183/17, que tiene por objeto la solicitud de acceso a los contenidos de una cuenta de una famosa red social, interpuesta por los padres y, a la vez, herederos de una adolescente fallecida. Al interrogante sobre qué derecho tienen los herederos respecto a la herencia digital, el BGH ha aclarado que los datos intrínsecamente personales pueden ser heredables o no en virtud del principio general de sucesión universal y, en general, en virtud de la normativa propia del derecho de sucesiones alemán. (*Alma R. G.*)

OLIVIERO, F.: «Sospensione dalla successione e indegnità», *NLCC*, 2019, núm. 2, pp. 310-344.

Análisis del artículo 5, de la Ley 11 de enero de 2018, n. 4, sobre la indignidad para suceder: causas y efectos. (*M. R. D. R.*)

OMODEI, R.: «Il nuovo istituto della sospensione dalla successione», *RDC*, 2019, núm. 5, pp. 1144-1173.

Reflexiones sobre las causas de exclusión de la sucesión en los supuestos de indignidad para suceder: naturaleza jurídica de la figura y efectos en el proceso sucesorio. (*M. R. D. R.*)

— «La revocazione del testamento per sopravvenienza di figli», *RDC*, 2019, núm. 3, pp. 748-775.

Análisis de la incidencia en el procedimiento sucesorio de la revocación legal del testamento por sobreveniencia de hijos: apertura de la sucesión legítima e ineficacia de la sustitución ordinaria, de la representación y del acrecimiento. (*M. R. D. R.*)

PICHARD, M.: «La réserve et l'enfant», *RDS*, 2019, núm. 36, pp. 2002-2008.

Los problemas de reserva sucesoria con los menores. (*R. A. R.*)

RAOUL-CORMEIL, G.: «La transmission successorale de l'action en nullité pour dépassement de pouvoir», *SJ*, 2019, núm. 52, pp. 2362-2365.

La falta de poder de representación puede producir la nulidad. El interesado y legitimado en ejercitar la acción puede morir antes. Se analiza la posibilidad de transmisión de la acción de nulidad tras su muerte. (*R. A. R.*)

REALI, A.: «La dispensa dalla collazione: diritto potestativo del donatario indisponibile e atto del donante irrevocabile?», *CI*, 2019, núm. 1, pp. 130-168.

El artículo presenta dos partes; la primera parte acerca de la irrenunciabilidad a la dispensa de la colación, por parte del donatario, después de la muerte del donante: en particular, análisis de la función de la colación y ciertas observaciones críticas sobre la existencia de una relación de accesoriedad entre la dispensa de la colación y el acto de donación. La parte segunda se dedica a la irrevocabilidad de la dispensa llevada a cabo por acto *inter vivos*, por parte del donante. (*Alma R. G.*)

ROUSSEAU, E.: «Les caractères de la succession conjugale au service d'une liquidation efficiente des droits du conjoint héritier, gratifié», *RTDC*, 2019, núm. 3, pp. 499-518.

La liquidación de los derechos de los cónyuges lleva a imputar las donaciones recibidas sobre sus derechos a la sucesión, dada la subsidiariedad de la vocación legal del cónyuge. El autor se plantea la necesidad de justificar tal subsidiariedad. (*R. A. R.*)

SPATUZZI, A.: «Sulla capacità e i limiti a testare dei soggetti in amministrazione di sostegno», *DFP*, 2019, núm. 3, pp. 1372-1386.

Artículo sobre los problemas derivados de la capacidad de testar de los sujetos con la capacidad judicial modificada sujetos a tutela o curatela, en especial, estudio de los límites impuestos por el carácter personalísimo del testamento y su rígido formalismo. (*Alma R. G.*)

— «I patti successori. Su talune articolazioni e criticità del divieto», *RDC*, 2019, núm. 4, pp. 1014-1038.

Análisis crítico de la prohibición del pacto sucesorio: fundamento, requisitos y efectos. (*M. R. D. R.*)

STEFINI, U.: «Destinazione patrimoniale e testamento», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 832-844.

Artículo dedicado a la relación existente entre la función de la autonomía testamentaria y el *trust* testamentario. (*Alma R. G.*)

VARIA

CHARPENET, J./LESQUENE ROTH, C.: «Discrimination et biais genres», *RDS*, 2019, núm. 33, pp. 1852-1857.

Problemas de discriminación por los sesgos de género que se plantean actualmente en la sociedad francesa. (*R. A. R.*)

SANDERS, A. K.: «The GDPR One Year Later: Protecting Privacy or Preventing Access to Information», *Tul. L. Rev.*, 2019, vol. 93, núm. 5, pp. 1229-1254.

Visión crítica, desde el punto de vista norteamericano, del Reglamento Europeo de Protección de Datos, que valora el justo equilibrio entre la protección de datos personales, el derecho al olvido y el acceso a la información (*A. F.*).

VVAA: número especial temático sobre inteligencia artificial, *Colum. L. Rev.*, 2019, vol. 119, núm. 7, pp. 1773-2028.

En este número dedicado por completo a la inteligencia artificial, son imperdibles los aportes de varios autores con particular referencia a las formas de acceso a la justicia. Contribuciones de Mariano-Florentino Cuéllar, «A Common Law for the Age of Artificial Intelligence; Incremental, Adjudication, Institutions, and Relational Non-Arbitrariness», p. 1773-1792; Jeanne Suk Gersen, «Sex Lex Machina: Intimacy and Artificial Intelligence», p. 1793-1809; Bert I. Huang, «Law's Halo and the Moral Machine», p. 1811-1828; Ashley Deeks, «The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence», p. 1829-1850; Katherine J. Strandburg, «Rulemaking and Inscrutable Automated Decision Tools», p. 1851-1885; Mala Chatterjee & Jeanne C. Fromer, «Minds, Machines, and the Law: The Case of Volition in Copyright Law», p. 1887-1916; Frank Pasquale, «Data-Informed Duties in AI Development» p. 1917-1939; Kate Crawford & Jason Schultz, «AI Systems as State Actors», p. 1941-1972; Scott Hemphill, «Disruptive Incumbents: Platform Competition in an Age of Machine Learning», p. 1973-2000; Tim Wu, «Will Artificial Intelligence Eat the Law? The Rise of Hybrid Social-Ordering Systems», p. 2001-2028; Y en *Columbia Law Review Forum* (nov. 2019) también se destacan las contribuciones de Rebecca Crootof, «Cyborg Justice» and the Risk of Technological-Legal Lock-in», p. 233-251; Olivier Sylvain, «Recovering Tech's Humanity», p. 252-282. (*A. F.*)

DERECHO MERCANTIL**PARTE GENERAL. EMPRESA**

MAGLI, C.: «Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici nel contesto della responsabilità sociale d'impresa», *CI*, 2019, núm. 2, pp. 716-735.

Artículo que analiza la vulneración de la normativa reguladora de los actos de competencia desleal y los remedios civiles, en particular, los efectos sobre el contrato celebrado: ¿nulidad o anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento? (*Alma R. G.*)

MÉNARD, M.: «Le dommage induit de l'acte de la concurrence desloyale. Quelle explication? Quelle application?», *RDS*, 2019, núm. 28, pp. 1549-1553.

Competencia desleal. Daños que se producen y legislación aplicable. (*R. A. R.*)

PEPE, A.: «Pratiche commerciale scorrette e tutela dei diritti dei passeggeri», *CI*, 2019, núm. 1, pp. 321-355.

El artículo trata, entre otras cuestiones, la intervención del legislador comunitario en el sector de los transportes; la intervención de la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado (AGCM) en materia de prácticas comerciales desleales conectadas a la normativa protectora de los derechos de los pasajeros y, por último, la posible relación entre la normativa de los actos mercantiles desleales y los reglamentos para tutela de los derechos de los pasajeros a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

CERA, M.: «Trasformazione da società a responsabilità limitata in società per azioni: il termine per il recesso del socio», *NGCC*, 2019, núm. 4, pp. 893-900.

Artículo dedicado a varias cuestiones sobre sociedades de responsabilidad limitada: el derecho de desistimiento en dichas sociedades, el derecho de desistimiento en caso de transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en una sociedad por acciones; laguna existente en los estatutos respecto al desistimiento del socio de responsabilidad limitada y, por último, el principio de buena fe en su función integradora del contrato. (*Alma R. G.*)

GARILLI, C.: «Le reti tra avvocati per la partecipazione alle procedure pubbliche di affidamento di servizi legali», *CI*, 2019, núm. 2, pp. 471-511.

Análisis del régimen jurídico del contrato de redes entre profesionales regulado en el artículo 3 párrafo 4.º ss. del decreto legislativo de 10 de febrero de 2009 n. 5, que representa una flexible modalidad de cooperación entre empresas con finalidad competitiva. El artículo también profundiza en el contrato de redes entre profesionales concertado para el desarro-

llo de los servicios jurídicos y en la responsabilidad de los abogados. (*Alma R. G.*)

KILGUS, N: «Protéger par-delà l'expiration de la société. Propos critiques», *RDS*, 2019, núm. 34, pp. 1899-1902.

Liquidación de la sociedad. ¿Cómo protegerla de tal situación? (*R. A. R.*)

TADROS, A: «La loi de simplification du droit de sociétés et la direction de la société anonyme», *RDS*, 2019, núm. 42, pp. 2311-2316.

Modificación de las sociedades en Derecho francés. La simplificación normativa aplicada a la sociedad anónima. (*R. A. R.*)

— «Les nouveautés de la loi PACTE en matière de l'opération de fusion, scission et apport partiel d'actifs», *RDS*, 2019, núm. 34, pp. 1894-1898.

Novedades legales ante la nueva normativa de sociedades: supuestos de fusión y escisión de sociedades. (*R. A. R.*)

TYREL, M: «La réforme du intérêt social et la "ponctuation signifiante"», *RDS*, 2019, núm. 42, pp. 2317-2319.

Reforma del derecho de sociedades. Interés de la sociedad y como determinar su importancia. (*R. A. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

ALPA, G.: «Appunti sui contratti bancari tipici», *CI*, 2019, número 2, pp. 450-470.

El artículo analiza, entre otras cuestiones, los contratos bancarios típicos y la actividad bancaria, la normativa de las operaciones bancarias en el código civil italiano y la normativa de los servicios accesorios a la actividad bancaria también en dicho código. (*Alma R. G.*)

BATTELLI, E.: «Gli *smart contracts* nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione», *CI*, 2019, núm. 3, pp. 925-940.

Artículo que se ocupa de los *smart contracts* en cuanto se trata de un fenómeno jurídica y tecnológicamente complejo, planteándose si se trata de contratos o de actos de ejecución automatizada. Por último, analiza las oportunidades que se abren con esta nueva figura jurídica en el derecho bancario. (*Alma R. G.*)

DERECHO CONCURSAL

DAMMANN, R./ALLE, A.: «Directive "Restructuration et insolvabilité", l'introduction des classes de créanciers en droit français», *RDS*, 2019, núm. 37, pp. 2047-2052.

Quiebra o insolvencia de la sociedad. Como incluir a los acreedores en la masa. (*R. A. R.*)

RIOLFO, G.: «Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche al codice civile: il diritto societario tra "rivisitazione" e "restaurazione"», *CI*, 2019, núm. 2, pp. 399-422.

Artículo que analiza varias cuestiones objeto de regulación en el Decreto Legislativo de 12 de enero de 2019 n. 14, que fue fruto de la delegación conferida al Gobierno para la reforma de la normativa de las empresas y de la insolvencia, que implica una importante reforma del procedimiento concursal: deberes y responsabilidades de los órganos sociales, responsabilidad de los administradores y cuantificación del daño, nombramiento de los órganos de control y denuncia de graves irregularidades de gestión, las modificaciones en tema de sociedades de responsabilidad limitada... (*Alma R. G.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
CLR	California Law Review
C.L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
GP	Gazette du Palais
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
SJ	La Semaine Juridique
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal

Sentencias

Una lectura constitucional del derecho de contratos (La sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de noviembre, sobre el libro sexto del Código civil de Cataluña relativo a las obligaciones y contratos)¹

EMILIO V. BLANCO MARTÍNEZ
Profesor Asociado de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO.— I. *Introducción*. 1. La sentencia. 2. Cuestiones objeto de examen y resolución. 3. Los votos particulares.—II. *Fundamentos jurídicos de la sentencia*. 1. El objeto del recurso: los artículos 3, 4 y 9 de la Ley de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil. 2. La naturaleza civil de las normas impugnadas. 3. La compraventa de consumo como contrato civil. 4. La doctrina constitucional

¹ La sentencia que aquí simplemente se reseña, dictada cuando acababa de cumplirse el 130 aniversario del Código civil, está llamada a constituir un hito en la larga historia de nuestra codificación civil, que es en buena medida la historia de las enormes dificultades, primero, y del progresivo abandono, después, del ideal ilustrado plasmado en la Constitución de Cádiz de un único Código para toda la nación. La sentencia razona extensamente sobre el artículo 149.1.8.^a de la Constitución y sobre el concepto «bases de las obligaciones contractuales», que ha sido materia de abundantes estudios, reflexiones y polémicas en la doctrina civil desde el momento mismo de su entrada en vigor. La existencia de cuatro votos particulares suscritos por cinco magistrados, da cuenta de lo debatida que resulta la noción también en sede de justicia constitucional.

A los estudiosos de la sentencia corresponderá enjuiciar si está a la altura que impone la materia que analiza y resuelve (la configuración constitucional del derecho de obligaciones y contratos), y al nivel dogmático que exigen las normas y las categorías, especialmente las normas y categorías civiles, que examina. Aquí simplemente corresponde dar cuenta de su contenido, con una breve reseña bibliográfica al final de este trabajo, que recoge los primeros comentarios que se han publicado sobre la sentencia y algunos estudios recientes sobre la materia.

sobre el artículo 149.1. 8.ª CE. 5. Los conceptos de «conservación, modificación y desarrollo» de los derechos forales o especiales. 6. La preexistencia del Derecho civil contractual en el ordenamiento jurídico catalán: la singularidad del libro sexto. 7. Las normas preexistentes sobre compraventa. 8. El derecho precedente en materia de permuta. 9. La norma de derecho transitorio sobre compraventa y permuta. 10. La conexión en materia de compraventa de consumo. 11. El criterio de la conexión suficiente respecto del contrato de mandato. 12. La normativa precedente relativa a la gestión de asuntos ajenos sin mandato. 13. Las «bases de las obligaciones contractuales» del artículo 149.1.8.ª CE: A) Bases de las obligaciones y legislación básica. B) El fundamento de la atribución exclusiva al Estado. C) El fundamento constitucional del Derecho de contratos y el especial significado del Código civil en esta materia. D) Naturaleza de las bases de las obligaciones contractuales y su ubicación en el Código civil. 14. Bases de las obligaciones y nueva regulación contrato de compraventa. 15. Bases de las obligaciones y compraventa de consumo. 16. Bases de las obligaciones y regulación del contrato de permuta y cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico. 17. Bases de las obligaciones y regulación del mandato y de la gestión de asuntos ajenos sin mandato. 18. Libro sexto y *lex repetita*. 19. La inconstitucionalidad del artículo 621.54, sobre el procedimiento notarial de ejercicio de la facultad resolutoria. 20. El Tribunal, la Constitución y la ley.— III. *Los votos particulares*. 1. La sentencia y su apartamiento de la jurisprudencia constitucional sobre la competencia en materia civil de las comunidades autónomas con derecho civil foral o especial. 2. La omisión por la sentencia de la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil. 3. La interpretación extraordinariamente amplia o laxa del criterio de la «conexión» en relación con los contratos y con las instituciones preexistentes. 4. Conexión suficiente y leyes posconstitucionales. 5. Bases de las obligaciones contractuales vs. legislación básica y legislación de desarrollo. 6. La reducción por la sentencia de las bases de las obligaciones contractuales a la enunciación de principios o directrices generales susceptibles de regulación y desarrollo por las comunidades autónomas con competencia sobre su Derecho civil foral o especial. 7. La no mención de la competencia exclusiva del Estado sobre el Derecho mercantil.—IV. *Epílogo: La necesaria modernización del Código Civil*.— V. *Reseña bibliográfica*.

I. INTRODUCCIÓN

1. LA SENTENCIA

Resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los artículos 3, 4 y 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

La ley establece la estructura del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y regula los contratos de compraventa, de permuta y de mandato, y la gestión de asuntos ajenos sin mandato. Además modifica e incorpora determinados contratos regulados por leyes especiales y sustituye la Compilación del Derecho civil de Cataluña, de

acuerdo con lo establecido por el artículo 3.f de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña.

Entre los contratos regulados en la ley que no fueron objeto de recurso se encuentran los ubicados bajo las rúbricas de «contratos sobre objeto ajeno» (contratos de cultivo: arrendamiento rústico, aparcería y masovería; contrato de custodia del territorio y arrendamiento para pastos); «contratos aleatorios» (violario y alimentos); «contratos de cooperación» (contrato de integración); y «contratos de financiación y garantía (el censal).

Fueron parte en el recurso la Generalitat y el Parlamento de Cataluña. Ha sido ponente el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos. La sentencia cuenta con cuatro votos particulares formulados por los magistrados don Andrés Ollero, don Antonio Narváez (al que se adhiere el magistrado don Santiago Martínez-Vares), don Alfredo Montoya y don Ricardo Enríquez (al que se adhiere el magistrado don Antonio Narváez).

La sentencia declara la constitucionalidad de todas las normas impugnadas, excepto el artículo 621-54.3 del Código civil catalán, referido al procedimiento notarial de resolución de la compraventa, que considera una norma procesal de resolución extrajudicial de conflictos, cuyo ámbito legislativo está reservado por el artículo 149.1.6.^a de la Constitución a la exclusiva competencia del Estado, sin que se pueda apreciarse especialidad alguna que justifique el uso de la competencia excepcional en materia procesal.

2. CUESTIONES OBJETO DE EXAMEN Y RESOLUCIÓN

Las materias y los razonamientos que conforman la sentencia del Tribunal Constitucional pueden enunciarse y resumirse en los siguientes puntos:

1.º Los fundamentos jurídicos de la sentencia se abren con un examen del contenido de las normas enjuiciadas para determinar su naturaleza, a efectos de llevar a cabo lo que la sentencia llama su «enquadramiento competencial».

Concluye que la materia concernida es la civil contractual y por lo tanto que la norma constitucional aplicable es el artículo 149.1.8.^a de la Constitución. Este precepto atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil, pero la sentencia parte de que respecto de la materia civil contractual «la Constitución atribuye al Estado la competencia para dictar las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8.^a), mientras que a la Comunidad Autónoma de Cataluña le corresponde el desarrollo de su Derecho civil en virtud del artículo 129 EAC» (FJ 2). A partir de esta premisa, la sentencia dedica buena parte de sus razonamientos a argumentar sobre las referidas bases de las obligaciones y sobre su respeto por parte de las normas impugnadas.

2.º El segundo dato a destacar es que la sentencia considera materia civil la compraventa de consumo. Frente a anteriores sentencias del Tribunal que sin excesiva precisión solían citar conjuntamente los títulos competenciales del Derecho civil y del Derecho mercantil (arts. 149.1.8.^a y 149.1.6.^a CE), la sentencia se pronuncia inequívocamente a favor de la naturaleza civil de la compraventa celebrada entre un profesional o empresario y un particular que tenga la condición de consumidor.

Esta cuestión, muy discutida en nuestro país por un sector de la doctrina mercantilista, la resuelve la sentencia aclarando que si bien la protección del

consumidor y las normas que integran el estatuto encaminado a hacerla efectiva pueden gozar de naturaleza civil, mercantil, e incluso administrativa y procesal, en sede de contrato de compraventa prima su carácter civil ya que la posición de consumidor en este contrato «es típica de las relaciones civiles, porque actúa con una finalidad esencialmente privada y sin ánimo de lucro, de tal suerte que el bien adquirido queda en su propio círculo sin reintroducirlo en el mercado ni destinarlo a su profesión u oficio». Añade que «este mismo criterio aparece recogido en el artículo 326 del Código de Comercio».

3.º En tercer lugar, una vez encuadrada la materia objeto del recurso en el ámbito del artículo 149.1.8.ª de la Constitución, es decir, en el ámbito del Derecho civil, la sentencia examina la doctrina constitucional sobre la interpretación y aplicación de esta norma, en particular sobre la idea de «conservación, modificación y desarrollo del derecho foral o especial».

En este punto la sentencia recoge anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional y no manifiesta expresamente intención o ánimo de apartarse de su anterior doctrina. De hecho, sigue sosteniendo la necesidad de que concurra el criterio de la «conexión suficiente» entre el derecho foral o especial y la nueva regulación.

Para apreciar la referida conexión la sentencia aplica no el criterio de la llamada conexión institucional, sino el criterio de la llamada conexión orgánica, es decir, la que enjuicia la nueva regulación no en función de la normativa vigente al momento de entrada en vigor de la Constitución, sino en relación con el conjunto del ordenamiento foral o especial, incluidos sus principios informadores peculiares.

Además contiene la sentencia un importante añadido: «dicha conexión ha de efectuarse con el conjunto del Derecho preexistente, tanto el vigente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, como con las instituciones reguladas posteriormente al amparo del artículo 149.1.8 CE».

4.º El siguiente paso de la sentencia consiste en examinar si existe una vinculación suficiente entre las normas impugnadas y las instituciones del Derecho civil de Cataluña recogidas primero por la Compilación y después por el Código Civil, para verificar que la regulación de los contratos impugnada supone una actualización del vigente sistema jurídico civil.

La sentencia realiza un breve recorrido por las normas de la Compilación y del Código para afirmar que, «aún a título provisional, se puede concluir que Cataluña antes ya de la entrada en vigor de la Constitución ha gozado de un Derecho civil que contenía la regulación de las materias básicas, civiles, persona, familia, derechos reales, sucesiones; que fue luego también objeto de atención del legislador autonómico la disciplina obligacional y los contratos en particular y que se introdujo en estos últimos normativa específica sobre la compraventa».

5.º A continuación la sentencia desciende al examen concreto de todos y cada uno de los contratos regulados por las normas impugnadas, para examinar si tienen o no conexión suficiente con el preexistente Derecho civil contractual catalán.

El argumento central en esta materia es que ha de partirse de que «la inconstitucionalidad de una norma por vulnerar las competencias legislativas no viene dada por su extensión o detalle, sino por su extralimitación material. Quiere esto decir que si la comunidad autónoma catalana en un momento histórico dado y por las causas o razones que le impulsaran a tomar tal decisión, optó por incluir en su propio ordenamiento jurídico civil escasas o poco

detalladas reglas sobre un determinado tipo contractual, esto no ha de significar que no pueda ahora completar su régimen jurídico».

En sede de compraventa destaca la preexistencia de instituciones como la rescisión por lesión y la venta a carta de gracia. En materia de compraventa de consumo, la sentencia añade la concurrencia de la competencia en materia de protección de los consumidores.

Respecto del contrato de permuta afirma que aunque lo que existían eran «referencias específicas y poco desarrolladas», tales referencias junto a su semejanza con el contrato de compraventa («al fin y al cabo no es más que la fundición en una sola transacción de dos compraventas» –*sic*–) permite concluir a la sentencia que se trata de un tipo contractual susceptible de conservarse, modificarse o desarrollarse.

El contrato de mandato lo relaciona la sentencia con «antecedentes remotos» como el violario, el contrato censal y la institución de la marmessoria, y con diversas instituciones de Derecho de familia y de Derecho de sucesiones que contemplan algún tipo de mandato o encargo: el albaceazgo y el nombramiento de persona que realiza gestiones a favor del causante; la norma que permite a la mujer conferir a su marido la administración de bienes parafernales; el poder otorgado en previsión de una pérdida sobrevenida de capacidad, etc.

Añade la sentencia que la misma valoración realizada respecto del mandato debe hacerse respecto de las normas referidas a la gestión de asuntos ajenos sin mandato «puesto que, al fin y al cabo, la diferencia básica con el mandato es precisamente la ausencia de este».

6.º El siguiente paso de la sentencia consiste en examinar extensamente y por vez primera el alcance y el significado de la noción «bases de las obligaciones de las obligaciones contractuales» que se contiene en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución. Se trata de uno de los aspectos más novedosos de este pronunciamiento constitucional.

Para la sentencia «(FJ 6) «Las bases de las obligaciones contractuales a las que se refiere el artículo 149.1.8.ª CE no constituye el punto de partida abierto al desarrollo de las comunidades autónomas, sino que por el contrario son exclusivamente un límite a la actividad legislativa de estas». Añade que «la finalidad de la reserva estatal en materia de derecho de contratos estriba en la necesidad de garantizar un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional». Sin embargo, el grueso de los pasajes de la sentencia explican la idea de bases de las obligaciones contractuales conforme a la lógica de la distinción entre legislación básica y legislación de desarrollo. Así cuando sostiene que, desde el punto de vista formal, «en materia civil el legislador no ha llevado a cabo una concreción formal de lo que ha de considerarse bases de las obligaciones contractuales» y que la propia ley estatal «puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica». Igualmente cuando, desde el punto de vista material, sostiene que bajo este precepto constitucional «tienen cobijo las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de los contratos» y que «atribuye al Estado la competencia para establecer los criterios de ordenación general del sector de la contratación privada en aquellos territorios autonómicos que cuenten con legislación propia, pero no le permite regular pormenorizadamente aspectos concretos de estas obligaciones, pues tal regulación menoscabaría

la competencia de las comunidades autónomas que tengan derecho civil foral o especial propio»; añadiendo que «la definición de lo básico ha de permitir a las comunidades autónomas su desarrollo a través de la consecución de opciones legislativas propias, de forma que la legislación básica no agote completamente la materia».

La sentencia afirma que en tanto el Estado no pronuncie sobre lo que debe entenderse por normativa contractual básica hay que entender que las bases de las obligaciones contractuales «se encuentran reguladas en el Código civil estatal» y deben inferirse de sus normas, aunque esto «no significa que todas las normas contractuales contenidas en su Título IV lo sean». Para la sentencia solo lo son las que pertenecen «al núcleo esencial de la estructura de los contratos y a los principios que deben informar su regulación, pero no puede considerarse que el libro IV CC contenga una regulación que impida a las comunidades autónomas con competencias en esta materia que puedan dictar regulación alguna». Y añade que «dicho esto, también hay que aclarar que aun cuando el legislador civil estatal no ha identificado lo que deba entenderse por legislación básica en materia de contratos, puede considerarse como tal la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (arts. 1089 ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (arts. 1254 a 1280 CC). Con el mismo carácter básico deben tomarse los principios materiales que se extraen de estas normas tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio; la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores».

7.º Tras la delimitación del concepto de bases de las obligaciones contractuales, la sentencia examina si estas bases se respetan en la concreta regulación de los contratos impugnados que se contiene en el libro sexto del Código Civil de Cataluña. Lo hace afirmando que la noción de bases «alude a los principios o elementos estructurales de una determinada materia que deben ser comunes en todo el Estado a partir de los cuales puedan las comunidades autónomas establecer su propia regulación» y en el entendimiento de que «para analizar en este supuesto si las normas autonómicas impugnadas respetan la legislación básica estatal, el parámetro de control no es la concreta regulación que efectúa el Código civil de estos contratos, sino únicamente sus elementos esenciales».

A partir de estas premisas la sentencia realiza un somero recorrido por las regulaciones de los diversos contratos, comenzando por la compraventa. Examina la incorporación de la obligación del vendedor de transmitir la titularidad del derecho vendido (que para la sentencia simplemente «pone fin al secular debate doctrinal acerca de si el vendedor queda obligado a transmitir la propiedad de la cosa vendida»); el régimen de prohibiciones de contratar; la regla sobre la innecesariedad de fijación inicial del precio («si bien la existencia de un precio cierto es requisito esencial del contrato de compraventa... rectamente entendida en la norma no se prescinde del precio, sino que se opta por establecer un criterio de fijación subsidiario para el caso de las partes nada hayan pactado o exista desacuerdo entre ellas»); el deber de información del vendedor («esta norma parte del principio, admitido por la doctrina y por la

jurisprudencia, en el estricto marco del Código civil, como fundamento interpretativo para la distribución de las obligaciones y riesgos en el contrato», de que es al vendedor a quien resulta más sencillo y menos gravoso conocer las calidades y características del bien objeto del contrato y por lo tanto le incumbe en este punto un especial deber de información; y que al comprador le incumben deberes de verificación y comprobación una vez adquirido o recibido); arras («regulación que no difiere de lo establecido en el Código civil, artículo 1454, sino que tan solo incorpora las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia en su interpretación»); conformidad del bien vendido (que se ajusta «al principio de certeza del objeto de la compraventa y a la proscripción de los supuestos de *aliud pro alio* en consonancia con la más moderna jurisprudencia y doctrina civilística); y acciones derivadas del incumplimiento del contrato (la normativa autonómica se limita a unificar las acciones de ambas partes en caso de incumplimiento o cumplimiento imperfecto o defectuoso).

Respecto del contrato de compraventa de consumo, cuya regulación se inserta en la general de la compraventa, la sentencia sostiene que «no tiene más alcance que el de incorporar a este texto legal este tipo contractual de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal básica –art. 59 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios– y prever la consecuencia jurídica que, de acuerdo con los principios básicos en materia de obligaciones contractuales, se deriva de la infracción de las normas imperativas».

Por lo que se refiere al contrato de permuta y al contrato de cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura, entiende la sentencia que al disponer una remisión al contrato de compraventa, la regulación «en conjunto, hace reducir el margen de duda, además de contener unas reglas similares a las del Código civil (arts. 1538 ss.)».

Por último, en este punto, respecto de los contratos sobre actividad ajena (mandato y gestión de asuntos ajenos), la sentencia sostiene que la regulación del mandato «se basa en la establecida en el Código civil» y simplemente «la completa sin vulnerar los principios informadores del Derecho de contratos». Y que la regulación de la gestión de negocios ajenos sin mandato se realiza «sin diferir ni en su estructura, ni en su régimen jurídico de la esencia de este cuasicontrato regulado en el Código civil en el artículo 1888».

Concluye el Tribunal que la regulación autonómica impugnada no interfiere en la estatal: «es más, conviene advertir de la enorme semejanza (...) entre ambas normativas».

8.º La sentencia, aunque afirma la plena constitucionalidad de las normas impugnadas, contiene un razonamiento adicional referido a la *lex repetita*.

Recuerda que cuando falta habilitación autonómica es inconstitucional la norma que transcribe la ley estatal, pero que cuando existe competencia compartida «al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto». Concluye que «en el supuesto analizado la comunidad autónoma catalana en uso de sus competencias está legitimada para repetir la normativa estatal contractual, aún más teniendo en consideración que no existe todavía un pronunciamiento por su parte acerca de qué deba considerarse básico en materia de contratos civiles».

9.º La sentencia declara inconstitucional únicamente el artículo 621-54.3 CCCat, que regulaba un procedimiento notarial de resolución del que podía servirse el vendedor frente al incumplimiento del vendedor en la compraventa inmobiliaria.

El recurso sostenía que esta norma infringía la competencia exclusiva del Estado en materia de «ordenación de los registros e instrumentos públicos» (art. 149.1.8.^a CE). La sentencia rechaza esta alegación, pero procede a encuadrar la controversia competencial suscitada y entiende que la norma infringe la competencia exclusiva del Estado en materia procesal (art. 149.1.6.^a CE), por considerarla una «norma procesal de resolución extrajudicial de conflictos».

10.º Concluye la sentencia con una reflexión sobre la ausencia de fijación por parte del legislador estatal de las bases de las obligaciones contractuales para, a su hilo, recordar explícitamente que ello no puede ser un obstáculo para el desarrollo de su propio derecho civil por las comunidades que tienen esta competencia y para llamar la atención, implícitamente, sobre la necesidad de que el legislador aborde esta tarea.

3. LOS VOTOS PARTICULARES

Deben ser objeto de una reseña especial tanto por su número (cuatro votos particulares suscritos por cinco magistrados) como por el interés y la enjundia jurídica de los temas que abordan.

Además del sello personal de alguno de estos votos (señaladamente, el formulado por el magistrado señor Ollero), entre las cuestiones que plantean destacan las siguientes:

1.º Si la sentencia se aparta, sin manifestarlo expresamente y sin justificarlo debidamente, de la jurisprudencia constitucional sobre la competencia en materia civil de las comunidades autónomas con derecho civil foral o especial.

2.º La omisión por la sentencia de la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil.

3.º La interpretación extraordinariamente amplia o laxa del criterio de la «conexión» en relación con los contratos y con las instituciones preexistentes.

4.º La posibilidad de apreciar la conexión incluso respecto de leyes posteriores a la Constitución.

5.º La interpretación de las «bases de las obligaciones contractuales» en clave de legislación básica y legislación de desarrollo y no como competencia exclusiva del Estado excepción o límite infranqueable incluso frente a los derechos civiles forales o especiales.

6.º La reducción de las bases de las obligaciones contractuales a la enunciación de principios generales o directrices que pueden ser objeto de regulación por las comunidades autónomas con competencia sobre su Derecho civil foral o especial.

7.º La omisión por la sentencia de la competencia del Estado en materia de Derecho mercantil, a juicio de algunos votos particulares aplicable al menos en materia de compraventa de consumo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA

1. EL OBJETO DEL RECURSO: LOS ARTÍCULOS 3, 4 Y 9 DE LA LEY DE CATALUÑA 3/2017, DE 15 DE FEBRERO, DEL LIBRO SEXTO DEL CÓDIGO CIVIL

Lo resume la sentencia en el fundamento jurídico primero, en los siguientes términos

«El presente recurso de inconstitucionalidad se dirige contra el artículo 3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (en adelante, Ley 3/2017), que da nueva redacción al contrato de compraventa y al de permuta; el artículo 4 de esa misma ley que aprueba las secciones segunda y tercera del capítulo II del título II del libro sexto del Código civil de Cataluña y se da nueva redacción a los artículos 622.21 a 622.42; y, por último, su artículo 9, en cuanto introduce una disposición transitoria primera al Código civil de Cataluña. El Gobierno de la Nación fundamenta estas impugnaciones en que el contenido normativo de los preceptos citados excede las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Cataluña especialmente en el art. 129 de su Estatuto (en adelante, EAC) y vulnera las competencias exclusivas del Estado sobre legislación civil (art. 149.1.8 CE).

Se argumenta que la comunidad autónoma no puede dictar las normas contenidas en las disposiciones impugnadas del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativas a las obligaciones y contratos, porque son ajenas a su Derecho civil y, por tanto, no están amparadas en el mandato constitucional contenido en el artículo 149.1.8 CE. En este sentido, el recurrente sostiene que el artículo 3 de la Ley 3/2017 da una redacción general, completa y novedosa al contrato de compraventa y al de permuta, por lo que, aun reconociendo que la Ley 40/1960, de 21 julio, sobre compilación del Derecho civil especial de Cataluña aprobada, en su libro IV, bajo la rúbrica «De las obligaciones y contratos y de la prescripción», dedicaba algunas normas a especialidades existentes propias del Derecho civil catalán en relación con la compraventa y la permuta, esto no puede amparar una regulación general de estos contratos.

Además, se recurre la regulación del contrato de mandato y la de la gestión de asuntos ajenos sin mandato efectuada por el artículo 4 de la Ley 3/2017 pues, a su entender, no existe traza alguna de los mismos en la compilación y su semejanza con otras instituciones catalanas carece de la conexión suficiente para considerarse «desarrollo» del propio Derecho civil en virtud del artículo 149.1.8 CE.

Respecto a la nueva redacción del artículo 621.54 del Código civil de Cataluña, que regula el pacto de condición resolutoria, el impugnante advierte que vulnera no solo la competencia del Estado en materia de bases de las obligaciones contractuales, sino que tam-

bién infringe la reserva estatal sobre ordenación de registros e instrumentos públicos, ambas recogidas en el artículo 149.1.8 CE.

Sobre el nuevo artículo 621.1 del Código civil de Cataluña, en la redacción introducida por la Ley 3/2017, relativo a la compraventa de consumo, se recuerda la doctrina constitucional sobre su pertenencia a la competencia civil exclusiva del Estado, por más que con su incorporación legislativa lo que persiga sea la protección de los consumidores y usuarios, añadiéndose, por lo demás, que constituye una traba frontal al principio de unidad de mercado consagrado en las reglas 1, 6, 8 y 13 del artículo 149.1 CE.

