

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXIII, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2020



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

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



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 III
Julio-septiembre, 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

Pág.

In memoriam

Mariano ALONSO PÉREZ, por Eugenio Llamas Pombo	975
--	-----

Estudios monográficos

Antonio Manuel MORALES MORENO: «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe»	983
Antoni VAQUER ALOY: «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria»	1067
Antonio LEGERÉN-MOLINA: «La reserva de dominio: enseñanzas desde el Derecho inglés»	1097
Amanda KALIL: «Los contratos incompletos como mecanismo de gestión de riesgos: tratamiento en los nuevos instrumentos de modernización del derecho de contratos»	1159

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
BECH SERRAT, Josep: «El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato», por Ángel Juárez Torrejón	1215
FERNÁNDEZ CABANAS, Juan José: «La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios. El régimen de los artículos 1907 y 1909 del Código Civil», por Josep Solé Feliu	1220
DE TORRES PEREA, José Manuel: «El nuevo estatuto jurídico de los animales en el derecho civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles», por Remedios Aranda Rodríguez	1233

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ y Davinia CADENAS OSUNA	1241
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTIZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO	1273
--	------

IN MEMORIAM

Mariano Alonso Pérez, *in memoriam*

EUGENIO LLAMAS POMBO

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Salamanca

— I —

El pasado día 8 de agosto falleció silenciosamente el profesor Mariano Alonso Pérez, catedrático de Derecho Civil, humanista y maestro de toda una generación de civilistas. Es improcedente, y no haré, una (necesariamente incompleta) semblanza —descripción más o menos biográfica—, seguida o no de una inacabada relación bibliográfica, de quien, como el Profesor Alonso Pérez, es sobradamente conocido por los civilistas (también los romanistas, mercantilistas, historiadores y filósofos del Derecho). Como tampoco pretenden estas líneas dibujar una suerte de *laudatio* del maestro, por varias razones. En primer lugar, por el dudoso valor que tiene el panegírico cuando, como es el caso, viene dictado por la subjetividad propia de la admiración, la gratitud quasi filial y la amistad. En segundo término, porque D. Mariano no lo necesita: el discurso apologético sólo es preciso frente al planteamiento de alguna censura o discusión, lo que obviamente no sucede en este caso, pues nada hay que defender. Pero sobre todo, huelga aquí la perorata encomiástica porque el Profesor Alonso Pérez aborreció siempre, activa y pasivamente, la adulación, para transitar toda su vida por el camino de la sobriedad y la modestia. Estoy seguro de que una retahíla de alabanzas, por más fundamento que tuvieran, le servirían de molestia y desagrado.

Por ello, como ya hice en el prólogo de aquellos *Estudios sobre Derecho de obligaciones* que los civilistas le dedicamos en 2007 con motivo de su jubilación (que, en parte, reproduczo ahora), limitaré estas líneas a destacar sólo cuatro cualidades del Profesor Alonso Pérez que pueden explicar, con otras que deliberadamente omito, el aprecio personal y el respeto académico que unánime-

mente le dispensaron nuestros colegas. Me referiré únicamente, por tanto, y de forma breve, a sus facetas de humanista, universitario y jurista, con una referencia final a su calidad humana.

— II —

El Profesor Alonso Pérez ha sido, ante todo, un humanista vocacional. Y ello es cierto en los dos sentidos de la expresión. Así, por una parte, resulta bien conocida su pasión por «los estudios que enriquecen el espíritu», las lenguas clásicas, también la moderna lingüística, la historia, la filosofía, la literatura, las artes y, de manera muy relevante, la teología. Cultivó todo ello ininterrumpidamente (literalmente, todos los días) desde su adolescencia. Su obra científica, particularmente la producida durante los últimos años (cuando la madurez intelectual ha podido más que su natural sobriedad y moderación), rezuma erudición enciclopédica por todas partes; se presenta preñada de citas (aparentemente) espontáneas y oportunas, no sólo de los textos y juristas romanos, que manejó como pocos romanistas, sino de tal o cual filósofo clásico, este o aquel poeta, cineasta o novelista contemporáneo; aquí rememora una paremia del Digesto, allí cuestiona una sentencia escolástica; tan pronto nos recuerda a un representante de la Escuela de Salamanca, como invoca la *aequitas* de la Glosa, como critica el Realismo Jurídico americano, o transcribe un pasaje literario de la Generación del 98. Cual si de amigos íntimos o compañeros de estudios se tratase, no hay día o charla en que faltara una referencia a Aristóteles, Séneca, Cicerón, Horacio, Gayo, Santo Tomás, Leibniz, Domat, Savigny, o Ihering, por mencionar sólo algunos; y no ya sólo a las obras de éstos, sino también a sus biografías que conocía como nadie (sus virtudes como biógrafo quedan patentes, por ejemplo, en *Vida y obra del doctor Francisco Ramos del Manzano...*). ¿Quién no se ha sentido sorprendido al pasear (el paseo, otra de sus costumbres más genuinas) con D. Mariano por Salamanca (por no decir Granada, Barcelona, Florencia o cualquier pueblo de la Sierra de Francia...), y encontrar que ponía nombre propio de jurista, literato, clérigo, filósofo o músico a cada calle, cada plaza, cada iglesia?

Esa pasión por las humanidades se hizo patente inevitablemente en toda su obra escrita, en sus lecciones cotidianas, en sus archiconocidos cursos de doctorado sobre «metodología jurídica» (por llamarlos de alguna manera, pues eran verdaderos documentales sobre Ciencia Jurídica), en sus conferencias, en sus numerosos

artículos periodísticos de opinión, o sencillamente en torno a una mesa con cuatro amigos. Tan singular capacidad para comprender las circunstancias políticas, culturales y sociológicas, y destilar de ellas la realidad jurídica, ya se reveló en el trabajo redactado con motivo del centenario de nuestro Código Civil, *Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el CC español*. Se refleja de manera muy especial también en un breve estudio titulado *Apotheosis y declive de la autonomía privada*. Pero tal vez alcanzó la máxima expresión en aquella memorable Lección Inaugural del curso académico 1998-99, pronunciada en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca, bajo el título *Meditaciones de fin de siglo sobre el Derecho Vigente en la España del 98 y sus fundamentos ideológicos*: la habilidad para encontrar puntos de conexión entre realidad histórica, Derecho y literatura encandiló a cuantos tuvimos la fortuna de escucharla, y a cuantos la han leído después.

Junto a ello, el Profesor Alonso Pérez fue humanista también en el sentido renacentista de la expresión: cabe afirmar que D. Mariano fue jurista a fuer de humanista. Y por ello, no podía profesar otra disciplina jurídica diferente del Derecho civil, cuyo núcleo centrípeto radica en la persona «en su intimidad jurídica, en aquellos aspectos más intrínsecos y afectos para el hombre», por decirlo en sus propias palabras. Sus meditaciones en torno a la obra de De Castro, plasmadas en «Concepto y valor de la persona en el Derecho Civil de España» (ADC, 1983), hablan por sí solas. Y algunas páginas de su (lamentablemente) inédita *Memoria de cátedra* lo expresaban de manera diáfana en los primeros años setenta: «El Derecho, como ciencia cultural ligada al mundo de los valores, tiene su razón de ser en el hombre como ente comunicable... El Derecho civil ordena y disciplina todas las inherencias de la persona más ligadas al individuo radicalmente libre y aquellas proyecciones de la socialidad más próximas al *yo* que a la comunidad organizada como tal».

Esa honda preocupación y sensibilidad por el hombre y su dignidad, mostrada por el Profesor Alonso Pérez desde siempre, viene acentuada especialmente, si cabe, en sus últimos trabajos; baste recordar algunos títulos para comprobarlo: *Las relaciones de vecindad; La tutela del Derecho Civil frente a inmisiones molestas y nocivas; La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: luces y sombras; La familia entre el pasado y la modernidad; La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la Lex Artis); Reflexiones de Cicerón sobre la tertia aetas: consecuencias jurídicas; La protección civil de la personalidad pretérita: regulación*

positiva; La lucha contra las inmisiones molestas; Diversas formas de valorar la ancianidad y sus consecuencias jurídicas; etc.

— III —

En segundo lugar, quisiera destacar la vocacional faceta académica del Profesor Alonso Pérez. Fue, a mi modo de ver (y al de otros muchos más cualificados, me consta), un universitario de pies a cabeza, integral, como pocos van quedando. Constituye un hecho por todos conocido que D. Mariano desarrolló su íntegra carrera profesional entregado a la universidad, y muy especialmente, a la Universidad de Salamanca, donde cursó sus estudios de licenciatura, donde obtuvo el grado de doctor, y donde acabó desembocando tras alcanzar la Cátedra de Derecho civil, no sin antes haber dejado huella (según siempre recuerdan quienes allí fueron sus compañeros y discípulos, no me lo invento) en las entonces bisoñas Universidad Autónoma de Madrid y Universidad de Extremadura (de cuya Facultad de Derecho fue el primer Decano).

En la docencia, a sus naturales dotes de orador supo sumar una peculiar forma de entender la relación profesor-alumno, que de él hemos aprendido sus discípulos. Enseñante por vocación, son contadas las ocasiones que faltó a su diaria clase matutina; y no hubo curso académico en que no impartiese sus lecciones doctorales, en unas y otras universidades, incluso después de su jubilación. En la investigación, su obra habla por sí sola. Baste destacar, tan sólo, su constante e incansable preocupación por la conservación y enriquecimiento continuo de los fondos bibliográficos de todas las facultades y departamentos por los que pasó. Casi sólo a él se debió durante algunos años el mantenimiento de la biblioteca de nuestro viejo y hoy desgraciadamente extinto «Seminario» de Derecho civil sito en la salmantina plaza de Anaya. Poco amigo de cargos académicos (nunca le asustó el *onus*, pero su modestia repugnaba el *honor*), no escatimó esfuerzos cuando la institución lo requirió.

Pero dentro de esta dilatada actividad académica del Profesor Alonso Pérez quizá resalte especialmente su magisterio. Somos numerosos los profesores y juristas en general que le dispensamos el tratamiento de *Maestro*, en el más preciso sentido de la expresión. Y no me refiero sólo a quienes de forma pública y notoria tenemos la fortuna y el honor de contarnos entre sus discípulos, por haber desarrollado nuestra carrera académica bajo su sabia y prudente dirección; siempre recuerdo las charlas paseando por el robledo de Endrinal que precedieron a mi tesis. Tras esas charlas y

comentarios, más que «corregir» nuestras tesis (primero) y trabajos (después), los llenaba de notas, añadidos, citas y, a veces, páginas enteras de su puño y letra, lo que lo convertía en callado y verdadero coautor. Aludo también a los numerosos civilistas, y algún que otro romanista, mercantilista, procesalista o historiador del Derecho, españoles y extranjeros, a quienes atendió siempre con una generosidad poco habitual: lector empedernido de cuantos trabajos, proyectos de tesis o borradores de libros llegaban a sus manos, D. Mariano nunca escatimó una opinión, un consejo o una referencia bibliográfica, ya por carta pausadamente manuscrita (¡oh, paleógrafos para leerla!), ya en conversación personal. Ciertamente, no hay universidad en España donde su magisterio, en el sentido genuino y auténtico de la palabra (muy diferente del adulterado que últimamente prolifera), no haya dejado alguna impronta: aquí corrigió un borrador de tesis, allí perfeccionó un proyecto de monografía, a unos orientó en la preparación de un ejercicio de oposiciones, a otros en el esbozo inicial de una conferencia. Una anécdota que habla por sí sola de la mentada generosidad: hace tiempo, a propósito de un trabajo que yo preparaba, D. Mariano me prestó la separata impresa de un antiguo trabajo «ajeno». La dedicatoria manuscrita (amén de sincera y graciosa) y plasmada en el ejemplar que quien aquello firmaba envió a D. Mariano, rezaba así: «Del pseudoautor al autor».

— IV —

En tercer lugar (insisto en mi deliberada omisión de otras facetas igualmente destacables), quisiera referirme a otra cualidad, estrechamente relacionada con ese magisterio que acabo de ponderar: el sentido jurídico del Profesor Alonso Pérez, su *prudentia iuris* (*iusti atque iniusti scientia*), según la formulación de Ulpiano. Demostró toda su vida que creer en la grandeza del Derecho, como arte y ciencia de lo justo, es creer en la Justicia y, forzosamente, en la libertad y en el Estado de Derecho. La Justicia, y no la Verdad con mayúscula, es la que nos hace libres. Y el contagio de esos valores, es la más alta misión a la que puede aspirar un jurista; el desempeño de tan excelsa misión ha de llenar de orgullo a quienes la tenemos encomendada. Mariano nos enseñó a creer en la grandeza del Derecho.