En último lugar, la Abogacía del Estado impugna el artículo 9 de la Ley 3/2017, que introduce la disposición transitoria primera al libro sexto del Código civil de Cataluña, por establecer el ámbito de aplicación temporal de los contratos de compraventa y permuta. Considera que esto está vedado también por el artículo 149.1.8 CE, que reserva a la exclusiva competencia del Estado la legislación relativa a las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

En sentido opuesto, el Parlamento de Cataluña y la Generalitat consideran que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 129 EAC, la regulación de los contratos a los que se ha hecho referencia y de su ámbito temporal realizada por la ley autonómica se inserta en la esfera de su competencia legislativa civil, que además resulta amparada por el artículo 149.1.8 CE, pues la comunidad autónoma se ha limitado al desarrollo de su propio ordenamiento civil respetando el criterio constitucional de la conexión de la materia legislada con la ya existente y con sus principios informadores.»

2. LA NATURALEZA CIVIL DE LAS NORMAS IMPUGNADAS

En el fundamento jurídico segundo (*Contexto normativo del libro sexto del Código civil de Cataluña y encuadramiento competencial*) la sentencia examina el contenido de las normas objeto del recurso, a efectos de determinar la norma competencial aplicable, concluyendo que tienen naturaleza civil y que la norma de contratante debe ser el artículo 149.1.8.^a de la Constitución:

Antes de abordar directamente el examen del debate competencial planteado es conveniente que nos detengamos, siquiera sumariamente, en el examen general de la Ley 3/2017 cuestionada, insertándola en el contexto normativo a que corresponde con el fin de acreditar que el ámbito material en el que deben entenderse incluidas las normas cuestionadas es el relativo al Derecho civil por ser la disciplina directamente afectada. Así lo propugnan las partes y lo confirma el propio contenido de la Ley 3/2017, que expresa en su preámbulo que el objeto es «establecer la estructura del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, aprobar la regulación de los contratos de compraventa, de permuta y de mandato, modificar e incorporar los contratos regulados por leyes especiales y sustituir la compilación aprobada por la Ley 40/1960, de acuerdo con lo establecido por el artículo 3.f) de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de

Cataluña». A renglón seguido el preámbulo advierte que la regulación de la materia civil que contiene este libro sexto, se formula «con una estructura sistemática concorde con el carácter abierto y de formación sucesiva del Código civil catalán de modo que permita futuras incorporaciones de otras instituciones contractuales». Por lo demás, conviene resaltar que esta normativa sustituye y deroga el texto refundido de la Compilación, así como otro número importante de leyes civiles autonómicas tales como la Ley 10/1987, de 25 de mayo, de reforma del artículo 6 de la Compilación; Ley 12/1988, de 21 de noviembre, de modificación de la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores; Ley 8/1990, de 9 de abril, de modificación de la regulación de la legítima; Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones; Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de tutela e instituciones tutelares; Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges; Ley 10/1996, de 29 de julio, de alimentos entre parientes; Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de tutela e instituciones tutelares; Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre; Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas; Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores; Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura; Ley 2/2005, de 4 de abril, de contratos de integración; Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela; y la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo.

Como puede comprobarse, por tanto, la materia concernida es la civil contractual, respecto a la que la Constitución atribuye al Estado la competencia para dictar las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8 CE), mientras que a la Comunidad Autónoma de Cataluña le corresponde el desarrollo de su Derecho civil en virtud del artículo 129 EAC.

3. LA COMPRAVENTA DE CONSUMO COMO CONTRATO CIVIL

La sentencia sostiene que también las normas referidas a este contrato se deben encuadrar en la materia civil contractual, defendiendo que pertenecen al Derecho civil los contratos celebrados entre los profesionales o empresarios y los consumidores. Cuestión discutida por un sector de la doctrina mercantil de nuestro país:

Conviene puntualizar sobre las normas autonómicas relativas al contrato de compraventa de consumo que, aun cuando resulta indiscutible que el artículo 51 CE no puede conceptuarse como norma competencial, es preciso reconocer que las normas que integran

el estatuto del consumidor pueden gozar de naturaleza civil, mercantil, e incluso administrativa y procesal. Sin embargo, también hay que señalar que en el caso del contrato de compraventa ha de primar su carácter civil, pues dirigiendo la atención hacia el consumidor, que es el principal sujeto y protagonista de la protección que dispensa el mandato constitucional, su posición en el contrato de compraventa es típica de las relaciones civiles, porque actúa con una finalidad esencialmente privada y sin ánimo de lucro, de tal suerte que el bien adquirido queda en su propio círculo sin reintroducirlo en el mercado ni destinarlo a su profesión u oficio. Este mismo criterio aparece recogido en el artículo 326 del Código de comercio que expresamente excluye que tenga naturaleza mercantil la compraventa de efectos dedicados al consumo del comprador o de persona por cuyo cargo se adquieren.

4. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 149.1.8.ª CE

Una vez encuadrada dentro del campo contractual civil la normativa impugnada, la sentencia delimita las cuestiones objeto de examen y resolución en los siguientes términos (FJ 2 *in fine*):

[E]stamos en presencia de un problema de competencias legislativas compartidas cuya resolución exige disipar sucesivamente dos interrogantes. El primero de ellos es el relativo a la competencia de la comunidad autónoma catalana para legislar en materia contractual, dado que el artículo 149.1.8 CE exige ante todo que a la entrada en vigor de la Constitución Española esta materia estuviera regulada en su Derecho civil propio y que se acredite una conexión suficiente entre las normas civiles existentes y las ahora impugnadas. La segunda incógnita que debe ser despejada atañe a la noción y contenido de la expresión «bases de las obligaciones contractuales» a la que hace referencia el artículo 149.1.8 CE, pues, como se dirá más adelante, el legislador estatal no ha establecido formalmente que tenga esta naturaleza ninguna de las normas del Derecho civil contractual.

Dos son, por tanto, los pasos que debemos dar para resolver el problema competencial planteado. En primer lugar, valorar si la comunidad autónoma catalana tiene competencia para legislar en materia de Derecho contractual, lo que exige que a la entrada en vigor de la Constitución Española estuviera incorporada esta materia a su ordenamiento jurídico, y por consiguiente con la introducción de estas normas en su Código civil de Cataluña se está conservando, modificando o desarrollando, de conformidad con el artículo 129 EAC; y, si el examen arroja un resultado positivo, y se concluye que ostenta tal competencia, en segundo término, habrá de determinarse si esta legislación se ha acometido dentro de los límites establecidos en la reserva material a que hace referencia el último párrafo del artículo 149.1.8 CE, que ordena «en todo caso» su adecuación a la legislación básica estatal.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la sentencia expone la doctrina constitucional sobre la materia contenida en el artículo 149.1.8.^a CE, con especial atención a la que ha sido dictada en relación con la competencia de las comunidades autónomas con derecho foral o especial para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo.

En este punto, la sentencia no manifiesta expresamente intención o voluntad de modificar la doctrina precedente y en los primeros párrafos del fundamento jurídico tercero (*La competencia de la comunidad autónoma catalana para legislar en materia de contratos*), la recoge en los siguientes términos:

«En relación con las primeras de las cuestiones conviene realizar algunas consideraciones. La primera de ellas es la de que la Constitución Española ampara el crecimiento de los Derechos civiles autonómicos. “La garantía autonómica de la foralidad civil permite que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de conservación y modificación, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo no solo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales, si bien es cierto que tal posibilidad no debe dejar paso a un crecimiento en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, ni a una competencia legislativa ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las comunidades autónomas, sino a un crecimiento de acuerdo con los principios informadores peculiares del Derecho foral” (SSTC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 156/1993, de 6 de mayo. FJ 1, y 95/2017, de 6 de julio). Además, hay que tener en consideración que el artículo 149.1.8 CE solo permite legislar en materia de Derecho civil a aquellas comunidades autónomas que a la entrada en vigor de la Constitución tuvieran un Derecho civil propio y solo pueden hacerlo en atención a su conservación, modificación o desarrollo, pero no ampara la creación de un Derecho civil nuevo o instituciones jurídicas que nunca estuvieron presentes en su territorio (SSTC 82/2016, de 28 de abril, 110/2016, de 9 de junio, y 192/2016, de 16 de noviembre). En consecuencia, aunque la norma estatutaria disponga que la comunidad autónoma tiene competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil, esto no le otorga, desde la óptica constitucional, mayor competencia material que la de legislar sobre aquellas instituciones que ya aparecieran recogidas en su ordenamiento jurídico a la entrada en vigor del texto constitucional, en su ordenación posterior o bien tengan conexión con ellas.

Concretamente, en el caso de la comunidad autónoma de Cataluña ya en el fundamento jurídico 76 de la STC 31/2010, este Tribunal tuvo la ocasión de delimitar el ámbito de su competencia legislativa en materia civil, declarando que respecto de “los ‘Derechos civiles, forales o especiales’ determinadas comunidades autónomas pueden asumir en sus Estatutos de Autonomía competencias consistentes en su ‘conservación, modificación y desarrollo’ y que tal asunción puede verificarse en términos de exclusividad. Por ello, ‘la competencia exclusiva en materia de Derecho civil’ a que se refiere el artículo 129 EAC ha de entenderse ceñida estrictamente a esas funciones de ‘conservación, modificación y desarrollo’ del Derecho civil cata-

lán que son la medida y el límite primero de las competencias [...] atribuibles y ejercitables por las comunidades autónomas en virtud del artículo 149.1 8 CE (STC 88/1993, FJ 1)”. Y en la posterior STC 4/2014, FJ 4 e), el Tribunal declara que la competencia autonómica que deriva del artículo 129 EAC es, en puridad, exclusiva, “[e]s un supuesto de coextensión de la competencia y la materia *in toto*, que ‘no es contrario a la Constitución en tanto que aplicable a supuestos de competencia material plena de la Comunidad Autónoma y en cuanto no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado *ex* artículo 149.1 CE, sea cuando estas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico u objeto jurídico, sea cuando se trate de materias de competencia compartida’ (FJ 59)”».

5. LOS CONCEPTOS DE «CONSERVACIÓN, MODIFICACIÓN Y DESARROLLO» DE LOS DERECHOS FORALES O ESPECIALES

Recuerda la sentencia la doctrina constitucional recaída sobre esta materia, reiterando, respecto del concepto de desarrollo, la doctrina de la «*conexión suficiente*» como criterio para comprobar si existe o no vinculación entre las nuevas normas y el ordenamiento autonómico.

La sentencia sigue el llamado criterio de «conexión orgánica» es decir, el criterio que enjuicia la conexión en relación con el conjunto de instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan, más amplio que el criterio de la llamada «conexión institucional», que lo refiere a concretas instituciones preexistentes.

Resulta también relevante en este punto que para la sentencia el criterio de la «conexión suficiente» se ha de enjuiciar no sólo sobre el las instituciones o el derecho vigente al entrar en vigor la Constitución, sino también respecto de la «ordenación posterior», es decir, también respecto de las instituciones reguladas posteriormente al amparo del art. 149.1.8.^a CE:

Por otra parte, en numerosas ocasiones el Tribunal ha perfilado los conceptos de conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales a los que se refiere la norma constitucional citada. Así, en síntesis, tiene declarado que el concepto constitucional de «conservación» permite «la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, fundamento jurídico 1) [...] Lo que la Constitución permite es la ‘conservación’, esto es el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.8. CE (FJ 2)». (STC 133/2017, de 16 de noviembre, FJ 4). Por otra parte, en la misma sentencia se declara que «modificación» puede implicar «no solo la alteración y reforma del Derecho preexistente, sino, incluso, de las reglas contenidas en el

mismo». Por último, por lo que atañe al «desarrollo del Derecho civil propio» el Tribunal advierte en la propia sentencia que esta noción permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». Existe, por lo tanto, un reconocimiento constitucional de la labor autonómica de actualización de los Derechos civiles existentes en el territorio nacional que lleva consigo su «crecimiento orgánico», pues sin capacidad de crecimiento, actualización e innovación las instituciones jurídicas pierden su razón y es indudable, por lo demás, que tal reajuste debe acometerse de conformidad con la norma estatutaria, que es la que establece el alcance de las propias competencias, siempre dentro de los límites dispuestos en el artículo 149.1.8 CE.

Es preciso decir, además, que la noción de «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia una competencia autonómica que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Esto significa que cabe que las comunidades autónomas dotadas de Derecho civil regulen instituciones conexas con las ya existentes en su ordenamiento dentro de la actualización o innovación de sus contenidos a la que se ha hecho referencia y según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Es cierto que dicha conexión ha de efectuarse con el conjunto del Derecho preexistente, tanto el vigente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, como con las instituciones reguladas posteriormente al amparo del artículo 149.1.8 CE, porque los ordenamientos jurídicos civiles son el resultado de una evolución legislativa larga y pausada, cuyas normas se asientan a lo largo del tiempo y no pueden ser entendidos como un simple conjunto o recopilación de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino, por el contrario, deben contemplarse como verdaderos sistemas normativos cuyas reglas y principios están racionalmente enlazados entre sí. Por ello hay que destacar que en la noción de conexión que este Tribunal exige para reconocer la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil prima el carácter de suficiencia, lo que significa que para comprobar si existe o no vinculación entre las nuevas normas y el ordenamiento jurídico autonómico no es necesario relacionarlas con instituciones concretas ya reguladas, sino que es suficiente con que tal unión o trabazón exista con el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan (STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 4). En tal sentido, asiste la razón a la Generalitat cuando afirma que no se puede limitar la competencia en materia civil de la comunidad autónoma a la conservación, modificación y desarrollo solo de lo previsto en la Compilación de 1960, sino que podrá ir referida al Derecho civil catalán en su conjunto.

Ha de quedar, pues, asentada la idea de que la competencia legislativa autonómica para el desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel Derecho. El criterio de conexión, según la función que se ha señalado,

debe ir referido al ordenamiento civil en su conjunto, esto es, puede tener lugar respecto de otra institución que forme parte del mismo o tenga relación a los principios jurídicos que lo informan (STC 95/2017, de 6 de julio), solo así puede acreditarse que la nueva regulación esté contribuyendo al crecimiento orgánico del Derecho foral o especial. Por el contrario, si se vetara a la comunidad autónoma la posibilidad de incorporar nuevas normas a su ordenamiento jurídico civil con base en la ausencia en la originaria compilación de 1960 de una previa regulación de cualquiera de las instituciones civiles, se estaría restringiendo injustificadamente su competencia legislativa y reduciendo el papel del legislador autonómico al de mero conservador de normas antiguas y, quizá por el paso del tiempo, obsoletas y disfuncionales, cuando la propia Constitución le reconoce y garantiza la posibilidad de alcanzar los tres objetivos deseables para cualquier ordenamiento jurídico, que se cifran no solo en su conservación y modificación, sino también en su desarrollo.

6. LA PREEXISTENCIA DEL DERECHO CIVIL CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CATALÁN: LA SINGULARIDAD DEL LIBRO SEXTO.

Dedica la sentencia el fundamento jurídico cuarto a examinar si existe una vinculación suficiente entre las normas impugnadas y las instituciones recogidas primero por la Compilación y luego por el Código civil de Cataluña, para verificar si el nuevo libro sexto supone una actualización de su sistema jurídico civil.

A estos efectos, la sentencia realiza en primer lugar un breve recorrido histórico por la Compilación y por el Código, parando especialmente la atención en el contenido del libro sexto. Seguidamente examina singularizadamente cada uno de los contratos objeto de debate (compraventa, permuta, mandato y gestión de asuntos ajenos).

Sobre la primera cuestión, en el fundamento jurídico cuarto (*La preexistencia de Derecho civil contractual en el ordenamiento jurídico catalán: la regulación de los contratos con finalidad transmisiva*) dice la sentencia lo siguiente:

[C]abe partir del dato innegable de que ya la Compilación de 1960 contenía en su libro cuarto (arts. 321 a 344), bajo el título «De las obligaciones y contratos y de la prescripción», una regulación específica de los contratos de compraventa y de permuta, la cual, aun siendo indudablemente incompleta, contenía aspectos tan importantes como las formas de entrega de los bienes vendidos o permutados, los gastos de entrega, de otorgamiento de escritura pública y de expedición de copias, la rescisión por lesión, las ventas a carta de gracia, los contratos de censal, violario y vitalicio y algunas otras figuras contractuales de contenido agrario. Del mismo modo se observa que ya en aquel momento, la disposición final se-

gunda de la Compilación ordenaba la aplicación supletoria del Código civil en todo aquello que no fuera contrario a la compilación de 1960. Igualmente, hay que considerar que contenía numerosos preceptos que, como señala la Generalitat, guardan relación con situaciones propias de la compraventa aunque circunscriban su ámbito de aplicación al Derecho de familia y al sucesorio (tal es el caso del artículo 14.2 de la Compilación, sobre las compras por el padre al hijo, la presunción muciana del artículo 23, la enajenación en el fideicomiso del artículo 188, la enajenación por el donante regulada en el artículo 247 y un largo etcétera, señalados todos ellos en el escrito de alegaciones del Gobierno catalán). Sucesivamente no se puede pasar por alto que la aprobación de la Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación de Derecho civil de Cataluña, actualizó y adaptó su texto y, a través del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, se aprobó el texto refundido de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, en el que siguieron presentes disposiciones relativas a los contratos antes referidos y que son objeto de este recurso de inconstitucionalidad.

Cabe recordar que la recodificación del Derecho civil catalán tiene por objeto la reunión en un solo cuerpo legal de todas las materias civiles presentes en aquel territorio, dotando al conjunto de una estructura sistemática y de una lógica interna. Así, la labor se inicia con la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña, previéndose la aprobación paulatina de seis libros: libro primero, «Disposiciones generales»; libro segundo sobre «la persona y la familia», introducido por la Ley 25/2010, de 29 de julio; libro tercero de las «personas jurídicas», promulgado por la Ley 4/2008, de 24 de abril (modificado por la ley 7/2012, de 15 de junio, especialmente sobre el sector fundacional); libro cuarto sobre «sucesiones», aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio; libro quinto, relativo a los «derechos reales» (por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, y parcialmente modificado por Ley 5/2015, de 13 de mayo) y; finalmente el libro sexto relativo a las «obligaciones y contratos» incorporado al Código civil de Cataluña por la Ley 3/2017, de 15 de febrero, que ahora nos ocupa.

El libro sexto sobre «las obligaciones y los contratos» contiene tres títulos: El título I, «Disposiciones generales»; el título II, «Tipos contractuales»; y el título III, «Fuentes no contractuales de las obligaciones». No obstante, la Ley 3/2017, ahora impugnada, únicamente ha introducido la regulación del título II relativa a los «tipos contractuales», que está dividido en seis capítulos, de los cuales son objeto de este recurso los dos primeros: I. «Contratos con finalidad transmisora» –dividido en tres secciones: «Contrato de compraventa» (que se divide en las siguientes subsecciones: «Disposiciones generales», «Obligaciones del vendedor», «Conformidad del bien al contrato», «Obligaciones del comprador», «Remedios del comprador y del vendedor», «Ventaja injusta y lesión en más de la mitad», «Especialidades de la compraventa de inmuebles» y «Compraventa a carta de gracia»), «Permuta» y «Cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura»–; y II. «Contratos sobre actividad ajena» –dividido en tres secciones, aunque no se ha regulado la sección primera, que según la exposi-

ción de motivos, se reserva para la futura regulación de las disposiciones generales relativas a todos los contratos de servicios que han aprobado las secciones segunda y tercera, sobre «el mandato» (que se divide a su vez en tres subsecciones: el contrato, contenido y extinción) y la «gestión de asuntos ajenos sin mandato».

Añade la sentencia que:

Tras este recorrido, aun a título provisional, se puede concluir que Cataluña antes ya de la entrada en vigor de la Constitución ha gozado de un Derecho civil propio que contenía la regulación de las materias básicas civiles, persona, familia, derechos reales, sucesiones; que fue desde luego también objeto de la atención del legislador autonómico la disciplina obligacional y los contratos en particular; y que se introdujo en estos últimos normativa específica sobre la compraventa. Estas razones son por sí suficientes, aplicando la doctrina que se inició con la STC 88/1993 y valorando el ordenamiento civil autonómico en su conjunto, para concluir que la regulación de este contrato, aun no siendo completa y detallada, se incardina de manera natural en aquel originario libro de la Compilación de 1960 y en el posterior del Código civil de Cataluña.

7. LAS NORMAS PREEXISTENTES SOBRE COMPRAVENTA

En el fundamento jurídico cuarto la sentencia da cuenta de la regulación preexistente en materia de contratos con finalidad transmisiva. Se refiere al contrato de compraventa en los siguientes términos:

En efecto, parece indiscutible que la Compilación se ocupó de los contratos de compraventa y permuta en aquellos aspectos que diferenciaban especialmente el Derecho civil catalán del Derecho común aplicable de manera supletoria y, por ello, en el momento de la codificación para evitar reiteraciones (según se expresa en el preámbulo), solo se incluyeron algunas especialidades como la rescisión por lesión (arts. 323 a 325), cuyo origen se remonta al Derecho romano justinianeo [leyes segunda y octava del *Corpus Iuris Civilis* (CI.4.44.2 y CI.4.44.8), que constituyen dos rescriptos imperiales atribuidos a Diocleciano y Maximiano], recibido en la Europa medieval y acogido, en el punto y ámbito que estamos considerando, en las *Costums* de Tortosa (Cost. 4,23,2). Entre estas costumbres, que se remontan a la carta de población otorgada por el conde Ramón Berenguer IV en 1149 y que fueron compiladas en el año 1272, se encuentra esta acción, por la que se reconoce el derecho de los transmitentes de un bien inmueble a rescindir la transmisión cuando el precio o contraprestación sea inferior a la mitad del valor de mercado de dicho inmueble (*ultra dimidium*), esto es, en más de la mitad (*engany de mitges*), por lo que no ofrece dudas su larga tradición en el Derecho catalán. Lo mismo cabe afirmar respecto a la venta a carta de gracia o *empenyament*, (arts. 326 a 329

de la Compilación), sobre la que basta con recordar que su origen se encuentra también presente en el *pactum* de retrovendendo romano, es decir aquel pacto contractual por el que el vendedor se reserva el derecho de redimir o recuperar el objeto de la venta para readquirirlo por un precio determinado. De esta figura se hallan precedentes en la «Memoria acerca de las instituciones de Derecho civil de Cataluña» redactada por Manuel Durán y Bas en 1883, en el «Proyecto de Apéndice del Código civil para Cataluña» de la Academia del Derecho de Barcelona de 1896 y en el proyecto de Romaní-Trías de 1903, así como en el de Permanyer y Ayats de 1915 y en el proyecto de 1930. Posteriormente, la Ley 40/1960 la reguló dentro del capítulo III del título I de su libro IV, relativo a las obligaciones y contratos y a la prescripción, concretamente, en los artículos 326 a 328. En el artículo 329 se refiere a la tornería, una especialidad propia del Valle de Arán sometida a los privilegios, usos y costumbres propios de dicha comarca, que pasa posteriormente a recogerse en los artículos 568.28 a 568.32 del Código civil de Cataluña.

Por consiguiente, el Tribunal considera acreditado que tanto la rescisión por lesión como la venta a carta de gracia deben considerarse instituciones que, dentro del régimen general del contrato de compraventa y de permuta, se han configurado a lo largo del tiempo como instituciones propias del Derecho civil catalán, por lo que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional (especialmente la sentada en las SSTC 88/1993 y 156/1993), se debe apreciar que la norma impugnada relativa al régimen jurídico del contrato de compraventa (previsto en el artículo 3 de la Ley 3/2017 impugnado) guarda una evidente conexión orgánica con la regulación originaria catalana recogida en la Compilación de 1960, pues se trata de una «normativa esta, [por lo tanto], que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la ley que hoy enjuiciamos, ley, por consiguiente, que no puede tacharse de inconexa respecto del ordenamiento que viene así a innovar parcialmente» (STC 88/1993, FJ 3).

No podemos aceptar que las conexiones invocadas por la Generalitat con el Derecho histórico catalán tengan carácter incidental respecto de la compraventa y figuras contractuales afines. Las dos instituciones que se traen a colación, la rescisión por lesión y la venta a carta de gracia, independientemente de su vigencia histórica a que nos hemos referido, ocupan un lugar central en la reglamentación contractual de la compraventa, en cuanto la impregnan en aspectos sustanciales relacionados con su finalidad económica y su eficacia. Especialmente, la rescisión por lesión se entronca con la causa del contrato, reforzando su carácter oneroso, de forma especialmente significativa en situaciones de crisis económica o de desigualdad entre las partes contratantes, por lo que no es de extrañar que su incorporación al Derecho catalán basada en fuentes romanas se reflejara especialmente al hilo del propósito de fomentar la repoblación de tierras ocupadas por medio de la conquista.

Para responder en su totalidad a los argumentos ofrecidos por el Gobierno de la Nación conviene hacer un apunte sobre la conexión de las figuras jurídicas con el ordenamiento en el que preten-

den integrarse. Es innegable que, a diferencia de su precedente legislativo, la Ley 3/2017 en su artículo 3, ahora acomete una regulación completa y detallada del contrato de compraventa (arts. 621.1 a 621.54 del Código civil de Cataluña), estableciendo las obligaciones del vendedor y del comprador, introduciendo normas especiales cuando un contratante es consumidor, o actualizando la denominada ventaja injusta recogida en la compilación, esto es, el incremento de un patrimonio sin causa jurídica que lo justifique en detrimento de otro patrimonio. También lo es que en el título I se incorporan las especialidades de la compraventa inmobiliaria, introduciendo aspectos innovadores como la compraventa de inmueble en construcción, la compraventa de inmueble con pacto de financiación de un tercero o una nueva regulación de la condición resolutoria explícita. Por su parte el título II de la Ley 3/2017 contiene los diferentes tipos contractuales, como la actualización de la permuta; la cesión de solar o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura; los contratos de cultivo, aparcería y masovería; se desarrolla el arrendamiento rústico y se introduce el arrendamiento de pastos; el violario –contrato aleatorio que incorpora la obligación de pagar una pensión periódica en dinero durante la vida de una persona–; el contrato de alimentos y el contrato de acogimiento de personas mayores, los contratos de integración o el censal –contrato de financiación y de garantía–, entre otros, con lo que se destaca la naturaleza rural o agraria del Derecho propio de obligaciones y contratos. Sin embargo, se trata en algunos casos de modalidades contractuales que, si bien no estaban presentes en la compilación, participan de la naturaleza contractual de la compraventa y por ello no son ajenas al Derecho civil catalán susceptible de desarrollo.

8. EL DERECHO PRECEDENTE EN MATERIA DE PERMUTA

Lo reseña seguidamente la sentencia, que habla también de «la sustancial semejanza» entre este contrato y la compraventa:

Esta conclusión ha de hacerse extensiva a los artículos 621.56 y 621.57 del Código civil de Cataluña incorporados por el artículo 3 de la Ley 3/2017, también impugnados en este recurso de inconstitucionalidad, relativos al contrato de permuta y a su régimen jurídico, porque a la entrada en vigor de la Constitución Española, al igual que en el caso de la compraventa, ya formaba parte del Derecho civil catalán, lo que sirve de base y fundamento para su posterior desarrollo.

Es cierto que como subraya el Gobierno de la Nación, la Ley 40/1960 únicamente alude a la permuta en la rúbrica del capítulo III del título I de su libro IV, relativo a las obligaciones y contratos y a la prescripción y que también lo hace en sus artículos 307, 313 y 323, al regular, por un lado, la enfiteusis (concretamente, el cálculo del laudemio y la exclusión del Derecho de fatiga cuando existe una permuta) y, por otro, la rescisión por lesión, que opera en el

ámbito de la permuta del mismo modo que en la compraventa. Ciertamente, ya se ha dicho, se trata de referencias normativas específicas y poco desarrolladas en cuanto al régimen jurídico de ese contrato, pero no cabe duda que, en cualquier caso, estaban presentes en el ordenamiento jurídico catalán y, por consiguiente, se trata de un tipo contractual susceptible de conservarse, modificarse o desarrollarse a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE. Debemos incidir en que la inconstitucionalidad de una norma por vulnerar las competencias legislativas no viene dada por su extensión o detalle, sino por su extralimitación material. Quiere esto decir que, si la comunidad autónoma catalana en un momento histórico dado y por las causas o razones que le impulsaran a tomar tal decisión, optó por incluir en su propio ordenamiento civil escasas o poco detalladas reglas sobre un determinado tipo contractual, esto no ha de significar que no pueda ahora completar su régimen jurídico. Volvemos, por tanto, a reiterar que el ordenamiento jurídico ha de contemplarse en su conjunto, como un sistema normativo dotado de estructura y coherencia interna y el mandato constitucional permite y avala su crecimiento orgánico. Así lo ha reconocido expresamente este Tribunal en su STC 31/2010, FJ 10, al afirmar que en el caso de Cataluña «tanto los derechos históricos como las instituciones seculares y la tradición jurídica de Cataluña invocados por el precepto son únicamente aquellos “de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el Derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de estas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat”, según concluye el propio artículo 5 EAC».

Casi huelga señalar, por obvia, la semejanza entre los contratos de permuta y compraventa, de modo tal que podríamos decir que, aun tratándose el primero de una figura más rudimentaria o menos perfecta, su funcionamiento y estructura son similares salvo, claro está, en lo relativo al precio. Con alguna dosis de simplicidad pudiera si acaso afirmarse que la permuta al fin y al cabo no es más que la fundición en una sola transacción de dos compraventas, con supresión del precio en dinero o, si se quiere, que es una cuasiventa en la que hay dos vendedores y el precio consiste para cada uno en la otra cosa que recibe a cambio de la que da. El hecho de que se trate de una institución más primaria o imperfecta no significa que haya caído en desuso. Muy al contrario, en la actualidad la permuta es utilizada frecuentemente en el tráfico jurídico, especialmente en el ámbito inmobiliario, pues responde eficazmente a las nuevas formas de conexión de intereses entre los particulares, en las que por el intercambio in natura de bienes y servicios se suplen las carencias cada contratante para emprender el negocio concreto (v. *gr.*, cambio de solar por obra). Es, en consecuencia, constitucionalmente correcto que Cataluña haya considerado beneficioso para la actualización de los contenidos de su propio Derecho civil incorporar ahora una regulación detallada de este contrato. Pues bien, a los efectos de este recurso, hay que afirmar que los mismos argumentos de los que nos hemos valido para avalar la competencia de Cataluña para legislar en materia de compraventa deben servir para afirmar que, dado que dicha comunidad autónoma poseía a la entra-

da en vigor de la Constitución Española su propias reglas relativas a la permuta, ahora con la regulación que se lleva a cabo en la Ley 3/2017 se desarrolla el tipo contractual original, cumpliendo así con las exigencias de suficiencia que impone el criterio de conexión establecido por la constante doctrina de este Tribunal.

9. LA NORMA DE DERECHO TRANSITORIO SOBRE COMPRAVENTA Y PERMUTA

Al hilo del estudio de los contratos de compraventa y permuta, la sentencia se pronuncia sobre la constitucionalidad de la disposición transitoria primera de la ley catalana 3/2017, que establece la aplicación de la ley a los contratos de este tipo celebrados tras su entrada en vigor:

[D]ada su estrecha su vinculación con las normas sobre compraventa y permuta que se acaban de analizar, hay que valorar la norma contenida en la disposición transitoria primera, introducida por el artículo 9 de la Ley 3/2017, relativa al ámbito de aplicación temporal de tales contratos. Basta con señalar que, dado que el Gobierno de la Nación realiza su tacha de inconstitucionalidad exclusivamente por su relación con las normas contractuales sustantivas, dicha impugnación ha de seguir su misma suerte y, por tanto, merece la misma valoración. Por consiguiente, dado que la comunidad autónoma catalana tiene competencia para legislar en materia de compraventa y permuta, dicha competencia ha de extenderse a la disposición que regula el régimen transitorio de dichas normas.

10. LA CONEXIÓN EN MATERIA DE COMPRAVENTA DE CONSUMO

En este punto la sentencia explica la concurrencia de las competencias en materia civil y en materia de consumo. Destaca que el carácter multidisciplinar de esta última materia y el hecho de que actualmente el Derecho del consumo haya ganado su propia autonomía no significa que parte de las normas que integran el estatuto del consumidor no gocen de naturaleza civil. Que es lo que ocurre con el contrato de compraventa con consumidores en el que el comprador actúa un propósito ajeno a su actividad comercial, es decir, por motivos ajenos a una finalidad de lucro que no está relacionada con su oficio, empresa o profesión. El consumidor adquiere en y para su esfera privada, aunque lo haga con un empresario, por lo que, en caso de duda –como el propio Código de comercio reconoce en su art. 325–, debe primar su naturaleza civil sobre la mercantil.

Para la sentencia la regulación catalana sobre la compraventa de consumo no incurre en extralimitación de competencias, pues existiendo una regulación del contrato de compraventa en su compilación originaria, teniendo en vigor su propio código de consumo y competencia en ambas materias –civil y consumo–, nada le impide ahora introducir preceptos específicos para este tipo de compraventa, siempre y cuando respete las reglas básicas que para este contrato haya dictado el legislador estatal al amparo del artículo 149.1.8 CE:

Procede ahora dar respuesta a las alegaciones realizadas por el recurrente sobre la inconstitucionalidad de la norma referente a la compraventa de consumo (incluida por el artículo 3 de la Ley 3/2017 en el artículo 621.2 del Código civil de Cataluña), que queda definida como aquella en que el vendedor actúa en el ámbito de su actividad empresarial o profesional y es el propósito del comprador ajeno a dicha actividad. Se cuestiona, también en este caso, la competencia de la comunidad autónoma de Cataluña, por entender que, al igual que sucede con las anteriores figuras contractuales, no existen precedentes en su Derecho civil autonómico susceptibles de ser conservados, modificados o desarrollados en los términos del artículo 149.1.8 CE, y que resultan también contrarias a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6 CE).

El artículo 51 CE configura la protección de los consumidores y usuarios como un principio rector de la política social y económica y, por consiguiente, no estamos en presencia de una norma de distribución competencial. En virtud de tal principio el Estado promulgó la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, que ha ido sufriendo sucesivas modificaciones hasta la vigente Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Ahora bien, que el Estado cumpla con su mandato constitucional de protección de los consumidores no implica que se trate de una competencia exclusiva que le competa, como tampoco que la Ley general estatal deba considerarse en su conjunto básica. Muy al contrario, como aclaró la STC 15/1989, de 26 de enero, FJ 1 (citando la anterior STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 1), que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por las comunidades autónomas de Cataluña, del País Vasco y de Galicia contra la Ley estatal 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, «la defensa del consumidor es un “concepto de tal amplitud y de contornos imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificadora de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de competencias”, lo que significa, en otras palabras, que esta materia se caracteriza ante todo por su contenido pluridisciplinar, en el que se concita una amplia variedad de materias que sí han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el artículo 149.1 CE a los efectos de concretar las competencias del Estado. Ello mismo evidencia que, si bien en el artículo 149.1 CE no se ha mencionado expresamente la rúbrica “defensa de los consumidores y usuarios”, abriéndose así, en estrictos términos formales, la posibilidad de que algunos estatutos de autonomía hayan asumido la competencia “exclusiva” sobre la misma (art. 149.3 CE), como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida en que el Estado ostente

atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre “defensa del consumidor y del usuario” corresponden a determinadas comunidades autónomas –entre ellas las ahora impugnantes–, las cuales, en ese caso, también podrán quedar vinculadas a las previsiones estatales. La defensa del consumidor y del usuario nos sitúa, en efecto, a grandes rasgos y sin necesidad ahora de mayores precisiones, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del Derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de Derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes (art. 149.1, en sus números 1, 6, 8, 10, 13, 16 y 29 CE, principalmente); es decir, ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los estatutos de autonomía. En definitiva, tal como reconoce la representación del Gobierno vasco, estamos ante una materia que dado su carácter pluridisciplinar, resulta en todo caso compartida entre el Estado y las comunidades autónomas, lo que, por lo demás, fácilmente se comprueba en algunos estatutos de autonomía, al reconocerse que la competencia ‘exclusiva’ sobre defensa del consumidor y del usuario se actuará por la correspondiente comunidad autónoma “en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y núms. 11 y 13 del apartado primero del artículo 149 de la Constitución” (arts. 12.1.5 EAC. y 30.1.4 del Estatuto de Autonomía para Galicia), o que dicha competencia “exclusiva” lo será “sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia” (art. 10.28 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco)».

Es cierto que el Derecho de consumo es una materia multidisciplinar y con cierta autonomía que no se integra ni encaja por completo en el Derecho civil, ni en el mercantil y tan siquiera se adapta en su totalidad en el Derecho privado, pues recordemos que el mandato de protección al consumidor está dirigido a todos los poderes públicos. En este sentido el Derecho de consumo constituye *per se* un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos jurídicos cuya finalidad es garantizar al consumidor frente al empresario una posición de equilibrio en el mercado en todas aquellas relaciones jurídicas y negociales en la que sea destinatario final de los bienes y servicios. Ahora bien, que actualmente el Derecho del consumo haya ganado su propia autonomía no significa que parte de las normas que integran el estatuto del consumidor no gocen de naturaleza civil. Eso ocurre, como se ha adelantado en el fundamento jurídico 2, con el contrato de compraventa con consumidores en el que el comprador actúa un propósito ajeno a su actividad comercial, es decir, por motivos ajenos a una finalidad de lucro que no está relacionada con su oficio, empresa o profesión. El consumidor adquiere en y para su esfera privada, aunque lo haga con un empresario, por lo que, en caso de duda –como el propio Código

de comercio reconoce en su art. 325–, debe primar su naturaleza civil sobre la mercantil. En consecuencia, la pertenencia de las normas relativas a la compraventa de consumo a la materia civil hace que deba confrontarse con la reserva estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales a que hace referencia el artículo 149.1.8 CE (como, por otro lado, ya declaró la STC 71/1982).

Por su parte, hay que señalar que Cataluña tiene asumida competencia legislativa no solo en materia de contratos civiles (art. 129 EAC), sino también en la de consumo (art. 123 EAC), lo que le ha permitido contar entre otras leyes, con un código propio de consumo, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio. Ahora, en virtud de ambas competencias estatutarias, como explica el preámbulo de la Ley 3/2017, pretende unificar el régimen aplicable a la compraventa general y a la de consumo y debe por ello interpretarse que las normas que integran la sección primera del capítulo I del título II del libro sexto del Código civil catalán resultan aplicables a una y otra modalidad. En consecuencia, como ya advirtió la STC 15/1989, FJ 2, a salvo de lo que se diga sobre el respeto de las norma impugnadas a las bases estatales, hemos de entender que el legislador catalán no incurre en extralimitación de competencias al regular la compraventa con consumidores, pues existiendo una regulación del contrato de compraventa en su compilación originaria, teniendo en vigor su propio código de consumo y competencia en ambas materias –civil y consumo–, nada le impide ahora introducir preceptos específicos para este tipo de compraventa, siempre y cuando, respete las reglas básicas que para este contrato haya dictado el legislador estatal al amparo del art. 149.1.8 CE. Dado que los títulos competenciales de que el Estado dispone para dictar normas relativas al contrato de compraventa de consumo lo son para promulgar normas básicas, nada obsta a su desarrollo por aquellas comunidades autónomas que tengan reconocida competencia en ambas materias, pues, si bien deberán respetar su contenido básico, la eficacia y, por tanto, la aplicabilidad directa de las disposiciones estatales, no les alcanza.

11. EL CRITERIO DE LA CONEXIÓN SUFICIENTE RESPECTO DEL CONTRATO DE MANDATO

En el fundamento jurídico quinto (*Las normas autonómicas relativas a los contratos sobre actividad ajena: el mandato y la gestión de negocios sin mandato*) la sentencia realiza un recorrido histórico y sistemático similar al realizado respecto de los contratos de compraventa y permuta, respecto del contrato de mandato y respecto de la regulación de la gestión de asuntos ajenos sin mandato, figuras que el libro sexto regula dentro de la rúbrica «contratos de actividad ajena».

A propósito del mandato entiende la sentencia que concurre la necesaria conexión que justifica la nueva regulación con los siguientes razonamientos:

Para resolver el problema competencial sobre estos tipos contractuales, debemos realizar un recorrido por los orígenes de la le-

gislación civil catalana semejante al que se ha hecho en materia de compraventa y permuta. Así, cabe decir que se puede situar como antecedente más remoto el violario, recogido en el artículo 334 de la Ley 40/1960, pero quizá halle más semejanza con el contrato censal, es decir, aquel contrato por el cual una persona transmite a otra la propiedad de bienes concretos o de una cantidad determinada de dinero y esta última se obliga a pagar a una tercera persona o a sus sucesores una prestación periódica en dinero por tiempo indefinido (arts. 330 a 333 de la Ley 40/1960 y actualmente art. 626.2 del Código civil de Cataluña), y se aproxima también a la institución de la marmessoria, prevista en los artículos 235 a 241 de la Ley 40/1960, que podría considerarse como un mandato *post mortem* en el que el causante otorga a una o varias personas las facultades necesarias para cumplir y hacer cumplir los encargos, quien por tanto (*marmessor*) actúa en nombre propio e interés ajeno. Es cierto que ninguno de los tres contratos contemplados por la Ley 40/1960 posee características idénticas al mandato, pero sí lo es que participan de su misma naturaleza y finalidad, pues como reza el Código civil estatal en su artículo 1709, por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra. Todos ellos parten, pues, de la idea de la realización de negocios jurídicos ajenos, con o sin poder de representación, en nombre propio o por cuenta ajena, y basados en la relación de confianza entre las partes, en cuyo marco se otorga a una o varias personas las facultades necesarias para realizar determinadas gestiones.

A ello cabe añadir que, tras un examen conjunto de las normas que integran la Compilación, tal como señalan el Parlamento y la Generalitat de Cataluña, se aprecia la existencia de numerosas y variadas normas que contemplan algún tipo de mandato o encargo. Así, por ejemplo, en materia de heredamientos se encuentra no solo el albaacezgo, sino también el nombramiento de persona que realiza toda clase de gestiones en favor del causante (art. 64 de la Compilación). Esta figura inevitablemente se reconduce al mandato y en ella el encargo no se circunscribe a cuestiones sucesorias, ni despliega su efecto solo tras la muerte del causante, sino que puede tener un efecto en vida del causante, de acuerdo con la naturaleza y la eficacia de la institución del heredamiento. También en el ámbito de la familia se hallan reglas que dirigen la mirada al mandato, como puede ser la del artículo 51 de la Compilación, que permite a la mujer conferir a su marido la administración de los bienes parafernales, así como revocar, restringir o condicionar en cualquier momento dicha concesión. Pero por si tal vinculación no pareciere a primera vista suficiente, basta un recorrido por otras normas del Código civil de Cataluña –como el que realiza la Generalitat de Cataluña en su escrito de alegaciones– para reparar inmediatamente en que contiene numerosos supuestos en los que el legislador autonómico ha regulado diversos aspectos de la representación, lo que innegablemente tiene una estrecha relación con el mandato. Así, por ejemplo, el poder otorgado en previsión de una pérdida sobrevenida de capacidad (art. 222.2 del Código civil de Cataluña), el poder para constituir hipoteca y la ratificación de la hipoteca constituida sin poder o con poder insuficiente (art. 569.29.2 del Código civil de Cataluña), el artículo 306.1 de la Compilación, que regula

uno de los casos en los que no debe pagarse laudemio por la venta de la finca enfitéutica, si esta es revelada en el plazo de un año desde la adquisición fiduciaria («agnición de buena fe»). Se trata –como advierten el Parlamento y la Generalitat de Cataluña– del caso en que el comprador de la finca gravada no la adquiere para sí mismo, sino para otra persona. También resulta claro que existe una relación de mandato en el supuesto contemplado por el artículo 231.4.4 del Código civil de Cataluña en el que se establece explícitamente que a la gestión que uno de los cónyuges hace en nombre del otro, le son aplicables las reglas en materia de gestión de negocios.

Como puede observarse la proximidad con el contrato de mandato de todas estas normas de la Compilación y del posterior Código civil de Cataluña, una vez más, permite establecer la conexión necesaria que legitima a la comunidad autónoma de Cataluña para incorporarlas al Código civil de Cataluña en uso de su competencia legislativa sobre el desarrollo de su propio Derecho civil en virtud del artículo 149.1.8 CE, aun cuando queda a expensas todavía la declaración de adecuación competencial de los resultados que arroja el análisis sobre su conformidad con la regulación básica estatal.

12. LA NORMATIVA PRECEDENTE RELATIVA A LA GESTIÓN DE ASUNTOS AJENOS SIN MANDATO

Justifica la conexión la sentencia con los siguientes argumentos:

Huelga decir que la misma valoración debe hacerse respecto de las normas impugnadas relativas a la gestión de asuntos ajenos sin mandato (arts. 622.40 a 622.42 del Código civil de Cataluña, incorporadas por el artículo 4 de la Ley 3/2017), puesto que, al fin y al cabo la diferencia básica con el mandato es precisamente la ausencia de este, pues el gestor se encarga lícita y voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, en interés de este y sin mediar contrato o encargo. La aproximación de esta figura cuasicontractual al contrato de mandato es tan estrecha que el propio Código civil estatal (CC) dispone, entre otras consecuencias, que si el dueño ratifica expresamente la gestión, se producirán los efectos del mandato (art. 1892 CC) y en tal caso adquirirá las obligaciones propias del mandante, o sea, las de los artículos 1727 a 1731 CC. Es obvio que el Tribunal no puede hacer caso omiso a la vinculación existente entre la originaria regulación autonómica catalana sobre heredamientos o relaciones entre cónyuges, la *marcessoria* o aquellas relativas a determinados encargos de gestión de asuntos y la materia ahora discutida. Este es el motivo que nos conduce a afirmar que el legislador catalán, con la regulación de la gestión de negocios sin mandato, está innovando los contenidos de la Compilación y el posterior del Código civil de Cataluña, es decir, desarrollando su Derecho civil ya existente, para lo que posee indudablemente competencia, pues recordemos de nuevo que a la luz de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE cabe que «las comunidades autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen

instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de esta según los principios informadores peculiares del Derecho foral» (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 3, reiterada en iguales términos en la STC 156/1993, de 6 de mayo. FJ 1).

13. LAS «BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES» DEL ARTÍCULO 149.1.8.ª CE

Se trata de una de las partes más novedosas de la sentencia, porque nunca antes el Tribunal se había pronunciado de manera tan explícita y tan extensa sobre el entendimiento constitucional de las «bases de las obligaciones contractuales».

La sentencia recuerda que este examen y este pronunciamiento son necesarios para resolver si la regulación que la ley catalana lleva a cabo de los contratos de compraventa, permuta y mandato, y de la gestión de asuntos ajenos sin mandato, se ajusta a dichas bases, sobre las que el Estado posee competencia exclusiva:

[E]stamos en presencia de una competencia material compartida que permite a la comunidad autónoma catalana el desarrollo de su legislación contractual, siempre que se efectúe dentro de los límites marcados como bases por la legislación estatal. La cuestión se sitúa, por consiguiente, en lo que debe entenderse por básico en materia civil contractual, pues no todo el Derecho contractual lo es, sino que solo lo serán aquellas reglas que contengan los elementos esenciales que garanticen un régimen contractual común para todos los ciudadanos.

A) Bases de las obligaciones y legislación básica

La sentencia comienza el análisis de esta cuestión partiendo de la doctrina constitucional sobre la legislación «básica», sentada a propósito de las materias en que al Estado le compete dictar dicha legislación básica y a las comunidades autónomas su desarrollo:

Cabe destacar que sobre la noción de «bases», el Tribunal ha declarado reiteradamente que presenta una doble dimensión, material y formal. Materialmente, «lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad –ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales (STC 1/1982, FJ 1)–, a partir del cual pueda cada comunidad, en defensa de su propio interés,

introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto» (STC 197/1996, FJ 5). En esta misma resolución y fundamento jurídico también ha concretado el Tribunal el alcance de la dimensión formal de las bases, manifestando que su «finalidad esencial es la de excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pueda oponer como norma básica a las comunidades autónomas cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango o estructura (SSTC 80/1988 y 227/1988). Por ello, el instrumento para establecerlas es la ley (STC 1/1982, FJ 1) [...] De suerte que la propia ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica [...] Este Tribunal, cierto es, ha admitido que la exigencia aquí considerada no es absoluta; y consecuentemente ha estimado que excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas de rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases (STC 48/1988, FJ 3) [...] Sin embargo, no cabe olvidar, en contrapartida, que la atribución de carácter básico a normas reglamentarias, a actos de ejecución o incluso a potestades administrativas ha sido entendida por este Tribunal como una dispensa excepcional» (STC 223/2000, FJ 6).

En la STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 4 b), el Tribunal declara de nuevo que «las bases materiales establecen un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su estatuto».

Trasladadas estas ideas al artículo 149.1.8.^a de la Constitución, para la sentencia:

Quiere esto decir que, dentro de la competencia estatal sobre la contratación entre privados, tienen cobijo las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de los contratos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de este sector (*mutatis mutandis*, STC 95/1986, de 10 de julio, FJ 4) y por este motivo, la competencia estatal de las «bases de las obligaciones contractuales» del artículo 149.1.8 CE debe ser entendida como una garantía estructural del mercado único y supone un límite en sí –un límite directo desde la Constitución– a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos.

Pero también es importante señalar antes de profundizar en el análisis de la adecuación de las disposiciones autonómicas impugnadas a los requisitos materiales y formales de la normativa básica, que en materia de obligaciones contractuales dicha valoración debe realizarse atendiendo rigurosamente al sentido que de la noción «bases de las obligaciones contractuales» se infiere del artículo 149.1.8 CE. Este precepto constitucional atribuye al Estado la competencia para establecer los criterios de ordenación general del sector de la contratación privada en aquellos territorios autonómicos que cuenten con legislación propia, pero no le permite regular pormenorizadamente aspectos materiales concretos de estas obligaciones, pues tal regulación menoscabaría las competencias de las comunidades autónomas que tengan un Derecho civil foral o especial propio. «Nuestro texto constitucional garantiza tanto la unidad de España como la autonomía de sus nacionalidades y regiones, lo que necesariamente obliga a buscar un adecuado equilibrio entre ambos principios, pues la unidad del Estado no es óbice para la coexistencia de una diversidad territorial que admite un importante campo competencial de las comunidades autónomas. Ello otorga a nuestro ordenamiento, además, una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional» (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11). La unidad a la que se refiere la Constitución «no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las comunidades autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos» (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6), pues «la autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas comunidades autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 31.1, 38, 139, 149.1.1 y 149.1.13 de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía» [STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 2 a)].

Añade la sentencia otras tres premisas a sus razonamientos previos a acometer el estudio del fundamento, de la ubicación formal y de la identificación material de las bases de las obligaciones contractuales.

La primera es que el legislador no ha llevado a cabo una concreción formal de estas bases y ello no puede limitar la competencia legislativa de las comunidades que la tienen reconocida:

Hay que advertir que en materia civil el legislador estatal no ha llevado a cabo una concreción formal de lo que ha de considerarse «bases de las obligaciones contractuales», por lo que, mientras esto sucede, las comunidades autónomas no pueden quedar obligadas a esperar el pronunciamiento específico del legislador estatal y

pueden ejercer su competencia respetando los principios que se deriven de la Constitución Española y de la legislación existente (SSTC 1/1982, de 28 de enero; 58/1982, de 27 de julio; 42/1983, de 20 de mayo, y 111/1986, de 30 de septiembre).

La segunda, que la propia idea de bases implica una limitación legislativa:

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la definición de lo básico ha de permitir a las comunidades autónomas su desarrollo a través de la consecución de opciones legislativas propias, de forma que la legislación básica no agote completamente la materia (SSTC 32/1981, de 28 de julio; 1/1982 y 5/1982, de 8 de febrero).

La tercera, que cabe en esta materia de concurrencia entre legislación básica y legislación autonómica el recurso a la *lex repetita*:

Por otra parte, ha de señalarse que la norma autonómica puede reproducir las bases estatales cuando sea necesario para hacer más comprensible el desarrollo normativo que, en ejercicio de sus competencias propias, realice. En tales casos, concurre la excepción que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, permite al legislador autonómico introducirse en el terreno de lo básico (entre otras muchas, STC 119/2018, de 31 de octubre, FJ 2).

B) El fundamento de la atribución exclusiva al Estado

Dentro de fundamento jurídico sexto, la sentencia analiza el fundamento constitucional de la atribución exclusiva al Estado de las bases de las obligaciones contractuales:

[H]a de partirse de la idea de que la necesidad de una mínima regulación uniforme en materia de contratos, al ser el contrato un instrumento jurídico al servicio de la economía ha de orientarse al cumplimiento de los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (art. 139 CE), solidaridad y equilibrio económico (arts. 2 y 138 CE) y planificación general de la actividad económica (art. 131 CE). Todas estas normas constitucionales persiguen la ordenación general del orden público económico y son reglas esenciales en el orden jurídico global al ser las normas que determinan la estructura y el sistema económico de la sociedad. De ahí que en materia contractual solo deba considerarse normativa básica aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones *inter partes* y en la economía interna de los contratos, comprobando, por ejemplo, si se respetan directrices básicas tales como el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal (...).

Las «bases de las obligaciones contractuales» a las que se refiere el artículo 149.1.8 CE no constituyen el punto de partida abierto al desarrollo de las comunidades autónomas, sino que, por el contrario, son exclusivamente un límite a la actividad legislativa de estas. La razón de tal afirmación es clara: la finalidad de la reserva estatal en materia de Derecho de contratos estriba en la necesidad de garantizar un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional. Así, por ejemplo, las comunidades autónomas pueden legislar diversamente sobre las causas de rescisión o de nulidad contractual, pero no variar el concepto mismo de nulidad o rescisión que deben ser equivalentes y únicos para todo el país».

C) El fundamento constitucional del Derecho de contratos y el especial significado del Código civil en esta materia

Lo expone la sentencia en los siguientes términos:

La razón para llevar a cabo este ejercicio de simple contraste principal o genérico se encuentra en la propia naturaleza del Derecho contractual, pues, salvo excepciones justificadas, estamos en presencia de un sistema jurídico eminentemente dispositivo en que debe regir y rige el principio de la libertad de pactos. El fundamento mismo de la institución del contrato se encuentra ante todo en el principio general de libertad que se deduce del artículo 10 CE, al consagrar el principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, y del artículo 1.1 CE, que encuentra necesariamente su reflejo en el ámbito económico. Por ello, esta institución encuentra también fundamento constitucional en el artículo 38 CE, por el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, lo que supone innegablemente la libertad de iniciativa privada en el campo económico y la libertad de los particulares de constituirse en agentes económicos mediante la contratación.

El Código civil, entendido como ordenamiento estatal regulador de las relaciones contractuales entre privados, contempla como regla básica la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos (art. 1255 CC), no impone un régimen jurídico cerrado para cada tipo contractual y, si bien reconoce margen al legislador para adoptar medidas que puedan proscribir determinados comportamientos, vetar concretos tipos contractuales o establecer regímenes imperativos en otros, siempre está sujeto a la posibilidad de un enjuiciamiento constitucional de tales normas imperativas, en garantía de la libertad individual y de empresa a las que nos hemos referido.

Por lo que se refiere a la ubicación de las bases de las obligaciones contractuales, la sentencia sienta claramente su ubicación en el Código civil:

«El legislador estatal no ha declarado formalmente las bases de las obligaciones contractuales, pues estas se encuentran reguladas en el Código civil, que es una norma preconstitucional (...).

En síntesis, como el Tribunal ha declarado reiteradamente, en tanto el Estado no se pronuncie sobre lo que debe entenderse normativa contractual básica, para resolver el recurso planteado debemos inferirla mediante un examen de las normas recogidas en el Código civil de 1889.»

D) Naturaleza de las bases de las obligaciones contractuales y su ubicación en el Código civil

El siguiente paso de la sentencia consiste en intentar concretar la naturaleza (artículos, normas, principios) de las referidas bases de las obligaciones y sobre todo, en intentar identificarlas. A estos efectos explica que el hecho de que la normativa contractual básica deba inferirse de las normas recogidas en el Código civil,

[N]o significa considerar que todas las normas contractuales contenidas en su libro IV lo sean. Muy al contrario, de una lectura atenta del mismo se extrae sin dificultad la idea de que en este cuerpo legal se insertan numerosas reglas optativas en orden a resolver problemas concretos y otras en las que se fijan los perfiles, esquemas o estructuras de lo que debe ser cada uno de los tipos contractuales y de los principios generales en los que se inspiran, como por ejemplo, el principio favor *debitoris* y favor *creditoris*, las reglas sobre los modos de producirse la responsabilidad por el incumplimiento del contrato o el problema de distribución de los riesgos derivado de la ejecución del mismo. En consecuencia, hay que entender que cuando el artículo 149.1.8 CE hace referencia a la competencia exclusiva del Estado para dictar las bases de las obligaciones contractuales está aludiendo al núcleo esencial de la estructura de los contratos y a los principios que deben informar su regulación, pero no puede considerarse que el libro IV CC contenga una regulación que impida a las comunidades autónomas con competencias en esta materia que puedan dictar regulación alguna (...).

Dicho esto, también hay que aclarar que aun cuando el legislador civil estatal no ha identificado lo que deba entenderse por legislación básica en materia de contratos, puede considerarse como tal la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (arts. 1254 a 1280 CC). Con el mismo carácter básico deben tomarse los principios materiales que se extraen de estas normas tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio; la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores.

Mas adelante, en el FJ 7, la sentencia, antes de examinar la conformidad de las normas impugnadas con las bases de las obligaciones, vuelve sobre esta noción, señalando lo siguiente:

«En el presente caso, como también se ha señalado, efectuar este juicio presenta peculiaridades, pues las obligaciones contractuales están reguladas con carácter general en el Código civil, que, al ser una norma preconstitucional, no puede tener la condición formal de básica. La determinación de estas bases ha de inferirse, por tanto, de los principios esenciales que inspiran esta legislación (STC 111/1986, de 30 de septiembre, FJ 4). En el ámbito del Código civil esta operación de inferencia ha de tener presente que el texto de este cuerpo legal fue redactado por la vía de la delegación legislativa (Ley de bases de 11 de mayo de 1888). En este caso, al carecer esta normativa de la condición formal de básica, esta circunstancia subraya la necesidad, en la esfera jurisdiccional, de obtener la formulación de las bases mediante el ejercicio del *ars inveniendi* en el plano de los principios, por medio de un método que se ajuste a la jurisprudencia constitucional sobre el concepto. La noción de bases, en efecto, como tantas veces ha señalado este Tribunal, alude a los principios o elementos estructurales de una determinada materia que deben ser comunes en todo el Estado a partir de los cuales puedan las comunidades autónomas establecer su propia regulación. Por esta razón, para analizar en este supuesto si las normas autonómicas impugnadas respetan la legislación básica estatal, el parámetro de control no es la concreta regulación que efectúa el Código civil de estos contratos, sino únicamente sus elementos esenciales. Son estos elementos los que permiten atribuir una determinada naturaleza jurídica a los negocios jurídicos y establecer una regulación básica que garantice que las condiciones esenciales del ejercicio de la actividad económica sean iguales en todo el territorio nacional. De este modo, se salvaguarda la unidad de mercado (STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 2) y, en general, la seguridad jurídica y se cumplen los fines que a través de la legislación básica se pretenden garantizar en este ámbito.»

A modo de conclusión sobre esta importante materia, la sentencia (FJ 6) manifiesta lo siguiente:

En definitiva, hemos de afirmar que cuando el artículo 149.1.8 CE reserva al Estado la fijación de las bases de las obligaciones contractuales no se la otorga para regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual, sino para dictar aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional.

Las bases, por tanto, deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos (STC 71/1982, de 30 de noviembre) y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual, salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas genera-

les o generalizables a la clase a que por su naturaleza jurídica pertenece y, en todo caso, deben quedar opciones diversas para que el legislador autonómico pueda ejercitar su competencia.

14. BASES DE LAS OBLIGACIONES Y REGULACIÓN CONTRATO DE COMPRAVENTA

La sentencia dedica el FJ 7 («Análisis de la conformidad de las normas autonómicas impugnadas con la legislación básica estatal en materia contractual») a examinar si las novedades que introduce la legislación civil autonómica respecto de lo dispuesto en el Código civil sobre la estructura y principios que deben estar presentes en los contratos de compraventa, permuta, mandato y sobre la gestión de negocios ajenos respeta las bases de las obligaciones contractuales que se infieren de la regulación de estas obligaciones prevista en el Código civil.

La sentencia llega a la conclusión de que la regulación autonómica respeta las bases de las obligaciones contractuales y también respeta la unidad de mercado. Además advierte de la «enorme semejanza» entre dicha regulación y la que se contiene en el Código civil:

La regulación autonómica impugnada no interfiere en la estatal y, por ello, no debe declararse inconstitucional ya que, en los términos expuestos, ni ha supuesto una invasión de competencias estatales ni, por ahora, supone ninguna interferencia en la regulación estatal. Es más, conviene advertir de la enorme semejanza, salvo las excepciones a las que nos hemos referido entre ambas normativas.

Esta normativa, como se ha indicado, respeta, además, el principio de unidad de mercado. En efecto, en contra de lo que sostiene el abogado del Estado, la diferente regulación de las obligaciones contractuales que en ella se contiene no impide que el Derecho a la libertad de empresa se ejerza en condiciones básicas de igualdad (art. 38 CE), pues estas condiciones están garantizadas por la legislación básica estatal, ni constituye un obstáculo a la libertad de circulación impuesta por el artículo 139.2 CE, ya que esta regulación no incide en el ámbito garantizado por este principio constitucional. En consecuencia, respeta los elementos fundamentales que, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, definen la unidad de mercado (SSTC 96/2013, de 23 de abril, FJ 4, y 79/2017, de 22 de junio, FJ 2, entre otras muchas).

Para llegar a esta conclusión, comienza la sentencia examinando las principales novedades o singularidades referidas al contrato de compraventa (obligación de transmitir la propiedad, deberes de información, arras, open price, incumplimiento, etc.):

a) En cuanto a la compraventa (art. 621.1 del Código civil de Cataluña), cabe destacar que el legislador autonómico la mantiene como contrato obligatorio (no real), si bien incorpora la obligación del vendedor de transmitir la titularidad del derecho vendido, ya

sea el de propiedad u otro derecho patrimonial, lo que, sin interferir en las reglas del Código civil, puede decirse que tan solo pone fin al secular debate doctrinal acerca de si el vendedor queda obligado transmitir la propiedad de la cosa vendida o por el contrato cumple limitándose a entregar su posesión legal y pacífica, respondiendo en caso de evicción.

Se observa, asimismo, que el régimen de prohibiciones establecido por la ley impugnada en orden a la celebración del contrato de compraventa (art. 621.4 del Código civil de Cataluña) no coincide en todos los aspectos con el previsto en el Código civil. Tampoco aquí, sin embargo, podemos considerar que exista una vulneración de las bases sentadas por este cuerpo legal, dado que resulta indiscutible que el régimen de prohibiciones dispuesto en la nueva ley, en el marco del Derecho especial de Cataluña, respeta los elementos esenciales de la regulación del Código civil y responde plenamente al principio básico en el que esta normativa se inspira, a saber, la de hacer compatible la libertad de negociar con la evitación de conflictos de intereses que puedan perjudicar la causa del contrato, en línea, por lo demás, con la interpretación evolutiva realizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

b) También la norma autonómica prescinde de la necesidad de fijar el precio inicialmente (art. 621.5 del Código civil de Cataluña: «si el contrato suscrito no determina el precio ni establece los medios para su determinación, se entiende que el precio es el generalmente cobrado en circunstancias comparables»), lo que sin duda supone una novedad respecto al código civil estatal que dispone que el precio de una compraventa tiene que ser en dinero o signo que lo represente, y que tiene que ser cierto, en el sentido de determinado o determinable, ya sea por las partes o por un tercero (art. 1449 CC), so pena de que el contrato devenga ineficaz. A juicio de este Tribunal, si bien la existencia de un precio cierto es requisito esencial del contrato de compraventa, el cambio introducido por el legislador autonómico no incumple la legislación básica, pues rectamente entendida en la norma no se prescinde del precio, sino que se opta por establecer un criterio de fijación subsidiario para el caso de que las partes nada hayan pactado o exista desacuerdo entre ellas.

c) En relación con el Derecho y el deber de información (art. 621.7 del Código civil de Cataluña) ha de tenerse en cuenta que, aunque la STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 18, declaró que la introducción en el Derecho contractual de un deber de información con alcance general ha de hacerse por el legislador estatal en virtud de las competencias que en materia de Derecho civil le atribuye el artículo 149.1.8 CE, esta doctrina no impide que este deber pueda ser impuesto también por el legislador autonómico si, como ocurre en el caso de Cataluña, ha asumido competencias en materia de Derecho civil propio (art. 129 EAC) y este Derecho, como se ha indicado, comprende la regulación de la compraventa.

Queda, por tanto, por determinar si la regulación del deber de información que efectúa la norma impugnada es acorde con las bases estatales. El artículo 621.7 del Código civil de Cataluña, lo impone al vendedor, reforzando de esta manera el deber de transpa-

rencia de las partes en el contrato de compraventa. Esta norma parte del principio, admitido por la doctrina y por la jurisprudencia, en el estricto marco del Código civil, como fundamento interpretativo para la distribución de las obligaciones y riesgos en el contrato, de que es al vendedor a quien resulta más sencillo y menos gravoso conocer las calidades y características del bien objeto de compraventa y, por lo tanto, sobre él recae, salvo que otra sea la voluntad de las partes, un especial deber de información; mientras que es al comprador a quien corresponde, en virtud de los mismos principios de equilibrio contractual, el deber de verificación y comprobación del objeto del contrato una vez adquirido o recibido.

En consecuencia, tampoco en esta norma puede verse conato alguno de inadecuación o interferencia lesiva con los principios y reglas establecidos en la normativa básica del Código civil estatal.

d) El artículo 621.8 del Código civil de Cataluña relativo a las arras, dista también en alguna medida de lo dispuesto en el Código civil estatal, pues distingue entre arras confirmatorias y penitenciales, determinando la necesidad de que estas últimas se pacten expresamente, siguiendo así la consolidada jurisprudencia y doctrina científica y, aclarando, por lo demás que, en caso de que los contratantes no especifiquen la función que las mismas cumplen en el contrato, recibirán la consideración de confirmatorias. Por consiguiente, en opinión de este Tribunal, también en este caso, la norma autonómica no difiere de lo establecido en el Código civil estatal (art. 1454 CC), sino que tan solo incorpora las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia a la posible interpretación de este.

e) A tenor del artículo 621.9 del Código civil de Cataluña, una de las obligaciones del vendedor es garantizar la conformidad del bien vendido. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 1445 CC, el bien entregado no tiene que ser solo «cosa determinada», sino que tiene que ser conforme a contrato y a los criterios acordados por las partes en relación con cantidad, calidad, tipo, uso habitual, empaque o suministro de accesorios e instrucciones, entre otros. Ninguna tacha, por tanto, de inadecuación a las bases establecidas en el Código civil puede apreciarse, sino que la regulación impugnada se ajusta, complementándolo, al principio de certeza del objeto de la compraventa y a la proscripción de los supuestos de *aliud pro alio* en consonancia con la más moderna jurisprudencia y doctrina civilística formulada en torno a aquel cuerpo legal.

f) En cuanto a las acciones del comprador y del vendedor derivadas del incumplimiento del contrato (art. 621.37 del Código civil de Cataluña) debe indicarse, en primer lugar, que, aunque, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal (entre otras muchas, SSTC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 264/1993, de 22 de julio, FJ 5, y 54/2018, de 24 de mayo), estas acciones se incardinan en las competencias que atribuye al Estado el artículo 149.1.6 y 149.1.8 CE, esta doctrina ha de entenderse sin perjuicio de las competencias que hayan podido asumir las comunidades autónomas con Derecho civil propio [en este sentido, STC 62/1991, FJ 4 e)]. De ahí que, en el presente caso, al haber asumido la Gene-

ralitat competencies en esta materia, la jurisprudencia citada no resulta de aplicaci3n.

Procede, en segundo lugar, verificar si la regulaci3n que efectúa esta norma respeta las bases de las obligaciones contractuales. El artícu1o 621.37 del C3digo civil de Catalu1a expresa el principio b3sico de conservaci3n del contrato y de eficacia de su cumplimiento. La norma auton3mica unifica las acciones de ambas partes en caso de incumplimiento o cumplimiento imperfecto o defectuoso. Así, las conocidas acciones edilicias quedan incorporadas dentro de este concepto, a trav3s del cual se puede exigir el cumplimiento específuco, la suspensi3n del pago del precio o de obligaciones, la resoluci3n de la compraventa o la reducci3n de precio. Hay que a1adir la reclamaci3n de da1os y perjuicios, acumulable en todo caso, y la tradicional evicci3n.

Una vez m3s, debemos confirmar la ausencia de invasi3n o incumplimiento respecto de los principios que se inferen del C3digo civil (art. 1124 CC) y el pleno respeto a la interpretaci3n jurisprudencial tendente a poner a disposici3n de las partes, sin distinciones formales enervantes, las acciones adecuadas para lograr la eficacia en el cumplimiento del contrato.

15. BASES DE LAS OBLIGACIONES Y COMPRAVENTA DE CONSUMO

B) Por lo que se refiere al contrato de compraventa de consumo (art. 621.2 del C3digo civil de Catalu1a), el legislador auton3mico establece una garantía en defensa del consumidor –la sanción de ineficacia para el caso de que en el contrato se dispongan pactos, cl3usulas o estipulaciones, que, en perjuicio del consumidor, modifiquen el r3gimen imperativo de protecci3n consagrado en la ley– que no contradice la legislaci3n b3sica estatal, sino que se ajusta plenamente a esta normativa. Este precepto, al introducir la compraventa de consumo en la regulaci3n general de la compraventa que efectúa el C3digo civil de Catalu1a, no tiene m3s alcance que el de incorporar a este texto legal este tipo contractual de acuerdo con lo dispuesto en la legislaci3n b3sica estatal –art. 59 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios– y prever la consecuencia jurídicu que, de acuerdo con los principios b3sicos en materia de obligaciones contractuales, se deriva de la infracci3n de las normas imperativas. La articulaci3n de la compraventa de consumo, por tanto, tiene como objeto distinguir en la disciplina de la compraventa una modalidad de gran relevancia pr3ctica cuyas especificidades sobre la perfecci3n del contrato, las obligaciones de las partes y las consecuencias de su incumplimiento, que se reflejan en distintos lugares del texto legal, deben dejarse establecidas –so pena de dejar incompleta o desequilibrada la regulaci3n del contrato en su conjunto–, cosa que se hace con pleno respeto a la normativa b3sica estatal en materia de consumo, a la que la ley catalana se remite implícitamente.

16. BASES DE LAS OBLIGACIONES Y REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PERMUTA Y CESIÓN DE FINCA O DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

g) En lo que atañe al contrato de permuta y al contrato de cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura (art. 621.56 y 621.58 del Código civil de Cataluña), quedan regulados de manera específica y diferenciada respecto de la compraventa, disponiéndose su remisión en el caso de la permuta, al régimen de la compraventa, por lo que, en conjunto, hace reducir el margen de duda, además de contener unas reglas similares a las del Código civil (arts. 1538 ss.).