Con alta dosis de ironía inaugura René Descartes su *Discurso del método* recordando que «el buen sentido es la cosa del mundo mejor repartida, ya que cada uno estima estar tan bien provisto que

hasta los que son los más difíciles de satisfacer en cualquier cosa (*quibus in nulla unquam alia re Natura satisfecit*), no suelen ambicionar por lo general más del que poseen». Quizá por ello, Unamuno (*Contra esto y aquello*) abomina agriamente del «sentido común» dibujado por Balmes. Sin embargo, en los tiempos que corren estamos más necesitados que nunca del verdadero sentido jurídico, como capacidad para comprender la realidad y el conflicto de intereses y proyectar la norma sobre ellos.

Y, ciertamente, pocos juristas como D. Mariano han sabido fracturar la artificial (pero a veces infranqueable) frontera entre la teoría jurídica y la práctica, entre el dogma, la norma y el problema. Su obra y su magisterio se muestran presididas por una suerte de *método jurisprudencial* que conduce irremisiblemente al auténtico Derecho vivo, y que él mismo dibujaba así en su ya aludida *Memoria de cátedra*: «la total tarea metodológica —constructiva y aplicativa— con sus ingredientes y elementos, debe estar presidida e impregnada de *arte jurisprudencial*... Es evidente que vida y Derecho no marchan al unísono; frente a nuevos problemas que surgen a diario con renovada vitalidad, los códigos y leyes ofrecen a veces soluciones anacrónicas. Existe una falta de sincronización entre norma y problema... La estética o el arte en el Derecho reside, únicamente, en su utilidad... Urge la necesidad constante de acoplar instituciones imperecederas a nuevas formas vitales. Sin brusquedad, lenta pero constantemente —como el pretor romano— la prudencia jurídica dispone de recursos ilimitados para adaptar con incessante creación sus seculares instituciones y su normativa nunca lo suficientemente nueva a los problemas de cada día».

Esa finura jurídica, que aparece ya con notoriedad en *Sobre la esencia del contrato bilateral* (1967), en sus «Notas» a Pietrobon (*El error en la doctrina del negocio jurídico*, 1971), que dejaron pequeño al «anotado», y en *El riesgo en el contrato de compraventa* (1972), influyó forzosamente en el carácter pionero de algunos de los trabajos del Profesor Alonso Pérez, entre los que destacan sus estudios en materia de relaciones de vecindad, donde abrió un camino por el que tantos han transitado más tarde; y su trabajo acerca de la responsabilidad precontractual, verdadero precursor de ulteriores tesis doctorales y monografías. Si a ellos añadimos sus reflexiones sobre la posesión publicadas en los años noventa, ¿no resulta inevitable evocar un cierto paralelismo con la obra de Ihering?

Al predicar con el ejemplo, sorprendía a menudo el Profesor Alonso cuando, a propósito del análisis de tal o cual Ley recién aparecida, de este o aquel problema jurídico civil, tan pronto acu-

día a un puntual fallo jurisprudencial (que su prodigiosa memoria almacenaba tal que si lo hubiera leído ayer), como invocaba un brocado latino, un artículo editorial periodístico aparecido recientemente, o desarrollaba las ramificaciones constitucionales o procesales del asunto. Y esa sabia articulación entre captación empírica de la realidad, normatividad, dogmática y ponderación valorativa; esa armónica imbricación entre experiencia, norma, concepto y prudencia, constituyen la verdadera Ciencia del Derecho.

En las últimas líneas de *Conclusión a su Crítica de la razón práctica*, proclama Immanuel Kant la necesidad de impedir «tanto el error de un juicio, aun burdo y sin ejercicio, como (y esto es mucho más necesario) los arranques geniales, que, como suele ocurrir a los adeptos de la piedra filosofal, prometen, sin investigación metódica ni conocimiento de la naturaleza, tesoros de ensueño y despilfarran los verdaderos». Y añade: «En una palabra, la ciencia (buscada con crítica y encarrilada con método) es la puerta estrecha que conduce a la *teoría de la sabiduría*, si por ésta se entiende no sólo lo que de *debe hacer*, sino lo que debe servir de hilo conductor a los *maestros* para abrir bien y con conocimiento el camino de la sabiduría, que todos deben seguir y preservar a los otros del error». Con modestia, sin ruido, con discreción y sin prisas, el Profesor Alonso toda su vida transitó, sin duda, por esa estrecha puerta, y mostró tal hilo conductor generosamente a cuantos en un momento u otro gozamos de su magisterio.

— V —

Para concluir, y por encima de todas esas cualidades, destaca con fuerza la bonhomía del profesor Alonso Pérez, su dignidad personal y su integridad de comportamiento, tanto en las relaciones académicas como en las personales. A menudo se dice que la Universidad es una huerta donde se cultivan deslealtades, traiciones e ingratitudes; sin embargo, no es precisamente eso lo que hemos aprendido de D. Mariano quienes, desde más cerca o más lejos, hemos convivido con él. Como aconseja Séneca en una de sus Cartas Morales a Lucilio, el profesor Alonso demostró que «es preferible cosechar desagradecimiento que dejar de hacer beneficios: sembramos aun después de una mala cosecha». Ese estoicismo suyo le llevó siempre a conceder al otro el beneficio de la duda. Nunca le conocí rencor o resentimiento hacia nadie. Directo y ecuánime, rara vez le vi tomar una decisión sin meditarla debida-

mente, tras sopesar siempre los pros y contras para seguir el camino más recto.

Son muchos los versos del célebre «Retrato» machadiano que brotan de manantial sereno y podrían resumir lo que quiero decir. Pero sin duda hay uno en el que unánimemente todos aquellos que hemos gozado del privilegio de su amistad y magisterio, estaríamos de acuerdo: «más que un hombre al uso que sabe su doctrina, es bueno, en el buen sentido de la palabra».

Descanse en paz.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe*

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático emérito de Derecho civil

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

En este trabajo se estudia cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha concretado la regla general de incorporación de la publicidad al contrato, a partir del principio de buena fe, y el modo en que combina la aplicación de esa regla con las previsiones de las leyes especiales de protección del consumidor.

PALABRAS CLAVE

Publicidad: Incorporación al contrato. Regla general: principio de buena fe: su concreción por el Tribunal Supremo español. Regla especial: leyes de consumo.

* Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación, «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento», ref. DER2017-84947-P, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, Gobierno de España (IP: Nieves Fenoy Picón, Antonio-Manuel Morales).

Jurisprudential implementation of the general rule of integration of the contract through advertising, based on the principle of good faith

ABSTRACT

This paper studies how the jurisprudence of the Spanish Supreme Court has implemented the general rule of incorporating advertising into the contract, based on the principle of good faith, and how it combines the application of that rule with the special laws of consumer protection.

KEY WORDS

Advertising: Incorporation into the contract. General rule: principle of good faith: its concretion by the Spanish Supreme Court. Special rule: consumer law.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–1.1 Objeto de este trabajo. 1.2 El contexto dogmático en el que se sitúa la doctrina de la incorporación de la publicidad al contrato. 1.3 La situación anterior a la STS 27.01.1977. 1.4 La falta de regulación de la vinculación contractual en las leyes que regulan la publicidad. 1.5 La fijación legal de la regla de incorporación de la publicidad al contrato en derecho español. 1.6 Las cuestiones que plantea la interpretación del artículo 61 2. y 3. RDL 1/2007, de 16 de noviembre. 1.7 La vinculación por la publicidad en la compraventa de consumo: el artículo 116 1.d RDL 1/2007. 1.7.1 Supuesto de incorporación. 1.7.2 Excepciones. 1.8 Las propuestas de reforma del cc. 1.9 El derecho europeo.–2. *La concreción jurisprudencial de la regla de incorporación de la publicidad al contrato.* 2.1 La buena fe como fundamento de la incorporación de la publicidad al contrato. 2.2 La integración del contrato mediante la publicidad y el denominado principio de veracidad de la publicidad. 2.3 Tipo de relaciones a las que se aplica la regla de incorporación de la publicidad al contrato. 2.4 La relación entre la norma general y especial. 2.5 Diferencia en la técnica de aplicación de la regla general fundada en la buena fe y las reglas especiales. 2.6 Los contenidos de la publicidad en las sentencias analizadas. 2.7 La naturaleza de la denominada oferta publicitaria. 2.8 Tres hipótesis sobre la naturaleza de la publicidad según la STS 12.07.2001. 2.9 La denominada teoría de sustantivación obligacional de las técnicas o prácticas comerciales de «oferta promoción o publicidad». 2.10 Dos modos de producirse la incorporación de la publicidad al contrato: presuposición, deber de prestación. 2.11 Insuficiencia del contrato e integración mediante la publicidad. 2.12 El modelo del comprador medio. 2.13 Exigencia de concreción de la información publicitaria. 2.14 La vinculación por la publicidad como cuestión de interpretación del contrato. 2.15 Los pactos modificativos de las condiciones anunciadas como actos de renuncia. 2.16 La reserva del derecho a introducir variaciones. 2.17 El deber de cumplir lo

anunciado; deber de prestación y deber de garantía. 2.18 Existencia de incumplimiento en algunos supuestos: cumplimiento de la legalidad urbanística y ejecución del planeamiento por tercero. 2.19 Pretensión de cumplimiento. 2.20 Resolución del contrato. 2.21 Indemnización de daños. 2.22 Cálculo de la indemnización. 2.23 Publicidad de tercero. 2.24 Otras cuestiones: legitimación procesal del presidente de la comunidad de propietarios.-3. *Sentencias del Tribunal Supremo: exposición.* 3.1 STS 14.06.1976. Rendimiento asignado a la máquina vendida. 3.2 STS 27.01.1977. Deficiencias del piso vendido en relación con lo anunciado en los folletos de propaganda. 3.3 STS 19.02.1981. Interpretación del contrato: la publicidad como acto anterior de un contratante. 3.4 STS 02.12.1986. Aceptación tácita del cambio en la ejecución del proyecto: el comprador conoció o hubo de conocer el cambio. 3.5 STS 07.11.1988. Vinculación por la publicidad. No se ha probado el incumplimiento. 3.6 STS 20.01.1989. Influencia de la publicidad sobre la conducta y voluntad de los compradores. 3.7 STS 16.02.1993. Pacto expreso modificativo de las condiciones anunciadas. 3.8 STS 11.05.1993. Gestión de construcción de viviendas y posterior administración de la comunidad. 3.9 STS 21.07.1993. Defectos de acabado de los pisos vendidos. 3.10 STS 15.02.1994. Falta de contratación del seguro anunciado. Indemnización del siniestro. 3.11 STS 27.05.1996. La indemnización por la peor calidad de los radiadores no se reduce por la mejor calidad de las ventanas instaladas. 3.12 STS 08.11.1996. Reclamación de terreno residual y de la dotación del mismo conforme a la publicidad. Pretensión de cumplimiento e indemnizatoria. 3.13 STS 30.06.1997. Deber de instalar calefacción central: incumplimiento: cálculo del daño. Reserva del derecho a introducir variaciones. 3.14 STS 04.12.1998. Carácter abusivo de la cláusula que autoriza las modificaciones introducidas en la ejecución de la obra. 3.15 STS 26.06.1999. Parquedad del documento: confianza en la publicidad. Defectos de calidades y no construcción de la piscina. Resolución del contrato de compraventa. 3.16 STS 24.10.2000. Falta de instalación de calefacción central. 3.17 STS 23.05.2003. Reclamación de una cancha de tenis anunciada. Incorporación de la publicidad al contrato: principios clásicos y normas de consumo. La manifestación de conocimiento de los compradores no constituye renuncia. 3.18 STS 29.09.2004. Defectos de acabado. Incumplimiento. Indemnización en lugar del cumplimiento. 3.19 STS 17.10.2005. Altura de los techos. Indemnización. Cláusula de recepción a satisfacción del comprador: infecacia. 3.20 STS 15.03.2010. Aceptación por los compradores de las modificaciones introducidas en la ejecución de la obra, con conocimiento de su existencia. 3.21 STS 30.05.2011. Visión del conjunto urbanístico ofrecida por la publicidad. La legalidad de la construcción no excluye el incumplimiento del contrato. 3.22 STS 12.07.2011. Excepcionales vistas, descritas de modo concreto. Incumplimiento grave: frustración de las legítimas expectativas de los compradores: resolución. 3.23 STS 01.10.2012. Relación entre empresarios. Publicidad sobre la financiación de la compra: obligación de medios. Incumplimiento no resolutorio. 3.24 STS 22.10.2012. Defectos de construcción que constituyen por sí incumplimiento. 3.25 STS 28.02.2013. Falta de transmisión de la propiedad de los terrenos con las instalaciones anunciadas, aunque se transmite un derecho de uso de los mismos. 3.26 STS 23.07.2013. Relación entre empresarios. Entorno paradisíaco: puerto deportivo y campo de golf. Vinculación del vendedor, aunque la

construcción esté a cargo de un tercero. 3.27 STS 11.06.2015. Confianza creada por el folleto publicitario. 3.28 STS 20.11.2017. Resolución: incumplimientos parciales de la oferta publicitaria que constituyen incumplimiento esencial. 3.29 STS 06.02.2020. Vistas al mar. Anulabilidad del contrato por error.—4. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

1.1 OBJETO DE ESTE TRABAJO

Este trabajo estudia el desarrollo jurisprudencial de la regla general de incorporación de la publicidad al contrato, construida a partir del principio de buena fe². La mayoría de las sentencias estudiadas, es cierto, se refieren a ventas de viviendas en las que el comprador es un consumidor³. Sin embargo la regla general que aplica el TS no se restringe a las relaciones de consumo, ni establece una nítida contraposición entre estas y las que no lo son. No estudio en este trabajo con detalle las reglas especiales de consumo en materia de publicidad, salvo en la medida necesaria para establecer sus posibles diferencias con la regla general. Tampoco voy a estudiar los deberes de información y las consecuencias del incumplimiento de los mismos. Debemos separar entre el incumplimiento de los deberes de informar y la vinculación contractual por razón de la publicidad⁴.

El punto de partida de este trabajo son dos importantes sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo, de 14.06.1976 y 27.01.1977⁵. En ellas (y particularmente en la segunda) se sitúa el comienzo de la doctrina jurisprudencial sobre la vinculación contractual por la publicidad. Hoy es una doctrina jurisprudencial reiterada que cuenta con el beneplácito unánime de los autores (aunque puedan discutirse aspectos concretos de su desarrollo), plasmada además en algunas leyes especiales de protección de consumidores. Cuenta con el reconocimiento del Derecho europeo, no sólo en las relaciones de consumo sino en todo tipo de relacio-

² «... [M]ediante su competencia para concretar una cláusula general como la de la buena fe, la jurisprudencia se convierte necesariamente en fuente del Derecho.», CARRASCO PERERA, 2017, pp. 466, 467.

³ Sobre el comprador y arrendatario de vivienda como consumidor: CABANILLAS SÁNCHEZ, 1994, p. 25 ss.

⁴ En relación con el RD 515/1989, de 21 de abril ALGABA ROS (2006, p. 56) distingue entre la exigencia de veracidad de la publicidad y el deber de información: «Aunque la publicidad ha de ser veraz, ello no significa que se facilite al consumidor una información mínima (...).

⁵ Sobre esta sentencia: LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980. También: RICO PÉREZ, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril, 1978 y RICO PÉREZ, 1984, p. 564 ss.

nes. La Propuesta de Modernización del CC elaboradas por la Comisión General de Codificación y otras propuestas de reforma del promueven su incorporación al Código civil en una futura reforma modernizadora.

1.2 EL CONTEXTO DOGMÁTICO EN EL QUE SE SITÚA LA DOCTRINA DE LA INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO

La doctrina de la incorporación de la publicidad al contrato es una manifestación de la responsabilidad por la confianza⁶, fundada en el principio de buena fe y canalizada a través del sistema de responsabilidad contractual. La buena fe, en este caso, no opera mediante el control del contenido del contrato, sino integrándolo. La integración del contrato conforme a la publicidad permite dar efectividad a la responsabilidad por la confianza (exigencia de la buena fe). Así se advierte en la jurisprudencia del TS estudiada. La publicidad que provoca una justificada confianza genera vinculación contractual; el contratante anunciante queda vinculado, conforme a sus manifestaciones publicitarias, en el contrato celebrado bajo la influencia de ellas. Esa vinculación contractual determina deberes de prestación (conforme a lo anunciado) cuyo incumplimiento permite al otro contratante (que ha confiado) utilizar los remedios del sistema de responsabilidad contractual.

La responsabilidad por la confianza (entendida en sentido amplio) puede canalizarse, también, a través de remedios precontractuales. Tales remedios se fundamentan en el dolo *in contrahendo* (tanto causal como incidental), el error (imputable al contratante que utiliza la publicidad, aun sin intención de engañar), o la responsabilidad por culpa *in contrahendo*. Sin embargo, la jurisprudencia del TS que estudio canaliza la responsabilidad del anunciante a través del sistema de responsabilidad contractual. Esto ofrece mayor protección al contratante que ha confiado. Le da derecho a exigir el cumplimiento de lo anunciado o a reclamar indemnización en la medida del interés que tiene en que se cumpla lo anunciado.

1.3 LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA STS 27.01.1977

Refiriéndose a la situación anterior a la sentencia de 27.01.1977⁷, Elizalde Ibarbia afirma: «Las normas del Código Civil relativas a

⁶ LÓPEZ MAZA y GARCÍA VICENTE, 2015, p. 866, 867.

⁷ Hay que advertir que previamente la STS 14.06.1976 había establecido la incorporación de la publicidad al contrato, pero es más esclarecedor el razonamiento de la

las fuentes de la reglamentación contractual, *tal* como fueron interpretadas hasta hace escasas décadas –concretamente hasta la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977– y de un modo que no ha sido completamente superado, no contemplaban una vinculación por la información *in contrahendo*⁸.

Lo que dice Elizalde es cierto. En Derecho español no se había extendido a la publicidad (manifestaciones publicitarias) la responsabilidad por la confianza; si bien la fuerza vinculante de la publicidad no puede decirse que estuviera excluida sino, simplemente, que no había sido tomada en cuenta. Pero la responsabilidad por la confianza generada por la conducta precontractual de un contratante (sus afirmaciones, *dicta*) contaba con apoyo normativo suficiente, en el principio de buena fe. El mismo que utiliza la sentencia de 27.01.1977.

El Derecho romano reconoce, en la compraventa, la vinculación del vendedor por lo «*dicta*» (*dicta promisave*)⁹, extendiéndose así los más estrechos límites de la vinculación por el dolo o la promesa¹⁰. De modo parecido, Donello, considera que el vendedor se vincula por lo que afirma sobre la cosa «porque las afirmaciones le vinculan como si hubiera convenido acerca de ello»¹¹. Y Domat considera que la buena fe es el fundamento de esta vinculación¹². Esta idea de Domat influye en nuestra codificación. García Goyena, al comentar el artículo 978 Proyecto 1851 (antecedente del artículo 1258 CC), destacaba un aspecto de la virtualidad del principio de buena fe: crear obligaciones entre los contratantes. «Cada parte –dice García Goyena– *se obliga* respecto de la otra según lo que sea bueno y equitativo (D. 44,7,2 pr y 3)»¹³. Lo equitativo expresa, en ese momento, las exigencias del principio de buena fe, teniendo en cuenta la redacción del Código civil francés¹⁴.

Castro, en 1967, fundamenta en la buena fe (art. 1258 CC) la que denomina «responsabilidad negocial» (por formularla en su

STS 27.01.1977.

⁸ ELIZALDE IBARRIA, 2015, p. 222.

⁹ Sobre ello, ZIMMERMANN, 1996, pp. 315-316.

¹⁰ «El otro caso en el que el Derecho romano no aplicó la regla *caveat emptor*, cuando esta se hallaba vigente, fue el de la promesa del vendedor. Cuando el vendedor promete al comprador la existencia de ciertas cualidades en la cosa vendida, la autonomía de la voluntad (en lenguaje actual) modifica la regla general, *caveat emptor*. La responsabilidad del vendedor es la consecuencia de la fuerza vinculante de la promesa, expresada en la forma requerida. Es interesante resaltar cómo, en este caso, el sistema romano dulcifica la exigencia formal para dar paso a una vinculación por los meros *dicta*, expresados por el vendedor sin formalidad». MORALES MORENO, *Anuario de Derecho civil*, vol. LXV, fasc. I, 2012, pp. 12, 16, 18.

¹¹ Sobre ello, MORALES MORENO, 1988, pp. 676-677.

¹² MORALES MORENO, 1988, pp. 677-678.

¹³ GARCÍA GOYENA, 1852, artículo 987.

¹⁴ LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, p. 75 ss.

construcción del negocio jurídico). Es la responsabilidad de un contratante frente al otro, por la confianza que producen en este las declaraciones precontractuales de aquél. Castro propone, como ejemplo, el caso siguiente, inspirado en Pothier. Si alguien, queriendo encargar un cuadro a un determinado pintor, lo encarga a otro pintor, por error, y el cuadro es ejecutado por este, el que lo ha encargado está obligado a pagárselo (aunque no tuviera voluntad de contratar con el pintor que lo ha realizado). La razón, agrega Castro, es la «responsabilidad», pues «quien actúa socialmente ha de hacerlo responsablemente, responsabilizándose de su conducta». «[E]l recurso a la buena fe no es un instrumento para buscar la verdadera voluntad (interpretación en sentido estricto), sino una manifestación, y la más importante, de la responsabilidad objetiva por la conducta negocial. Obliga como si fuera querido lo que como tal aparece de la conducta observada; en cuanto apreciada conforme a la buena fe»¹⁵.

La STS 23.05.1935 justifica en la responsabilidad por la confianza la privación del derecho a anular el contrato, en caso de error en la declaración. En este caso la responsabilidad consiste en tener que estar al contrato, aunque la declaración de voluntad no haya sido querida. El TS afirma: «Cuando la disconformidad (entre declaración y voluntad) sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, en virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides*»¹⁶.

Hay una diferencia entre esta sentencia y la doctrina de Castro. Esta sentencia funda la responsabilidad por la confianza en la culpa del contratante en error. En cambio, la «responsabilidad negocial», a la que se refiere Castro, no requiere culpa, según él. Tampoco la requieren la STS 27.01.1977 y las posteriores, estudiadas en este trabajo, porque prevalece la exigencia de protección del contratante que ha confiado sobre la del otro contratante, inciso en responsabilidad. La novedad de la STS 27.01.1977 es extender el supuesto de aplicación de la vinculación (contractual) por la confianza (art. 1258 CC) a las declaraciones publicitarias, dirigidas a un sujeto indeterminado.

¹⁵ CASTRO Y BRAVO, 1967, § 80.

¹⁶ Lo transscrito en el texto pone de manifiesto la aplicación por el TS de la responsabilidad por la confianza, aunque en este caso la solución hubiera debido ser otra al estar de acuerdo las partes en que la participación de lotería correspondía al billete en poder del contratante que la transmite, *falsa demonstratio non nocet* (CASTRO Y BRAVO, 1967, § 162.).

1.4 LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL EN LAS LEYES QUE REGULAN LA PUBLICIDAD

Antes de la STS 27.01.1977, estaba vigente en Derecho español la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad que regula la actividad publicitaria (art. 1 Ley 61/1964)¹⁷, hoy derogada. El Estatuto de la Publicidad no preveía la incorporación de la publicidad al contrato, de manera expresa. Su objeto era regular la publicidad. En relación con su finalidad, establecía que «en el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia» (art. 6 Ley 61/1964), y su artículo 8 se refiere, de modo particular, a la exigencia de veracidad¹⁸. Las medidas previstas, en caso de infracción de estas exigencias, eran gubernativas (multas); aunque deja abierta, cuanto proceda, la aplicación de medidas penales (art. 64 Ley 61/1964) o civiles (art. 65 Ley 61/1964)¹⁹. A pesar de ello el TS, en algunas sentencias ha reforzado su argumentación invocando el Estatuto de la Publicidad, cuando este era la norma vigente en el momento de los hechos enjuiciados²⁰.

Posteriormente, tampoco se refiere a la incorporación de la publicidad al contrato la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad²¹, que deroga al Estatuto de la Publicidad. Esta Ley, en vigor, aunque con diversas modificaciones, regula la publicidad en cuanto tal, pero no su incidencia en los contratos celebrados bajo su influencia. Define la publicidad²². En su redacción inicial, definía el concepto de publicidad engañosa²³, en la actual, simplemente

¹⁷ «Será considerada como actividad publicitaria toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación» (art. 2 Ley 61/1964).

¹⁸ «En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error.

Las afirmaciones que contengan alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones de servicios objeto de publicidad serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento.» (art. 8 Ley 61/1964.)

¹⁹ «(...) las cuestiones de naturaleza civil se dirimirán ante los Tribunales ordinarios (...)» (art. 65 Ley 61/1964.)

²⁰ Así: SSTS 16.02.1993, 19.05.1993, 15.02.1994, 08.11.1996.