17. BASES DE LAS OBLIGACIONES Y REGULACIÓN DEL MANDATO Y DE LA GESTIÓN DE ASUNTOS AJENOS SIN MANDATO

h) Por último, para los contratos sobre actividad ajena (capítulo II del Código civil de Cataluña), mandato y gestión de asuntos ajenos (arts. 622.21 ss. del Código civil de Cataluña), la regulación autonómica se basa en la establecida en el Código civil, si bien la amplía a la exigencia de que el mandatario actúe personalmente sin posibilidad de ceder la ejecución del encargo a un tercero, salvo autorización expresa (art. 622.26 del Código civil de Cataluña) y permite para el caso de la revocación del mandato que el mandante exija la devolución del documento contractual (art. 622.35). Igualmente destacable es el pacto de irrevocabilidad del mandato, si el otorgamiento tiene como finalidad la salvaguarda de intereses legítimos del mandatario o de los mandantes, derivados de una relación jurídica distinta del mandato (art. 622.36). A la vista de lo expuesto, parece indiscutible que la normativa autonómica no incumple la legislación que puede considerarse básica sobre el contrato de mandato, sino que la completa sin vulnerar los principios informadores del Derecho de contratos. Por su parte, la gestión de negocios ajenos sin mandato, se presenta como una institución residual respecto del mandato y como un instrumento de solidaridad mutua y gestión desinteresada entre particulares, sin diferir ni en su estructura, ni en su régimen jurídico de la esencia de este cuasicontrato regulado en el Código civil en el artículo 1888.

18. LIBRO SEXTO Y *LEX REPETITA*

La sentencia, tras haber resuelto la plena compatibilidad de la normativa contractual impugnada con las bases de las obligaciones contractuales y con la unidad de mercado, añade un razonamiento sobre la jurisprudencia

constitucional referida a la reproducción de normas estatales por las autonómicas:

D) En el contraste entre la regulación autonómica y la estatal dictadas al amparo de su competencia en materia de Derecho civil debe aplicarse la doctrina constitucional sobre la reproducción de normas estatales por las autonómicas y distinguir dos supuestos distintos de *lex repetita*. El primer supuesto que se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la comunidad autónoma, como es nuestro caso. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la comunidad autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal, en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 3). En el supuesto analizado en esta sentencia, es claro que la comunidad autónoma catalana en uso de sus competencias está legitimada para repetir la normativa estatal contractual, aún más teniendo en consideración que no existe todavía un pronunciamiento por su parte acerca de qué deba considerarse básico en materia de contratos civiles.

19. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 621.54, SOBRE EL PROCEDIMIENTO NOTARIAL DE EJERCICIO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA

El procedimiento estaba previsto para aquellos casos en los que el pacto con condición resolutoria se había formalizado en escritura pública inscrita en el Registro de la propiedad. Es el único precepto que la sentencia declara inconstitucional y nulo. Fue impugnado por carecer de un antecedente normativo en el originario Derecho civil catalán, y también por no respetar la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE).

La sentencia entiende que,

«sobre esta particular institución civil hay que compartir el criterio del Parlamento y de la Generalitat de Cataluña, por cuanto existe una evidente conexión entre el pacto de condición resolutoria de la norma impugnada con la venta a carta de gracia incorporada a la Compilación aprobada por la Ley 40/1960 en los artículos 323 a 328, cuyo origen se remonta a costumbres anteriores al siglo XVII y que ahora se actualiza como medio válido en la financiación inmobiliaria».

También rechaza que infrinja la competencia estatal en materia de ordenación de los instrumentos públicos (art. 149.1.8.^a):

En orden a la delimitación de las competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.8 CE en materia de «ordenación de los registros e instrumentos públicos», las SSTC 156/1993, de 6 de mayo, FJ 5, y 4/2014, de 16 de enero, FJ 3, han precisado que «[e]l Estado ostenta “en todo caso” competencia exclusiva para la ordenación de los instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE), lo que supone, como es obvio, que ninguna disposición autonómica podrá, sin incurrir en inconstitucionalidad, proceder a dicha ordenación». Pero declaran también «que el intérprete ha de cuidar aquí de salvar la concordancia entre la exclusiva competencia del Estado en este ámbito y la que pueda ostentar determinada comunidad autónoma para legislar sobre institutos jurídicos integrados en su Derecho civil propio, o conexos con el mismo, lo que significa, ante todo, que no será aceptable un entendimiento tan lato de aquella competencia estatal que venga a impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el solo argumento de que unos u otros pueden o deben formalizarse mediante instrumento público».

La aplicación de esta doctrina conlleva que la materia a la que afecta la controversia competencial suscitada en relación con el artículo 621.54.3 del Código civil de Cataluña no es, como sostienen las partes en este proceso, la ordenación de los registros e instrumentos públicos, pues la norma impugnada no efectúa una regulación de estas instituciones.

Seguidamente la sentencia lleva a cabo de oficio lo que denomina un «correcto encuadramiento de la controversia competencial suscitada» y entiende que el artículo regula un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos que invade la competencia estatal en materia de legislación procesal (art. 149.1.6.^a CE) porque no está amparado en la excepción prevista en la norma (especialidades derivadas de las particularidades del derecho sustantivo de la comunidad autónoma):

El artículo 621.54.3 del Código civil de Cataluña regula un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos. A través del procedimiento notarial que esta norma prevé, el vendedor puede obtener la resolución del contrato de compraventa si se ha pactado una condición resolutoria para el supuesto de falta de pago de todo o parte del precio aplazado, siempre que se haya formalizado en escritura pública y se haya inscrito en el registro de la propiedad. En consecuencia, dada la finalidad de la norma impugnada, ha de concluirse que estamos en presencia de una norma procesal de resolución extrajudicial de conflictos, cuyo ámbito legislativo está reservado por el artículo 149.1.6 CE a la exclusiva competencia del Estado, «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las comunidades autónomas».

Para poder apreciar que el precepto impugnado es acorde con el orden constitucional de competencias es preciso comprobar si el procedimiento que en él se regula puede encontrarse amparado en la sal-

vedad recogida en el artículo 149.1.6 CE. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal (entre otras muchas, STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 4), la competencia asumida por las comunidades autónomas al amparo de la referida excepción «no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el artículo 149.1.6 CE, sino que, como indica la expresión “necesarias especialidades” del citado precepto constitucional, tan solo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia comunidad autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las comunidades autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por estas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4, y 127/1999, de 1 de julio, FJ 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la ley se puedan desprender o inferir esas “necesarias especialidades” (STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 5).» En el mismo sentido, SSTC 243/2004, FJ 6, y 135/2006, FJ 2 e); 31/2010, FJ 27; 21/2012, de 16 de febrero FJ 7, y 44/2019, de 27 de marzo, FJ 4.

La aplicación de esta doctrina conlleva que la competencia para dictar esta norma no pueda encontrarse amparada en la salvedad prevista en el artículo 149.1.6 CE. De la regulación contenida en el artículo 621.54 no puede inferirse que el procedimiento que en él se establece se justifique en las particularidades de su Derecho sustantivo y el legislador catalán tampoco ofrece esta justificación. El preámbulo de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, se limita a señalar que «[l]a subsección séptima incorpora especialidades de la compraventa inmobiliaria que la práctica notarial y registral catalana había ya prefigurado» y más adelante tan solo afirma que «[f]inalmente, se regula de forma ponderada la condición resolutoria explícita». En consecuencia, el Tribunal no puede apreciar especialidad alguna que justifique el uso de la competencia excepcional en materia procesal.

20. EL TRIBUNAL, LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY.

Concluye la sentencia con una reflexión sobre el papel del Tribunal Constitucional en ausencia de una determinación legal de las bases de las

obligaciones contractuales contempladas en el artículo 149.1.8.^a CE en la que late también una llamada al legislador para que aborde esta tarea:

«[N]o debemos, sin embargo, finalizar esta resolución sin recordar, por lo que se refiere a la ausencia de la fijación estatal de las bases de las obligaciones contractuales lo declarado en la STC 80/1988, de 28 de abril, FJ 5: «la tarea que a este Tribunal corresponde para la defensa del sistema de distribución de competencias [art. 161.1 c) CE y art. 59 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional] cuando entra en juego, como ahora, la competencia estatal para la ordenación de lo básico, se debe orientar en atención a dos finalidades esenciales, consistente la primera en procurar que la definición de lo básico no quede, en cada caso, a la libre disposición del Estado –pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas– y cifrada, la segunda, en la preservación de que el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado la facultad para oponer sin advertencia a las comunidades autónomas, como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura».

III. LOS VOTOS PARTICULARES

El número de votos particulares (cuatro, suscritos por cinco magistrados), su contenido y su extensión aconsejan la lectura directa de todos ellos. Cabe ensayar, sin embargo, una enumeración de las cuestiones que abordan al expresar su discrepancia con el criterio de la sentencia. Enumeración que aunque no sea exhaustiva sí puede dar cuenta de los puntos centrales que abordan en sus votos los magistrados que los han formulado.

1. LA SENTENCIA Y SU APARTAMIENTO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON DERECHO CIVIL FORAL O ESPECIAL

En los votos particulares se sostiene que la sentencia se aparta sin decirlo expresamente y sin justificarlo debidamente, de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, incluso de la recogida en sentencias muy recientes.

El magistrado señor Ollero señala que su discrepancia con la sentencia,

«se funda en que con ella una exigua mayoría del Tribunal decide romper con una consolidada línea jurisprudencial, sin anunciarlo y sin ofrecer al respecto motivación alguna. No se trata de que olvide anteriores pronunciamientos de hace décadas –que también– sino que actúa con similar soltura al ignorar una sentencia (en adelante STC) de este mismo año, como la 13/2019, de 31 de enero (...).»

El voto particular del magistrado señor Narváez sostiene que la sentencia,

«Aunque en el plano teórico parece atenerse a la doctrina constitucional sobre el artículo 149.1.8 CE, la aplicación que hace en la práctica lleva, a mi parecer, a una completa desvinculación de la misma (...). Con base en nuestra doctrina se deben descartar dos interpretaciones maximalistas del artículo 149.1.8 CE: por un lado, la de que la competencia autonómica deba quedar congelada y circunscrita a la regulación preexistente, pues el “desarrollo” implica crecimiento (STC 88/1993, FJ 3); de otro lado, la de que este crecimiento del Derecho civil foral o especial puede extenderse a cualquier materia, con el solo límite de las reservas estatales de segundo grado que recoge el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE, que incluye, en lo que aquí interesa, “las bases de las obligaciones contractuales”.

La delimitación de la competencia autonómica se sitúa a medio camino entre los dos puntos que he indicado, pues nuestra doctrina ha excluido expresamente la compatibilidad con la Constitución de cualquiera de las dos interpretaciones extremas (...). A mi entender, aunque la sentencia se atiene aparentemente a lo anterior, en realidad define un ámbito prácticamente ilimitado para la competencia de Cataluña en materia de Derecho civil. Y lo hace a través de tres vías concurrentes, que paso a exponer: (i) un criterio extraordinariamente laxo para apreciar la conexión, con casi nula exigencia de justificación de dicha conexión al legislador catalán; (ii) la falta total de referencia a los imprescindibles “principios informadores peculiares del Derecho foral o especial” propio; y (iii) una interpretación restrictiva de la competencia estatal en «legislación civil» –y por consiguiente expansiva de la autonómica– que es incompatible con la literalidad y el sentido del art. 149.1.8 CE.»

2. LA OMISIÓN POR LA SENTENCIA DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHO CIVIL.

El voto particular del magistrado señor Ollero afirma lo siguiente:

«La ponencia no aborda directamente el alcance y significado de la «competencia exclusiva» atribuida al Estado sobre «legislación civil» (art. 149.1.8 de la Constitución, en adelante CE). Se refiere solo a la competencia catalana para actualizar, modificar y desarrollar el Derecho foral. Sintomáticamente, razona en todo momento que deben evitarse interpretaciones restrictivas. Se refiere también constantemente a la necesidad de ser flexibles a la hora de apreciar la necesaria conexión entre la nueva regulación civil catalana y el Derecho foral preconstitucional. Tratándose de una competencia exclusiva del Estado debe ser esta la que se vea a salvo de interpretaciones restrictivas fruto de imaginativas pseudoconexiones (...).

La sentencia, sin embargo, interpreta expansivamente la competencia autonómica para desarrollar el Derecho foral, dando a entender que la Generalitat de Cataluña está autorizada a aprobar un còdi-

go civil completo, desplazando enteramente la legislación civil estatal; ello resulta evidentemente inconsistente con un criterio de reparto que atribuye la competencia al Estado con carácter general.»

El magistrado señor Narváez también incide sobre esta cuestión:

«Creo que la sentencia no aplica correctamente el específico sistema de distribución de la competencia legislativa civil que contiene el artículo 149.1.8 CE. La regla primera que, con toda claridad, establece el precepto es que la competencia en materia de «legislación civil» corresponde al Estado. La competencia de «la conservación, modificación y desarrollo» de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, es la excepción a dicha regla, excepción que a su vez se ve limitada por materias que «en todo caso» corresponden al Estado (...).

Es evidente que, cuando se delimitan dos ámbitos competenciales sobre la misma materia, la interpretación expansiva de uno implica la restricción del otro. Por tanto, si hay que interpretar restrictivamente uno de las esferas competenciales, debería ser la autonómica, y de forma especial en materia de contratos, en que la Constitución se preocupa de atribuir al Estado las «bases de las obligaciones contractuales.»

El magistrado señor Montoya también dedica un apartado de su voto particular a examinar «El sistema del reparto constitucional en materia de «legislación civil» y su quiebra en la sentencia»:

«El cuerpo de doctrina constitucional sobre la materia “legislación civil” se desarrolla en una primera fase, que comprende desde la STC 71/1982, de 30 de noviembre, hasta la STC 156/1993, de 6 de mayo. Conforme a estas resoluciones, el reparto competencial en materia de «legislación civil» *ex* artículo 149.1.8 CE presenta tres niveles: a) la legislación civil es, en principio, competencia del Estado; b) como límite a dicha regla general, cabe que los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan, sean conservados, modificados o desarrollados por las comunidades autónomas; c) esta facultad normativa tiene, a su vez, un contralímite («segunda reserva [...] a favor del Estado» dice el Tribunal), en cuanto que no puede invadir las materias que, de acuerdo al segundo inciso del artículo 149.1.8 CE, corresponden al Estado “en todo caso”.

Esta distribución tripartita, que es la piedra angular del reparto competencial en la materia, se ha reiterado sin interrupción en las SSTC 31/2010, 95/2017, 133/2017, 40/2018, 41/2018 y 54/2018. Por decirlo con las palabras de la STC 41/2018, de 26 de abril, FJ 4, “la Constitución atribuye al Estado la legislación civil, sin más posible excepción que la conservación, modificación y desarrollo autonómico del Derecho civil especial o foral. La reserva al Estado por el mismo artículo 149.1.8, de determinadas regulaciones ‘en todo caso’ sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y

que pueden asumir ciertas comunidades autónomas. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 79, citando la doctrina de la STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1)».

La sentencia de la que discrepamos derriba esta clave de bóveda del sistema y, optando por un reparto articulado en dos únicos niveles, que no se compadece ni con la literalidad ni con el espíritu de la regulación constitucional, derruye la distribución competencial que el constituyente diseñó para la materia “legislación civil”. Afirma en este sentido el fundamento jurídico 2 de la resolución que “la Constitución atribuye al Estado la competencia para dictar las bases de las obligaciones contractuales, artículo 149.1.8 CE, mientras que a la comunidad autónoma de Cataluña, le corresponde el desarrollo de su derecho civil, en virtud del artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: EAC”. De esta manera, la sentencia de la mayoría viene a atribuir a Cataluña, sin apoyo constitucional alguno, toda la competencia sobre la legislación civil, con la única salvedad de las materias enumeradas en el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE.»

3. LA INTERPRETACIÓN EXTRAORDINARIAMENTE AMPLIA O LAXA DEL CRITERIO DE LA «CONEXIÓN» EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS Y CON LAS INSTITUCIONES PREEXISTENTES

La crítica a la sentencia en este punto la realiza el voto particular del magistrado señor Ollero en los siguientes términos:

«La doctrina constitucional ha venido exigiendo la conexión con alguna institución o principio peculiar del derecho civil foral. Es constante tal exigencia de peculiaridad del principio o figura con el que ha de estar conectada la legislación autonómica que quiera adoptarse en materia civil (SSTC 88/1993, FJ 3, 156/1993, FJ 1 b), 31/2010, FJ 76, 40/2014, FJ 5, 82/2016, FJ 6, 95/2017, FJ 4, 133/2017, FJ 4, 40/2018, FJ 6; 41/2018, FJ 6). Sin embargo, esta exigencia desaparece en esta sentencia; le basta que haya alguna norma sobre la materia para entender que la Comunidad Autónoma está autorizada a regular toda ella. La aplicación de la doctrina constitucional conduciría casi con toda seguridad a un resultado bien distinto. No parece que las pocas peculiaridades forales en materia de contratos (rescisión por lesión y venta a carga de gracia) puedan fundar la creación de todo un sistema catalán de obligaciones y contratos, que desplace la regulación estatal de los Códigos Civil y de Comercio. Faltando la invocación de precedente preconstitucional alguno relativo al mandato y a la gestión de negocios ajenos, no parece tampoco que el legislador autonómico pueda regularlos acabadamente. Menos aún si se pretende colgar tal regula-

ción de una figura que poco tiene que ver con estas cuestiones: el albacea, como garante de la última voluntad del testador.»

El voto particular del magistrado señor Narváez dice sobre esta cuestión lo siguiente:

«Las normas sobre obligaciones y contratos eran claramente minoritarias en el conjunto del Derecho civil catalán. En el texto refundido de la compilación del Derecho civil de Cataluña (Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio) se dedicaban a dicha materia los artículos 321 a 341, esto es, veinte artículos de los trescientos cuarenta y cuatro que integraban la compilación. Esta escasa relevancia se confirma con la lectura de la justificación de la enmienda número 183 del grupo parlamentario de la Minoría Catalana al texto apartado séptimo del artículo 138 del anteproyecto de Constitución, que pasaría luego a ser el actual artículo 149.1.8 de la Carta Magna. En aquella justificación se afirmaba literalmente que había «pocas bases contractuales privativas del Derecho catalán» y la enmienda pretendía que las «pocas peculiaridades vigentes que en relación con las mismas forman actualmente parte del conjunto del Derecho civil especial de Cataluña y que difieren del Código civil subsistan y, si hay que suprimirlas o perfeccionarlas, sea el órgano legislativo autonómico catalán el competente para hacerlo, como el resto del Derecho catalán». La enmienda aspiraba a que, tras la reserva al Estado de las «bases de las obligaciones contractuales», se añadiera la expresión «sin perjuicio del mantenimiento de las peculiaridades de las mismas [bases contractuales] que estuvieren vigentes en el Derecho sustantivo de los territorios autónomos». La enmienda fue rechazada y no quedó incorporada al texto definitivo del artículo 149.1.8 CE, que únicamente recoge esta salvedad para las fuentes del Derecho civil foral o especial.

Tal toma de postura del constituyente y el rechazo de aquella enmienda, no solo cabe interpretarlo como el deseo de este de restringir la competencia autonómica en materia del derecho contractual, sino que revela el carácter excepcional y poco significativo que, para el grupo parlamentario catalán, tenía el derecho civil de contratos en aquella comunidad.

En relación con lo anterior, se debe hacer hincapié en que es al legislador autonómico a quien incumbe acreditar la conexión con instituciones propias de su derecho, que sean preexistentes a la Constitución y arraigadas en la tradición jurídica de la comunidad autónoma, así como guiadas por «principios informadores peculiares» (...).

[N]o comparto que la existencia de dos especialidades catalanas sobre la regulación de un contrato tan importante para el tráfico como la compraventa pueda justificar la competencia de esta comunidad autónoma para introducir una regulación exhaustiva e integral del citado contrato, compuesta por cincuenta y cinco artículos de los que solo dos conectan con instituciones propias (...) En el caso del mandato, la argumentación de que está conectado con instituciones previas y principios informadores peculiares es sencillamente inexistente. No solo es una figura no prevista en la compila-

ción catalana, sino que la Ley 3/2017 no ofrece razón de en qué medida una regulación completa del mismo como la que introduce se justifique sobre precedentes propios y especialidades preexistentes (...).

El criterio de la sentencia de aceptar la conexión al vincular este contrato con figuras del derecho de familia y sucesiones, específicamente destinadas a abordar otras situaciones y problemáticas diferentes, resulta forzado y es tan laxo que, en definitiva, supone *de facto* aceptar un crecimiento sin límite del Derecho civil especial propio, pues difícil será no encontrar alguna relación, del todo remota como aquí es el caso, entre el contenido de unas instituciones y otras, dado que, no en vano, el derecho civil es un sistema y todas sus partes guardan cierta relación.»

También el voto del magistrado señor Montoya aborda esta cuestión:

«La STC 95/2017, que, como se ha indicado, fue adoptada por unanimidad por el Pleno en su composición actual, estableció, recogiendo la doctrina de la STC 88/1993, respecto al criterio de la conexión, “que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan”.

La formulación de este criterio flexibilizó al máximo la idea de conexión, admitiendo en aquel caso que la regulación de la propiedad temporal impugnada tenía una cierta conexión con principios peculiares del derecho civil catalán. La sentencia de la que discrepamos da un paso más adelante, pues, aunque nominalmente conserva esta exigencia de conexión, la aplicación que hace de ella es tan sumamente abierta que dicho requisito queda diluido hasta prácticamente desaparecer (...).

Todo ello nos reitera en la percepción inicial de hallarnos ante un proceso deductivo que, partiendo de unas premisas forzadas, llega a un resultado contrario a la doctrina constitucional sentada en torno a la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles o forales.

En efecto, extraer de una peculiaridad de la acción rescisoria (circunscrita a la compraventa de inmuebles) o de la singularidad que dota la causa subyacente (préstamo o prenda) a la venta a carta de gracia, un punto de conexión de tal magnitud que permita crear un sistema normativo completo sobre los contratos transmisivos (de los que la compraventa es paradigma regulatorio conforme proclama el preámbulo de la norma objeto de enjuiciamiento), supone arrumbar la doctrina constitucional en la materia, al hacer descansar la fuerza justificativa de la conexión en singularidades perfectamente integradas en cuerpos normativos completos que el propio legislador autonómico reconoce como tales.

Más aún, en los contratos sobre actividad ajena, la búsqueda de conexión ni siquiera descansa en peculiaridades o disposiciones aisladas como en el caso anterior, pues, sencillamente, no existían

en la Compilación y tienen que buscarse en figuras cuya razón de ser no se encuentra en el derecho de obligaciones sino, de forma tangencial, en el de sucesiones y familia.»

4. CONEXIÓN SUFICIENTE Y LEYES POSCONSTITUCIONALES

El magistrado señor Ollero discrepa de que la «conexión suficiente» de las nuevas normas pueda establecer incluso con la normativa autonómica posterior a la Constitución:

«Varios pasajes de la sentencia dan a entender que la conexión del Derecho civil autonómico nuevo puede trabarse con Derecho civil posconstitucional, partiendo de que este es ya expresión de una actualización, modificación o desarrollo de Derecho foral preconstitucional. De ahí que, «para comprobar si existe o no vinculación entre las nuevas normas y el ordenamiento jurídico autonómico no es necesario relacionarlas con instituciones concretas ya reguladas, sino que es suficiente con que tal unión o trabazón exista con el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan» (FJ 3). No deja de ser curioso al respecto que se aluda también a cualquier «ordenación posterior», expresión particularmente discutida, que se pretendía apoyar sin mayor fundamento en una sentencia previa; la cuestión se ha resuelto manteniendo tal alusión, aunque prescindiendo de la cita a la sentencia en cuestión (...).

De generalizarse tal planteamiento, habría que admitir con toda claridad que la legislación civil estatal desaparecería virtualmente en todas las comunidades autónomas que tengan alguna mínima tradición foral; lo que, como ya he señalado, no ha ocurrido hasta ahora al interpretar el artículo 149.1.8 CE. La doctrina constitucional viene exigiendo hasta el momento que todo desarrollo de derecho civil conecte con leyes o normas forales preconstitucionales (por todas, STC 95/2017, FJ 4 b). La sentencia, aunque se cuide de no afirmarlo, viene a modificar esta doctrina, al admitir la conexión con derecho civil posconstitucional.»

En el voto del magistrado señor Montoya también se expone esta misma idea:

«El artículo 149.1.8 de la Constitución solo autoriza el “desarrollo” (además de la conservación y modificación) de los Derechos civiles forales o especiales que preexistiesen a su promulgación.

En efecto, la doctrina constitucional recaída sobre la noción de “desarrollo” del Derecho civil foral o especial siempre ha exigido la existencia de una conexión con el Derecho propio “vigente al tiempo de promulgarse la Constitución”, no con el Derecho propio surgido después de la Constitución (...) pues la ratio de esta atribución competencial a las comunidades autónomas es la garantía del

Derecho civil especial o foral que rigiera en su territorio en aquel momento.

La sentencia de la mayoría, de la que disintimos, sin embargo atribuye a la comunidad autónoma de Cataluña competencia para “legislar sobre aquellas instituciones que ya aparecieran recogidas en su ordenamiento jurídico a la entrada en vigor del texto constitucional, en su ordenación posterior o bien tengan conexión con ellas (STC 40/2018, de 26 de abril, FJ 5)”. La incorporación de la expresión «en su ordenación posterior» es completamente novedosa y totalmente ajena a la justificación constitucional de la correspondiente competencia, a saber, la garantía del Derecho civil propio existente en el momento de promulgarse la Constitución, no ningún otro posterior.»

5. BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES VS. LEGISLACIÓN BÁSICA Y LEGISLACIÓN DE DESARROLLO

Todos los votos particulares disienten de que la sentencia interprete la noción «bases de las obligaciones contractuales» conforme a las categorías constitucionales relativas a legislación básica y legislación de desarrollo, y no como competencia exclusiva del Estado excepción o límite infranqueable incluso frente a los derechos civiles forales o especiales.

Sobre este punto, el voto particular del magistrado señor Ollero dice lo siguiente:

«[La sentencia] identifica primero el concepto de «bases de las obligaciones contractuales» con el de «legislación básica», esto es, con la reserva al Estado de un mínimo común denominador normativo que admite el desarrollo autonómico (FJ 2, al referirse a la «legislación básica estatal» en materia de obligaciones y contratos; y, ampliamente, en el FJ 6). Al hacer entrar en juego, por mera afinidad literal, la relación bases-desarrollo propia de las competencias compartidas, la sentencia viene a considerar que la noción de «bases de las obligaciones contractuales» es por completo equivalente al concepto de las bases en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE), régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), medio ambiente (art. 149.1.23 CE), minas (art. 149.1.25 CE) o educación (art. 149.1.30 CE).

Establecida tal lógica bases/desarrollo en materia de obligaciones y contratos, la sentencia constata que el Estado no ha especificado qué partes del Código civil revisten carácter básico, lo que le lleva a concluir que deben reputarse básicas únicamente “aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones *inter partes* y en la economía interna de los contratos” (...).

Se ha llegado con ello a una identificación de las “bases de las obligaciones contractuales” con el concepto de legislación básica, como si el reparto de competencias en materia de Derecho civil fuera por completo equivalente al establecido en materias ya aludidas: sanidad, educación, minas, energía o medio ambiente. En rea-

alidad las “bases de las obligaciones contractuales”, al igual que el resto de materias civiles que corresponden “en todo caso” al Estado *ex* artículo 149.1.8 CE, constituyen “una excepción a la excepción”; esto es, un límite a la competencia autonómica para actualizar, modificar y desarrollar Derecho civil o, lo que es lo mismo, una confirmación de la regla general favorable a la uniformidad de todo el Derecho privado. El reparto de competencias en materia de Derecho civil es, pues, enteramente singular, por completo alejado de la lógica bases/desarrollo empleada en otras materias.»

El magistrado señor Narváez explica su discrepancia en los siguientes términos:

«[L] a razón de que, en materia de legislación civil, el constituyente no se decantara por la llamada opción “autonomista”, que habría significado atribuir un determinado nivel de competencias a todas las comunidades autónomas, sino por la “foralista”, fue el reconocimiento de las singularidades y especialidades existentes en ciertos territorios a la entrada en vigor del texto constitucional. La opción foralista se justifica por el desarrollo de la legislación civil en una dirección propia y distinta de la que sigue la legislación estatal, es decir, que se distinga de esta porque así lo demanden sus propios principios. Si se hubiera decidido aplicar a la legislación civil el esquema de bases (principios comunes a todo el territorio nacional, definidos por el Estado) y desarrollo (legítimas opciones autonómicas dentro de los principios comunes) la Constitución habría optado por la “vía autonomista” reconociendo un ámbito de competencia en materia de derecho civil a todas las comunidades autónomas. La proliferación de regulaciones civiles en las comunidades con Derecho civil foral o especial que no respondan a unos “principios informadores peculiares” va en contra del principio foralista, entendido como excepción a la competencia civil estatal, que está basado en una auténtica diversidad, cimentada sobre principios generales con arraigo histórico en los respectivos territorios.

Al respecto, merece la pena recordar las conclusiones del “Congreso de jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución” (Zaragoza, del 29 de octubre al 1 de noviembre de 1981), dada la importancia que tuvo para la revitalización de los Derechos civiles forales o especiales tras la aprobación de la Constitución. En la conclusión segunda de dicho congreso se compartía la idea de que la competencia legislativa no se debía restringir “en modo alguno a la situación actual de las compilaciones vigentes, lo que sería ya contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar”; pero al mismo tiempo se razonaba que “[l]os Derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino expresión parcial, informado por principios peculiares que le proporcionan posibilidades de su integración. Hasta donde lleguen estos principios informadores llega la competencia legislativa de las comunidades autónomas”. Por

tanto, tales principios operan como razón y límite de la competencia civil foral o especial.»

El magistrado señor Montoya también disiente de la sentencia en este punto:

«Lo cierto es que la materia “bases de las obligaciones contractuales” es un ámbito material reservado íntegramente al Estado y no, como la sentencia de la mayoría afirma, una materia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas en torno a la distribución bases-desarrollo (...).

La sentencia dedica una larga disertación doctrinal a la normativa básica, su dimensión formal y material y los distintos escenarios que pueden presentarse, en particular, el relativo a la iniciativa de las comunidades autónomas cuando el legislador estatal no lleva a cabo la concreción formal de lo básico.

Esta incursión sobre la normativa básica contradice la primera premisa apuntada, esto es, la competencia sobre las bases de las obligaciones contractuales que «en todo caso» corresponde al Estado.

(...) El desplazamiento de la competencia exclusiva al ámbito de la normación básica y la dilución de las bases contractuales por encontrarse estas en un texto preconstitucional explican el fallo y, al propio tiempo, configuran nuevas vías de deconstrucción de la doctrina hasta ahora mantenida.

En definitiva, sustituida la competencia exclusiva por la normación básica y diluidas las bases de los contratos en meros principios generales, la decisión final, resulta en efecto, mero corolario.»

El voto particular del magistrado señor Ricardo Enríquez al que se adhirió el magistrado señor Antonio Narváz señala respecto de esta cuestión, lo siguiente:

Este precepto tiene su claro antecedente en el artículo 15.1 de la Constitución de 1931, y desde entonces tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de este tribunal lo ha interpretado en relación con la defensa del principio de unidad de mercado que garantiza en el artículo 139.2 CE [así, SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, estatuto vasco del consumidor, y 62/1991, de 22 de marzo, estatuto gallego del consumidor, o, más recientemente, STC 79/2017, de 22 de junio, sobre la Ley de unidad de mercado, que dice en su fundamento jurídico 2 a): “De acuerdo con la doctrina referida, la unidad del mercado nacional se encuentra directamente promovida... a través de la reserva competencial al Estado de ámbitos materiales concretos de manera exclusiva y excluyente (entre otros los recogidos, por ejemplo, en los apartados sexto, séptimo, octavo o noveno del artículo 149.1 CE)”].

También lo hace la sentencia aprobada [FFJJ 6 y 7 A) y C)] pero, partiendo de una concepción del concepto «bases de las obligaciones contractuales» que utiliza el citado artículo 149.1.8 CE

de la que discrepo, llega a unas conclusiones que tampoco puedo compartir.

La sentencia identifica ese concepto “de bases” del artículo 149.1.8 CE con el concepto de “bases”, «legislación básica», o “normas básicas”, a que se refieren otros apartados del artículo 149.1 CE, y les aplica la doctrina de este tribunal sobre la relación entre legislación básica y legislación de desarrollo.

Doctrina que supone una restricción a las competencias legislativas del Estado en cuanto impide una regulación completa de la materia regulada, toda vez que debe quedar un espacio reservado a las comunidades autónomas para que, en él, puedan desarrollar políticas propias.

Esta concepción es difícilmente trasladable a las bases de las obligaciones contractuales a que se refiere el artículo 149.1.8 CE. En materia civil no hay competencias compartidas ente el Estado y las comunidades autónomas. El Estado tiene competencia exclusiva en materia de Derecho civil y, en ejercicio de esa competencia puede legislar agotando exhaustivamente el contenido de la materia regulada. Por su parte, las comunidades autónomas con competencia en materia de legislación civil no desarrollan las bases estatales, como dice la sentencia (FJ 6), sino su propio Derecho civil foral o especial, como literalmente dispone el artículo 149.1.8 CE. El segundo inciso del artículo 149.1.8 CE [“En todo caso, las reglas relativas a [...] bases de las obligaciones contractuales...”] no es un precepto atributivo de competencias al Estado, sino un límite impuesto a las comunidades autónomas que cuenten con Derecho civil foral o especial respecto a su competencia para conservarlo, modificarlo o desarrollarlo.

La diferente naturaleza entre las bases de las obligaciones contractuales y la legislación básica a que se refieren otras competencias de este artículo 149.1 CE, se pone de manifiesto en el distinto alcance de las dimensiones formal y material que este Tribunal exige para dotar a una norma de su consideración de básica.»

6. LA REDUCCIÓN POR LA SENTENCIA DE LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES A LA ENUNCIACIÓN DE PRINCIPIOS O DIRECTRICES GENERALES O DIRECTRICES SUSCEPTIBLES DE REGULACIÓN Y DESARROLLO POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON COMPETENCIA SOBRE SU DERECHO CIVIL FORAL O ESPECIAL

Manifiesta su crítica a la sentencia en este punto el voto particular del magistrado señor Ollero:

«El concepto de «bases de las obligaciones contractuales» pierde su sentido originario, para convertirse en un mínimo común denominador que las comunidades pueden desarrollar con independencia del alcance de sus respectivos Derechos forales tradicionales. Si cabe o no legislación civil autonómica pasa a depender, no de la existencia de una tradición foral preconstitucional –que es lo que

quiere el artículo 149.1.8 CE—, sino del alcance de una legislación básica que, por lo demás, según la argumentación de la sentencia, debería ser necesariamente muy escueta.»

El magistrado señor Montoya critica que en la sentencia quedan «diluidas las bases de los contratos en meros principios generales»:

«Lo cierto es que la materia «bases de las obligaciones contractuales» es un ámbito material reservado íntegramente al Estado y no, como la sentencia de la mayoría afirma, una materia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas en torno a la distribución bases-desarrollo.

La sentencia de la que disintimos no se limita a producir esta mutación constitucional, sino que da un paso más, al interpretar que, en este contexto, las bases que incumbe adoptar al Estado deben reducirse a meros principios muy generales. Con esto se desconoce que, como se insistirá más adelante, los dos primeros títulos del libro IV del Código civil (CC) prevén no solo principios sino reglas con mucha densidad normativa, que se proyectan transversalmente sobre todos los tipos contractuales, a modo de, precisamente, verdaderas bases de las obligaciones contractuales (...).

Se afirma a continuación que, dado que el legislador estatal no ha declarado formalmente las bases de las obligaciones contractuales, es preciso inferirlas de la regulación que efectúa el Código civil, de la que destaca las fuentes de las obligaciones, la fuerza vinculante del contrato y las normas que regulan sus elementos esenciales y efectos. De las categorías citadas extrae la sentencia principios materiales tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio, la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de validez y eficacia del contrato y la defensa de los consumidores.

La anterior enumeración debiera haberse completado con mayor contenido positivo —no solo con la referencia a principios—, pues también se encuentran en los títulos I y II del Libro IV CC relevantes concreciones de ellos, como son las clases de obligaciones, sus modos extintivos, la novación y sus tipos, la cesión y, con relación a los contratos, la prueba, su documentación pública o privada, la representación o las reglas de interpretación, entre otras, como en extenso ha analizado la Comisión General de Codificación en la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos realizada en el año 2009.»