²¹ Sobre la publicidad engañosa en esta Ley y el problema de la incorporación de la publicidad al contrato: MORALES MORENO, 1988, pp. 668-672.

²² «Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.» (art. 2 Ley 34/1988.)

²³ «Es engañosa la publicidad que, de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

la menciona como una manifestación de la publicidad ilícita (art. 3 Ley 34/1988)²⁴. Las medidas de la Ley General de Publicidad frente a la publicidad engañosa no se refieren a la vinculación contractual²⁵. Es la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 8 la que regula la vinculación contractual a consecuencia de la publicidad.

1.5 LA FIJACIÓN LEGAL DE LA REGLA DE INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO EN DERECHO ESPAÑOL

A partir de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy derogada)²⁶, encontramos una formulación legal de la regla de integración del contrato mediante la publicidad (art. 8). Pero no es general, solo se refiere a las relaciones de consumo. Esta regulación especial se sigue desarrollando posteriormente. Así, el artículo 3.2 RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas²⁷ también prevé la incorporación de las declaraciones precontractuales al contrato²⁸. La Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados²⁹ (hoy derogada) prevé en su artículo 3.1 la obligación de informar sobre determinados contenidos (programa y oferta de viajes combinados) y establece que «la información contenida en el programa-oferta será vinculante para

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.» (art. 4 Ley 34/1988, texto original.) Este artículo se modifica por el artículo 2.1 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

²⁴ Modificado por el artículo 2.1 Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

²⁵ MORALES MORENO, 2006, pp. 225-231.

²⁶ Por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Disposición derogatoria única, apartado 2.

²⁷ Dispone: «2. Los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado».

²⁸ «Este precepto no viene a introducir novedad alguna con respecto a la incidencia de la publicidad engañosa en la compra de las mismas [las viviendas], sino que continuando con las pautas marcadas por el artículo octavo de la LCU, el artículo 3.2 del RD, permite al consumidor exigir su cumplimiento cuando exista una discordancia esencial entre la comunicación publicitaria y el contenido definitivo del contrato.» MARTÍN GARCÍA, 2002, pp. 231-232. En lo que se refiere al artículo 3.2 RD 515/1989, ALGABA ROS considera que »tiene un carácter dispositivo», si se dan ciertos requisitos que ponen de manifiesto la existencia de una verdadera voluntad del adquirente de la vivienda (ALGABA ROS, 2006, p. 60 ss.).

²⁹ Incorpora al Derecho español la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

el organizador o el detallista del viaje combinado...», estableciendo algunas excepciones a esta vinculación (art. 3.2 Ley 21/1995). La Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo³⁰, en su artículo 3, utiliza como criterio de conformidad de los bienes con el contrato, el de las prestaciones que el consumidor pueda fundadamente esperar habida cuenta «de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado». Esta ley prevé así mismo excepciones a esta vinculación [artículo 3.1.b) Ley 23/2003].

En el momento actual, tanto la Ley 26/1984, como las Leyes 21/1995 y 23/2003, a las que me he referido anteriormente, han sido derogadas y se hallan refundidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En este Real Decreto Legislativo, la incorporación de la publicidad al contrato se regula en sus artículos 61.2 y 3³¹ y 116³² y 154. El RD 515/1989, referido a las viviendas, no ha sido derogado.

³⁰ «Esta ley tiene por objeto la incorporación al Derecho español la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo» (Exposición de Motivos).

³¹ Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato.

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese *cláusulas más beneficiosas*, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

³² Artículo 116. Conformidad de los productos con el contrato.

1. Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable:

[...]

d) Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las *declaraciones públicas* sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, *en particular en la publicidad o en el etiquetado*. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto.

[...]

3. No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario.

Nos encontramos pues en nuestro ordenamiento con una situación en la que convive una regla general de incorporación de la publicidad al contrato, concretada y desarrollada por vía jurisprudencial y una regulación especial aplicable a las relaciones de consumo. Mi propósito, como ya he señalado, es estudiar el desarrollo jurisprudencial de la regla general. Excluyo una consideración detallada de la legislación especial; sin perjuicio de tenerla en cuenta para valorar cómo la aplica la jurisprudencia del TS y qué relación establece entre ella y la regla general de incorporación de la publicidad al contrato, construida a partir del principio de buena fe.

1.6 LAS CUESTIONES QUE PLANTEA LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 61.2. Y 3. RDL 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE

La redacción del artículo 61.2 y 3 del RDL 1/2007 ha planteado a la doctrina problemas de interpretación. No voy a entrar detenidamente en el estudio de los mismos porque no es objeto de este trabajo, pero sí voy a ofrecer una breve consideración sobre el contenido de este artículo.

El artículo 61.2 RDL 1/2007 establece, en primer lugar, que «el contenido de la oferta promoción o publicidad [...] serán exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado [...]. Los contenidos de la publicidad integran el contrato³³. La razón no es tanto la falta de regulación del contrato, cuanto el hecho de que, normalmente, los contenidos de la publicidad habrán creado una legítima confianza en cada consumidor.

A continuación, el artículo 61.3. RDL 1/2007 dispone: «[...] si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán» sobre la publicidad. Lo que parece ser una excepción a la regla anterior (orientada a reforzar la protección del consumidor) a mi juicio es un reconocimiento de la autonomía de la voluntad, en un caso en el que el carácter más favorable de la cláusula contractual evita dudas.

El artículo 61 RDL 1/2007 no contempla, en cambio, el supuesto en el que el contrato (documento contractual) contenga cláusulas menos ventajosas³⁴. Ante este silencio, algunos autores han realiza-

³³ La publicidad que considero en este trabajo se manifiesta en *declaraciones* (públicas) sobre el bien; no en la «comisión de información precontractual relevante», contemplada en el artículo 65 RDL 1/2007.

³⁴ En la interpretación del artículo 61 RDL 1/2007 hay autores que defienden la invariabilidad de los contenidos de la publicidad mientras que otros admiten su modificación. Sobre ello: *vid.* ELIZALDE IBARRIA, 2015, p. 238 ss. Mantiene la prevalencia de la autonomía de la voluntad, GARCÍA VICENTE, 2009, 786, 798.

do una interpretación *a sensu contrario* del artículo 61.3 RDL 1/2007³⁵, según la cual las cláusulas menos favorables no pueden prevalecer sobre la publicidad. Esta interpretación excluye que el consumidor, consciente y voluntariamente, pueda aceptar contratar bajo unas condiciones diferentes de las anunciadas, o renunciar, en el documento contractual definitivo (escritura pública), a contenidos que, inicialmente, se incorporaron al contrato celebrado. Quienes excluyen el juego de la autonomía de la voluntad del consumidor se han visto obligados a buscar caminos indirectos para evitar abusos de este. Consideran que es aplicable (en contra del consumidor) la doctrina de las «limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad»³⁶. Mas no creo que esta «doctrina» sea, en este caso, adecuada³⁷; no creo que, por ejemplo, sea oportuno invocar la doctrina de los actos propios del consumidor si, advertido por el vendedor sobre la falta de correspondencia entre el bien y la publicidad, celebra el contrato sin protesta y reclama posteriormente por falta de conformidad del objeto. Pues quien no puede renunciar tampoco ha de poder crear confianza con sus actos de significado abdicativo.

Por mi parte creo que el artículo 61.2 y 3 RDL 1/2007 no impide, de modo absoluto, la eficacia de las cláusulas del contrato (o documento contractual) menos favorables que lo anunciado, si existe en el consumidor verdadera voluntad de aceptarlas³⁸.

³⁵ «[...] *a contrario sensu* podemos interpretar, que si de la comparación entre lo publicitado y lo contratado, el contenido publicitario es más favorable, es lo que prevalecerá y podrá exigirse por el consumidor» (CAMACHO PEREIRA,, 2012, p. 284).

³⁶ PASQUAU LIAÑO, 1992, pp. 170-171. También utiliza la doctrina de las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad CAMACHO PEREIRA, *InDret*, 2012, p. 14. Esta autora afirma: «Por nuestra parte consideraremos que la publicidad heteroíntegra el contenido del contrato, pudiendo superponerse a lo pactado por las partes si tiene un contenido más favorable para la que se encuentra en posición de debilidad, el consumidor. No obstante, a pesar de lo dicho, entendemos que esta postura adoptada de forma estricta, podría llevar a algún abuso por parte de los consumidores, pues, por ejemplo, las partes pudieron pactar algo diferente a lo publicitado y que objetivamente considerado es perjudicial para el consumidor, pero este cambio puede estar justificado por otra prestación adicional; o el contrato pudo haberse modificado por una propuesta del propio consumidor, atendiendo alguna conveniencia del mismo. Por ello estamos de acuerdo con quienes (PASQUAU LIAÑO, 1989, pp. 170-171, MIRANDA Y PANIAGUA, 2012, p. 91), señalan que la forma de evitar posibles abusos, no debería ser querer hacer decir al artículo 8 LGDCU y artículo 61 TRLGDCU, menos de lo que dice, sino acudir a la ‘teoría general de los límites intrínsecos del derecho subjetivo, de tal manera que la doctrina de los propios actos, la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1. CC) y el abuso del derecho (art. 7.2) podrán constituir instrumentos valiosos en manos del juez para evitar los excesos a que pudiera dar lugar esta norma’. Por tanto, el derecho a reclamar los contenidos publicitarios más favorables al consumidor nace, pero su ejercicio no es ilimitado. No obstante, existe dificultad en la aplicación de tales extremos.»

³⁷ CAMACHO PEREIRA, aunque estima que es *coherente* la doctrina de las limitaciones intrínsecas de la autonomía [pues se parte de la ineficacia de las cláusulas del contrato] percibe la dificultad de su aplicación en este caso (CAMACHO PEREIRA, 2012, p. 303 ss.).

³⁸ Así lo admite, ÁLVAREZ LATA (2020), p. 204. Se refiere al artículo 61 TRLGDCU. Aunque consideran ineficaces las cláusulas por las que el empresario unilateralmente

Pero es cierto que la eficacia de estas cláusulas debe estar sometida a control (control de condiciones generales, vicios del consentimiento)³⁹. En esta dirección, Díez-Picazo considera que la regla de prevalencia de la publicidad sobre las cláusulas menos favorables solo es aplicable «respecto del contenido predisuelto en condiciones generales de contratación»⁴⁰. Las aplicaciones concretas del artículo 61.2 y 3 RDL 1/2007 que encontramos en el artículo 116.1.d) [«dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato»] y del 154.1. [«salvo que las partes acuerden expresamente lo contrario»] RDL 1/2007⁴¹ ofrecen un valioso criterio para interpretar el alcance de las expresiones imprecisas⁴² del mismo⁴³. Creo que no se debe negar, de modo absoluto, el poder de la voluntad del consumidor para modificar los contenidos de la publicidad. Pero esa voluntad está sometida al sistema de control de las condiciones generales de la contratación o de las cláusulas no negociadas⁴⁴, así como al de los vicios del consentimiento.

1.7 LA VINCULACIÓN POR LA PUBLICIDAD EN LA COMPROVENTA DE CONSUMO: EL ARTÍCULO 116.1.D RDL 1/2007

El artículo 116.1.d) RDL 1/2007 regula en las ventas de consumo la vinculación por la publicidad. Puede servirnos para interpretar el alcance del artículo 61.2 y 3 RDL 1/2007.

En la estructura del artículo 116.1.d) RDL 1/2007 podemos diferenciar una *regla* de vinculación por la publicidad (declaraciones públicas) y unas *excepciones* a su aplicación. La regla refuerza la protección del consumidor, mediante cierta objetivación y auto-

«confiere prevalencia a lo establecido en el contrato frente a lo publicitado», consideran que «otra cosa acontecerá en los casos en los que el consumidor *acepte expresamente la alteración de las condiciones*, sabiendo *ex ante* que tiene derecho a exigirlas».

³⁹ GÓMEZ CALLE establece matices en la interpretación *a contrario* del artículo 8. 2 Ley 26/1984 (al que corresponde el actual 61.2 y 3 RDL 1/2007). Admitiendo la posibilidad de la interpretación a contrario, hay que evitar amparar «más allá de lo justificable al consumidor»: GÓMEZ CALLE, 1994, p. 76.

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 1996, p. 328.

⁴¹ Sobre la cuestión, CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 522 ss.

⁴² Se ha criticado la redacción del artículo 8 Ley 26/1984: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 388.

⁴³ INFANTE RUIZ cree que las excepciones a la vinculación por la publicidad previstas en el artículo artículo 116.1.d) (inciso 2) RDL 1/2007 se pueden generalizar: «[N]o existe ningún obstáculo en el Derecho español que impida su extensión a todos los contratos con consumidores»: INFANTE RUIZ, 2015, pp. 255-256.

⁴⁴ Así, por ej., la STS 04.12.1998 tiene en cuenta que los documentos modificativos han sido redactados por el promotor y aplica el artículo 1288 CC. Y considera abusiva la cláusula en la que el promotor se reserva facultades de modificación de la obra.

mismo en la incorporación de la publicidad al contrato, incluyendo la publicidad que proviene de tercero. Las excepciones son la consecuencia de la aplicación del sistema general que ordena la autonomía de la voluntad, en casos en los que no hay razón para ofrecer al consumidor una protección fundada en la existencia de la publicidad. Las excepciones permiten tomar en cuenta la manera particular en la que ha contratado cada consumidor.

1.7.1 Supuesto de incorporación

El artículo 116.1.d) RDL 1/2007 se refiere a las «*declaraciones públicas* sobre las características concretas de los productos». No se limita a las declaraciones que adoptan la forma de publicidad, sino a otras (como el etiquetado) que indican características concretas.

El vendedor no solo queda vinculado por sus propias declaraciones sino por las que provienen de determinados *terceros*: «el productor o su representante». Esta vinculación, que refuerza la protección del consumidor, se justifica además por la integración económica entre estos sujetos. La información que proporcionan las declaraciones de estos terceros es tomada en cuenta por el comprador al contratar y el vendedor se aprovecha en la venta de sus productos (obtiene ventaja: una mejor distribución de los mismos).

La razón que justifica la vinculación contractual por las declaraciones precontractuales públicas, conforme al artículo 116.1.d) RDL 1/2007, es la *confianza* que provocan en el consumidor y usuario. Las declaraciones vinculan al vendedor por lo que el consumidor «pueda fundamentalmente esperar». La protección de la confianza se objetiva al tomar en cuenta no al consumidor o usuario concreto sino al de tipo medio. Las excepciones a la regla general previstas permiten tomar en consideración que no existe confianza en un determinado consumidor.

1.7.2 Excepciones

El artículo 116.1.d) RDL 1/2007 prevé límites a la vinculación del vendedor por las declaraciones públicas, propias o de tercero («el vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas»). Permite que el refuerzo de la protección general del consumidor (que resulta de operar con criterios objetivos o abstractos) no

entre en contradicción con algunos principios básicos que ordenan la contratación (voluntad y responsabilidad por la confianza)⁴⁵.

Los límites son estos⁴⁶:

(a) El vendedor no queda vinculado por las *declaraciones de tercero* «si demuestra que *desconocía* o no cabía razonablemente esperar que conociera la *declaración* en cuestión». Este límite no puede aplicarse a las declaraciones del propio vendedor, pues no es admisible que las desconozca. Se refiere a la falta de conocimiento de la existencia de la declaración de tercero, pero no a la de su inexactitud. Si el vendedor conoce la existencia de las declaraciones de tercero queda vinculado por ellas, aunque ignore que son inexactas. En cambio, si ignora su existencia no queda vinculado, aunque le hayan producido ventaja, por haber influido en la decisión del consumidor.

(b) El vendedor tampoco queda obligado por la declaración (propia o de tercero) si esta «había sido *corregida* en el momento de la celebración del contrato». La corrección de la declaración, puede hacerse en el contrato celebrado con cada consumidor o mediante declaraciones públicas, siempre que estas, por sus características y forma de producirse, puedan destruir la confianza creada por la declaración inicial.

(c) Por fin, el vendedor tampoco queda obligado si la declaración «*no pudo influir* en la decisión [de un concreto comprador] de comprar el producto». Por ejemplo: 1.º El comprador adquiere el bien para una finalidad distinta de la tomada en consideración en las declaraciones públicas. 2.º El comprador, al celebrar el contrato, conoce que las características atribuidas al producto en las declaraciones públicas son incorrectas. Este conocimiento excluye que la publicidad haya podido influir en la decisión de contratar. Esta es la regla que encontramos en la regulación del saneamiento por vicios del CC (art. 1484 CC). También la encontramos en el artículo 6:101 (2) PECL y II.-9:102 (2) DCFR, así como en la Propuesta de Modernización de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, a la que me refiero a continuación.

⁴⁵ Las excepciones son supuestos en los que no hay confianza del consumidor, GARCÍA VICENTE, 2009, 793.

⁴⁶ Sobre las causas de exoneración, TARRELLES, 2011, p. 1079.

1.8 LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL CC

La Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho civil⁴⁷, regula en su artículo 1276⁴⁸ el valor vinculante de las afirmaciones y declaraciones efectuadas por un profesional. De modo parecido la Propuesta de Código Civil, libros quinto y sexto, de la Asociación de Profesores de Derecho civil⁴⁹ también lo hace, en su artículo 525-3⁵⁰. Ambas pretenden dotar al Código Civil de un precepto general, aplicable a todo tipo de relaciones salvo las particularidades de las normas de consumo. Este precepto está llamado a sustituir a la regla de incorporación de la publicidad elaborada por la jurisprudencia del TS, a partir del principio de buena fe.

Tanto la Propuesta de la Comisión General de Codificación como la de la Asociación de Profesores de Derecho civil establecen, con carácter general, la fuerza vinculante de las afirmaciones y declaraciones efectuadas por un contratante (profesional) en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio. E igualmente, la vinculación del contratante por las afirmaciones y declaraciones de un tercero que se inserte en la misma cadena de producción o comercialización en la que se halla el contratante. También prevén límites a la vinculación. Uno general: que el contratante vinculado por la publicidad «pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta». Otros referidos a la publicidad de tercero: 1.º Que la

⁴⁷ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN-SECCIÓN PRIMERA, *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, 2009. En adelante: PM.

⁴⁸ El artículo 1276 PM dispone: «Quedan *insertadas* en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un *profesional* en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta».

No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un *tercero*, siempre que resultaran *conocidas* o *cognoscibles* para el contratante profesional, éste no hubiera *excluido* expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la *cadena* de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren *insertos*.»

⁴⁹ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018.

⁵⁰ Artículo 525-3. *Declaraciones de las que derivan obligaciones contractuales*.

«1. Quedan incorporadas al contrato y tienen valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que la otra parte haya conocido o deba haber conocido que tal declaración o afirmación no era cierta. 2. No impide la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resulten conocidas o cognoscibles para el contratante empresario, éste no haya excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto o servicio, que, según el contrato celebrado, se encuentra en la cadena de producción o comercialización de la que forman parte empresario y tercero.»

misma no resulta conocida o cognoscible para el contratante profesional. 2.^º Que el contratante profesional hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato.

1.9 EL DERECHO EUROPEO

La vinculación contractual producida por las declaraciones de un contratante en el periodo precontractual está contemplada en el Derecho europeo. Aparece en: PECL (art. 6:101), DCFR (II.-9:102), ACQP (art. 4:107), CESL (art. 69). A continuación, indico algunas pautas de esta regulación⁵¹.

Tanto los PECL [art. 6:101, (1)] como el DCFR [art. II.-9:102, (1)] (aunque con redacción no coincidente) contienen una regla general según la cual, las declaraciones de un contratante, previas (o simultáneas) a la celebración del contrato, se incorporan a este, como términos del mismo, dando lugar al nacimiento de una obligación de la parte que las hace. Lo que determina esa incorporación es que la otra parte entienda, razonablemente⁵², que las declaraciones han sido hechas con vistas a formar parte del contrato, si el mismo llega a celebrarse. Para concretar, en cada caso, si ha existido o no esa confianza los PECL y el DCFR ofrecen estos criterios: (a) la importancia de las declaraciones, (b) si la parte que las hace actúa en el desarrollo de su actividad empresarial y, por fin, (c) la pericia relativa de una y otra parte. El fundamento de la incorporación, como acabo de señalar, es la confianza que las declaraciones provocan en el otro contratante. La confianza existe si este puede entender (razonablemente) que el que las hace se está obligando por ellas. Es una concreción del principio de buena fe⁵³.

Además de la regla general a la que me acabo de referir, los PECL [art. 6:101 (2)] y el DCFR [art. II.-9:102 (2)] regulan de modo especial la vinculación de un empresario por sus declaraciones, referidas a las características específicas de su prestación. Le vinculan, pero esa vinculación tiene estas excepciones: 1.^a Que, en el momento de celebrar el contrato, la otra parte contratante sea

⁵¹ Una referencia más amplia al Derecho europeo, en la materia que estudio: DEDEK, 2018, pp. 791-813. También, SCHULZE y ZOLL, 2018, p. 120 ss. INFANTE RUIZ, 2015 (2), pp. 67-92. El trabajo de esta autor está dedicado al artículo 69 CESL, pero contiene un estudio comparativo de otros textos europeos (DCFR y los PECL p. 72), así como el régimen de algunos Derechos nacionales europeos (*Common Law*, Derecho alemán, Derecho español, pp. 78 ss).

⁵² DEDEK, 2018, p. 795.

⁵³ DEDEK nos recuerda que los comentarios oficiales a los artículos de los PECL y DCFR que estoy considerando, indican que se reitera una regla bien asentada y que los mismos resultados pueden conseguirse a través de las reglas de las promesas unilaterales y de la interpretación de ofertas y otros actos jurídicos (DEDEK, 2018, p. 784).

consciente, o se pueda razonablemente esperar que los sea, de que son incorrectas; o que, de otra manera, no confíe en que son un término del contrato. 2.^a Que la decisión de la otra parte de celebrar el contrato no haya sido influenciada por la declaración. En estos casos, o no está justificada la confianza (de existir) o ha sido irrelevante en la celebración del contrato. Estas excepciones demuestran que el Derecho europeo inserta la responsabilidad por las declaraciones precontractuales (incluidas las hechas por la publicidad) en los principios que ordenan el régimen general del contrato y la responsabilidad por la confianza.

El empresario también queda vinculado, en determinados casos, por las declaraciones de un tercero [arts. 6:101 (3) PECL, II.-9:102 (4) DCFR]. Pero esa vinculación tiene un límite: que el empresario no conozca (conocimiento real o imputable) la existencia de las declaraciones del tercero.

2. LA CONCRECIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA REGLA DE INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO

A partir del estudio de las sentencias (que expongo en la tercera parte de este trabajo) se pueden extraer algunos criterios de concreción de la regla de incorporación de la publicidad u otras declaraciones públicas al contrato.

2.1 LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LA INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO

El principio de buena fe ha sido, desde la STS 27.01.1977⁵⁴, el que ha ofrecido la fundamentación jurídica básica a la regla de la vinculación contractual por la publicidad. Y, posteriormente, ha continuado siéndolo, incluso cuando nuestro ordenamiento ha regulado esta materia en algunas normas especiales de protección

⁵⁴ CARRASCO PERERA considera «como ilustrativo del [...] uso inflacionario del artículo 1258 CC [...] la doctrina jurisprudencial que obliga al vendedor a cumplir en los términos de la publicidad precontractual, aunque los términos exactos de la promesa no se incorporen al contrato». Y agrega: «Con buen criterio la STS de 14 junio 1976 (RJ 1976, 2753), consideró que se trataba en exclusiva de un conflicto interpretativo sobre la verdadera voluntad de las partes en lo relativo a las cualidades de la cosa (art. 1281 CC), mientras que la STS de 27 enero 1977 (RJ 1977, 121), prefirió optar por el más fácil camino de ahorrarse los costes de interpretar, y acudió directamente a la heterointegración del contrato conforme a la buena fe». CARRASCO PERERA, 2017, pp. 473-474.

del consumidor⁵⁵. El Tribunal Supremo, cuando aplica estas normas especiales, sigue invocando el principio de buena fe. Las normas son consideradas en la doctrina como una concreción legal del principio de buena fe en las relaciones de consumo⁵⁶.