El voto particular del magistrado señor Enríquez también razona su discrepancia sobre este punto:

«Este tribunal no había intentado, hasta la fecha, la elaboración de una doctrina general sobre el concepto de bases de las obligaciones contractuales del artículo 149.1.8 CE, pero sí se ha referido a

ellas en una numerosa jurisprudencia de la que esta sentencia prescinde y, en ocasiones, contradice.

La ausencia de una específica ley que determine qué preceptos del Código civil tienen la condición de bases no puede impedir que los operadores jurídicos las respeten atendiendo a su contenido material, y que este Tribunal Constitucional las reconozca, obteniendo de ello las correspondientes conclusiones, de la misma manera que hasta ahora lo ha hecho a propósito de distintas regulaciones contractuales (...).

Se ha suprimido la técnica inveterada de cotejo directo de las normas estatales con las autonómicas concernidas, sustituyéndose por un control de estas últimas con ciertos principios generales de la contratación civil, lo que se justifica [FFJJ 6 y 7 a)] afirmando que el legislador estatal no ha declarado formalmente cuáles son las bases de las obligaciones contractuales, pero esas obligaciones se regulan en el Código civil, que es «una norma preconstitucional».

Dos objeciones caben oponer a este razonamiento. La primera, inmediata, es que la propia sentencia incurre en contradicción, pues en el propio fundamento jurídico 6 admite que tales bases de las obligaciones contractuales («legislación básica en materia de contratos», la llama) se encontrarían al menos en «las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (1254 a 1280 CC)». La jurisprudencia del Tribunal en estos años enseña que ciertamente esas bases aparecen en la regulación que se cita, y también en leyes posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, incluso fuera del Código civil, aunque así no lo indiquen los instrumentos respectivos (...).

La reducción de las bases de las obligaciones contractuales a la enunciación de principios generales o directrices que pueden ser objeto de regulación por las comunidades autónomas con competencia sobre la materia, excluyendo del parámetro de control la concreta regulación que en este caso efectúa el Código civil de cada contrato, contradice además una reiterada doctrina de este tribunal que, desde la sentencia 71/1982 a la STC 13/2019, viene declarando que el ámbito competencial autonómico “tiene como límite, entre otros, que no se produzca un *novum* en el contenido contractual, en otras palabras, que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas”.

Por eso no puedo compartir la conclusión de la sentencia de que las bases no pueden extenderse a la regulación de cada tipo contractual.»

7. LA OMISIÓN DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE EL DERECHO MERCANTIL

Varios votos particulares critican que la sentencia no haga referencia a la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho mercantil, especialmente al examinar la compraventa de consumo.

El voto particular del magistrado señor Ollero expone lo siguiente:

«La sentencia encuadra todas las controversias competenciales suscitadas por la regulación impugnada en el ámbito de la «legislación civil» (art. 149.1.8 CE). Descarta, por el contrario, la entrada en juego del título «legislación mercantil» (art. 149.1.6 CE) (...).

La invasión de la competencia estatal de legislación mercantil es un motivo que el recurso razona respecto de la regulación impugnada de la compraventa de consumo (art. 621.2 del Código civil de Cataluña), que habrá de estimarse o desestimarse analizando la doctrina constitucional. La doctrina establecida no es la derivada de las sentencias que han afrontado el régimen de los contratos con consumidores. Si una de las partes contratantes es un empresario, el Tribunal Constitucional viene entendiendo que estamos en el ámbito de la legislación mercantil; se entiende que este título incluye «la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales» (SSTC 37/1981, FJ 3, y 96/1996, FJ 30). En consecuencia, se está en el ámbito de la legislación mercantil si una de las partes es un empresario, por más que la otra sea un consumidor (entre otras, STC 118/1996).»

El voto particular del magistrado señor Narváez también aborda esta cuestión:

Al respecto, cuando se trata de contratos entre empresarios y consumidores, la doctrina de este Tribunal no ha aplicado los títulos competenciales de los artículos 149.1.6 y 8 CE como compartimentos estancos, sino que lo ha hecho siempre de modo conjunto.

Tal planteamiento se explica porque si, en general, la regulación de cualquier contrato forma parte de la ordenación del tráfico como correlato jurídico-privado de la unidad de mercado, con mayor razón en el caso de contratos entre empresarios y consumidores. Y conduce a interpretar restrictivamente las competencias autonómicas aun cuando se invoque a su favor el título competencial en materia de Derecho civil foral o especial (...).

La sentencia de la que discrepo prescinde de analizar los preceptos impugnados a partir de la consolidada doctrina constitucional sobre los contratos con consumidores, en la que este Tribunal ha otorgado un papel muy relevante a la competencia exclusiva estatal sobre legislación mercantil. Con fundamento en tal doctrina, dado que inciden en el contenido de las relaciones contractuales empresarios-consumidores las normas reguladoras de la compraventa de consumo, hay argumentos de peso, a mi entender, para concluir que exceden del ámbito competencial autonómico.»

El magistrado señor Montoya expresa su opinión en estos términos:

«La sentencia de la que nos separamos, se detiene en la compraventa no reputada mercantil para una vez descartado ese carác-

ter, ubicar la compraventa de consumo en el ámbito del Derecho civil.

Es notorio, sin embargo, que el soporte normativo en el que se hace descansar la figura de las compraventas que no se consideran mercantiles (art. 326 del Código de comercio, cuya redacción se mantiene inalterada desde su promulgación en 1885), se encuentra manifiestamente superado por el amplísimo conjunto de normas que desde diversas disciplinas abordan la ordenación de estos contratos.

Además, más que lo que diga el legislador ordinario, sobre todo cuando se trata de un legislador preconstitucional como el del Código de comercio, lo relevante para determinar la extensión de esta materia competencial es el entendimiento de la expresión «legislación mercantil» del artículo 149.1.6 CE por el intérprete último de la Constitución, este Tribunal Constitucional. Y en este sentido hay que destacar que desde la STC 37/1981 (FJ 3) se viene afirmando que la legislación mercantil mencionada en el artículo 149.1.6 CE incluye “la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales”. En este mismo sentido resolvió la STC 96/1996, FJ 30, que “las normas que disciplinan este tipo de contratos (los contratos de arrendamiento financiero) con carácter general y abstracto, no forman parte de la ordenación del crédito. Son parte integrante, por el contrario, de la legislación mercantil”. Igualmente, la STC 118/1996, FJ 40, sostuvo que “las normas que disciplinan los contratos de arrendamiento de vehículos, con carácter general y abstracto, no forman parte de la materia competencial relativa al transporte, sino de la legislación mercantil” (art. 149.1.6 CE).

Por añadidura, la posición que sostiene la mayoría, según la cual las relaciones jurídicas en las que interviene un consumidor se inscriben en la materia competencial “legislación civil”, aboca a que solo pueda apreciarse la existencia de la materia “legislación mercantil” cuando las dos partes de la relación jurídica sean empresarios; entendimiento reductor que es inasumible desde los fines de unidad de mercado que justifican la atribución en exclusiva al Estado de la materia “legislación mercantil”.»

IV. EPÍLOGO: LA NECESARIA MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

En la sentencia del Tribunal Constitucional se menciona varias veces la ausencia de una expresa y formal fijación por parte del legislador estatal de las bases de las obligaciones contractuales y está latente la idea de una falta de actualización de nuestro Código civil. Estas circunstancias sirven al Tribunal para hacer constar expresamente que la falta de iniciativa del legislador estatal no puede ser un obstáculo para el desarrollo de su propio Derecho civil por las comunidades que tienen esta competencia, y para llamar la atención, implícitamente, sobre la necesidad de que el legislador aborde esta tarea.

La sentencia no lo dice (no le corresponde hacerlo), pero la realidad es ambas cuestiones de momento no han podido ser separadas, ya que son las mismas las comunidades que, por un lado, alegan la falta de actualización del Código y, por otro, han considerado los intentos de modernización del Código civil y del Derecho de obligaciones y contratos como un obstáculo para el desarrollo de su Derecho civil y para la elaboración de su propio Código. Quizás ahora que el Tribunal Constitucional les ha despejado el camino, sea el momento de que la Comisión General de Codificación pueda retomar esos proyectos de modernización de nuestro venerable Código civil, para adaptarlo a la inevitable pluralidad interna y, sobre todo y más importante, para adecuarlo al moderno derecho europeo de contratos, en la línea de lo que han hecho algunos significados países de nuestro entorno, como Alemania y Francia.

V. RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Entre los comentarios de la sentencia destaca el publicado de manera temprana por M.^a Paz García Rubio. A esta misma autora, notoria especialista en la materia, pertenecen también otros trabajos imprescindibles para comprender la distribución constitucional de competencias en materia civil. A ellos se deben sumar la aportación de C. Gete-Alonso Calera, el libro dirigido por C. Bayod, que recoge trabajos de autores muy relevantes como Santiago Álvarez, Jesús Delgado, Antoni Vaquer y Juan A. Xiol y el comentario sobre el Libro Sexto coordinado por Serrano Nicolás.

BAYOD LÓPEZ, Carmen (Dir.): *La Constitución española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, número 4 (octubre-diciembre, 2019), pp. 1-43.

— «Hacia un nuevo Código de Obligaciones y Contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación», en *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, Encarnación Roca Trías (Dir.), Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 61-113.

— «Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3 (julio- septiembre, 2017), pp. 1-33.

— «La compraventa en el Código Civil de Cataluña: la lucha entre la uniformización y la diferenciación normativas», *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*, A. Serrano de Nicolás (Coord.), Barcelona, Marcial Pons, 2018, pp. 9-32.

— «La competencia del legislador gallego sobre Derecho civil tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre ¿Interpretación del artículo 149.1.8.^a asimétrica o sencillamente discriminatoria?», *Foro Galego*, n.º 205, 2018, pp. 9-39. (2018 bis).

— «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los operadores jurídicos gallegos y el futuro del Derecho civil de Galicia», en *La Constitución española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a*

- través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Bayod López, Carmen (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 141-178.
- GETE-ALONSO I CALERA, Carmen: «El Libre sisè del Codi civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què hem de codificar-lo», *Indret*, 1/2009.
- SERRANO NICOLÁS, Ángel (Coord.): *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*. Madrid, Marcial Pons, Col·legi de Notaris de Catalunya, 2018.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

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), **José María MARTÍN FABÁ** (Profesor Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), **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

DERECHO DE LA PERSONA

1. Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.–La libertad de expresión es un derecho

fundamental que está limitado por el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Cuando se plantea un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han reiterado que la ponderación necesaria para resolverlo ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que ostenta el derecho a la libertad de expresión, por su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático. Ahora bien, dependiendo de las circunstancias concurrentes, la ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto puede determinar que el derecho al honor prevalezca sobre la libertad de expresión.

Explica el Tribunal Supremo que los criterios más relevantes para realizar la ponderación que permita concluir si el derecho a la libertad de expresión debe o no prevalecer sobre el derecho al honor en cada supuesto en que se produce un conflicto entre los mismos son básicamente dos. En primer lugar, la relevancia pública o el interés general de la cuestión sobre la que se han vertido las opiniones, ya sea por la propia materia a la que aluda la noticia o el juicio de valor, ya sea por razón de las personas, esto es, porque se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, o por ambas. En segundo lugar, la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones, pues se proscribiera el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la opinión o la idea crítica.

Así, entiende el Alto Tribunal que las libertades de expresión e información prevalecen sobre los derechos de la personalidad, en tanto que dichas libertades se ejerzan conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con los parámetros constitucionales, esto es, cuando contribuyan al debate público en una sociedad democrática y no se vulnere grave e innecesariamente el ámbito protegido por los derechos de la personalidad, porque el respeto a estos derechos fundamentales también constituye una exigencia propia de una sociedad democrática. **(STS de 3 de abril de 2019; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 9 de julio de 2016, E, conocido torero, falleció corneado por un toro en una plaza. EN, concejal de un Ayuntamiento, publicó en su cuenta de *Facebook*, al día siguiente de la muerte, un mensaje en el que destacaba el aspecto positivo de dicha muerte, en la medida en que dejaría de matar a animales que están oprimidos e indefensos, y tratándolo de asesino. Varios medios de comunicación de ámbito nacional se hicieron eco de este mensaje. El 4 de noviembre de 2016, la viuda y los padres del torero fallecido interpusieron una demanda de protección al honor para que se declarara que el mensaje publicado por la demandada constituía una intromisión ilegítima en el honor del fallecido, se la condenara: 1) a retirar el mensaje de su página de *Facebook*; 2) a publicar la sentencia; 3) a indemnizarles. La demandada contestó afirmando ser una activista del movimiento animalista, que promueve el reconocimiento de los derechos de los animales y que su mensaje no tenía por finalidad minar la reputación del fallecido, sino realizar una crítica legítima a la actividad de la tauromaquia con ocasión del fallecimiento de un torero.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, afirmando: a) que la profesión de E, gustara o no, era lícita; b) que la publicación de un mensaje así en una red social con más de 300 seguidores suponía una importante repercusión y que las redes sociales no pueden ser un subterfugio donde todo cabe y todo vale; c) que el mensaje publicado por la demandada constituía una intromisión ilegítima en el derecho al honor del fallecido, pues lo calificaba de asesino y veía un aspecto positivo en su fallecimiento, lo que excedía de la mera crítica hacia su persona y profesión, y era indudablemente ofensiva al honor del fallecido. Según el Juez, las manifestaciones de la demandada violentan y perturban el dolor de los familiares y la memoria del difunto.

La demandada interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. A su juicio, la manifestación de la demandada, calificando a E como asesino, resultaba absolutamente innecesaria para exponer sus ideas u opiniones sobre la tauromaquia. De ella se infiere la intencionalidad de menosprecio y constituye un claro ataque al honor de aquél.

La demandada interpuso recurso de casación, alegando la vulneración de su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Supremo entiende que las manifestaciones enjuiciadas exceden del ámbito protegido por la libertad de expresión, tanto por su contenido gravemente vejatorio como, especialmente, por el contexto en el que se producen, justo tras la muerte traumática de la persona vejada. No se trataba de una crítica de la tauromaquia o de los toreros en general, sino que se referían concretamente a una persona que acababa de morir de un modo traumático. Y en las mismas no se mostraba una mínima compasión hacia este luctuoso suceso, sino que manifestaban un sentimiento de alegría o alivio por la muerte de quien tachaba, sin ambages, de asesino. Aunque la demandada no pretendiera hacer creer que el fallecido había cometido la acción ilícita prevista y penada en el artículo 139 CP, la carga ofensiva del término «asesino» es evidente. No es aceptable la pretensión de la recurrente de trivializar el uso de una expresión de tal calado con la excusa de que no tenía nada personal contra el torero fallecido. Esa expresión tan ofensiva se dirige precisamente contra el fallecido y no contra personas indeterminadas.

Por otro lado, explica el Alto Tribunal que los usos sociales delimitan la protección del derecho al honor, y entre los usos sociales de una sociedad civilizada se encuentra, como exigencia mínima de humanidad, el respeto al dolor de los familiares ante la muerte de un ser querido, que se ve agraviado cuando públicamente se veja al fallecido. Habida cuenta de estas circunstancias, el Tribunal Supremo termina desestimando el recurso de casación.

NOTA.—En relación con la delimitación del concepto de «honor», *vid.* las SSTC 180/1999, de 11 de octubre, 52/2002, de 25 de febrero y 51/2008, de 14 de abril. Respecto a la protección dispensada al derecho al honor, *vid.* la STC 14/2003, de 28 de enero. En cuanto a los límites a la libertad de expresión, *vid.* la STC 216/2006, de 3 de julio. (*S. L. M.*)

2. Derecho de asociación, partidos políticos y libertad de expresión.—El Tribunal Supremo afirma que un partido político puede reaccionar utilizando la potestad disciplinaria de que dispone según sus estatutos y normas internas, de conformidad con el orden constitucional, frente a un ejercicio de la libertad de expresión de un afiliado que resulte gravemente lesivo para su imagen pública o para los lazos de cohesión interna que vertebran toda organización humana y de los que depende su viabilidad como asociación y, por tanto, la consecución de sus fines asociativos. A su juicio, quienes ingresan en una asociación han de conocer que su pertenencia les impone una mínima exigencia de lealtad. Ahora bien, el tipo y la intensidad de las obligaciones que dimanen de la relación voluntariamente establecida vendrán caracterizados por la naturaleza específica de cada asociación. En el supuesto concreto de los partidos políticos, apunta el Alto Tribunal que ha de entenderse que los afiliados asumen el deber de preservar la imagen pública de la formación política a la que pertenecen y de colaboración positiva para favorecer su adecuado funcionamiento. En consecuencia, determinadas actuaciones o comportamientos que resultan claramente incompatibles con los principios y los fines de la organización pueden acarrear lógicamente una sanción disciplinaria, incluso de expulsión. Si alguno de sus integrantes se manifiesta o actúa de un modo que contradiga claramente los principios fundamentales que constituyen el ideario de ese partido político, es lógico que este pueda reaccionar ante tal conducta.

Por otro lado, el artículo 23.1 CE establece que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. El Tribunal Supremo considera que el cese en el cargo público representativo al que se accede en virtud del sufragio no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, y eventualmente a la del elegido. Los partidos políticos, tal como señala el artículo 6 CE, ejercen funciones de trascendental importancia en el Estado actual, en cuanto expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Pero, sin perjuicio de lo anterior, el derecho a participar corresponde a los ciudadanos, y no a los partidos. Los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos, y la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores a través del sufragio.

Ahora bien, matiza el Alto Tribunal que el hecho de que los partidos políticos no puedan remover de su cargo a las personas elegidas en sus listas electorales para desempeñar un cargo público —como el de parlamentario autonómico— no supone que estén obligados a mantenerlas en sus filas cuando las mismas incurren en conductas previstas en los estatutos como infracciones susceptibles de ser sancionadas con la expulsión del partido político. El derecho a la participación política mediante la permanencia en un partido político en cuyo seno se desarrolla una actuación política no es un derecho incondicional e ilimitado y debe decaer en los casos en los que, apreciadas las circunstancias concurrentes, deba prevalecer la libertad de organización y funcionamiento del partido político en la adopción de sanciones disciplinarias. **(STS de 11 de abril de 2019; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—E, diputada del partido P en el parlamento autonómico de Baleares y presidenta del mismo, manifestó en varias redes

sociales su intención de votar contra los presupuestos, cualquiera que fuera la decisión del partido, si no se arreglaba la cuestión de la renovación del convenio de financiación entre el Gobierno balear y la fundación de la que dependía el laboratorio en el que trabaja un amigo suyo. Ante esta circunstancia, y el peligro de romper la disciplina de voto del partido, el 4 de diciembre la Comisión de Garantías Democráticas de las Islas Baleares del partido P dictó una resolución en la que sancionó la actuación de E con la expulsión del partido, por considerarla una infracción muy grave.

El 4 de enero de 2017, E interpuso una demanda contra el partido político P, en la que solicitó que se declarara la nulidad de la sanción de expulsión, por vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de expresión, a la participación política y a la igualdad. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que la sanción a la demandante estuvo motivada y tenía una base razonable, pues la conducta se encuadraba en la falta prevista en el artículo 65.4.f) de los estatutos, entre cuyas sanciones estaba prevista la expulsión del partido. La demandante interpuso un recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, con los mismos argumentos que el Juez de Primera Instancia.

La actora interpuso un recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo, en base a las siguientes consideraciones. En primer lugar, entiende que la sanción impuesta a la demandante ha sido provocada por su decisión de desobedecer lo acordado por los órganos del partido respecto de los presupuestos pactados por P y PS en las Islas Baleares y votar en contra de su aprobación, para favorecer los intereses de una tercera persona. Según el Alto Tribunal, la repercusión pública que tuvo su conducta supuso un descrédito para la imagen pública de su partido, al mostrar que las decisiones de personas relevantes del mismo, como es el caso de una diputada y presidenta del partido regional, se hacían depender de que las acciones de gobierno favorecieran o no los intereses particulares de compañeros del partido, haciendo prevalecer el interés particular de los miembros del partido sobre el interés general. Es razonable que el partido político demandado considerara que la actuación de la demandante era contraria a los principios éticos y políticos del partido.

En segundo lugar, considera el Tribunal Supremo que el derecho a la participación política de la demandante no se vio vulnerado por el hecho de que los órganos competentes del partido político al que estaba afiliada ejercitaran las facultades disciplinarias ante la comisión de lo que tales órganos consideraron como una infracción muy grave, prevista en los estatutos y a la que se aparejaba la posibilidad de acordar la expulsión del partido, acuerdo que tiene una base razonable.

NOTA.—Sobre la libertad de expresión y sus límites, *vid.* la STC 56/1995, de 6 de marzo. En relación con la extensión de la potestad disciplinaria de los partidos políticos, cabe mencionar la STC 226/2016, de 2016. Respecto a la no aplicación del principio de igualdad en las decisiones sancionadoras de los partidos políticos, *vid.* las SSTS de 5 de octubre de 2009 y de 12 de septiembre de 2011. (*S. L. M.*)

3. Derecho de asociación. Ejercicio del derecho de información a los asociados. No lo infringe el hecho de no enviar a los asociados copia de las actas de los acuerdos adoptados en los órganos de la asociación.—

Que la asociación demandada no envíe, por propia iniciativa, copia del acta de las reuniones de sus órganos, y concretamente de la asamblea general, en que se recojan los acuerdos adoptados, a sus asociados, no vulnera el derecho de información de los asociados y, en concreto, de los demandantes. Los estatutos no prevén esta remisión de las actas de las reuniones y es suficiente para satisfacer el derecho de información de los asociados dar respuesta a sus solicitudes de información, en concreto mediante la entrega de copia de esas actas o el acceso a los libros en que se recogen, cuando sea solicitado por alguno de los asociados.

Derecho de los asociados a participar en las actividades de la asociación y en sus órganos de gobierno y representación. La participación indirecta, a través de representantes o compromisarios en estos órganos es conforme con el contenido esencial del derecho fundamental.—

El artículo 21.a LODA, al prever el derecho de los asociados «a participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General», añade significativamente el inciso «de acuerdo con los Estatutos». Este último inciso permite el equilibrio entre dos aspectos fundamentales del derecho fundamental de asociación, como son el derecho de los asociados a participar en la vida de la asociación y la libertad de organización de las asociaciones. El primero de esos aspectos se encuadra en la dimensión *inter privatos* (entre particulares) del derecho de asociación, como «haz de facultades» de los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan, mientras que el segundo se enmarca en la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas, que son dos de las dimensiones que el Tribunal Constitucional ha reconocido como integrantes del contenido esencial del derecho fundamental de asociación del artículo 22 CE (STS 218/1988, de 22 de noviembre y STC 42/2011, de 11 de abril). Así pues, el derecho de participación de los asociados no impone necesariamente un determinado modelo de organización y funcionamiento de las asociaciones, sino que la libertad de organización de las asociaciones permite que los modelos de organización y funcionamiento sean diversos y que la asociación pueda decidir en sus estatutos qué modelo prefiere, con el único límite de no impedir completamente la posibilidad de participación de los asociados. Lo que se ve confirmado por el hecho de que la LODA, en su artículo 7.e) y f), prevea la posibilidad de que existan distintas clases de asociados, con distintos derechos y obligaciones. Por tanto, la LODA permite que los estatutos de la asociación, en los que se materializa la libertad de organización que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de asociación, establezcan diversas formas de ejercicio del derecho de los asociados a asistir, intervenir y votar en la asamblea general, y posibilite la previsión estatutaria de que el ejercicio de tales derechos se realice necesariamente por medio de representantes o compromisarios. (STS de 21 de marzo de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Los actores impugnaron determinados acuerdos adoptados por la asamblea general de la asociación de la que formaban parte, solicitando además la nulidad del precepto estatutario que establecía la participación de los asociados en la asamblea ge-

neral mediante compromisarios previamente elegidos por aquéllos. La nulidad del precepto estatutario consistiría en que este prevé que los asociados no pueden formar parte personalmente de la asamblea general de la asociación, sino que han de hacerlo a través de representantes, por lo que serían estos, y no los asociados, los que ejercerían los derechos y facultades que tanto la legislación nacional como la autonómica reconocen a los asociados, con lo que el precepto estatutario impediría que los asociados pudiesen ejercitar por sí mismos los derechos de asistencia y voto en la asamblea general que le reconoce la normativa reguladora del derecho de asociación. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda, al considerar que los estatutos respetaban las exigencias de dicha normativa. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Interpretación jurisprudencial de la condición legal de consumidor y de la cualidad legal de comerciante o empresario.—Con la aprobación del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, el criterio para la determinación de la condición legal de consumidor pasó de estar ligado al disfrute de los bienes o servicios como destinatario final a estar vinculado con la actuación en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional del sujeto en cuestión.

Sin embargo, con anterioridad a la aprobación de este Texto Refundido, la jurisprudencia comunitaria ya aplicaba este último criterio. Por tanto, la noción de consumidor debe ser interpretado a la luz de la jurisprudencia comunitaria, conforme los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión.

La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto *Schrems*) resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

(i) Este concepto debe interpretarse en relación con la posición de la persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras;

(ii) Solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor;

(iii) Dado que el concepto de consumidor se define por oposición al de operador económico y que es independiente de los conocimientos y de la información de los que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de consumidor;

(iv) Por lo que respecta a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan solo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en las disposiciones protectoras del consumidor únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, solo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

Estas pautas han sido reiteradas por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*): esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional.

Respecto de la cualidad legal de comerciante o empresario, la circunstancia relativa a la posesión de licencia fiscal o administrativa que ampare el ejercicio empresarial es irrelevante. De igual modo, en Derecho español, la cualidad de comerciante o empresario individual no deriva de la obtención de determinadas licencias o la superación de concretos requisitos administrativos, sino que del artículo 1 del CCo se infiere que basta con el cumplimiento de dos requisitos no formales: tener capacidad y ejercer habitualmente la actividad, requisitos a los que la jurisprudencia ha añadido el de actuar en nombre propio. (STS de 11 de abril de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Camila, de profesión traductora, suscribe un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad La Bank, con el objetivo de financiar el montaje de un negocio de hostelería.

El préstamo resultó impagado, por lo que la entidad La Bank instó la ejecución judicial de las fincas hipotecadas.

Camila presenta una demanda contra la entidad La Bank en la que solicita la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria y del procedimiento de ejecución hipotecaria. El fundamento de la pretensión es la abusividad de determinadas cláusulas del contrato. La demanda fue desestimada por carecer Camila de la condición legal de consumidora.

Camila interpuso recurso de apelación. La Audiencia lo estimó en parte y declaró la nulidad de algunas cláusulas al considerar que Camila sí ostentaba la condición legal de consumidora.

La Bank interpone recurso de casación, que es estimado. (T. R. C.)

5. Interpretación de los contratos. La regla de interpretación *contra proferentem*. Presupuestos para su aplicación: solo entra en juego cuando el sentido de la cláusula no se ha podido dilucidar una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos.—En relación con la regla de interpretación *contra proferentem*, acogida en el artículo 1288 CC, como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no solo la redacción unilateral del contrato, sino principalmente oscuridad en la cláusula cuyo sentido se cuestiona (STS 13 diciembre 1986), pero esa regla no es rígida ni absoluta y para su aplicación han de tenerse en cuenta las circuns-

tancias especiales de cada contrato, y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten, resulta relegado el precepto (STS 17 octubre 1998), que, como dice la sentencia de 27 de septiembre de 1996, «no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando, una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios con análogo grado de credibilidad (STS de 13 de marzo de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La cuestión a resolver se refiere a la interpretación de una cláusula contractual (cláusula de pago de la cuota final) inserta en un contrato de préstamo, con garantía hipotecaria, suscrito con una entidad financiera. Para los prestatarios, la cláusula debía interpretarse en el sentido de que, durante la vida del préstamo, los intereses remuneratorios debían calcularse en función del capital, excluida la cuota final. En consecuencia, demandan a la entidad prestamista solicitando que se recalcule el pago de las cuotas del préstamo, calculando los intereses sobre la diferencia del capital prestado y el importe de la cuota final y se condene a la devolución de las cantidades cobradas de más. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestiman la demanda por considerar que la interpretación propugnada por la actora no es correcta. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación (*C. O. M.*)

6. Determinación del momento a partir del que se deben los intereses legales del dinero en los casos de nulidad contractual.—El momento a partir del cual se deben los intereses legales del dinero en los casos de nulidad contractual es, en todo caso, el de la entrega del dinero, por ser ese el momento en el que quien paga realiza la prestación restituible.

Habitualmente, este momento coincidirá con la fecha de celebración o suscripción del contrato, aunque puede no hacerlo.

Debido a que la obligación legal de restituir que impone el artículo 1303 CC se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo, las partes deben restituirse lo recibido (las cosas que hubiesen sido materia del contrato y el precio) con sus rendimientos (los frutos de las cosas, los intereses del dinero).

El incremento del precio a restituir correspondiente a la suma de los intereses legales del dinero se explica porque el paso del tiempo supone una pérdida de valor para quien pagó y por ello los intereses deben calcularse desde que se hizo el pago que se restituye. La situación no es equiparable al pago de intereses de demora que procede en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero, que tienen un carácter indemnizatorio, por lo que se deben desde que se reclaman (art. 1108 CC). (STS de 21 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Juana y Javier celebraron con la entidad El Dinero contratos de adquisición de aportaciones financieras subordinadas de la entidad El Sol.

Juana interpone demanda contra El Dinero en ejercicio de acción de anulación por error en el consentimiento. La demanda es íntegramente desestimada.

Juana recurre en apelación. Su recurso es estimado, por lo que se declara la nulidad de los contratos objeto de la demanda y la obligación de restitución recíproca de las respectivas prestaciones, incrementadas en el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial.

Juana interpone recurso de casación, que es estimado. (T. R. C.)

7. Responsabilidad civil extracontractual. Solidaridad propia e impropia y prescripción de la acción.—La sentencia de Pleno de 14 de mayo de 2003 reconoció junto a la denominada *solidaridad propia*, regulada en el Código civil (arts. 1137 ss.), otra modalidad de la solidaridad, llamada *impropia* derivada de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, sin que a esta última especie de solidaridad le sean aplicables todas las reglas previstas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974.1 CC; precepto que únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido *propio* cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la *solidaridad impropia*, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente. A partir de esta resolución, la jurisprudencia ha aplicado el acuerdo de una manera uniforme, de la que son testimonios las SSTs de 6 de junio de 2006, 28 de mayo y 19 de octubre de 2007 y 19 de noviembre de 2010, entre otras, que expresan la doctrina jurisprudencial consolidada de acuerdo con la que *si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y solo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes.*

Solidaridad propia entre asegurado y aseguradora, al nacer del artículo 76 LCS.—La entidad aseguradora no concurrió con su conducta a la producción del daño sino que aseguraba su cobertura merced al contrato de seguro, hasta el punto de que el perjudicado, conforme al artículo 76 LCS, pudo demandar solamente a la aseguradora y no al conductor asegurado, causante y origen del daño. Por tanto, se trata de una *solidaridad propia* que viene impuesta *ex lege*, a la que se ha de aplicar las reglas previstas para ella y en especial la previsión contenida en el artículo 1974.1 CC.

La solidaridad de los agentes de la edificación y la interrupción de la acción de prescripción.—Aunque se pueda sostener que la solidaridad ya no puede calificarse en estos casos de *impropia* puesto que con la Ley de Ordenación de la Edificación no tiene su origen en la sentencia, como decía la jurisprudencia, sino en la Ley. Lo que no es cuestionable es que se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 CC (*cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria*), con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción que se mantiene en la forma que ya venía establecida por esta sala en la STS de 14 de marzo de 2003, con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor

frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa, o de aquellos otros en los que la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que también se interrumpe, pero no respecto del resto de los agentes, salvo del promotor que responde solidariamente con todos ellos *en todo caso* (art. 17.3 LOE), aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007, 13 de marzo de 2008, 19 de julio de 2010, 11 de abril de 2012 y 5 de marzo de 2015) (STS de 14 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Los padres, en nombre y representación de su hijo menor de edad, demandaron a don Serafín y a su entidad aseguradora, en ejercicio de acción de reclamación de cantidad derivada de accidente de tráfico. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda al condenar solidariamente a los demandados a pagar al menor la cantidad de 46.735,30 euros, si bien rechazó que éstos pagasen de forma solidaria los gastos médicos derivados de la futura intervención quirúrgica plástica que precisaba el menor; además, no admitió la excepción de prescripción de la acción opuesta por la entidad aseguradora por tratarse de una solidaridad propia. La Audiencia apreció la excepción planteada por la entidad demandada al considerar que la acción ya estaba prescrita y que el relato de hechos contenidos en la demanda no fue probado. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación, interpuesto por la actora, que planteaba si la naturaleza de la responsabilidad que une a la aseguradora y al asegurado se califica de solidaridad impropia y por tanto estaría prescrita la acción frente a la aseguradora, o como solidaridad propia pues nace por la propia Ley del Contrato de Seguro y por la vigencia de la póliza suscrita, en cuyo caso son de aplicación los efectos interruptivos de la prescripción del artículo 1974.1 CC; también el Tribunal Supremo, en consecuencia, devolvió los autos para que el tribunal de apelación, como órgano de derecho objeto del proceso, resolviese en sentencia donde no podrá ya apreciar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, para evitar así que la decisión del asunto se vea privada de una instancia. (I. D.-L.)

8. Contrato de explotación de máquinas recreativas: Cláusula penal: Moderación.—Son hechos relevantes los siguientes: 1. Por la mercantil Automáticos Lorca, S.L., se formuló demanda de juicio ordinario contra D. Cipriano, en reclamación de resolución del contrato de instalación y explotación conjunta de máquinas recreativas suscrito el 28 de agosto de 2013 y se condene al demandado al pago de 7.500 € de indemnización, más intereses y costas. La parte demandada se opuso alegando nulidad del contrato por error esencial, y subsidiariamente se allana parcialmente en cuanto a que se declare el contrato resuelto y sin efectos, con devolución únicamente de la señal de 2.500 €, y que ha consignado. 2. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. En el contrato perfeccionado el 28 de agos-

to de 2013 consta pactado, como cláusula penal expresa, en su estipulación novena, el pago por parte del contratante incumplidor de una cantidad resultante de multiplicar 35 euros por el número de días que resten por cumplir hasta el vencimiento pactado contractualmente y, acumuladamente, la restitución del triple de las cantidades ya recibidas como contraprestación. La sentencia niega que resulte aplicable la facultad moderadora del artículo 1154 CC toda vez que no consta incumplimiento parcial o irregular de la parte hoy demandante, por lo que no concurre en la *litis* el presupuesto necesario para la aplicación de la facultad moderadora que únicamente cabe en supuestos de incumplimiento parcial o irregular (por todas, SSTS de 10 de mayo de 2001 y 13 de febrero de 2008) que ha de ser, a su vez, imputable (por todas, SSTS de 10 de octubre de 1994 y 31 de octubre de 2006), sin que la misma resulte de aplicación cuando se cumple el supuesto expresamente pactado (SSTS 20 de diciembre de 2006, 17 de octubre de 2007 y 1 de octubre de 2010), lo que sucede en este caso. 3. La parte actora recurrió en apelación y se estimó parcialmente el recurso en sentencia de 3 de febrero de 2016, porque no se niega por la parte el absoluto incumplimiento del contrato, pero entiende que cabe la moderación, porque la paralización de la máquina fue de 22 días, y se pretenden 7.500 €. La máquina no llegó a estar vinculada al local del demandado, y fue instalada en otro el 27 de noviembre de 2013, por lo que procede reducir la indemnización a 770 €, resultado de multiplicar 35 euros por 22 días de inactividad de la máquina, por pérdida de ganancias.

El Tribunal de apelación motiva su decisión así:»En relación al *quantum* indemnizatorio, conforme reiterada doctrina y jurisprudencia se considera que los jueces y Tribunales gozan de la facultad moderadora a la hora de cuantificar estos perjuicios, en aras a la buena fe que preside nuestro ordenamiento jurídico de manera que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro. En este caso la indemnización prevista en la cláusula novena para el supuesto de incumplimiento deberá ser interpretada de acuerdo con las exigencias de la buena fe que informa y preside nuestro ordenamiento jurídico (art. 7.1 CC), dado que la finalidad de la indemnización de daños y perjuicios consiste en mantener incólume el patrimonio del acreedor, sin que en ningún caso pueda producirse un enriquecimiento injusto, por la percepción de una indemnización notoriamente desproporcionada, como ocurre en el caso de autos, que por la paralización de la actividad de una máquina recreativa tipo B durante 22 días, se fijen 7.500 €, el triple de la cantidad entregada por el demandante al demandado, aunque esté previsto en el contrato».