De acuerdo con el principio de buena fe, la vinculación por la publicidad no se funda, propiamente, en la voluntad de obligarse del contratante que la emite. Tampoco en el engaño o fraude de este, como destaca la STS 08.11.1996 («sin que fuere necesario apreciar engaño o fraude»)⁵⁷. Se funda en el hecho objetivo de haber provocado una justificada confianza⁵⁸ en el otro contratante, con las manifestaciones publicitarias. La vinculación es una consecuencia de la responsabilidad por la confianza.⁵⁹

La STS 27.01.1977 destaca, por primera vez, la importancia de la confianza del comprador (su representación mental) para justificar la vinculación de la vendedora (anunciante). En este caso, el TS considera que el contrato privado de compraventa (de pisos) suscrito con la vendedora (anunciante) es «parco» en su contenido. Esto justifica que el comprador crea, «con todo fundamento» que lo anunciado es vinculante para la vendedora. La vendedora ha pro-

⁵⁵ INFANTE RUIZ se pregunta: «Si la regla de la integración de la publicidad puede deducirse del principio de buena fe, entonces, ¿cuál es la razón de que se regule expresamente en la ley?» Y responde: «Las razones pueden ser dos. En primer lugar, no en todos los ordenamientos europeos la buena fe se expresa como principio general, como es el caso del Derecho inglés. Además, no en todos los ordenamientos es posible derivar la regla de la integración de la publicidad a partir del principio de buena fe. En segundo lugar, de acuerdo con la actual expresión de esta regla en el Derecho comunitario, el ámbito de aplicación es mayor. La integración del contrato mediante la aplicación del principio de buena fe sólo puede exigirla el contratante o consumidor frente a su contraparte, mientras que en el artículo 69 CESL, en el artículo II.-9:102 DCFR y en otras disposiciones equivalentes, en el caso de que el anunciante y el empresario no sean el mismo sujeto, la integración podrá exigirla también el consumidor frente al empresario que ha contratado con él aunque no sea el responsable de la publicidad. Porque no es conforme con la buena fe aprovecharse de una propaganda o publicidad engañosa para lograr la celebración del contrato sin responsabilizarse de sus contenidos». (INFANTE RUIZ, 2015, pp. 222-223.) No es algo anormal que reglas jurídicas que primero se introducen en un ordenamiento como una concreción de la buena fe más tarde se desarrolle y concreten por la ley.

⁵⁶ Así también, INFANTE RUIZ, 2015 (2), p. 70.

⁵⁷ La doctrina utiliza en ocasiones la idea de que la responsabilidad por la publicidad es de carácter estricto (objetiva): no depende de la culpa del anunciante. Así: INFANTE RUIZ, 2015 (2), p. 88.

⁵⁸ Afirma ELIZALDE IBARBIA: «Asentar la *ratio* última de la incorporación de la publicidad al contenido del contrato –incluso cuando su exigencia proviene de la ley– en la buena fe y en la protección de la confianza del destinatario, como sostengamos, supone necesariamente que la vinculación por la publicidad solo procede cuando el destinatario confía en lo anunciado y su confianza es razonable. La ausencia de una confianza efectiva o, presente esta, su falta de razonabilidad, privan de justificación –por mor de la buena fe– a su protección.» (ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 246).

⁵⁹ Así resulta del artículo 61 RDL 1/2007 y del artículo 1258 CC. RUBIO TORRANO, 2013, p. 467. Se habla de una responsabilidad contractual objetiva: CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 527. Con razón se considera que no es «técticamente correcto», «identificar los efectos de la información *in contrahendo* con la responsabilidad objetiva», ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 223.

vocado, mediante sus folletos publicitarios, la confianza del comprador. Es importante resaltar en el razonamiento de esta sentencia que la confianza protegida del comprador consiste en la creencia de que lo anunciado (manifestado) por la vendedora la vincula en el contrato de compraventa celebrado con ella⁶⁰.

Cuando, a partir de 1984, el ordenamiento español cuenta con leyes que aplican a las relaciones de consumo la regla de incorporación de la publicidad al contrato el Tribunal Supremo, al aplicarlas, no prescinde, en la fundamentación de sus sentencias, de la invocación del principio de buena fe. Es interesante la STS 23.05.2003, que, refiriéndose al artículo 8.1 y 2 Ley 26/1984, afirma: «Es una norma moderna que responde a unos principios clásicos del Derecho. Estos son, en primer lugar, el principio de veracidad (...); en segundo lugar, el principio de buena fe que proclama el artículo 1258 del Código».

La STS 12.07.2011 se refiere a dos razones que fundamentan la vinculación por la publicidad, de acuerdo con la buena fe. Primera, la influencia de la publicidad del vendedor en la decisión del comprador de la vivienda. Segunda, la exigencia de coherencia en el comportamiento de la vendedora. En cuanto a la primera, el TS destaca que el folleto publicitario tenido en cuenta por el comprador ha influido, de manera decisiva, en su determinación de comprar, sobre plano, la vivienda. Esa determinación se aprecia con criterios objetivos o de tráfico en esta sentencia. Un tercero en el mismo caso habría actuado igual, teniendo en cuenta el modo de proceder en ese sector del mercado. La objetivación no solo facilita la prueba de la influencia de la publicidad en el otro contratante, sino también la de que esa influencia no podía ser desconocida por el vendedor. La segunda razón de la vinculación es complementaria de la primera. Es otra manifestación de la buena fe: la exigencia de coherencia en la conducta del contratante que utiliza la publicidad, en relación con la confianza creada. Dice esta sentencia: «La buena fe contractual exige un comportamiento coherente con la confianza creada en el tráfico». La referencia al tráfico es oportuna, porque la publicidad se dirige a destinatarios indeterminados que participan en él. Pero la confianza se concreta en cada sujeto que actúa bajo la influencia de la publicidad. Es contrario a la buena fe no mantener esa coherencia; provocar confianza (mediante la publicidad) y pretender no asumir sus consecuencias.

Según la STS 23.05.2003, la confianza se protege a través de la integración del contrato. «[E]l contrato queda completamente *inte-*

⁶⁰ De modo parecido, más tarde, en el Derecho europeo: artículo 6:101 (1) PECL y II.-9:101 DCFR.

grado por lo que el consumidor *ha confiado* por razón de la oferta, promoción y publicidad». Ese contenido de la publicidad incorporado al contrato es calificado por la STS 12.07.2011 como «estipulación implícita».

En otro orden, que nos sitúa en los límites de la autonomía de la voluntad, la invocación de la buena fe sirve, en la STS 17.10.2005, para limitar la eficacia de una cláusula del contrato en la que los compradores declaran haber recibido los pisos a su satisfacción, porque esta cláusula está redactada de forma muy genérica y los compradores en el momento de suscribirla no conocen (no tienen que conocer) los defectos del piso comprado.

2.2 LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE LA PUBLICIDAD Y EL DENOMINADO PRINCIPIO DE VERACIDAD DE LA PUBLICIDAD

Es frecuente invocar el «principio de veracidad» (exigencia de que la publicidad no sea engañosa) como un argumento más para justificar la integración del contrato por medio de ella. Sin embargo, conviene diferenciar la exigencia de veracidad de la publicidad y la integración del contrato por medio de esta.

La exigencia de veracidad se proyecta sobre la publicidad, en sí misma: la falta de veracidad la convierte en ilícita⁶¹. Esa declaración de ilicitud toma en consideración (además de la defensa de otros derechos de las personas) el buen funcionamiento del mercado: tanto el interés de los consumidores de no ser inducidos a error en sus decisiones de consumo, como el de los oferentes consistente en evitar actos de competencia desleal⁶². Por eso el régimen de la publicidad engañosa está, en parte, regulado en la Ley de Competencia Desleal⁶³. El incumplimiento de la exigencia de veracidad no determina, por sí mismo, la integración del contrato por medio de la publicidad. Aunque la integración favorezca que disminuya la publicidad engañosa o no veraz. La publicidad ilícita (que incluye la no veraz) da lugar al nacimiento de determinadas acciones, previstas en la Ley de Competencia Desleal (arts. 32 a 34 Ley 3/1991 de 10 de enero)⁶⁴.

⁶¹ Artículo 3.e) Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

⁶² LÓPEZ MAZA y GARCÍA VICENTE, 2015, 865.

⁶³ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: *vid.* Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

⁶⁴ *Vid.* también artículo 6 Ley 34/1988, de 11 de noviembre.

La integración del contrato mediante la publicidad se produce con independencia de que los contenidos de la publicidad sean o no veraces. Una buena muestra de ello se encuentra en la jurisprudencia estudiada. Hay casos en los que el promotor inmobiliario (vendedor) ofrece en la publicidad dotar de determinadas cualidades a la obra que ha de ejecutar. En ese momento la ejecución es posible y tal vez el promotor tiene la intención de ejecutarlos, pero posteriormente no ejecuta la obra conforme a lo anunciado (por la razón que fuere). En estos casos la publicidad es veraz. Otras veces, el promotor anuncia lo que inicialmente no es posible (por ej. lo prohíbe el planeamiento). En estos casos la publicidad no es veraz, desde el punto de vista objetivo, pero el promotor puede actuar de buena fe. En uno y otro caso, sea o no veraz la publicidad, actúe el promotor de buena o mala fe, la publicidad se incorpora al contrato. Se incorpora no por ser engañosa, ni por el ánimo de defraudar del vendedor, sino porque es necesario proteger la confianza del otro contratante⁶⁵. Sin embargo, al considerar la incorporación de la publicidad al contrato, a menudo, se tiene a la vista un modelo de situación: el carácter engañoso de la publicidad y la actuación dolosa del contratante, aunque no sea este el supuesto de aplicación de la regla de incorporación de la publicidad al contrato.

2.3 TIPO DE RELACIONES A LAS QUE SE APLICA LA REGLA DE INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO

La regla de incorporación de la publicidad al contrato no es una regla aplicable exclusivamente a las relaciones de consumo. Su fundamento, la protección de la confianza conforme a las exigencias de la buena fe (art. 1258 CC, art. 57 CCO), la hace aplicable a todas las relaciones obligatorias, incluidas las relaciones entre empresarios. En la jurisprudencia del TS, referida en la mayoría de los casos a ventas de vivienda sobre plano por el promotor, la relación es normalmente de consumo, pero encontramos casos en los que la relación es entre empresarios. Así, por ejemplo, las STSS 14.06.1976 (compra de una máquina), 01.10.2012 (compra

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN es de la misma opinión: «[E]l artículo 8 LGDCU y los preceptos paralelos, no tienen como función sancionar de una manera especial la publicidad inveraz, sino que su función es la protección de la confianza del consumidor, lo que este puede esperar del producto como consecuencias de las declaraciones públicas.» DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 391. Lo cual permite establecer límites a la vinculación por la publicidad, que este autor señala: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 391.

de varias viviendas por una empresa, en una promoción) y 23.07.2013 (compra de vivienda con garaje y trastero).

2.4 LA RELACIÓN ENTRE LA NORMA GENERAL Y ESPECIAL

En el momento actual, la regla de incorporación de la publicidad al contrato cuenta en nuestro ordenamiento con dos tipos de normas: la general y las especiales de consumo. Inicialmente, el TS construyó esta regla con alcance general, a partir del principio de buena fe (art. 1258 CC, y en ocasiones art. 7 CC)⁶⁶. Posteriormente, el legislador la ha positivado, de modo concreto y con mayor desarrollo, para las relaciones de consumo (*vid. supra*). Hoy conviven en nuestro ordenamiento la norma general y las especiales de consumo.

La jurisprudencia del TS analizada no marca, de modo expreso, diferencias esenciales entre la norma general y la especial de consumo. Es cierto que en los casos analizados la publicidad proviene del vendedor y no de tercero, lo que podría suponer una particularidad de la norma de consumo. En reiterados casos, el TS invoca la buena fe al aplicar las normas de consumo.

Es significativo el razonamiento de la STS 23.07.2013, referida a un caso de compraventa de vivienda entre empresarios. La empresa (recurrente en casación) invoca la aplicación indebida de los artículos 1, 2, y 8 de la Ley 26/1984, pues la compradora es una entidad mercantil. El TS considera que esto no cambia la solución del caso, ya que «no era ineludible acudir a la normativa de protección de consumidores, sino que en base a los artículos 1255, 1258, 1285 y 1469 CC [también] era preciso que hubiera correspondencia entre lo ofertado y lo entregado, [...]».

La STS 23.05.2003, en lo que se refiere a la publicidad, destaca la conexión existente entre los «principios clásicos del Derecho», entre ellos el de buena fe (art. 1258 CC), y lo dispuesto en la legislación de consumo (art. 8.1 y 2 Ley 26/1984). «El contrato queda complementado –integrado– con lo que el consumidor ha confiado».

La STS 08.11.1996 fundamenta la incorporación de la publicidad al contrato en la propia doctrina jurisprudencial previa, el principio de buena fe y las normas especiales de protección de los consumidores, sin establecer esas diferencias con las normas de

⁶⁶ De los artículos del CC referidos a la buena fe alguna sentencia no sólo invoca el artículo 1258 sino también el 7 CC. Indudablemente, el artículo 1258 es más adecuado en este caso. El artículo 7 CC no es el precepto general de la buena fe. Así lo destaca, citando a Montés, LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, p. 75.

consumo. Tampoco encontramos diferencias en las afirmaciones *obiter* de la STS 07.11.1988.

Hemos de admitir que esa indiferencia, entre acudir a la norma general (principio de buena fe) o a las especiales de protección de los consumidores, que se detecta en la jurisprudencia del TS, tiene que ver con la cuestión planteada en cada caso: si, en relación con ella, existe o no alguna particularidad del régimen de consumo. Esto no suele ocurrir en los casos estudiados. Sin embargo, creo que hay una diferencia en la técnica de aplicación de la regla general y las especiales. A ella me refiero en el apartado siguiente.

2.5 DIFERENCIA EN LA TÉCNICA DE APLICACIÓN DE LA REGLA GENERAL FUNDADA EN LA BUENA FE Y LAS REGLAS ESPECIALES

La técnica de aplicación de la regla de incorporación de la publicidad al contrato es distinta según se fundamente en el principio de buena fe (art. 1258 CC) o en una norma concreta que la prevea [por ej. arts. 61, 116.1.d), 154 RDL 1/2007]. Cuando la incorporación se fundamenta en el principio de buena fe, tendrán que darse los requisitos necesarios para que se justifique su aplicación; es decir, ha de existir una justificada confianza del otro contratante en las declaraciones publicitarias, en el momento de la celebración del contrato. Para probar la existencia de esa confianza se puede operar con presunciones de hecho, tomando en cuenta el modelo abstracto de una persona de tipo medio (dentro del círculo de sujetos a los que se dirige la publicidad). El Tribunal Supremo en alguna sentencia tiene en cuenta ese modelo de sujeto (SSTS 30.05.2011, 12.07.2011), al valorar los términos de la publicidad y su poder determinante en la toma de decisiones del contratante al que la misma se dirige. Cuando la incorporación de la publicidad al contrato se fundamente en una norma concreta que la establece, habrá que estar al supuesto de hecho de esa norma. Por ejemplo, en el caso del artículo 116.1.d) RDL 1/2007 las declaraciones públicas hechas en la publicidad o el etiquetado vinculan por sí mismas al vendedor⁶⁷, sin necesidad de probar que hayan

⁶⁷ Pero es cierto que para que se produzca vinculación por la publicidad debe ser susceptible de provocar confianza en el consumidor medio por sus contenidos informativos concretos. «Por tanto —como indica MARÍN LÓPEZ—, hay que acudir al criterio de razonabilidad de un consumidor medio, y valorar hasta qué punto puede él esperar, por ser ello razonable, que las características del bien aludidas en las declaraciones publicitarias concuren efectivamente en el bien vendido.» MARÍN LÓPEZ, 2009, p. 1703.

creado confianza en el comprador concreto⁶⁸. Marín López considera que existe una presunción legal de que el consumidor contrató movido por la información que ella le proporciona⁶⁹. Esta vinculación tiene las excepciones previstas en la propia norma. Lo mismo ocurre en el artículo 154 RDL 1/2007 (contrato de viaje combinado). Este artículo prevé la integración del contrato con la información obligatoriamente suministrada por el organizador o el mino-rista (*vid. art. 153 RDL 1/2007*) y establece las posibles excepciones. A la vista de las excepciones previstas en los preceptos a los que me acabo de referir (que son dos importantes aplicaciones de la regla del art. 61. 2. y 3. RDL 1/2007), es cuestionable que sea correcta una interpretación literal de este artículo, que limite la excepción a la exigibilidad de la oferta, promoción y publicidad a los casos en los que «el contrato contuviese cláusulas más beneficiosas»⁷⁰.

Existen, por tanto, dos técnicas diferentes (por sus requisitos y sus excepciones) para establecer la vinculación por la publicidad, según se aplique el principio de buena fe o una norma especial. Pero las diferencias se atenúan si tenemos en cuenta, como antes he señalado, que la aplicación del principio de buena fe no exige probar la efectiva creencia del otro contratante en las manifestaciones publicitarias, sino que basta utilizar criterios razonables de probabilidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. De ahí que, incluso cuando se aplica la regla general fundada en el principio de buena fe, pueda dar la impresión de que la publicidad vincula por sí sola.

⁶⁸ En consideración a lo que señalo en el texto tiene razón INFANTE RUIZ al afirmar, a propósito del artículo 61 RDL 1/2007: «No es necesario que en el consumidor individual se genere una situación de confianza o apariencia que traiga causa de la publicidad, pues la heterointegración que entraña la buena fe no exige este presupuesto, sino más bien que la publicidad pueda influir con carácter general en la decisión de contratar de los consumidores, esto es, que sea susceptible de influir en un consumidor medio. El fundamento de la responsabilidad por la publicidad no es la confianza *in concreto* del consumidor individual, sino su capacidad de influir *in abstracto* en los destinatarios a los que se dirige en orden a la celebración del contrato. Quien comercializa sus productos o servicios debe responder por el simple hecho de que exista una publicidad asociada a ello, imputándosele la responsabilidad correspondiente de manera directa siempre que el contenido de la publicidad no se corresponda con el del contrato, salvo que exista una causa objetiva que la excluya.» (INFANTE RUIZ, 2015, p. 252.). De modo parecido opina MARÍN LÓPEZ, 2009, pp. 1700 ss.

⁶⁹ MARÍN LÓPEZ, 2009, p. 1701, en el mismo sentido cita a Marco Molina y Castilla Barea. La propia ley que establece la presunción determina los supuestos en los que puede ser enervada.

⁷⁰ No es objeto de este trabajo el estudio especial de este artículo; sobre él puede verse: CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 522 ss.

2.6 LOS CONTENIDOS DE LA PUBLICIDAD EN LAS SENTENCIAS ANALIZADAS

La regla de incorporación de la publicidad al contrato se puede aplicar a cualquier contenido publicitario que genere confianza en el otro contratante. Sin embargo, un análisis de la jurisprudencia permite constatar que ha generado mayor litigiosidad, ante el Tribunal Supremo, la publicidad referida a viviendas vendidas bajo plazo. Ciertamente, hay sentencias referidas a otros contenidos publicitarios, pero son pocas.

En la mayoría de los casos, lo anunciado se refiere a cualidades de una vivienda, vendida bajo plazo, o de la urbanización en la que esta va a situarse. En concreto, la publicidad se refiere: a la entrega del terreno residual (calificado como zona verde) así como su cerramiento, y la dotación de jardinería, columpios, piscina y pista de tenis (STS 08.11.1996); a la zona deportiva y dentro de ella la piscina (STS 19.02.1981); a la cancha de tenis (STS 23.05.2003); al puerto deportivo y campo de golf que ofrecen un entorno paradisiaco (STS 23.07.2013); a las vistas de cada vivienda al campo de golf, al mar y a la montaña (STS 12.07.2011); a la instalación de calefacción central en el edificio construido, en vez de la individual instalada (SSTS 30.06.1997, 24.10.2000); a la existencia de armarios empotrados (STS 21.07.1993); a la visión del conjunto urbanístico (STS 30.05.2011); al acabado de las viviendas vendidas: defectos y omisiones de detalle (STS 20.01.1989).

En las sentencias del TS analizadas encontramos también, en menor medida, otros contenidos publicitarios. Así, la posibilidad de obtener financiación de la compra de la vivienda, conforme a lo anunciado (STS 01.10.2012), al rendimiento de la máquina vendida (STS 14.06.1976) o a la contratación de un seguro en favor de los que participen en un curso de idiomas en el extranjero (STS 15.02.1994).

En la mayoría de los casos estudiados, el contratante vinculado por lo anunciado asume una obligación de hacer; por ejemplo, ejecutar el proyecto de construcción conforme a lo manifestado en sus declaraciones o contratar el seguro para los participantes en el curso. Incumplida tal obligación la otra parte dispone de la pretensión de cumplimiento. Hay otros casos en los que el cumplimiento de lo anunciado no depende de la actuación del contratante vinculado por sus declaraciones públicas. Por ejemplo, la construcción del campo de golf es una iniciativa de tercero (Ayuntamiento), que no se llega a ejecutar; o el modelo de la máquina vendida no puede alcanzar el rendimiento asignado. En estos casos, si no se alcanza

el resultado anunciado, también hay incumplimiento, conforme al concepto de incumplimiento del moderno derecho de contratos, que aplica en esta materia la jurisprudencia del TS (*vid. infra*).

2.7 LA NATURALEZA DE LA DENOMINADA OFERTA PUBLICITARIA

En la doctrina se ha planteado esta cuestión: «¿Puede el consumidor obligar al empresario a celebrar un contrato con el contenido expresado en las declaraciones publicitarias?»⁷¹. El efecto de la publicidad al que se refiere la pregunta se circunscribe a la relación entre empresario y consumidor, relación que no es el objeto central de este trabajo. Sin embargo, me voy a ocupar de esta cuestión porque la respuesta viene condicionada por la naturaleza de la publicidad y, según cuál sea, determinará sus efectos.

Para que el destinatario de la publicidad pueda exigir al anunciante la celebración de un contrato, con el contenido de ella, es necesario que las declaraciones publicitarias sean una oferta de contrato o que una norma lo establezca. No creo que las declaraciones públicas sobre las cualidades de un bien o servicio sean, por sí mismas, una oferta de contrato. Tampoco creo que lo establezca el artículo 9 Ley 7/1996, de 15 de enero⁷², o los artículos 61 y 116.1.d) RDL 1/2007, de 16 de noviembre.

En la doctrina española, hay autores que atribuyen a la publicidad naturaleza de oferta de contrato, frente a otros, más numerosos, que no le atribuyen ese carácter, aunque reconozcan la incorporación de la misma al contrato celebrado bajo su influencia⁷³. La jurisprudencia del TS español, en cambio, no atribuye naturaleza de oferta de contrato a las declaraciones públicas de un contratante sobre las cualidades de una cosa o servicio.

La STS 12.07.2011 se refiere al debate doctrinal: «Se debate si la publicidad expresada es una mera promoción publicitaria, sin más valor que el de una invitación a negociar –*invitatio ad offerendum*–, o constituye además una oferta contractual –oferta publicitaria–, o cuando menos tiene relevancia para la interpretación e integración del contrato, de conformidad con las disposiciones en

⁷¹ Da cuenta de ello CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 531 ss.

⁷² CARRASCO PERERA considera que «ni el art. 9.1 LOCM ni ningún otro de esta Ley tiene nada que ver con la oferta en sentido jurídico. ‘Oferta’ se entiende en esta ley en términos atécnicos como promoción de ventas, sin un significado jurídico predeterminado.» CARRASCO PERERA, 2011, p. 182.

⁷³ Sobre el estado de la cuestión, CÁMARA LAPUENTE, 2011, pp. 531-532. CAMACHO PEREIRA, *InDret*, vol. 2/2011, p. 8.

materia de consumidores y el principio de buena fe contractual del artículo 1.258 CC».

La jurisprudencia del TS, aunque utilice la expresión «oferta publicitaria», que puede hacer pensar que atribuye a la publicidad naturaleza de oferta, no funda la fuerza vinculante de ella en ser oferta de contrato sino en la buena fe o en la ley cuando esta existe. La STS 14.06.1976 (primera que se ocupa de esta materia) afirma: la publicidad «cumple la función de una oferta que vincula al vendedor». Cumplir la función de oferta no es ser verdadera oferta. Su razonamiento desvela que esto es así: que no vincula por ser oferta.

La STS 23.07.2013 indica, de modo explícito, sobre la naturaleza de la publicidad, que, «si cabe entender que no es oferta en sentido estricto...», resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art. 1258 CC).

La STS 11.06.2015 considera que la oferta publicitaria, cuando suministra información concreta que contiene datos objetivos referidos a características relevantes, aunque no es oferta en sentido estricto, porque no recoge todos los elementos esenciales, tiene incuestionable importancia desde la perspectiva de la integración contractual, pues el otro contratante confía en ella y celebra el contrato bajo la «representación contractual» que ella le genera.

La STS 08.11.1996, aunque utiliza la expresión «vinculación a la oferta» no podemos entender que atribuya a la publicidad naturaleza de verdadera oferta.

2.8 TRES HIPÓTESIS SOBRE LA NATURALEZA DE LA PUBLICIDAD SEGÚN LA STS 12.07.2011

La STS 12.07.2011 se refiere a tres hipótesis en el debate sobre la naturaleza de la publicidad. A continuación, voy a hacer alguna consideración sobre cada una de estas hipótesis.

(a) Si consideramos a la publicidad como una invitación a negociar (sobre los contenidos anunciados) no hay razón para atribuirle fuerza vinculante, por sí misma, sino solo en la medida en que llegue a celebrarse un contrato⁷⁴ (por voluntad de los contratantes, por exigencia de la buena fe o porque una norma lo disponga).