La Sala del Tribunal Supremo afirma que aunque la parte recurrente, con adecuada técnica casacional, ha articulado el recurso en cuatro motivos, sin embargo ofrecerá una respuesta conjunta, como autoriza la doctrina de la misma, por la estrecha relación que guarda entre si la facultad moderadora de la cláusula penal con la buena fe y el enriquecimiento injusto, que sirve de razón de decidir a la sentencia recurrida. Los motivos son: 1.º) Infracción del artículo 1154 CC en relación con los artículos 1255 y 1091 CC. 2.º) Según la doctrina de la Sala 1.ª, la cláusula penal tiene una doble naturaleza punitiva y liquidatoria que exime a la parte favorecida de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios sufridos. 3.º) Es doctrina de la Sala que no puede producirse un enriquecimiento injusto cuando la penalidad nace de un contrato bilateral, libremente pactado dentro de los límites del artículo 1255 CC. 4.º) No se justifica prescindir de la *lex privata* voluntariamente establecida por las partes.

La Sala hace una doble consideración: (i) La sentencia recurrida no ha declarado que la cláusula penal sea abusiva, ni la parte recurrida ha combatido su validez, por vicio del consentimiento, en el oportuno recurso de casación. (ii) Aunque la *ratio decidendi* de la sentencia de apelación, para moderar la cláusula penal, cite expresamente la buena fe y el enriquecimiento injusto, lo anuda al escaso tiempo de inactividad de la máquina recreativa, porque hace recaer el lucro cesante, no tanto en la pérdida de un concreto lugar de explotación, cuanto en la explotación en sí de la máquina y, por ende, tiempo de inactividad.

La Sala abordó un supuesto similar en la STS de 12 de julio de 2018, y en ella se hacían las siguientes reflexiones: (i) El mandato del artículo 1154 CC está condicionado a la concurrencia del supuesto en él previsto, a saber que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, por lo que, en los demás casos, la jurisprudencia, respetando la potencialidad creadora de los contratantes, y el efecto vinculante de la *lex privata*, rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente para sancionar el incumplimiento –total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación– que se hubiera producido. La STS del 14 de junio de 2006, recordó que es doctrina constante de esta Sala que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora si se produce exactamente la infracción prevista. De modo que, como afirma la doctrina, la finalidad de dicho precepto no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido. Esta doctrina ha sido recogida también en las SSTS del Pleno de 15 y 21 de abril de 2014. Tal doctrina aparece expresamente recogida en supuestos similares sobre contratos de arrendamientos de máquinas recreativas en las SSTS de 17 de marzo y 10 de junio de 2014, negando en ambas la Sala la moderación de la cláusula penal. (ii) La cuestión se contrae a la identificación del lucro cesante conforme al contenido de la cláusula penal. A tal fin es relevante la consideración que contiene la STS de 13 de septiembre de 2016 respecto de cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios, que es la contemplada en autos. En ella se afirma que «para justificar la aplicación del artículo 1154 CC, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era *ex ante*, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: *pacta sunt servanda*. Sin embargo, sí parece compatible con este último principio que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevadas) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Aplicar, en su supuesto así, la pena en los términos pactado resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que «la obligación principal

hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Naturalmente la carga de probar corresponderá al deudor incumplidor».

Si tenemos en cuenta que son correctos los cálculos de la indemnización diaria que alega la actora, y es un hecho probado, así como que no consta un notorio cambio de circunstancias desde que se perfeccionó el contrato hasta que se incumplió, que justifique la desproporción de lo pactado, la tesis de la sentencia recurrida es voluntarista y guiada por un sentido pietista, pero contradice la doctrina de la Sala. Es cierto que el resultado puede ser muy oneroso para la parte recurrida, pero no podemos obviar que trae causa de un voluntario, y escaso en el tiempo, desistimiento del contrato que concertó, sin que conste vicio en el consentimiento, y frustrándose las perspectivas de ganancias de la contraparte. Se ha de destacar que el plazo pactado fue de cinco años, plazo razonable y no limitador de la libertad de actuación del obligado, sin que, por otra parte aparezca justificado el incumplimiento de la obligación. Por todo ello el motivo debe estimarse, si queremos dotar de rigor el cumplimiento de las obligaciones, libremente asumidas, sin vicio en el consentimiento.

La Sala con finalidad aclaratoria transcribe un extenso apartado de la sentencia de primera instancia: «Asimismo se acredita que, en cumplimiento de lo acordado en la cláusula 10 del contrato, en fecha 29 de octubre de 2013, las partes firmaron el modelo 110 de la solicitud de autorización de instalación de máquinas recreativas o de azar, de la Consejería ya referida, así como una declaración jurada firmada por el demandado para acompañar al mismo, a fin de que la hoy actora, en su condición de empresa operadora, gestionara y tramitara ante la Administración competente ya indicada los documentos necesarios a los efectos de alcanzar el propósito práctico del contrato (documentos núms. 6 a 10 de la demanda). Por su parte, el 30 de agosto de 2012, el hoy demandado envió sendos telegramas a la empresa operadora «Asunción Cuartera González», denunciando su voluntad de no prorrogar la autorización de la instalación de las máquinas en su local, resultando los mismos debidamente recibidos por el destinatario (documentos núms. 11 a 14 de la demanda). Y el 11 de septiembre de 2013 resultó presentado escrito en la sección administrativa competente (documento núm. 15 de la demanda), declarando el hoy demandado su intención de no prorrogar la antedicha autorización y, en consecuencia, manifestando su voluntad de finalizar la autorización con la empresa antes mencionada, acompañando al referido escrito los dos telegramas previamente enviados, según dispone la normativa sectorial aplicable. Por razón de que la autorización administrativa de instalación de máquinas ejercida por la empresa anterior no expiraba hasta el 4 de noviembre de 2013, la instalación de las máquinas contratadas por el hoy demandado no podía hacerse efectiva por la actora sino partir del día 5 de ese mismo mes y año, no obstante lo cual, y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, cuando a partir de la indicada fecha la hoy actora procedió a formalizar la solicitud administrativamente el hoy demandado autorizó de nuevo a la empresa precedente «Asunción Cuartero González», la instalación y explotación en su local de las máquinas de dicha operadora, impidiendo que la hoy demandante pudiera materializar el contenido del contrato suscrito con el hoy demandado, incumpliendo lo convenido».

Según recoge la STS de 13 de septiembre de 2016, se hace eco de la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión general de Codificación, y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009, en la que se

incluye el artículo 1150 CC. No obstante, añade la citada sentencia que «mientras el legislador no tenga por conveniente modificar el vigente artículo 1154 CC en un sentido semejante, como preconiza también la generalidad de la doctrina científica, esta Sala debe mantener la jurisprudencia reseñada».

Por todo lo expuesto, esta Sala ha decidido: 1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil Automática Lorca SL, contra la sentencia dictada el 3 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Alicante (sección 5.ª), en el rollo de apelación dimanante del juicio ordinario núm. 1533/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Denia. 2.º Casar la sentencia y con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, confirmar ésta cuya firmeza se declara. 3.º No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación. 4.º Se condena a la parte apelante a las costas del recurso de apelación. **(STS de 12 de marzo de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Sentencia convincente sobre el vigente artículo 1154 CC precedida de una minuciosa exposición de su base fáctica. (G. G. C.)

9. Cláusula *rebus sic stantibus*: Crisis financiera de 2008.—Respecto de la crisis financiera de 2008, como hecho determinante para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la jurisprudencia ha declarado que *la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse imprevisible o inevitable* (STS 742/2014, de 11 de diciembre). En la misma línea, la STS 64/2015, de 24 de febrero, afirmó que el carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula *rebus sic stantibus* a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate. Por su parte, las SSTS 237/2015, de 30 de abril, y 214/2019, de 5 de abril, establecieron que, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *rebus* a quien se ve afectado por la crisis económica, previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas. **(STS de 5 de abril de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los herederos de una herencia demandaron a la viuda del causante para modificar o extinguir el acuerdo de conmutación del usufructo viudal por una renta vitalicia mediante la invocación de la regla *rebus sic stantibus*. Quedó acreditado que el acuerdo de conmutación fue una transacción aprobada judicialmente y puso fin al juicio de división de la herencia tramitado a instancias de la viuda y en el que se había fijado ya el inventario mediante sentencia firme y, además, se había atribuido a la viuda la administración del caudal relicto de la herencia. Estos datos son relevantes porque permiten valorar la finalidad económica del acuerdo alcanzado, que los demandantes pretenden modificar o extinguir. Además, la reducción de beneficios de la empresa de los actores por la crisis inmobiliaria no comporta que tal riesgo empresarial deba ser compartido por la viuda demandada, que no tendrá derecho a exigir un aumento de la cuantía de su renta si se produje-

ra un incremento en los beneficios empresariales de aquellos. En primera y segunda instancia se estimó la demanda por lo que se redujo la cuantía de la renta pactada en un 25% con efectos desde su interposición. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación, interpuesto por la viuda. (*I. D.-L.*)

10. Indemnización de daños y perjuicios: Asesoramiento sobre productos farmacéuticos complejos.—El 24 de enero de 2005, don Virgilio y doña Dulce adquirieron títulos de deuda subordinada de Catalunya Caixa, por importe de 150.000 €. Como consecuencia de una resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de 7 junio 2013, que impuso el canje obligatorio de los títulos por acciones y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD), se reintegró a los inversores la suma de 116.368,50 €. Asimismo, durante la vigencia de la inversión, los Sres. Virgilio y Dulce obtuvieron rendimientos por importe de 45.852,25 €.

Los Sres. Virgilio y Dulce interpusieron una demanda contra Catalunya Banc SA (actualmente BBVA, S.A.) en la que ejercitaron una acción de responsabilidad por incumplimiento contractual y solicitaron que se condenara a la entidad demandada a indemnizarles en la diferencia entre el capital invertido y la cantidad recibida tras la venta de las acciones obtenidas en el canje (que asciende a 33.631,50 €), más sus intereses legales.

Tras la oposición de la demandada, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que si se sumaba la cantidad obtenida en la venta de acciones y la percibida como rendimientos, los demandantes no habían obtenido perjuicio económico alguno. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estimó, revocó la sentencia de primera instancia y estimó la demanda.

El único motivo de infracción procesal se formula al amparo del artículo 469.1.4.º LEC y denuncia el error patente y arbitrariedad en la valoración de la prueba. Pero esta Sala entiende que el recurso de infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para ser estimado el error debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, según reiterada jurisprudencia, siendo necesario que concurren, entre otros requisitos: 1.º) que se trate de un error fáctico, material o de hecho, es decir sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

En el presente caso no concurren tales circunstancias. En primer lugar la Audiencia Provincial no niega que los demandantes recibieran rendimientos por su inversión, sino que consideran que no son computables a efectos de calcular la pérdida patrimonial. Y, sobre todo, lo relevante es que se trata de una consideración jurídica y no fáctica, que, en su caso, habrá de ser objeto del recurso de casación y no del extraordinario por infracción procesal. Por todo ello este último deberá ser desestimado.

El recurso de casación interpuesto por Catalunya Banc, por el cauce del artículo 477.2.3.º LEC, denuncia la infracción del artículo 1101 CC, argumentando, resumidamente, que los rendimientos percibidos por razón de la inversión deben tenerse en cuenta para determinar el efectivo daño por incumplimiento contractual, tal y como ha declarado la STS 754/2014, de 30 diciembre.

La cuestión jurídica del alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros complejos ha sido tratada recientemente por esta Sala en las SSTs de 16 de noviembre de 2017 y 14 de febrero de 2018. En la primera de tales resoluciones, en relación con los artículos 1101 y 1106 CC, declaramos: «Esta Sala, en la STS de 5 de mayo de 2008, ya declaró que la aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* significaba que en la liquidación de los daños indemnizables debía computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional». Por su parte, la STS 30 de diciembre de 2014, en aplicación de esta misma regla o criterio, y con relación al incumplimiento contractual como título de imputación de la responsabilidad de la entidad bancaria, por los daños sufridos por los clientes en una adquisición de participaciones preferentes, declaró que «el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes».

Como hemos argumentado en la STS de 14 de febrero de 2018, en el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño –en el caso, por incumplimiento de la otra parte– pero también una ventaja –la percepción de unos rendimientos económicos–, deben compensarse uno y otra. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya tenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad.

Aunque esta regla no está expresamente prevista en la regulación legal de la responsabilidad contractual, su procedencia resulta de la misma norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento del daño que efectivamente haya tenido lugar. Al decir el artículo 1106 CC que «la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor», se desprende que la determinación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual deberán computarse todos aquellos lucros o provechos, dimanantes del incumplimiento, que signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por el acreedor.

Es decir, cuando se incumple una obligación no se trata tanto de que el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como de que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultante de la producción recíproca de daño o lucro.

Como dijimos en la STS de 14 de febrero de 2018: «La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido al acreedor, es decir, resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado. Desde ese punto de vista, no puede obviarse que a la demandante no le resultó indiferente económicamente el desenvolvimiento del contrato, puesto que como consecuencia de su ejecución recibió unos complementos pecuniarios. Por lo que su menoscabo patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial. En fin, la cuestión no es si la demandante se enri-

quece o no injustificadamente por no descontársele los rendimientos percibidos por la inversión, sino cómo se concreta su perjuicio económico causado por el incumplimiento de la otra parte».

En tanto que la sentencia de la Audiencia Provincial no se adapta a lo expuesto, debe estimarse el recurso de casación. No se aprecia que la solución adoptada deba ser diferente porque la entidad financiera no solo fuera comercializadora, sino también emisora, de las obligaciones subordinadas. En primer lugar, porque la responsabilidad contractual que da lugar a la indemnización, por asesoramiento inadecuado o defectuoso, se ha contraído en la venta de los títulos y no en su emisión. Y, en segundo término, porque el daño económico sufrido por los adquirentes, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su emisión.

Al asumir la instancia, por los mismos fundamentos ya expuestos, debemos desestimar el recurso de apelación de los demandantes y confirmar la sentencia de primera instancia, puesto que la suma de los rendimientos percibidos y el importe obtenido con la venta de las acciones recibidas en el canje es superior a la inversión realizada. Lo que implica que no proceda indemnización alguna, puesto que el daño económico sufrido por los adquirentes, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su inversión, que aquí no se produjo.

Costas y depósitos.—La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal implica la imposición de las costas causadas por el mismo a la parte recurrente, según ordena el artículo 398.1 LEC.

La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC.

Asimismo, la desestimación del recurso de apelación supone que deben imponerse a los demandantes las costas generadas por el mismo (art. 398.1 LEC).

Procede la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida de los constituidos para el recurso de apelación de los demandantes y el recurso extraordinario por infracción procesal de la demandada. De conformidad con la DA 15.^a, apartados 8 y 9, LOPJ. **(STS de 11 de abril de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.] (G. G. C.)

11. Tercería de mejor derecho. Doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1923, 4.º CC. La anotación preventiva de embargo solo cobra preferencia sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación.—Conforme al sistema de concurrencia, preferencia y prelación de créditos, previsto por nuestro Código Civil y, en particular, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44 LH y 1923.4.º CC, la preferencia singular de cobro del crédito que contempla este último precepto radica en el rango que otorga la anotación preventiva de embargo. Preferencia singular de cobro que no es absoluta o plena, pues solo surte efectos frente a «créditos posteriores». La jurisprudencia de esta sala, contenida, entre otras, en las sentencias 397/1999, de 12 de mayo y 660/1994, de 30 de junio, ha precisado que dicha anotación preventiva no da al acreedor que la obtiene preferencia de cobro respecto de los créditos anteriores y solo opera respecto de los créditos contraídos con posterioridad a la citada anotación preventiva de embargo.

Diferencias entre concurrencia de créditos y concurrencia de anotaciones o de embargos.—Conviene destacar, conforme establece la sentencia de 30 de junio de 1994 y lo resuelto por la DGRN, entre otras, en la resolu-

ción de 2 de diciembre de 2004, la diferenciación entre el supuesto de concurrencia de créditos y el de concurrencia de anotaciones o de embargos. En el primero, supuesto del presente caso, la concurrencia de créditos se produce necesariamente cuando se plantea una tercería de mejor derecho, que debe ser resuelta en el marco normativo que dispensa nuestro Código Civil sobre preferencia y prelación de créditos, a partir de lo dispuesto en el artículo 1923.4.º CC. En el segundo, la mera concurrencia de anotaciones o de embargos, fuera del anterior marco de preferencia y prelación de créditos, se resuelve por la aplicación del principio de prioridad registral, de acuerdo con la regla 2.ª del artículo 1927 CC (**STS de 21 de marzo de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Se trata de una tercería de dominio en la que se discute si el crédito reconocido en sentencia judicial en el que funda su derecho el tercerista, parte actora, goza o no de preferencia frente a la anotación de embargo de la litigante pasiva, que, se acordó, como medida cautelar, en un procedimiento concursal para asegurar la posible responsabilidad patrimonial del concursado. Ambas partes habían trabado embargo sobre dos fincas del deudor, aunque las del tercerista eran posteriores a las del demandado. El crédito del tercerista había sido reconocido por sentencia de 1 de octubre de 2013, que devino firme el 26 de febrero de 2014, mientras que la anotación de embargo preventivo, realizado a favor de la administración concursal, era de 4 de marzo de 2014. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de tercería. La Audiencia Provincial estima el recurso y da preferencia al crédito del tercerista. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*C. O. M.*)

12. Alcance de la prohibición de compensación de los créditos y deudas del concursado en la liquidación de una relación contractual.—La prohibición de compensación de los de los créditos y deudas del concursado no opera en supuestos de liquidación de una relación contractual de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso por una de las partes. En tal caso, no se trata de una compensación, sino más bien de la liquidación de un contrato ya resuelto. Tratándose de una relación obligatoria compleja, con varios contratos implicados, la liquidación opera en el seno de cada contrato.

Regla *in iliquidis non fit mora* y canon de razonabilidad.—La regla «*in iliquidis non fit mora*» atiende al canon de razonabilidad en relación con la condena al pago de intereses y la concreción del *dies a quo* del devengo (arts. 1100 y 1108 CC). Ello obliga a tener en cuenta, como pautas de razonabilidad, la conducta de la demandada en orden a la liquidación, y demás circunstancias. En el caso de créditos cuya cuantía final ha ido modificándose judicialmente en las diferentes instancias, se corresponde con el canon de razonabilidad que la cantidad objeto de condena no devengue intereses desde la demanda, sino desde la fecha de la sentencia firme. (**STS de 21 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La sociedad A celebró con la sociedad B dos contratos de obra con suministro de materiales en los que A era la con-

tratista y B la comitente de la obra. Cada uno de los contratos se encaminaba a la construcción de un hotel y se celebraron en junio de 2006. En noviembre de 2009, A presentó una demanda contra B en la que reclamaba un crédito de unos 13,5 millones de euros proveniente de la ejecución de las obras del primer hotel; y otro crédito de unos 3 millones de euros proveniente de las obras del segundo hotel. B se opuso a la demanda y reconvinó. En su reconvencción adujo la existencia de penalizaciones por retraso e indemnizaciones por vicios constructivos, de tal modo que entendía que no debía nada y que se le adeudaban unos 4 millones de euros, en relación con el primer crédito, y 1,4 millones de euros en relación con el segundo. En consecuencia, B reclamaba en su reconvencción la compensación de un crédito con el otro y que A fuese condenada a pagarle en total unos 2,6 millones de euros.

Mientras el pleito estaba pendiente de resolución, A entró en concurso de acreedores, el 8 de febrero de 2011.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y la reconvencción y terminó condenando a B a pagar unos 9,5 millones de euros.

La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación de B, desestimando la impugnación de A. Así, reajustó las partidas de los créditos y los saldos de cada empresa, reduciendo cada uno de los dos créditos que B adeudaba a A.

Frente a la sentencia de apelación, B formuló recurso de casación y extraordinario pro infracción procesal. (A. I. R. A.)

13. Concurso de acreedores. Resolución contractual: indemnización daños y perjuicios.—Tanto en el párrafo segundo del artículo 61.2 Ley Concursal (LC), en caso de resolución del contrato en interés del concurso, como el artículo 62.4 LC, en caso de resolución del contrato por incumplimiento de la concursada, la ley reconoce a la parte *in bonis*, un derecho a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la resolución, y que este derecho se satisfaga con cargo a la masa.

Indemnización daños y perjuicios: cuantificación y cláusula penal.—Cuando las partes en el contrato han pactado una cláusula penal, ésta debe operar en lo que tiene de resarcitoria de los daños y perjuicios. Esto es, los daños y perjuicios se cuantificarán en la suma que hubieran convenido las partes en la cláusula penal, sin que tenga sentido juzgar hasta que punto la pena convenida excede de la cuantificación real de los daños y perjuicios, pues para eso se ha pactado la cláusula penal.

Indemnización daños y perjuicios: perjuicio a los acreedores y cláusula penal.—Cuando la pena exceda con mucho de la finalidad resarcitoria y responda claramente también a una finalidad sancionadora, en lo que tiene de pena no debería operar en caso de concurso de acreedores, pues entonces no se penaliza al deudor sino al resto de sus acreedores concursales. (STS de 8 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Don F. mediante escritura pública vendió a la mercantil C., S.A. una finca en proceso de *urbanización y venta de viviendas*, en el contrato se incluyó una cláusula de resolución con

cláusula penal de daños y perjuicios. El vendedor, ante la falta de pago, interpuso demanda incidental en ejercicio de una acción de resolución contractual contra la administración concursal y la concursada C., S.A. en la que solicitaba la resolución de la compraventa y la restitución y entrega de la finca objeto de la venta, así como a la pérdida de la parte del precio abonado a cuenta hasta la fecha. La demandada C., S.A. y la administración concursal se allanaron a la resolución del contrato de compraventa, pero se opusieron a que la parte vendedora, por la cláusula penal, retuviera la totalidad del precio entregado a cuenta, solicitando que la cláusula penal fuera objeto de reducción de su cuantía en proporción al grado de cumplimiento. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander estimó parcialmente la demanda declarando la resolución contractual, con la correspondiente restitución recíproca de las prestaciones realizadas, pero sin conceder la indemnización de daños solicitada por el vendedor con base a la señalada cláusula penal. Recurrida en apelación por la representación procesal de don F., la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el recurso por entender que, declarado el concurso, las cláusulas penales no resultan aplicables de manera automática atendiendo al interés de una pluralidad de partes presente en el concurso. Este interés exige que conste y se acredite la efectiva causación de daños y perjuicios que cuantificados han de dar lugar al reconocimiento del correspondiente derecho, no necesariamente coincidente con la cláusula penal. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

14. Concurso de acreedores. Crédito con privilegio especial: alcance.—El privilegio especial en un crédito con garantía real abarca no solo al principal, sino también a los intereses remuneratorios o moratorios, ya se hubieran devengado antes o después de la declaración de concurso, siempre que estén cubiertos por el valor de realización de la garantía, toda vez que los artículos 59 y 92.3.º Ley Concursal (LC) permiten el devengo, sin postergación, de los intereses generados por los créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía; lo que supone la afección de la garantía al pago de tales intereses con el límite indicado. El artículo 90 LC no establece expresamente que esos intereses tengan el carácter de crédito con privilegio especial, pero porque es innecesario, una vez que el privilegio abarca la totalidad del crédito garantizado, conforme a lo expresado en el título.

Crédito con privilegio especial: intereses no cubiertos.—Los intereses devengados por el crédito hipotecario serán privilegiados con privilegio especial. Si el valor de realización no cubre los intereses, debe entenderse que los devengados con anterioridad a la declaración de concurso son subordinados (art. 92.3.º LC), mientras que los posteriores no pueden ser reclamados, por exceder de la garantía.

Crédito con privilegio especial: intereses remuneratorios.—En el caso de los intereses remuneratorios, son, no solo los devengados antes de la declaración de concurso, sino también los devengados después, en aplicación del artículo 59 LC.

Crédito con privilegio especial: intereses moratorios.—En el caso de los intereses moratorios, tan solo serán los anteriores a la declaración de con-

curso, pues la previsión del artículo 59 LC debe entenderse referida solo a los remuneratorios, pues el artículo 59.1 LC, cuando prevé que, por regla general, desde la declaración de concurso se suspende el devengo de los intereses, se refiere solo a los remuneratorios, pero no los que se devengan por la mora del deudor. En principio, declarado el concurso, los créditos concursales que forman parte de la masa pasiva, conforme al artículo 49 LC, quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles antes de que se alcancen tales soluciones. Por esta razón, como existe una imposibilidad legal de pago, no tiene sentido que durante el concurso operen instituciones como los intereses y recargos de demora, que incentivan el pago puntual de las obligaciones.

Crédito con privilegio especial: salvedad.—El artículo 155.2 LC contiene una salvedad que legitima a la administración concursal a pagar las amortizaciones e intereses vencidos con cargo a la masa. Es una facultad que tiene la administración concursal, en el caso en que le interese mantener la vigencia del préstamo. Y también en ese caso, los únicos intereses de demora que debería pagar serían los que se hubieran devengado por las cuotas vencidas e impagadas antes del concurso y hasta su declaración, pero no los posteriores. Esta interpretación se acomoda a la ratio del actual artículo 155.5 LC. La deuda originaria es la cubierta por la garantía, teniendo en cuenta que no incluye los intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso, porque no se habrían devengado.

Crédito con privilegio especial: deber de comunicar el crédito.—El privilegio especial que le confiere al acreedor la garantía real, no le dispensa, en caso de concurso de acreedores de su deudor, del deber de comunicar su crédito, conforme a lo previsto en el artículo 85.3 LC.

Crédito con privilegio especial: alcance del deber de comunicar su crédito.—Si cuando se realizó la comunicación de créditos todavía no se había alcanzado el límite garantizado, debería haberse comunicado la cantidad devengada hasta esa fecha como crédito con privilegio especial y la parte todavía no devengada como crédito contingente sin cuantía propia (hasta que se cumpliera la contingencia) y con la calificación de privilegio especial. (STS de 11 de abril de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad C. R. U., S. C. C. interpuso demanda de incidente concursal contra la administración concursal de P. O. M. R., S.L. solicitando se ponga a disposición de la actora las cantidades resultantes de la venta en pública subasta de determinadas fincas de la concursada hipotecadas a favor de la actora. La administración concursal se opuso a la referida pretensión. La sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca estimó la demanda considerando que, en aplicación del artículo 155.1 LC, los créditos con privilegio especial debían ser satisfechos con cargo a los bienes afectos, ya fueran objeto de ejecución tanto separada como colectiva, sin que fuera óbice para ello que hubiera sido el propio acreedor hipotecario el que se hubiera adjudicado los bienes hipotecados; en cuanto al importe del crédito que tendría derecho a ser satisfecho con cargo a lo obtenido de la realización de los bienes hipotecados, este no podía ser el que aparece reconocido en la lista de acreedores, porque el artículo 59 LC permitía que continuara el devengo de los intereses cubiertos

por la garantía. Recurrida en apelación por la administración concursal, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestimó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

15. Contratos. Compraventa de empresas. Indemnización por incumplimiento contractual derivado del incumplimiento del deber de información.—La adquisición de las acciones representativas de la casi totalidad del capital social responde a una operación empresarial de adquisición de las referidas empresas, y no a una mera operación financiera de adquisición de sus participaciones sociales; por lo que el conocimiento de la situación financiera de dichas empresas para generar beneficios resultaba esencial a la hora de adoptar dicha decisión de compra. De manera que la ocultación de la verdadera situación económica de las empresas objeto de la venta, así como el maquillaje contable de las mismas supone un incumplimiento de mala fe de la obligación de proporcionar a la compradora la información necesaria para conocer la situación real de dichas empresas. Esto determina que entre en juego la cláusula segunda del contrato, según la cual «los vendedores responderían del daño patrimonial que se causare a la compradora «por cualquier variación de valores de activos y pasivos, o por la aparición de cualquier contingencia que traigan su origen en hechos de fecha anterior a la de esta escritura y que no se hayan reflejado en la información escrita facilitada a la adquirente».

Indemnización superior al precio pagado por la venta. No constituye enriquecimiento injusto.—El precio pagado por la adquisición no constituye un límite al *quantum* indemnizatorio, ya que el precio pactado no lo fue solo en atención al valor neto de las compañías, reflejado en el valor de las acciones, sino sobre todo en consideración a la capacidad de dichas compañías para generar beneficios. Consecuentemente, conforme a lo pactado por las partes en la cláusula tercera del contrato, el daño indemnizable derivado del incumplimiento del deber de información de las vendedoras no quedó limitado al precio de venta, sino al daño patrimonial que se ocasionara a la compradora por cualquier variación de activos o pasivos, o por la aparición de contingencias que trajesen causa de hechos anteriores a la suscripción del contrato, sin reflejo en la información facilitada a la adquirente. Precisamente, el incumplimiento de estas obligaciones de información constituye el presupuesto que justifica la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, por lo que no resulta procedente la aplicación en el presente caso de la doctrina del enriquecimiento injustificado. (STS de 27 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La actora suscribió con las demandadas un contrato de compraventa por el cual la primera adquiría la casi totalidad del capital social de la empresa objeto de la venta, con el fin de adquirir así la entera propiedad de esta, siendo determinante la capacidad de producir beneficios de la empresa adquirida, para lo cual era fundamental la información suministrada por las propietarias vendedoras. Resultó que se ocultó información determinante y esencial para conocer la situación real de la empresa objeto de la venta, lo que trajo consigo que la adquirente, una vez concluida la operación y al

mando de la empresa comprada, conociese la verdadera situación económica de aquélla, sufriendo un quebranto económico cuya indemnización solicitaron a las vendedoras. Estas opusieron, entre otras cosas, que la indemnización no podría ser superior al precio de venta pues, en tal caso, se produciría un enriquecimiento injusto en beneficio de la compradora. Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron parcialmente la demanda y condenaron a las vendedoras a indemnizar a la compradora de acuerdo con las estipulaciones del contrato. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación por infracción procesal derivada de la condena a los intereses procesales, que fueron corregidos, pero manteniendo en todo lo esencial el pronunciamiento de instancia. (*L. A. G. D.*)

16. Garantía de las cantidades entregadas por los compradores a cuenta del precio durante la construcción de viviendas: subsistencia de la responsabilidad de la entidad avalista pese a la sustitución del objeto de la compraventa. Concurso de acreedores: efectos novatorios del convenio concursal no extensibles a los avalistas del concursado.—La responsabilidad de la entidad avalista por las cantidades entregadas anticipadamente a quienes promuevan la construcción de viviendas subsiste aunque vendedor y comprador acuerden la sustitución de la vivienda inicialmente adquirida por otra de la misma promoción. Lo anterior obedece a que la obligación garantizada por el avalista no es la entrega de una determinada vivienda, sino la restitución de las cantidades anticipadas por los adquirentes al promotor cuando la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido. Así, resulta irrelevante a efectos de exigir el cumplimiento de la garantía en un proceso declarativo, no ejecutivo, que la entidad avalista no haya emitido nueva certificación del aval cuando se produjo la sustitución de la vivienda. Los adquirentes de viviendas en construcción no tienen la obligación de ingresar las cantidades anticipadas en la cuenta bancaria especial prevista en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. La obligación de la entidad avalista subsiste aunque el contrato de compraventa se resuelva de mutuo acuerdo por causa del incumplimiento de la entidad promotora. La eficacia novatoria del convenio concursal sobre quita y espera de deudas no se extiende a la responsabilidad de la avalista del concursado (art. 135.2 LC y SSTs de 23 de marzo y 23 de julio de 2015 y 4 de julio de 2018). (**STS de 14 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Suscrito un contrato de compraventa de vivienda en construcción, adquirentes y promotor sustituyen la vivienda inicial por otra de la misma promoción, y a tal efecto resuelven aquel contrato y celebran nueva compraventa imputando a ésta las cantidades entregadas en virtud del primer contrato. Sin embargo, tras el definitivo contrato la entidad avalista no entregó a los compradores un nuevo certificado individual de aval. La promotora no culminó la construcción y fue declarada en concurso de acreedores en cuyo procedimiento se acordó con los compradores la resolución del contrato con una quita del veinte por ciento de la deuda y una espera de cinco años. Los adquirentes interpusieron demanda frente a la entidad avalista solicitando su condena al pago de las cantidades

anticipadas a la promotora más intereses y, con carácter subsidiario, a la entrega de nuevo aval individual. La entidad avalista opuso la extinción del aval por haberse resuelto la primera compraventa sin haber tenido conocimiento de la celebración de la segunda. Asimismo, esgrimió la falta de ingreso de las cantidades en una cuenta especial, y la extinción de su responsabilidad como fiador al haberse suscrito el convenio concursal sin su consentimiento. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones de los compradores por haberse declarado extinguido el aval en un anterior procedimiento ejecutivo habido entre las partes. Los compradores interponen recurso de casación por infracción de los artículos 1, 3 y 7 de la Ley 57/1968, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en relación con el artículo 1853 CC, e infracción del artículo 86 del TRLGDCU. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, fue derogada por la DD 3.^a de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, añadida por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Esta norma modificó la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación que actualmente regula la materia. Particularmente la letra b) de su apartado Uno-1, establece claramente que el promotor (no los adquirentes) es el sujeto obligado a percibir las cantidades en una cuenta especial, por lo que no procede reprochar a los compradores haber realizado los ingresos en una cuenta ordinaria de la promotora. Es más, la garantía se ha declarado extensible a cantidades no ingresadas en cuenta bancaria alguna de la promotora, pero que figuren como percibidas por ésta en el contrato de compraventa, dado que la entidad avalista puede conocerlas requiriendo de la vendedora copia del contrato (cfr. SSTS de 29 de junio de 2016 y 4 de julio de 2017). (F. S. N.)

17. Contratos financieros complejos. Incumplimiento deber de información: consideración general.—La jurisprudencia ha declarado que la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el artículo 79 bis Ley del Mercado de Valores (LMV), al amparo del artículo 6.3 CC. La norma legal que introdujo los deberes legales de información del artículo 79 bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención.

Incumplimiento del deber de información: sanción administrativa específica.—La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de los deberes de información del artículo 79 bis, al calificar esta conducta de «infracción muy gra-

ve» (art. 99.2 bis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (arts. 97 ss. LMV).

Incumplimiento del deber de información: efectos sobre la validez del contrato.—La jurisprudencia no negaba que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, pero la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato. (**STS de 14 de marzo de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de don M., doña B., la entidad B. Cooperativa, S.L., don N., don N. y doña A. interpuso demanda contra las mercantiles P. B. P., S.A. y B. P. E., S.A. solicitando se declarase la nulidad de los contratos financieros suscritos por las partes, con restitución de las cantidades satisfechas por los demandantes, previa compensación con las abonadas por la demandada en concepto de cupones y liquidación final del contrato con puesta a disposición de la entidad financiera de las acciones recibidas y sus dividendos; igualmente solicitan la nulidad del préstamo suscrito y sus garantías pignoraticias, con la devolución de los intereses, comisiones y gastos satisfechos. Todo ello bien por haber infringido normas imperativas del mercado de valores (art. 6.3 CC), o bien por haberse producido un error vicio en el consentimiento prestado (arts. 1265 y 1266 CC). Subsidiariamente solicitaron que se declarase el incumplimiento contractual del demandado con la consiguiente indemnización de los daños y perjuicios derivados, respecto de las siguientes obligaciones: i) obligación de abstención de ofrecer productos no adecuados al cliente; ii) obligación de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de productos financieros, en particular de las obligaciones de seguimiento de la posición del cliente; iii) obligación de diversificación de la inversión recomendada. Por último, también solicitaron la restitución de cierta cantidad en concepto de comisiones ilícitas no informadas y cobradas a los clientes. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid estimó la demanda y declaró la nulidad de los contratos suscritos con relación a los productos financieros complejos, así como la nulidad de las pólizas de préstamo suscritas, incluida la garantía pignoraticia, con la consiguiente devolución recíproca de las prestaciones realizadas por ambas partes, la devolución de las comisiones cobradas y el abono de los gastos satisfechos por los clientes en la finalización de los préstamos. En síntesis, consideró que la información suministrada por la entidad bancaria, contratos de mandato de compra y suscripción de los bonos, si bien era suficiente para permitir la válida formación del contrato, no cumplía con los estándares exigidos por la normativa del mercado de valores aplicable al caso, lo que determinaba la nulidad de los contratos por infracción de normas imperativas (art. 6.3 CC). La sentencia de instancia desestimó la acción de nulidad contractual por error vicio en el consentimiento prestado y declaró la nulidad de pleno derecho de los contratos suscritos con base en la infracción de normas imperativas (art. 6.3 CC). Recurrida en apelación

por la representación procesal de la parte demandada, la sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, estimó el recurso y desestimó la demanda al entender que la vulneración de los deberes de información no conlleva la nulidad de los contratos de adquisición de los productos financieros. La citada sentencia fue objeto de complemento. en el sentido de desestimar íntegramente las peticiones subsidiarias planteadas en el escrito de demanda, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

18. Swap. Consumación del contrato y plazo de ejercicio de la acción de anulación por error vicio.—La Sala Primera reitera su doctrina relativa a que, en los contratos de *swap* o de cobertura de hipoteca, no hay consumación hasta que no se produce la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones de ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que este tipo de contratos no tiene prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno y otro contratante, en cada momento y según sea la evolución de los tipos de interés (STS, Pleno, núm. 89/2018, de 19 de febrero). Insiste en que, en el contrato de *swap*, el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación; a diferencia de otros contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento, donde la consumación se produciría cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico (STS núm. 339/2016, de 24 de mayo). (**STS de 14 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—D. Luis suscribió, el 27 de mayo de 2008, dos *swaps* de cobertura sobre dos hipotecas con el banco NGC. La fecha de vencimiento era el 1 de junio de 2013. Las liquidaciones derivadas de los *swaps* comenzaron a ser negativas desde el mes de julio de 2009. El 24 de julio de 2014 presentó demanda frente al banco por error vicio en el consentimiento.

La sentencia de primera instancia declaró la nulidad de los *swaps* y condenó a la demandada a abonar a don Luis la suma de 13.437 euros, en concepto de principal, de los cuales 11.993 correspondían a liquidaciones abonadas y 1444 a intereses.

La Audiencia Provincial dictó sentencia por la que estimó el recurso de apelación de la entidad, al apreciar caducidad en la acción de anulabilidad ejercitada, sin entrar a conocer el fondo del asunto. Estimó la Audiencia que al momento de interponer la demanda —el 24 de julio de 2014— habían transcurrido cuatro años desde julio de 2009, cuando las liquidaciones empezaron a ser negativas. Frente a este pronunciamiento, don Luis interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

NOTA.—La sentencia profundiza en el error de asociar la consumación del contrato de *swap* con el final de la relación obligatoria, bajo el pretexto de la complejidad de este tipo de instrumentos. Se dice que solo en el agotamiento de la relación contractual es donde tiene lugar la consumación, por ser ahí cuando se produce el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes. Se incurre en un error habitual, producto de no identificar cuál sea la prestación

en un contrato de este tipo. En un *swap*, como instrumento de cobertura, la prestación consiste en la promesa de intercambio de una serie de cantidades en fechas futuras. Por eso, la consumación es necesariamente al inicio.

Si en el arrendamiento la consumación se produce al momento de entregar la cosa arrendada y en el préstamo en el momento de entrega del capital (no es sino un arrendamiento de capital), firmar que en el *swap* la consumación del contrato se produce al término de la relación obligatoria es, cuanto menos, jurisprudencia de conceptos. Otra cosa es que nos guste más o menos que el artículo 1301 CC se refiera a la *consumación* y no al momento en que se conoció o se pudo conocer la realidad, como es habitual en los ordenamientos de nuestro Derecho comparado, y que ello produzca disfuncionalidades (al respecto, véase, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «El *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión», *In-Dret*, 4, 2018, pp. 6 ss.); o que el consentimiento del cliente en el *swap* esté viciado por error, con las consecuencias que ello conlleva (art. 1303 CC). Pero son problemas distintos. Lo que no se puede hacer es forzar el instituto de la caducidad de tal modo –sobre todo, como se hace en la STS de 19 de febrero de 2018– e interpretar el *dies a quo* de modo *contra legem*, para los casos de *swap*. Este proceder obliga –como ha obligado después– a tener que matizar mucho en supuestos de contratos de tracto único, como es la compraventa [STS 17.12.2019, caso «cuadro Nonell»; la sentencia se comenta por CAÑIZARES LASO, A., «Un cuadro firmado por Isidro Nonell», *Almacén de Derecho*, 5 de febrero 2020, disponible en <https://almacenederecho.org/un-cuadro-firmado-por-isidro-nonell/> (última consulta, 10 de marzo de 2020)] y a generar una jurisprudencia de dos velocidades sobre la consumación. (A. I. R. A.)

19. Contrato de préstamo hipotecario en divisas. Falta de transparencia y carácter abusivo de las cláusulas relativas a la incidencia de las divisas en el préstamo.—La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar (SSTJUE de 21 de marzo de 2013 y 30 de abril de 2014), precisando también cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas (SSTJUE 20 de septiembre de 2017 y 20 de septiembre de 2018). De acuerdo con esta jurisprudencia, en nuestras SSTS 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que ofertan este producto. Según las SSTJUE de 30 de abril de 2014, 20 de septiembre de 2017 y 20 de septiembre de 2018, no solo es necesario que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato 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. La jurisprudencia de esta sala (línea jurisprudencial que se inicia a partir de la STS 834/2009, de 22 de diciembre, y se perfila con mayor claridad a partir de la STS 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes SSTS 171/2017, de 9 de marzo y 367/2017, de 8 de junio), con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y los preceptos de Derecho interno que lo desarrollan, ha exigido que las condiciones generales, de los contratos concertados con los consumidores, que se refieren a elementos esenciales, cumplan con el requisito de transparencia, lo que significa que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

En el presente caso, no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo porque la que se les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el «riesgo de cambio» del préstamo hipotecario en divisas. Asimismo, la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predispuestas en las que los prestatarios afirman haber sido informados y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual. Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. Bankinter tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos y que resultan aún menos evidentes. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar. De ahí que en diciembre de 2011, varios años después de celebrar el contrato, cuando los demandantes habían pagado las cuotas de amortización mensuales en una cuantía considerable y decidieron cambiar del yen al euro ante la constante apreciación del yen frente al euro y el consiguiente incremento de las cuotas, el capital pendiente de amortizar en la moneda funcional, el euro, fuera de casi 200.000 euros, muy superior al que recibieron cuando celebraron el contrato, que era de 136.800 euros. Este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar por las oscilaciones del cambio de divisa traía asociados otros riesgos, sobre los que tampoco se informó a los demandantes, como es la concesión al banco del «derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en euros, todas las disposiciones al cambio del día excedan en un 10,00 % del

límite actual del préstamo». Como dijimos en las SSTs 608/2017, de 15 de noviembre y 599/2018, de 31 de octubre, la percepción propia de un consumidor medio que concierne un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo. Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, puede ocurrir que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se haya incrementado y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor. El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que, pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede exigir garantías adicionales en caso de devaluación de la moneda funcional respecto de la nominal. Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros. Por estas razones, es esencial que el banco informe al cliente sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo, o la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro. También debe ser informado de que la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera otorga al banco la facultad de exigir nuevas garantías, así como de las consecuencias de no prestar esas garantías suplementarias. Como conclusión de lo expuesto, las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

Como afirmamos en las anteriores SSTs 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entraña la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros. Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infragarantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

Consecuencias del carácter abusivo de las cláusulas relativas a la incidencia de las divisas en el préstamo.—Procede declarar la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y

amortizado en euros. Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente. La nulidad total del contrato de préstamo supondría en este caso un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predisponente. Como ya se hizo en las anteriores SSTs 608/2017, de 15 de noviembre y 599/2018, de 31 de octubre, procede la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establecía desde un principio la posibilidad de que el capital esté denominado en euros, como de hecho lo estuvo a partir de un determinado momento) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en los artículos 1170 CC y 312 CCo, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias. No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo. Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas. Así lo ha declarado la STJUE de 30 de abril de 2014. Por tanto, el efecto de la nulidad parcial conlleva que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 136.800 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés el fijado en la escritura para el préstamo en euros. **(STS de 14 de marzo de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Los prestatarios celebraron un contrato de préstamo hipotecario con Bankinter el 21 de septiembre de 2007. En la escritura se hizo constar que los prestatarios recibían 136.800 euros, por su contravalor en 22.444.776,00 yenes japoneses. Ante la depreciación que el euro sufrió respecto del yen y la consiguiente elevación del importe en euros de la cuota mensual, los prestatarios optaron por cambiar del yen al euro, lo que hicieron en diciembre de 2011. Al hacerlo, consolidaron un capital pendiente de amortizar cercano a los 200.000 euros, pese a haber pagado hasta ese momento las cuotas mensuales del préstamo.

En diciembre de 2013 los prestatarios interpusieron una demanda contra Bankinter. En ella solicitaron, como pretensión principal, la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y la declaración de que el importe adeudado era el resultado de reducir el capital prestado en euros en la cantidad ya amortizada, en euros.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Los prestatarios recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Los demandantes interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

20. Contrato de préstamo hipotecario. Cláusula de interés de demora abusiva. Consecuencias del carácter abusivo de la cláusula: devengo del interés remuneratorio.—La desproporción entre los intereses nominales y los de demora (su abusividad y retroactividad), como en este caso, ya ha tenido una respuesta reiterada y uniforme por parte de esta sala, en las SSTs 671/2018, de 28 de noviembre y 364/2016, de 3 de junio. Este criterio ha recibido el refrendo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 7 de agosto de 2018, en virtud de lo cual la abusividad genera la desaparición de la cláusula controvertida, sin posibilidad de integrarla, con los correspondientes efectos retroactivos. En este caso se ha provocado un notorio desequilibrio no justificado por el loable deseo de incentivar el cumplimiento, dada la insoportable carga económica que producía. En cualquier caso, esta declaración de abusividad no impide que se siga devengando el interés remuneratorio pactado hasta el completo pago del préstamo. (**STS de 21 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Entre las partes rige escritura de préstamo con garantía hipotecaria, constituido en su día a nombre del promotor y en el que se subrogaron los prestatarios demandantes como compradores de una vivienda.

Los prestatarios interpusieron demanda de juicio ordinario solicitando, entre otros pedimentos, la nulidad de la condición general que establece un tipo de interés de demora del 25%.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda y declaró abusiva la cláusula de interés de demora.

Interpuso recurso de apelación la Caja demandada y la Audiencia Provincial lo desestimó.

La Caja interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

21. Usura en préstamos hipotecarios.—El Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios y de los intereses moratorios. Los primeros constituyen el precio del préstamo. Los segundos, por el contrario, sancionan un incumplimiento del deudor jurídicamente censurable y su aplicación sirve: 1) para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido; 2) para constituir un estímulo que impulse al deudor al cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le producirán el impago o la mora. Según el Alto Tribunal, no cabe aplicar la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, a los intereses moratorios. A su juicio, cuando en ella se habla de intereses, se hace referencia a los retributivos. Y ello por el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y con-

mutativa. No obstante, se han llegado a reputar usurarios los intereses moratorios en casos en que suponen un dato más entre un conjunto de circunstancias que conducen a calificar como usurario el contrato de préstamo en sí (ejemplo: la simulación de la cantidad entregada, el plazo de devolución del préstamo, el anticipo del pago de los intereses remuneratorios o el tipo de tales intereses remuneratorios, entre otros). (STS de 27 de marzo de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 14 de noviembre de 2007, JM concertó un préstamo hipotecario con A. El primero era el prestatario que hipotecó una finca en garantía de la devolución del préstamo y el segundo era el prestamista y beneficiario de la garantía. En la escritura de préstamo se preveía un interés remuneratorio del 10% y otro de demora del 30 %. El 17 de noviembre de 2009, A cedió el crédito hipotecario a S. El 1 de julio de 2010, JM vendió el inmueble hipotecado y con lo obtenido devolvió la cantidad adeudada por el préstamo.

El 25 de septiembre de 2014, JM interpuso una demanda contra A y S en la que pedía la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario y de la posterior cesión del crédito hipotecario. La razón de la nulidad radicaba en que el préstamo era usurario, en la medida en que no se le entregó todo el dinero que se afirmaba en la escritura y, además, los intereses remuneratorios y moratorios eran claramente desproporcionados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender caducada la acción de anulabilidad, porque cuando se presentó la demanda habían transcurrido más de cuatro años desde la finalización de los efectos del contrato (1 de julio de 2010).

En apelación, la Audiencia desestimó el recurso, entendiendo que los intereses remuneratorios no eran desproporcionados, al no superar el doble del interés normal del dinero en ese momento. Y respecto de los intereses moratorios, aunque admitió que eran más elevados que la media en el sector financiero, consideró que no existía prueba de la situación angustiosa del prestatario, que justificaran el carácter usurario.

El demandante recurrió en casación, alegando la infracción de los artículos 1 y 3 de la Ley de represión de la usura. El Alto Tribunal considera que el interés pactado por las partes, a pesar de ser superior al medio, no era notablemente superior y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Por otro lado, en este caso, el carácter usurario del préstamo no se hacía depender solo o principalmente del interés de demora, sino que se fundaba, sobre todo, en otros datos (que se recibió una suma inferior a la que aparecía en la escritura de préstamo, que el interés remuneratorio era notablemente superior al normal del dinero y que cuando se firmó el préstamo, el prestatario se encontraba en una situación de angustia económica). La mención a los intereses moratorios se utilizaba como un dato más para reforzar la argumentación. Por eso, descartado que el interés remuneratorio sea usurario, el dato del interés moratorio, en sí mismo y aisladamente considerado, no es suficiente para declarar la nulidad de la totalidad del préstamo como usurario. Por todo esto, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—Sobre los requisitos para poder considerar un préstamo como usurario, *vid.* la STS de 25 de noviembre de 2015. En relación con la aplicación de la Ley de Usura a los intereses moratorios, *vid.* las SSTs de 5 de marzo de 2019, 2 de diciembre de 2014, 26 de octubre de 2011, 4 de junio de 2009, 7 de mayo de 2002 y 2 de octubre de 2001. (*S. L. M.*)

22. Seguro de responsabilidad civil del arquitecto: interpretación de la cláusula de limitación temporal de la cobertura (art. 73 LCS).—El artículo 73 LCS permite en su párrafo segundo dos modalidades diferenciadas de cláusulas limitativas de la cobertura temporal del seguro de responsabilidad civil. El primer inciso de dicho párrafo contempla las cláusulas de cobertura de futuro, que permiten cubrir las reclamaciones que los perjudicados realicen durante el año siguiente a la finalización del contrato por hechos acaecidos durante tal vigencia, excluyendo, por tanto, las reclamaciones realizadas más allá de dicho año, aunque su hecho originador haya tenido lugar durante la vida del contrato. El segundo inciso del mismo párrafo permite las cláusulas retrospectivas o de pasado que otorgan cobertura frente a hechos acaecidos con anterioridad, al menos, de un año al comienzo de efectos del contrato, siempre que las reclamaciones se realicen durante el período de vigencia de éste. Al ser cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, la validez de las cláusulas de futuro no exige, además, la cobertura retrospectiva; ni la legalidad de las retrospectivas o de pasado requiere, adicionalmente, el amparo de reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro. Lo anterior se desprende de la regulación diferenciada de ambas modalidades de cláusulas separadas por un punto y seguido, así como del comienzo de la redacción del segundo inciso del párrafo segundo del artículo 73 LC, que utiliza el adverbio «asimismo», equivalente a también, revelador de que cada modalidad de cláusula es diferente (STS de Pleno, de 26 de abril de 2018). Al ser la cláusula discutida de tipo retrospectivo o de pasado y, por tanto, cubrir las reclamaciones realizadas durante la vigencia de la póliza con independencia de que el hecho generador de la presunta responsabilidad hubiera tenido lugar con anterioridad al contrato (dado que en este caso concreto no se limitó el acaecimiento de tal hecho al año anterior a la vigencia de la póliza, como hubiera permitido el artículo 73 LCS), no se le puede exigir la cobertura de las reclamaciones realizadas en el año posterior al fin de vigencia de la póliza, al tratarse de un requisito propio de las cláusulas de futuro. (**STS de 20 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios de un edificio con defectos estructurales, terminado en el año 2000, interpuso demanda frente a la compañía de seguros con la que el arquitecto presuntamente responsable había asegurado su responsabilidad civil hasta diciembre de 2009. Se pretendía que se declarase que tal responsabilidad se encontraba cubierta por el referido seguro. La comunidad de propietarios había realizado la primera reclamación contra el arquitecto y la aseguradora en mayo de 2010. La entidad aseguradora alegó la falta de legitimación activa de la comunidad de propietarios al haberse realizado la reclamación una vez finalizado el contrato de seguro, cuando éste solo cubría reclamaciones realiza-

das durante su vigencia, lo que resulta conforme con el artículo 73 LCS. El Juzgado, estimando íntegramente la demanda, declaró la vigencia del seguro y cubierta la responsabilidad en la que pudiera haber incurrido el arquitecto, al apreciar que la cláusula que excluye de la cobertura las reclamaciones efectuadas dentro del año siguiente a la terminación del contrato resultaba nula por vulnerar los límites de aquel precepto que exige la cobertura de las reclamaciones realizadas en tal plazo. También resolvió el Juzgado que tal cláusula limitativa de los derechos del asegurado no había sido expresamente aceptada de acuerdo con el artículo 3 LCS, por lo que en definitiva no era oponible a la comunidad perjudicada. Interpuesto recurso de apelación por la aseguradora, la Audiencia Provincial, sin enjuiciar el cumplimiento del artículo 3 LCS, lo desestima íntegramente al apreciar la nulidad de la cláusula por vulneración del artículo 73 LCS que, según su criterio, contempla dos modalidades de cláusulas de limitación temporal que no pueden en ningún caso alcanzar a excluir el año anterior, ni el posterior a la vigencia del contrato. La entidad aseguradora interpone recurso de casación fundado en la infracción del párrafo segundo del artículo 73 LCS y en contradicción con la jurisprudencia de la Sala. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia resuelve los requisitos de las cláusulas que delimitan temporalmente la cobertura del contrato de seguro de responsabilidad civil, conocidas como cláusulas *claim made*. Estas cláusulas, consideradas inicialmente lesivas para los asegurados (cfr. SSTs de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992), fueron avaladas legalmente con la introducción de un segundo párrafo en el artículo 73 LCS por mor de la DA 6.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. Reglero Campos, L. F. (2008), «El seguro de responsabilidad civil», *Tratado de Responsabilidad civil*, I, (coord. por el mismo autor), Cizur Menor, pp. 1.471-1.473, particularmente proponía una reforma general de la responsabilidad civil que diese cabida a un variado número de riesgos, con un sistema general aplicable a los daños instantáneos y otros específicos para aquellas actividades generadoras de daños diferidos o continuados. Y es que ciertamente resultan problemáticas estas cláusulas limitativas de la cobertura en el ámbito de la responsabilidad por defectos constructivos ya que, por lo normal, los daños se manifiestan diferidamente, en un momento en que el profesional, como ocurrió en la sentencia comentada, puede no disponer de seguro contratado. (F. S. N.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

23. Propiedad horizontal. Nulidad de acuerdo de la Junta de Propietarios por abuso de derecho.—La aprobación, por parte de la Junta de Propietarios, de una obra —en el caso la bajada del ascensor «a cota 0»— sin proyecto alguno que defina los trabajos a realizar, constituye un abuso de

derecho manifiesto frente a los comuneros, propietarios de los locales afectados [arts. 7.2 CC y 18.1 c) LPH]. La inexistencia de proyecto vicia la obra de ausencia de fundamentación y, en consecuencia, provoca que los comuneros obtengan información suficiente que, en su caso, les permita conocer los aspectos a impugnar; lo que afecta al ejercicio de su legítimo derecho de defensa. **(STS de 5 de abril de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Don Pedro y don Enrique impugnaron los acuerdos adoptados por la comunidad de propietarios C, en relación con la instalación de un nuevo ascensor a cota cero, por considerar que sería suficiente para superar las barreras arquitectónicas la instalación de una plataforma salva escaleras con un coste de unos 6.000 euros; mientras que las obras de instalación del ascensor afectarían a uno de los locales comerciales de los actores.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por falta de legitimación activa. La Audiencia Provincial desestimó la demanda, por entender que la obra proyectada no se trataba de un gasto extraordinario, sino de la modificación del trazado y trayectoria del ascensor, en beneficio de los vecinos con discapacidad, lo que eximiría de la contribución a los actores.

Frente a la sentencia de la Audiencia, don Pedro y don Enrique interpusieron recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

24. Propiedad Horizontal. Impugnación de acuerdo. Subcomunidad.—Los escritos rectores del procedimiento coinciden en la existencia de una sola Comunidad de propietarios, en la que se incluye los diez bloques que configuran el conjunto urbanístico. Ninguna parte, ni ninguna sentencia, mantiene que las subcomunidades constituidas, a efectos organizativos, en la junta de fecha 29 de abril de 2007, tuviesen *per se*, y desligados de la voluntad de la Comunidad de propietarios, capacidad para adoptar acuerdos de la naturaleza del acuerdo litigioso. La sentencia de primera instancia concede validez a la junta extraordinaria del bloque 000, de fecha 2 de octubre de 2010, aunque no prosperase el acuerdo por no concitar la mayoría legal, porque traía causa de la autorización emanada de la junta de la comunidad de fecha 7 de agosto de 2010. Lo que sucede es que sostiene que tal autorización decayó tras la celebración de la junta extraordinaria del bloque 000, antes mencionada. Entiende que esa voluntad general de la Comunidad debía reiterarse si el bloque 000 quería celebrar más adelante otra junta con el mismo objeto, como sucedió respecto de los bloques 003 y 004 en la junta general ordinaria del año. La sentencia recurrida discrepa de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que la subcomunidad del bloque 000 no convocó y celebró la Junta de 24 de agosto de 2012, respecto del acuerdo impugnado, al margen del conocimiento del conjunto urbanístico, pues traía causa de la junta general de fecha 7 de agosto de 2010. Para la sentencia de la audiencia la autorización seguía vigente, siendo ese el modo de actuar de los demás bloques en acuerdos de esa naturaleza. El Tribunal Supremo sostiene que existe una comunidad separada (subcomunidad) con funcionamiento independiente, en el seno de una comunidad en régimen de propiedad horizontal, a efectos organizativos, y con dependencia de la comunidad

de propietarios para adoptar acuerdos de la naturaleza del litigioso, con cuya autorización funcionó. No existe un funcionamiento independiente de subcomunidad alguna en el conjunto urbanístico residencial, sino una sola comunidad, con subcomunidades a efectos internos, que adoptan acuerdos con sometimiento y conocimiento de la junta general del conjunto urbanístico, y en este caso existió autorización de esta. Además, la autorización de la junta general de la comunidad relacionada con la instalación de ascensores tiene como destinatarias las subcomunidades de bloques, en el caso de autos el bloque 000, y estas subcomunidades no alcanzan a los propietarios de plazas de garaje situados en el subsuelo, que integran una subcomunidad distinta. De otra parte, todo trae causa de una autorización de la junta general del conjunto urbanístico, de fecha 7 de agosto de 2010, que no fue impugnada, y a la que fueron convocados todos los propietarios que integran el conjunto urbanístico. (STS de 10 de abril de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La mercantil Electrodomésticos Barrojo interpuso demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de propietarios de un edificio, solicitando la nulidad del acuerdo tomado en junta extraordinaria de 24 de agosto de 2012 consistente en que «se aprueba el acuerdo de llevar adelante las obras de instalación de ascensor en el edificio».

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró nulo el acuerdo.

Contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia interpuso recurso de apelación la Comunidad de propietarios.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial interpone la mercantil recurso de casación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (J. M.^a M. F.)

25. Legitimación activa del presidente de una comunidad de propietarios para ejercitar acción de responsabilidad contractual ex artículo 1101 CC frente a la sociedad promotora-vendedora.—El acuerdo de la comunidad de propietarios, mediante acta, de facultar al presidente para el ejercicio de acciones de reparación de los daños constructivos existentes tanto en los elementos privativos como comunes del edificio dota de legitimación activa procesal a aquel para el ejercicio de acciones relativas al incumplimiento contractual. No es exigible que en el acta se especifique el tipo de acción concreta a especificar, bastando con que se le confiera autorización para reclamar en nombre de los comuneros, que le han concedido su representación (art. 13 LPH). Lo contrario equivaldría a restringir indebidamente la legitimación del presidente de la comunidad, cuando a este se le concede un mandato por los comuneros amplio para reclamar por los daños en elementos privativos. (STS de 21 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios C formuló demanda frente a la inmobiliaria P, solicitando que se condenara a esta última a la realización, a su costa, de las obras necesarias para la elimina-

ción de los defectos existentes en los elementos privativos y comunes del edificio, en el plazo de dos meses. En caso de no ejecutarse, se solicitaba que se le condenase al pago de la cantidad equivalente al coste de las operaciones que alcanzaba los 36.353,50 euros. P se opuso a la demanda alegando la falta de legitimación del presidente de la comunidad C, por ejercerse una acción contractual.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y desestimó la ausencia de legitimación del presidente de la comunidad.

La Audiencia Provincial absolvió a la demandada por considerar que eran los propietarios los legitimados para el ejercicio de las acciones contractuales, al no haberse recurrido, en este caso, a la acción decenal por vicios (arts. 1591 CC y 17 LOE).

La comunidad de propietarios recurrió en casación.

NOTA.—Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria. La operación de reemplazo. Si bien, el núcleo del caso se articuló en torno a la cuestión procesal de la legitimación del presidente de la comunidad, el fondo plantea una cuestión indemnizatoria y de incumplimiento del contrato muy sugerente. La pretensión subsidiaria de la comunidad de propietarios pasaba por que —de no ejecutarse las obras en el plazo fijado por el juzgador— se condenase a la sociedad demandada al pago de la cantidad equivalente al coste de las obras de reparación. En ambos casos, se trataría del ejercicio de la denominada pretensión de cumplimiento (forzosa), que puede ser ordenada por el juez, bien directamente al demandado, bien a su costa por medio de un tercero (art. 706 LEC).

Los hechos del caso permiten, no obstante, una aproximación distinta. Puede pensarse en la denominada «operación de reemplazo», una vía alternativa de satisfacción *in natura*, extrajudicial, del interés del acreedor a través de un tercero y con cargo al deudor incumplidor. Así habría sucedido si la comunidad de propietarios hubiese decidido reparar los defectos directamente por medio de un tercero, reclamando después el coste de dicha reparación. Se trataría, entonces, de una indemnización de daños y perjuicios.

Inicialmente pensada para el contrato de compraventa, con ella —con la operación de reemplazo— el acreedor puede obtener la diferencia entre el coste de la operación de reemplazo y el establecido en el contrato. Los más recientes estudios sobre la materia advierten de la generalización de esta regla para la totalidad de los contratos, como medio de determinación del daño indemnizable. La acción contractual de daños por vicios constructivos, que se contempla de pasada en este caso, es otro buen ejemplo.

No es el momento ni el lugar de profundizar más en ello. Sobre lo expuesto, remito al lector a la tesis doctoral de VARGAS BRAND, I., *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo. La influencia del modelo angloamericano* (Universidad Autónoma de Madrid), 2019, y, en particular, a sus páginas 270 a 272 (nota 965) y 316 a 339. (A. I. R. A.)

26. Legitimación activa para impugnar las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado.—Con base en el párrafo 4 del artículo 328 LH y en la jurisprudencia que lo interpreta, no gozan de legi-

timación activa para impugnar una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) el Colegio de Registradores, el Consejo General del Notariado, los colegios notariales ni el notario o el registrador implicados (el notario que autorizó el título y el registrador cuya calificación negativa hubiera sido revocada por la DGRN). La legitimación activa la ostentan los directamente interesados, de ordinario, los titulares de derechos que pretendan acceder al registro.

Sin embargo, el notario y el registrador sí cuentan con legitimación activa para recurrir judicialmente una resolución de la DGRN cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares.

Respecto del registrador cuya calificación negativa hubiera sido revocada por la DGRN, este interés legítimo propio debe estar relacionado con una posible repercusión de modo efectivo y acreditado en su esfera jurídica, normalmente vinculada con una posible declaración de responsabilidad civil o disciplinaria. Por el contrario, no se admite su legitimación cuando su interés es abstracto o inherente a su función de defensa de la legalidad registral.

Respecto del notario autorizante de la escritura cuya inscripción es denegada, este interés legítimo propio debe estar igualmente relacionado con un acontecimiento cierto, como un anuncio o amenaza de responsabilidad disciplinaria concreta. Por el contrario, no se admite su legitimación cuando el interés que se invoque sea la defensa de la legalidad, la disconformidad con la decisión del superior jerárquico respecto de actos o disposiciones cuya protección se le encomienda, la defensa de su prestigio profesional o, indirectamente, el tratar de evitar una eventual reclamación de responsabilidad civil profesional de naturaleza contractual a la que pudiese tener que hacer frente a consecuencia del perjuicio económico ocasionado a sus clientes en caso de confirmarse por la DGRN la denegación de la inscripción.

Por otra parte, el notario que autoriza una escritura que es presentada para su inscripción registral sí goza de legitimación activa para la impugnación judicial directa de la calificación negativa del registrador, de acuerdo con lo regulado en el párrafo tercero del artículo 328 LH. **(STS de 3 de marzo de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Ginés, notario de profesión, autoriza una escritura pública de compraventa por la que Ángel vende una vivienda a Laura y Pedro. En la escritura se hacía constar que los compradores eran residentes en Dinamarca y que actuaban representados por el asesor fiscal Ambrosio, a quien se había otorgado el correspondiente poder, que el notario apreció suficiente.

El Registrador de la Propiedad emitió una calificación negativa a la inscripción de la escritura de compraventa por dos defectos subsanables: por no resultar de aplicación lo previsto en el artículo 98.2 Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en cuanto al juicio de suficiencia del notario, al tratarse de un poder emitido en el extranjero; y por no constar acreditado el destino de los 6.020 euros sobrantes respecto del precio de la compraventa, transferidos de la cuenta de los compradores a la de su asesor fiscal.

Ginés interpone recurso gubernativo ante la DGRN. El recurso es estimado en parte: revoca el primero de los defectos de la nota de calificación, al equiparar el juicio de suficiencia del poder otorgado en el extranjero al del poder otorgado en España; y confirma la nota

negativa de calificación con relación al segundo defecto, al apreciar la falta de justificación de la cantidad sobrante del precio transferida por los compradores a su asesor.

Ginés interpone demanda solicitando se revoque tanto la resolución de la DGRN como la suspensión de la inscripción de la escritura de compraventa. La demanda es íntegramente estimada.

La DGRN y el Registrador de la Propiedad interponen sendos recursos de apelación, los cuales son desestimados íntegramente.

La DGRN interpone recurso de casación por falta de legitimación activa del notario para impugnar una resolución de la DGRN, recurso que es estimado. (*T. R. C.*)

DERECHO DE FAMILIA

27. Divorcio: Modificación de medidas sobre los hijos.—Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes: 1) El aquí recurrido presentó demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, solicitando la extinción de la pensión de alimentos que debía abonar a sus dos hijos, al estar ambos trabajando en las Fuerzas Armadas y ser independientes económicamente, solicitando la extinción con efectos retroactivos al momento en que se produjo su independencia económica, alegando abuso de derecho y enriquecimiento injusto. A ello se opuso la demandada, alegando que ambos vivían con ella y su trabajo carecía de vocación de permanencia y sin vida independiente, siguiendo ambos su educación. 2) Mediante sentencia se declaró extinguidas ambas pensiones de alimentos, retrayendo los efectos desde el 6 de junio de 2011, respecto de Eulogio, y desde el 3 de mayo de 2014, respecto de Indalecio. Y ello al considerar acreditada la inserción laboral de ambos por los informes de vida laboral que constan en autos. Ambos se han incorporado a las Fuerzas Armadas y cobran remuneración. Respecto de la retroacción de la extinción a las fechas indicadas, considera el juzgador que es una postura minoritaria en la jurisprudencia la que apoya dicha tesis, cuando la causa de extinción es objetiva, como es el caso. Matiza que así sería, a título de ejemplo, si el hijo es contratado de forma indefinida por una empresa o adquiere la condición de funcionario público, o la exesposa contrae matrimonio o ha accedido a un empleo público. En cambio no será de aplicación cuando exista una duda razonable en cuanto a si el hecho tiene o no entidad para modificar las medidas. En este orden de ideas, y respecto del hijo Hernán, que es el relevante para el recurso, se afirma que «se ha incorporado dos veces al Ejército, la primera abandonó a los cuatro meses y la segunda ocasión no renovó voluntariamente, pasando a cobrar la prestación de desempleo, viviendo en una residencia militar, aunque ahora quiere prepararse las oposiciones a policía nacional».

La madre recurre la sentencia de apelación sobre dos extremos: (i) La extinción de la pensión del hijo Hernán, solicitando se mantenga dos años más, y (ii) que no se declare la retroacción de los efectos de la extinción. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso; de un lado mantiene la extinción de la pensión, pero de otro deja sin efecto la retroacción de sus efectos fijados en la sentencia apelada, y los sitúa al momento de presenta-

ción de la demanda. «El art. 148 CC dispone que los alimentos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda. Por ello, al no haber habido ocultación por parte de doña Virginia y haberse presentado la demanda el Sr. Eulogio el día 30 junio 2015, debe atribuirse el efecto de la extinción de la pensión alimenticia a esta fecha respecto de ambos hijos».

La representación procesal de la parte demandada y apelante interpone recurso de casación, por interés casacional, articulada en un motivo único, al amparo del artículo 477.3 LEC con interés casacional por contravenir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considerándose infringidos los artículos 106 y 148 CC y 774.5 LEC.

La Sala considera que para la mejor inteligencia de la presente resolución se han de tener en consideración dos datos: (i) Que la legitimación de la recurrente para percibir los alimentos destinados a cubrir las necesidades de sus hijos mayores de edad, la tiene al amparo del artículo 93.2 CC. De ahí que el actor formule demanda contra ella y no contra los hijos, para la modificación de la medida alimenticia, en orden a su extinción; (ii) que ambos hijos, según consta como hecho probado, adquirieron independencia económica, e incluso residencia independiente, en las fechas que fijan ambas sentencias de la instancia, que no entran a valorar posibles avatares posteriores, salvo para calificarlos de voluntarios. De ahí que se declara la extinción de las pensiones, pronunciamiento que ha devenido firme.

A partir del dato fáctico resulta de sumo interés traer a colación la STS de 7 de marzo de 2017 para entender la legitimación de la recurrente para ser perceptora de la pensión alimenticia, aunque destinada a contribuir a las necesidades de tal naturaleza de sus hijos mayores de edad. Dicha sentencia afirma lo siguiente: «La Ley de 15 octubre 1990 añadió el párr. 2.º del artículo 93 CC, incorporando que se permitiese fijar los alimentos de los hijos mayores de edad en la propia sentencia que resuelve el proceso de nulidad, separación o divorcio. En concreto establece que «si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 ss. de este código». La doctrina ofreció varias razones para justificar esta previsión normativa. Ya por economía procesal, para evitar otro proceso, éste de alimentos de los hijos. Ya para evitar que éstos tuvieran que enfrentarse con los padres o con algunos de ellos. En cualquier caso daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que, aun siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de sus progenitores. Este párrafo del artículo 93 CC ha dado lugar a cuestiones muy controvertidas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Lo que es relevante a efectos del recurso, y de otra parte la más cuestionada, es la relativa a la legitimación del progenitor que reclama alimentos en el proceso matrimonial a favor del hijo que convive con él. Se ha cuestionado si se trata de una legitimación directa o indirecta, y si fuese esta última si es legitimación por sustitución o legitimación representativa. Asimismo han existido corrientes doctrinales y jurisprudenciales que han buscado justificación a la legitimación. Destacan las que la basan en las cargas del matrimonio o las que creen que existe un derecho de reembolso del progenitor conviviente. El origen del problema se encuentra en que el artículo 93.2 CC establece como requisitos para su aplicación los siguientes: (i) que los hijos mayores carezcan de ingresos propios, lo que se interpreta por doctrina y jurisprudencia en sentido amplio, esto es, no como una falta total de ellos sino que sean insuficientes; (ii) que los hijos mayores convivan en el domicilio familiar, lo

que también ha merecido una interpretación extensa. El primer requisito no hace más que reconocer el derecho de alimentos de los hijos mayores en virtud del artículo 143 CC, siendo ellos, pues, los necesitados. El segundo requisito, que es la novedad, justifica el nuevo cauce procesal para reclamar los alimentos de los hijos mayores, en concreto que se fijen en el proceso matrimonial. Tiene el precepto la laguna de no concretar, dentro del proceso matrimonial, la legitimación para reclamarlos. Se echa en falta la existencia de una norma, como sucede en otros ordenamientos, que expresamente conceda al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo. Así el artículo 295 CCfr. tras la reforma de 1975, el artículo 155 CCit. y, dentro de España, el artículo 233-4, con el artículo 237-1 CCat, que prevén una legitimación directa del progenitor conviviente.

A consecuencia de la citada laguna ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya tenido que decidir la cuestión, y así lo hace la STS de 24 de abril de 2000, ampliamente comentada por la doctrina científica y citada en todos los recursos sobre la materia; en el presente litigio la citan tanto la parte recurrente como la recurrida. En esta sentencia se declara la exclusiva legitimación del progenitor conviviente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos tal como se interpretan jurisprudencialmente. Por tanto, la STS últimamente citada, seguida por la STS de 12 de julio de 2014, ha supuesto un cambio del estado de la cuestión al dejar claro que la legitimación la tiene el progenitor que convive con el hijo mayor, que es ahora lo relevante, sin entrar en opiniones doctrinales, todas dignas de consideración. Más adelante añade que el hecho de que se decida en el proceso matrimonial sobre los alimentos de los hijos mayores se fundamenta no en el derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, que es indudable, sino «a la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de sus progenitores». Por tanto, desde que los hijos de la recurrente alcanzaron la mayoría de edad, la legitimación de ella para percibir la pensión alimenticia se fundó en la previsión del art. 93.2 CC.

Carácter consumible de los alimentos.—El efecto no retroactivo de la modificación de alimentos (declarado por SSTs de 26 de marzo de 2014, 23 de junio de 2015 y 6 de octubre de 2016) tiene sus raíces en el carácter consumible de los mismos. De ahí que las ss. que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios (SSTs de 2 de diciembre de 2015 y 20 de julio de 2017) por seguir conviviendo con su progenitor. También se ha de tener en cuenta que la última sentencia se refiere a restantes resoluciones que modifiquen su cuantía, sea al alza o a la baja, esto es, pensando en unos alimentos que varían en su cuantía, pero no en su extinción por perder la preceptiva legitimación para su cobro. En el caso de autos, desde el escrupuloso respecto a los datos fácticos de la sentencia recurrida. Le demandada dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia al amparo del artículo 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia. Desde entonces los únicos legitimados para reclamar alimentos a su progenitor eran los hijos, por ser mayores de edad. En la STS de 18 de julio de 2018, aunque se trata de pensión compensatoria, la Sala negó el efecto de su extinción a la fecha de la sentencia ya que la perceptora había ocultado al obligado la concurrencia de una causa extintiva de la pensión, cual es la convivencia marital con otra per-

sona. En el caso aquí enjuiciado, no podrá afirmarse que existió ocultación de la recurrente al recurrido sobre el cambio de circunstancias, pero sí existe empecinamiento, tras la formulación de la demanda, en querer mantener una legitimación para percibir la pensión de alimentos de los hijos, que había perdido. Recientemente se ha pronunciado la Sala en este sentido en la STS de 12 de marzo de 2019. Procede, por tanto la desestimación del recurso de casación. **(STS de 10 de abril de 2019;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.] (G. G. C.)

28. Divorcio después de haber pactado convenio regulador en separación: Medidas definitivas: Hijos convivientes con la madre.—Don Casimiro formuló solicitud de divorcio matrimonial contra doña Pura, en cuya demanda pretendía que se dictase sentencia decretando el divorcio del matrimonio, legalmente separado, con adopción de las medidas definitivas que interesaba, que son la base de este recurso de casación.

Las partes contrajeron matrimonio el 19 de mayo de 1984, teniendo como descendencia dos hijos, Ezequías, nacido en 1984 y Jesús Carlos, nacido en 1986, de 31 y 29 años respectivamente.

Los cónyuges están separados judicialmente por sentencia de 4 de febrero de 1992, que aprobó el convenio regulador de 27 de diciembre de 1991, en los autos de separación de mutuo acuerdo núm. 11/1992 de este mismo Juzgado. En aquel momento ambos hijos eran menores de edad, acordando los cónyuges que permanecieran bajo la guarda y custodia de la madre, con un amplio régimen de visitas respecto del padre, la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar mientras no se procediera a su liquidación, debiendo abonar el esposo una pensión de alimentos para los hijos de 60.000 pts. mensuales y una pensión compensatoria a favor de la esposa de 20.000 pts, ambas anualmente actualizables con arreglo al IPC.

Don Casimiro propone la extinción de la pensión de alimentos de ambos hijos, con efectos retroactivos al momento en que se acredite que comenzaron a trabajar y la extinción de la pensión compensatoria con efectos retroactivos a la interposición de la demanda, solicitando asimismo que se condene a la demandada a devolver las cantidades que ha recibido indebidamente con motivo de los alimentos que se declaren extinguidos.

Doña Pura se opone a la extinción de las pensiones de alimentos de los hijos y a la extinción de la pensión compensatoria.

La sentencia de primera instancia, en lo aquí relevante, declaró extinguida la obligación del Sr. Casimiro de abonar a doña Pura la pensión de alimentos del hijo Jesús Carlos con efecto desde el mes de mayo de 2015, debiendo doña Pura reintegrar a don Casimiro las cantidades indebidamente percibidas desde el mes de mayo de 2015, incluido éste.

Asimismo declaró extinguida la pensión compensatoria a favor de la esposa, con efectos desde la presente resolución.

La motivación de ambas decisiones fue la siguiente: (i) en cuanto a los alimentos del hijo Jesús Carlos, su madre ha reconocido que el hijo dejó de convivir con ella desde el mes de mayo o junio pasado, de forma que en ningún caso concurren desde este momento los presupuestos del artículo 93-2 CC. Tal extinción tendrá efectos retroactivos desde mayo de 2015, pues desde que dejó de convivir con la madre, ésta no debió percibir ninguna cantidad por tal concepto, debiendo haberlo comunicado al padre para evitar el pago de nuevas pensiones, sin que lo llevara a efecto, incurriendo en un claro supuesto de cobro de lo indebido. (ii) En relación con la extinción de la pensión

compensatoria, sucede que, contraído el matrimonio en 1984, suscribieron convenio regulador de separación en diciembre de 1991, aprobado en sentencia de 4 de febrero de 1992. La pensión compensatoria se pactó sin especificar las circunstancias tenidas en consideración, aunque son parámetros claros que la convivencia matrimonial debió durar unos ocho años y que la esposa tenía 30 años al dictarse la separación. Los hijos eran entonces menores de edad y quedaban bajo custodia materna. El esposo regentaba en aquel momento un negocio familiar de cristalería que al parecer fue posteriormente traspasado a la esposa. Se ha reconocido en la propia demanda que, pese a la separación, los cónyuges siguieron ocupando la misma vivienda hasta aproximadamente 2013. Se ha acreditado un descenso en la posición económica del actor, derivada del hecho de su jubilación, pasando a percibir una pensión de unos 1.300 euros mensuales netos, constando la existencia de deudas derivadas del negocio familiar de cristalería y el embargo de la vivienda de su propiedad, debiendo el actor abonar la renta mensual de la vivienda de alquiler municipal que asciende a 249 euros, y habiendo sido derivado por los servicios sociales de base al banco de alimentos.

Por otra parte, han transcurrido más de 23 años desde que se estableció la pensión compensatoria a favor de la esposa, periodo más que razonable para que la esposa, relativamente joven al tiempo de la separación, hubiera podido consolidar una situación de inserción en el mercado laboral. La esposa, de hecho, desempeñó actividad profesional con alta en el régimen de autónomos desde el 1 de abril de 1998 hasta el 31 de mayo de 2005, Consta asimismo la adquisición por la esposa de un inmueble en DIRECCION001 mediante escritura de 6 de marzo de 2014.

En las circunstancias expuestas y transcurridos más de 23 años desde que se estableció la pensión compensatoria, siendo un periodo más que razonable para que la esposa, relativamente joven al tiempo de la separación, hubiera podido consolidar una situación de inserción en el mercado laboral. La esposa, de hecho desempeñó actividad profesional con alta en el régimen de autónomos desde el 1 de abril de 1998 hasta el 31 de mayo de 2005. Consta asimismo la adquisición por la esposa del inmueble DIRECCION001 mediante escritura de 6 de marzo de 2014. Por todo ello, el desequilibrio económico, previsto al establecer la pensión debería ya estar superado con toda probabilidad, y si esto no ha podido tener lugar por las circunstancias de falta de formación de la esposa, se trata de impedimentos derivados de circunstancias inherentes a la persona de la esposa pero que no pueden trasladar sobre el esposo una obligación de abonar la pensión compensatoria *sine die* o por tiempo ilimitado, una vez que ha transcurrido un plazo más que razonable para la corrección del desequilibrio en circunstancias normales. Procede, en consecuencia declarar extinguida la pensión conforme al artículo 101 CC. Declaró como *dies a quo* el de la fecha de la sentencia.

La SAP de Vizcaya de 19 de mayo de 2016 desestimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

En su motivación respecto a la extinción de la pensión compensatoria afirma: La prueba directa y de inferencia evidencia de que la ruptura, el desequilibrio inicial, la necesidad temporal de ayuda para formación o inclusión en quehaceres profesionales de los que dimanen los ingresos y estabilidad vivencial, ya había sido superado, se accede a haberes y hay capacidad para compra con sustantiva cifra económica, nos permite afirmar que la acreedora resuelve el inicial desequilibrio, necesidad, por lo que decae su derecho, al tiempo que el obligado se encuentra en situación de decadencia en la obten-

ción de ingresos, residencia bajo fórmula de alquiler municipal y deriva al banco de alimentos por los servicios sociales.

En relación con los efectos de la extinción de la pensión alimenticia de Jesús Carlos, el Tribunal de apelación expone: El recurso queda centrado en hacer frente a la condena de la instancia de devolver la pensión alimenticia de uno de los hijos, Jesús Carlos, desde mayo de 2015, por no convivir con la madre. Se discrepa del recurso de alzada: (i) No cumplimiento del artículo 93.2 CC, ya que el hijo mayor no convive con la madre desde mayo de 2015, y apenas tiene ingresos propios. Simplemente el no cumplir los presupuestos motiva decaimiento, y la no existencia de los mismos es de manera rotunda, clara y nítida, no cabe duda o discrepancia interpretativa. (ii) Tal incumplimiento nos lleva a no poder solidificar un manifiesto abuso de derecho.

La parte demandada interpone recurso de casación por interés casacional, con base: (i) Al oponerse la SAP de Vizcaya (sección 4) a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, con infracción de los artículos 111, 113, 116, 148,3 y 154 CC, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas, en necesidades perentorias de la vida». Por otro lado la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial, interpretadora del artículo 97 CC, a virtud de la cual es improcedente la extinción de la pensión compensatoria pactada entre los cónyuges, al amparo del artículo 1323 CC, salvo que existan, y se acrediten modificaciones sustanciales en las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (art. 101 CC). (ii) No se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, por lo cual, cualquier intento de modificar los aspectos fácticos de la sentencia recurrida o la de la primera instancia a la que aquella remite fracasaría por hacer supuesto de la cuestión.

Devolución de alimentos o pensiones consumidas en necesidades perentorias.— El primer motivo se interpone al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por existencia de interés casacional, por infracción de diversos preceptos del Código Civil según los cuales no puede obligarse a devolver alimentos o pensiones consumidas en necesidades perentorias. En el supuesto de apreciarse claro fraude de la ley, abuso de derecho o mala fe por parte del percceptor de la pensión —aquí don Jesús Carlos, es a él y no a doña Pura, a quien procede reclamar la cantidad indebidamente pagada, pero en caso alguno a su progenitora, máxime cuando aquél en la vista oral de la segunda instancia admitió de forma expresa el haber recibido y consumido el importe de las pensiones alimenticias desde mayo de 2015.

La Sala entiende que la pensión alimenticia que ha venido percibiendo la recurrente, lo es, en la actualidad, con destino a hijos mayores de edad, al amparo del artículo 93.2 CC. Resulta de sumo interés traer a colación la sentencia de 7 de marzo de 2017, para entender la legitimación de la recurrente para ser preceptora de la pensión alimenticia, aunque destinada a contribuir a las necesidades de tal naturaleza de sus hijos mayores de edad.

Afirma lo siguiente:

«La ley 11/1990, de 15 de octubre, añadió el párrafo 2.º del artículo 93 CC, incorporando que se permitiese fijar los alimentos de los hijos mayores de edad en la propia sentencia que resuelve el proceso de nulidad, separación o divorcio. En concreto establece que «si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 ss. de este Código». La doctrina ofreció varias razones

para justificar esta previsión normativa. Ya por economía procesal, para evitar otro proceso, este de alimentos a instancia de los hijos. Ya para evitar que éstos tuvieran que enfrentarse con los padres o con alguno de ellos. En cualquier caso daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que, aun siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de sus progenitores. Este párrafo del artículo 93 CC ha dado lugar a cuestiones muy controvertidas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. La que es relevante a efectos del recurso, y de otra parte la más cuestionada, es la relativa a la legitimación del progenitor que reclama alimentos en el proceso matrimonial a favor del hijo que convive con él. Se ha cuestionado si se trata de una legitimación directa o indirecta, y si fuese esta última si es legitimación por sustitución o legitimación representativa. Asimismo han existido corrientes doctrinales y jurisprudenciales que han buscado justificación a la legitimación. Destacan las que la basan en las cargas del matrimonio o las que creen que existe un derecho de reembolso del progenitor conviviente. El origen del problema se encuentra en que el artículo 93.2 CC establece como requisitos para su aplicación los siguientes: (i) Que los hijos mayores carezcan de ingresos propios, lo que se interpreta por doctrina y jurisprudencia en sentido amplio, esto es, no como una falta total de ellos sino que sean insuficientes; (ii) que los hijos mayores convivan en el domicilio familiar, lo que también ha merecido una interpretación extensa. El primer requisito no hace más que reconocer el de alimentos de los hijos mayores, en virtud del artículo 143 CC, siendo ello, pues, los necesitados. El segundo requisito, que es la novedad, justifica el nuevo cauce procesal para reclamar los alimentos de los hijos mayores, en concreto que se fijen en el proceso matrimonial. Tiene el precepto la laguna de no concretar, dentro del proceso matrimonial, la legitimación para reclamarlos. Se echa en falta la existencia de una norma, como sucede en otros ordenamientos, que expresamente conceda legitimación al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo, Así aparece en el artículo 295 CCfr. tras la reforma de junio de 1975 (...) en el mismo sentido lo dispone el artículo 155 CCit, y dentro de España el artículo 233-4 CCcat. Estos ordenamientos prevén una legitimación directa del progenitor conviviente.

A consecuencia de la citada laguna ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya tenido que decidir la cuestión, y así lo hace la sentencia de 24 de abril de 2000, ampliamente comentada por la doctrina científica citada en todos los recursos sobre la materia. En el presente litigio la cita tanto la parte recurrente como la recurrida. En esta sentencia se declara la exclusiva legitimación del progenitor conviviente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad, pero naturalmente siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto tal como se interpretan jurisprudencialmente. Por tanto la sentencia de 24 de abril de 2000, seguida por la sentencia de 12 de julio de 2014, ha supuesto un cambio del estado de la cuestión al dejar claro que la legitimación la tiene el progenitor que convive con el hijo mayor, que es lo ahora relevante, sin entrar en opiniones doctrinales todas dignas de consideración. Más adelante añade que el hecho que se decida en el proceso matrimonial sobre los alimentos de los hijos mayores se fundamente no en el derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, que es indudable, sino a la situación de convivencia en que se hayan respecto a uno de sus progenitores.»

Por tanto, desde que los hijos de la recurrente alcanzaron la mayoría de edad, la legitimación de ella para percibir la pensión alimenticia se fundó en la previsión del artículo 93.2 CC.

También conviene traer a colación la sentencia de 20 de julio de 2017, que al decidir sobre los efectos temporales de la sentencia que extingue la obligación alimenticia, contiene la siguiente declaración:

«Es doctrina reiterada de esta Sala que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes obligaciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente (SSTS de 3 de octubre de 2008, 26 de marzo de 2014, 25 de octubre de 2016). Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 CC establece que “los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo”, y, de otra, el artículo 774.5 LEC dispone que “los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en esta”, razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente. En segundo lugar, es también reiterada doctrina (...) que los alimentos no tienen efectos retroactivos de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades de la vida.»

Apréciase que se afirma pensiones percibidas y se añade «por supuesto consumidas». Y es que el efecto no retroactivo de la modificación de alimentos, tiene sus raíces en el carácter consumible de los mismos. De ahí que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios, por seguir conviviendo con su progenitor. Sin embargo, en el caso en el caso sometido a la decisión de la Sala, y desde el escrupuloso respeto a los datos fácticos de la sentencia recurrida, lo que consta es que el hijo Jesús Carlos goza de ingresos propios y dejó de convivir con su madre; por lo que la cuestión no gira alrededor de las necesidades alimenticias de Jesús Carlos, tema que queda extramuros de este procedimiento, sino en si la recurrente dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del artículo 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionales fácticos en orden a su subsistencia. Desde que el hijo Jesús Carlos dejó de convivir con la madre, el único legitimado para reclamar alimentos a su progenitor era él, al ser mayor de edad.

Además la sentencia recurrida como *ratio decidendi* concurrente y no simple argumento *ex abundantia*, apoya su resolución en la necesidad de no consagrar «un manifiesto abuso de derecho», en el que entiende una connivencia entre madre e hijo.

Por todo lo expuesto, el primer motivo de casación debe desestimarse.

El segundo motivo de casación alega interés casacional (art. 477.2.3.º LEC) en cuanto se opone a la doctrina jurisprudencial sobre el valor vinculante de lo fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador (de 27 de diciembre de 1991), con independencia de la pensión compensatoria. Su estipulación 11.ª establece: «Ambos cónyuges se comprometen desde este momento a la tramitación de la demanda de divorcio, una vez transcurra un año desde la interposición de la demanda de separación, lo que llevarán a cabo por el procedimiento establecido en la DA 6.ª de la Ley de 7 de julio de 1981, declarando convalidado a todos los efectos el presente Convenio Regulador del que pedirán su ratificación en el proceso de divorcio que se incoe, renunciando expresamente a cualquier tipo de reclamación».

El problema que plantea el motivo es si el derecho dispositivo de la pensión compensatoria permite que en un convenio regulador se puedan pactar las causas por las que procedería la modificación o extinción de la pensión alterando el régimen general previsto en los artículos 100 y 101 CC. La sentencia de 24 de marzo de 2014 fijó como doctrina jurisprudencial que «a los efectos de la pensión compensatoria, no es alteración sustancial el cónyuge acreedor de la pensión compensatoria, obtenga un trabajo remunerado, si en el convenio regulador se ha previsto expresamente que esta circunstancia no justificará la modificación de la pensión». Considera la Sala que se está en presencia de una norma de derecho dispositivo y no imperativo (art. 97 CC) y que, por ende, nada obsta a reconocer que las partes podrían libremente acordar que la pensión podía ajustarse a parámetros determinados y diferentes a los usualmente aceptados por los cónyuges en situación de crisis. La sala ya había analizado un caso análogo al problema que aquí se plantea en la sentencia de 20 de abril de 2012. La más reciente de 11 de diciembre de 2015 hace una recopilación de la doctrina de la Sala en los siguientes términos: «Es reiterada la doctrina de esta Sala: 1.º) La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien puede afectar; rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración; y 2.º) los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS de 20 de abril de 2012 ya había analizado un caso análogo al problema que aquí se plantea. La más reciente de 11 de diciembre de 2015, hace una recopilación de la doctrina de la Sala en los siguientes términos: (i) Es reiterada doctrina de esta Sala que la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien puede afectar, tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración; (ii) los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS de 31 de marzo de 2011 confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya había admitido esta validez a partir de la trascendental sentencia de 2 de abril de 1997. En un supuesto parecido la STS de 4 de noviembre de 2011 declaró que el convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados puede contener tanto pactos típicos como atípicos. Desde la perspectiva del artículo 101 CC, puede afirmarse con carácter general que el reconocimiento a pensión en juicio anterior de separación no constituye óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio de considerarse acreditado el supuesto normativo a que se refiere dicho precepto y que fue causa de su reconocimiento. No obstante, cuando la pensión por desequilibrio se haya

fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador lo relevante para dilucidar la cuestión de su posible extinción sobrevenida es el valor vinculante de lo acordado, en cuanto derecho disponible por la parte a quien puede afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad».

Si la anterior doctrina se aplica al caso de autos el motivo no puede ser estimado, pues la interpretación que hace la parte recurrente de la cláusula 11.ª del convenio regulador de 27 de diciembre de 1991 no puede conducir a extraer el resultado pretendido. Es cierto que ambos cónyuges pactaron que el convenio de esa data, acordado para la separación conyugal sería válida para el posterior proceso de divorcio, pero también es cierto que ello se encontraba estrechamente entrelazado con el compromiso de ambos cónyuges, contenido en la misma cláusula de tramitar demanda de divorcio una vez transcurrido un año desde la interposición de la demanda de separación, lo que, a todas luces, no se ha cumplido, por avatares matrimoniales entre los cónyuges.

Ausencia de interés casacional.—Se alega interés casacional porque la SAP de Vizcaya (sección 4.ª) se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con infracción de los artículos 97 y 101 CC, advirtiendo que el recurrente pretende que la Sala valore circunstancias fácticas que resultan acreditadas de la prueba documental, declaraciones de las partes en el acto del juicio oral y testificales de los hijos del matrimonio, que no han sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida.

La Sala declara la inadmisión del motivo, que en esta fase procesal supone su desestimación. La parte recurrente se centra en alterar la base fáctica de la sentencia. Se debe recordar que es doctrina constante de la Sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada. Como consecuencia de lo cual, y aquí no ha sucedido con fidelidad, en el recurso de casación se ha de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados en la sentencia recurrida. Si se hubiese estado solo a las valoraciones jurídicas que hace el Tribunal de apelación de los hechos que declara en su sentencia, se habría de concluir que no ofrecen tacha de arbitrariedad o irracionalidad como para fundar un interés casacional, pues ambas sentencias, sobre todo la de primera instancia, a la que remite la recurrida, conocen y aplican la doctrina de la Sala.

Se desestima el recurso interpuesto por doña Pura contra la sentencia de 16 de mayo de 2016 dictada por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, confirmando la sentencia recurrida cuya firmeza se declara, imponiendo a la recurrente las costas del recurso. **(STS de 12 de marzo de 2019;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—El trasfondo fáctico permite plantear algunos interrogantes: En el caso ¿qué fue lo primero: el amor o el negocio en común? La notable prolongación temporal de estos últimos, hace dudar: ¿Es mejor que desde el origen se separen ambos efectivamente? Los negocios comunes ¿ayudan, perjudican o son indiferentes, a la hora de la crisis matrimonial? En el caso aquí resuelto, no resulta fácil de explicar que roto el matrimonio se prolonguen en el tiempo las iniciales relaciones negociales, sobre todo si se pactaron convenios reguladores que permitían una vida desahogada al grupo. En el presente caso pasan bastantes años hasta que las relaciones del grupo

familiar liquidan cuentas definitivas ¿Resulta explicable en el caso aquí resuelto, en el que, se espera a liquidar la empresa común para liquidar, en cuanto a los hijos, los efectos del divorcio ? (G. G. C.)

29. Unión de hecho: Cuidado de la hija común: Enfermedad psíquica de la madre y de la abuela materna.—El presente recurso trae causa de la demanda de juicio de modificación de medidas promovidas por el padre en el que interesaba, sustancialmente, la atribución al mismo de la guarda y custodia de la hija menor (nacida en 2008), con establecimiento de una pensión alimenticia con cargo a la madre. Formulada oposición por la madre, en su informe el Ministerio Fiscal interesó la adopción del cambio de la guarda y custodia solicitada, con establecimiento de una pensión alimenticia con cargo a la madre. En la causa consta la existencia de informe psico-social en el que se concluye la gran disposición del padre y de la abuela paterna para hacerse cargo de la menor, pudiendo atender a sus necesidades básicas, circunstancias que no concurren en la persona de la madre. En la sentencia de primera instancia se estima la demanda de modificación de medidas, considerando el Juzgado de Primera Instancia que la continuación de la custodia de la madre es inviable, a causa de su enfermedad, y que el padre y su entorno familiar ofrecen una mejor atención a la menor. La Audiencia Provincial de Granada estima el recurso de apelación, entendiéndolo que para la estimación de la pretensión ejercitada sería necesaria una «indispensable alteración sustancial de las circunstancias», y que «no apreciamos alteración sustancial de las circunstancias, a la vista de las fechas de los informes».

Por el padre demandante se interpone recurso de casación, fundado en un único motivo por infracción del artículo 90.3 CC, de acuerdo con su vigente redacción, que determina que procede la modificación de medidas «cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges», en relación con el interés del menor. Hay un cambio cierto en relación o con el interés de la menor, según afirma el Informe elaborado a instancia de los Servicios Sociales, tras requerimiento efectuado por el colegio donde la menor cursa estudios de 4.º de primaria. La STS de 24 de mayo de 2016, interpretando la última redacción del artículo 90.3 CC afirma que «las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial pero sí cierto». Admitido el recurso de casación el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso.

La Sala afirma que la doctrina jurisprudencial citada en el recurso se completa con la establecida en STS de 27 de diciembre de 2017, que recoge el cuerpo de doctrina de la Sala sobre la cuestión que la parte recurrente le somete, y de ello el interés casacional del recurso. La nueva redacción del artículo 90.3 CC viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto (STS de 24 de mayo de 2016). Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la STS de 17 de noviembre de 2015, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) La menor

tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y a fecha de la sentencia tenía diez; (ii) los propios progenitores habían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en STS de 26 de diciembre de 2015, que valora que en el tiempo en el que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad. Añade que no se puede petrificar la solución de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. De todo ello se deduce que el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. Por tanto no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor.

Falta de valoración del informe pericial.—Basta con la lectura de la sentencia recurrida para apreciar que se desliga totalmente del interés de la menor, sin analizar el Informe emitido por el equipo psico-social, como sí lleva a cabo la sentencia de primera instancia. Este Informe, minucioso y detallado, fruto de una metodología concienzuda, se detiene en la enfermedad de su madre, de naturaleza psíquica, así como en la de la abuela materna, también psíquica aunque de menor entidad, y también en el rol del abuelo paterno. A continuación analiza la figura del padre y su entorno, destacando además la figura de la abuela paterna. Tras este estudio concluye en los términos que recoge la sentencia de primera instancia, en la que no se hace un reproche peyorativo de la madre, sino que el acento se pone en la enfermedad que padece, proyectada al interés de la menor. Por todo ello, el motivo ha de estimarse. (STS de 5 de abril de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar, no solo en el fondo sino también en el aspecto formal. La edad de la menor hace posible que la hija común narre hechos sobre el comportamiento de su madre que han llegado a preocupar a los responsables del Colegio, originando el Informe que ha servido para alertar a éstos. Una interrogante: ¿no advertía los hechos el progenitor al ejercer el derecho de visita? (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

30. Contratos de abanderamiento. Acuerdos fijación de precios: nulidad.—En lo que se refiere a la nulidad de los acuerdos por fijación directa o indirecta de los precios de venta [art. 81.1.º, apartado a), TCE; actual art. 101.1.a) TFUE], en relación a los contratos de abanderamiento, las cláusulas relativas a los precios de venta al público pueden acogerse a la exención por categorías prevista en el Reglamento CEE núm. 1984/83 si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y el revendedor tiene la posibilidad real de determinar el precio final de venta al público.

Acuerdos fijación de precios: imposición.—Los tribunales nacionales tienen la facultad de verificar, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo. Y, para ello, deben examinar si el revendedor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado. En particular, debe comprobar si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos.

Acuerdos fijación de precios: exención.—No es cierto que el mero hecho de fijar precios a un empresario económico independiente infringiera el artículo 81 del Tratado CE (hoy art. 101 TFUE). Muy al contrario, la jurisprudencia europea ha acordado que las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público podían acogerse a la exención tanto del Reglamento núm. 1984/83 como del Reglamento núm. 2790/99, si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público. Debe recordarse que el artículo 4 del Reglamento 2790/1999 establece como una de las restricciones graves de la competencia, la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, pero lo hace sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta.

Acuerdos fijación de precios: período transitorio.—La jurisprudencia más reciente, asumiendo los postulados del TJUE, considera que cuando un acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento núm. 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento núm. 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento núm. 2790/1999, lo que rectifica expresamente la interpretación jurisprudencial anterior, relativa a que tal acuerdo siguiera estando excluido del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE, por dicho Reglamento de exención, hasta el 31 de diciembre de 2006. Esto es, no cabe sumar al período transitorio previsto en el artículo 12.2 del Reglamento, otro período de una duración equivalente al máximo durante el cual un contrato que incluya una cláusula de no competencia puede estar exento en virtud del Reglamento núm. 2790/1999.

La denominada Cláusula inglesa: concepto.—Es una cláusula contractual de los acuerdos de marca única entre un proveedor y su cliente (por ejemplo, un minorista) que permite a este último comprar un producto a otros proveedores en condiciones más favorables, a menos que el proveedor «exclusivo» acepte suministrar el producto en las mismas condiciones ventajosas. A pesar de la mayor libertad de contratación de que goza el cliente, las cláusulas inglesas tienden a aumentar la transparencia entre los proveedores competidores y, por tanto, facilitan la colusión, particularmente cuando tales cláusulas obligan al cliente a revelar a su proveedor «exclusivo» el nombre de la fuente alternativa.

La denominada Cláusula inglesa: legalidad.—Las cláusulas inglesas deben examinarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, a fin de evaluar su conformidad con el derecho de competencia.

La denominada Cláusula inglesa: efectos.—El apartado 152 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre Acuerdos Verticales establece que es previsible que la denominada «cláusula inglesa», que obliga al comprador a informar de cualquier oferta mejor y únicamente le permite aceptar tal oferta cuando el proveedor no puede hacer ofertas semejantes tenga el mismo efecto que una obligación de no competencia, especialmente cuando el comprador debe revelar quien hace la mejor oferta. Además, al incrementar la transparencia del mercado, puede facilitar la colusión entre proveedores.

La denominada Cláusula inglesa: imposición de cantidades.—La cláusula inglesa también puede funcionar como imposición de cantidades. La imposición de cantidades al comprador es una forma más débil de no competencia en la que los incentivos u obligaciones acordadas entre el proveedor y el comprador llevan a este último a concentrar gran parte de sus compras mínimas o de sistemas no lineales de establecimiento de precios, como los sistemas de rebajas en función de la cantidad, los sistemas de rebajas por finalidad o las tarifas duales (un canon fijo más un precio por unidad).

La denominada Cláusula inglesa: imposición de cantidades y no competencia.—La imposición de cantidades al comprador tiene efectos de exclusión similares, pero más atenuados que una obligación de no competencia. La evaluación de todas estas diversas formas dependerá de su efecto en el mercado. Además, las empresas dominantes no pueden emplear cláusulas inglesas o sistemas de rebajas por fidelidad. (STS de 27 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Las mercantiles E. S. C. C., S.L. y C. E. S., S.A. suscribieron un contrato de arrendamiento de industria sobre una estación de servicio, por un plazo de diez años, que incluía la estipulación de la exclusiva de abastecimiento de carburantes, y se constituyó una hipoteca sobre la finca en que se ubica la estación de servicio. La representación procesal de E. S. C. C., S.L. interpuso demanda contra C. E. S., S.A. solicitando se declarase la nulidad del contrato de abanderamiento e imagen, asistencia técnica y comercial suscrito *inter-partes* y de la hipoteca. La parte demandada se opuso a la demanda. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 bis de Madrid estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de los contratos suscritos por considerar que se vulneraba el Tratado de la Unión Europea y condenó a la demandada a indemnizar a la actora. La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por la parte demandada, la parte actora se opuso al recurso e impugnó la sentencia de instancia por disconformidad con el importe de la indemnización que le había sido concedida. La sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó la impugnación, pero solo en el sentido de considerar que la sentencia de primera instancia había sido incongruente, también estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia desestimando la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que el *Real Decreto 1464/2018, de 21 de diciembre*, que desarrolla el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y supone la última fase de la trasposición de MiFID II (*Markets in Financial Instruments Directive II*) al ordenamiento jurídico español. Este real decreto responde a los principios

de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. Por lo que se refiere a los principios de necesidad y eficacia, es uno de los instrumentos óptimos para llevar a cabo la transposición parcial del paquete regulatorio MiFID II, y dar así cumplimiento a las obligaciones del Reino de España en relación con la incorporación de normas de Derecho europeo a nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto al principio de proporcionalidad, ciertamente la transposición del paquete regulatorio MiFID II, guarda el necesario equilibrio entre proporcionar un marco normativo adecuado, ágil y que favorezca el desarrollo y competitividad de nuestro sector financiero, por un lado; y garantizar la protección al inversor, que redundará en una mayor confianza en el sector financiero y un mejor desempeño por parte de este de las funciones que debe realizar en el conjunto de la economía española, por el otro. El principio de seguridad jurídica queda reforzado, en la medida en que el real decreto desarrolla reglamentariamente aquellas cuestiones que por su nivel de detalle o carácter eminentemente técnico deben ser reguladas en normas de rango reglamentario. La distribución de materias entre la ley y el reglamento mejora así el conocimiento y comprensión de la normas por parte de sus destinatarios, facilitando su interpretación y aplicación. En aplicación del principio de transparencia, tanto en la fase de consulta pública como en la de audiencia pública, los interesados tuvieron acceso al borrador del mencionado proyecto de real decreto, del que trae causa el actual real decreto, y a otros documentos de apoyo en la sede electrónica del Ministerio de Economía y Empresa, por lo que no se ha estimado necesario reproducir consulta pública y audiencia respecto del nuevo texto. El paquete regulatorio MiFID II tiene como objetivos: a) asegurar unos elevados niveles de protección de los inversores en productos financieros, especialmente de los inversores minoristas; b) mejorar la estructura organizativa y el gobierno corporativo de las empresas de servicios de inversión; c) aumentar la seguridad, eficiencia, buen funcionamiento y estabilidad de los mercados de valores; d) garantizar una convergencia normativa que permita la competencia en el marco de la Unión Europea y e) fomentar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los mercados de capitales. Esta regulación entró en vigor el 19 de enero de 2019. (*N. D. L.*)

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 (notas críticas, 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 roman* 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 noventa 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, a continuación, un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y luego unas palabras claves. A continuación, el título, el resumen y las palabras claves en inglés. Las palabras claves irán separadas por un punto, tanto si son palabra, frase o expresión.

Después, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo.

Las referencias bibliográficas que ha de contener el trabajo, se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la bibliografía final del trabajo:

- 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*, dir. Luis Díez-Picazo, Madrid, 1997, pp. 9-19.
- Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las referencias bibliográficas en nota a pie de página, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es un libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s páginas/s (p., o pp.).

En cuanto a abreviaturas: la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad; cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procede realizarla de la siguiente manera: «CC»; y cuando proceda abreviar la mención a Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE».

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.

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.