(b) Si la consideramos como una verdadera oferta de contrato, tendrá que cumplir los requisitos de la oferta. Admitamos que pueda dirigirse a destinatarios indeterminados, pero no podemos

⁷⁴ El artículo 1262 I y II CC se refiere al consentimiento (concurso de oferta y aceptación) y al contrato entre ausentes.

prescindir de que el anunciante (oferente) tenga voluntad de vincularse, conforme a los contenidos de ella⁷⁵.

Aunque el CC español no regula expresamente cuándo existe una oferta de contrato (qué requisitos debe reunir, para que, estando viva, la aceptación dé lugar a la celebración de un contrato, conforme a los términos de ella) la CISG sí nos lo indica. Según el artículo 14 CISG para que haya oferta es necesario que exista una propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, suficientemente precisa, que indique la voluntad del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación. Díez-Picazo, de acuerdo con la CISG, define la oferta así: «[E]s una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato y, además, establece los requisitos necesarios del contrato al que quiere llegar, de manera que este quedará formado si recae la aceptación»⁷⁶. «Normalmente –afirma Díez-Picazo–, el proponente de un contrato dirige su oferta a una persona concreta y determinada con la que desea contratar. Cabe, sin embargo, la posibilidad, cada día más frecuente en el moderno comercio en masa, de que el proponente dirija su oferta a la generalidad o a la comunidad dentro de la cual vive, tratando de encontrar en ella la persona con quien contratar»⁷⁷. Pero esto no significa que no sea necesario en la oferta la voluntad de contratar y una determinación suficiente del contenido del contrato que se propone⁷⁸. Tales requisitos normalmente no se cumplen en las declaraciones publicitarias, que se limitan a suministrar información sobre un producto o servicio.

La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista regula «la oferta pública de venta», hecha por un contratante profesional; e incluso atribuye el carácter de oferta de contrato a la «exposición de artículos en establecimientos comerciales» (art. 9 Ley 7/1996), imponiendo al oferente, dentro de ciertos límites, la obligación de contratar a fin de evitar la competencia desleal. Pero esta ley no convierte de manera general en oferta a las meras declaraciones públicas (publicidad) sobre las cualidades de bienes o servicios que se hallan en el mercado. Tales declaraciones, por sí solas, no generan en su destinatario un derecho a exigir al anunciante la celebración de un contrato con los contenidos anunciados. Lo mismo sucede en el Derecho europeo.

⁷⁵ Sobre la voluntad del oferente de quedar vinculado por la oferta: MENÉNDEZ MATO, 1998, p. 129 ss. TARABAL BOSCH, vol. 87, 2011, p. 2311. GASPAR LERA, 2014 p. 129 ss.

⁷⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 330.

⁷⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 335.

⁷⁸ «Cuando en el mensaje publicitario o la declaración pública vengan recogidos los elementos esenciales del futuro contrato, existe una auténtica oferta, por lo que, con su simple aceptación, se dará nacimiento al contrato.»: INFANTE RUIZ, 2015, p. 226.

El Derecho europeo distingue dos figuras diferentes: a) las ofertas públicas de proporcionar bienes o servicios a un determinado precio, hechas por un profesional, a través de publicidad, un catálogo o la muestra de bienes, a las que atribuye naturaleza de oferta de contrato⁷⁹ y b) las declaraciones públicas precontractuales, hechas también por un profesional, sobre las cualidades de un bien o servicio que ha puesto en el mercado. Tales declaraciones, sin ser verdadera oferta, se incorporan al contrato celebrado bajo su influencia⁸⁰.

(c) Excluidas las dos hipótesis anteriores (*invatio ad offerendum*, verdadera oferta), la incorporación de la publicidad al contrato celebrado bajo su influencia tiene su fundamento en la última razón que indica la STS 12.07.2011: la buena fe contractual (art. 1258 CC), la protección de la confianza conforme al principio de buena fe (art. 1258 CC) o una ley que prevea esa incorporación.

Cuando el *iter* precontractual es complejo, la vinculación por la publicidad⁸¹ la vinculación por la publicidad se puede producir antes del momento de perfección formal de contrato. Lo cual no significa que, de manera general, la publicidad u otras declaraciones obliguen a contratar conforme a ellas⁸².

2.9 LA DENOMINADA TEORÍA DE SUSTANTIVACIÓN OBLIGACIONAL DE LAS TÉCNICAS O PRÁCTICAS COMERCIALES DE «OFERTA PROMOCIÓN O PUBLICIDAD»

El rótulo y la formulación de esta teoría son debidos a Font Galán⁸³. Este autor contrapone esta, su teoría, a la que denomina «interpretación meramente contractualista y formal del derecho de integración publicitaria del contrato»⁸⁴, derecho regulado en el artículo 61.2 RDL 1/2007. Según este autor la publicidad obliga a

⁷⁹ Vid. SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 133 ss.

⁸⁰ Más arriba me he ocupado de la vinculación por las declaraciones públicas en el derecho europeo. Sobre ello, Vid. SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 142 ss.

⁸¹ Esto tiene especial relevancia en la adquisición de viviendas en construcción. Sobre la vinculación en estos casos, pueden verse las consideraciones de: ALGABA ROS, 2006, p. 67 ss. Esta autora utiliza los instrumentos técnicos de concreción de la buena fe precontractual. En otro lugar, recoge una oportuna consideración de BLASCO GASCO: «La idea de que antes del acuerdo contractual no hay nada y, tras el acuerdo, todo, es jurídicamente incorrecta (...), ALGABA ROS, 2006, p. 58.

⁸² Me sugiere la reflexión del texto lo que dice GÓMEZ CALLE: «[P]uede exigirse la incorporación [de la publicidad] a un contrato que se desea celebrar y no solo al ya celebrado (...): GÓMEZ CALLE, 1994, pp. 76-77.

⁸³ FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 170 ss.

⁸⁴ FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 173.

contratar, «en los términos y con los contenidos» que resultan de ella⁸⁵, pues los contenidos de la publicidad quedan sustantivados obligacionalmente «en ofertas al público». Es decir, recogiendo sus palabras, contienen una «implícita promesa de integrar con aquellas la oferta contractual y, consiguientemente, de contratar con sujeción a las condiciones jurídicas y económicas y garantías ofrecidas en tales declaraciones publicitarias» (art. 61.2 RDL 1/2007)⁸⁶.

Font Galán cree necesario «tomar en consideración las [que denomina] conexiones funcionales normativas entre publicidad y contrato, claramente observables, según él, en el moderno tráfico económico y jurídico masificado correspondiente [a] un sistema de economía de mercado»⁸⁷. Por ello, entiende que, «una vez reconocido a los consumidores el derecho a exigir la integración publicitaria del contrato pare[ce] razonable retrotraer la protección de este derecho (y de las legítimas expectativas económicas y jurídicas correspondientes) al momento previo a la celebración del contrato⁸⁸, incluso haciendo exigible dicha celebración contractual cuando el empresario responsable de las declaraciones publicitarias con contenidos negociales se negara injustificadamente a celebrar el contrato con el consumidor exigente» (conducta de «boicot invertido» o «reúse de venta»)⁸⁹. Considera que «el contenido informativo de la oferta o promesa comercial, de corte promocional o publicitario se convierte *ope legis* en oferta o promesa al público»⁹⁰. Cree encontrar apoyo para ello, en el artículo 9 Ley 7/1996 (LCM), que refuerza lo dispuesto en el artículo 61.2 RDL 1/2007⁹¹.

La teoría de Font Galán es sin duda brillante, pero plantea una cuestión: ¿se adapta a la regulación del derecho positivo? Me parece que no. Aunque se tomen en consideración «las conexiones funcionales y normativas entre publicidad y contrato», no es posible convertir en verdaderas ofertas de contrato las declaraciones publicitarias y hacerlas vinculantes en un doble sentido: en cuanto a imponer el deber de celebrar el contrato y en cuanto a celebrarlo conforme al contenido anunciado. Debemos distinguir entre lo que

⁸⁵ FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 175.

⁸⁶ FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 175.

⁸⁷ FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 159.

⁸⁸ Esta idea, que había mantenido este autor en trabajos anteriores, parece reflejarse en MARTÍN GARCÍA, 2002, pp. 267-268. Aunque las afirmaciones hechas en otro lugar permiten ponerlo en duda: MARTÍN GARCÍA, 2002, p. 175.

⁸⁹ FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 159, nota 17.

⁹⁰ FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 171.

⁹¹ FONT GALÁN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, 2011, p. 19.

es una verdadera «oferta de venta» o la «exposición⁹² de artículos en establecimientos comerciales» (equiparada por ley a la oferta de venta), supuesto del artículo 9 Ley 7/1996, y lo que solo son «declaraciones públicas sobre las características de los productos hechas por el vendedor el productor o su representante (...) en la publicidad o en el etiquetado», contempladas en el artículo 116.1 RDL 1/2007. Las declaraciones públicas (realizadas a través de la publicidad o el etiquetado del producto) no son, por sí mismas, una oferta pública de contrato. Vinculan a través del contrato celebrado confiando en ellas, pero, en el plano del Derecho privado, no otorgan un derecho, a todo el que las conozca, a exigir al empresario la celebración de un contrato en las condiciones de las mismas. A diferencia de la «oferta pública de venta», a la que se refiere el artículo 9 Ley 7/1996, no son una verdadera oferta de contrato de compraventa, sino manifestaciones informativas acerca de un determinado bien, producto o servicio que se halla en el mercado.

2.10 DOS MODOS DE PRODUCIRSE LA INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO: PRESUPOSICIÓN, DEBER DE PRESTACIÓN

Los contenidos de la información publicitaria se pueden incorporar al contrato de dos modos diferentes⁹³: (a) como presuposiciones del contrato (hechos o circunstancias tomados en cuenta en el contrato como base fáctica del mismo) o (b) como obligaciones/garantías de un contratante (anunciante) con respecto al otro. En el primer caso, el contratante que ha confiado en la exactitud de la información publicitaria recibida podrá utilizar los remedios precontractuales, conforme al supuesto de aplicación de cada uno de ellos. Tales remedios son: la anulación del contrato (por error o por dolo), o/y la indemnización de daños (por dolo o error imputable [*culpa in contrahendo*])⁹⁴. En el *segundo* caso, el contratante que ha confiado podrá utilizar los remedios propios del incumplimiento del contrato: la pretensión de cumplimiento (incluyendo la subsanación del cumplimiento defectuoso), si este cumplimiento es posible, la indemnización del daño producido por el incumplimien-

⁹² En el mismo sentido, con información sobre las opiniones doctrinales: ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 235.

⁹³ RUBIO TORRANO distingue entre la *incorporación* de la publicidad al contrato y la *vinculación* que produce en el contrato. (RUBIO TORRANO, 2013, p. 466.). La incorporación no supone necesariamente vinculación (garantía de lo anunciado), puede constituir sólo presuposición del contrato (dando lugar a remedios precontractuales).

⁹⁴ RUBIO TORRANO, p. 469.

to de lo anunciado, la reducción del precio (por falta de conformidad de la cosa con lo anunciado), la *resolución* del contrato.

En la jurisprudencia que analizo, el TS protege la confianza en la publicidad a través del sistema de responsabilidad contractual por incumplimiento (aplica remedios del incumplimiento). Esto no excluye, sin embargo, que la protección de la confianza en los contenidos publicitarios se pueda canalizar a través de los remedios precontractuales. En la reciente STS 06.02.2020, la pérdida de las vistas al mar anunciadas permite al comprador de una casa anular el contrato, por error (*vid. infra*).

¿Qué es lo que determina que los contenidos de la oferta publicitaria se incorporen al contrato como obligación (deber de prestación)? Cuando existe una norma especial que prevé la incorporación, es ella la que determina el modo en que la incorporación se produce y sus efectos [por ejemplo, art. 116 1.d), en relación con 114 y 118 ss RDL 1/2007]. Cuando esa norma no existe y se aplica la regla general (extraída del principio de buena fe), lo que determina la obligación del anunciante es el hecho de que el contratante que contrata influido por la publicidad pueda creer, justificadamente, en el momento de contratar, que el otro contratante ha quedado vinculado por sus manifestaciones. Así, por ejemplo, cuando se anuncia, en una promoción inmobiliaria, que las viviendas tendrán determinadas características o que existirán unas zonas deportivas comunes, el comprador de una vivienda puede creer justificadamente que el vendedor le entregará una vivienda conforme a las cualidades descritas en la publicidad y que, de no hacerlo, incumple el contrato. Así lo tiene establecido la jurisprudencia del TS. Veamos algunas sentencias a modo de ejemplo.

La STS 27.01.1977 considera que, de acuerdo con el principio de buena fe, lo afirmado en los folletos de propaganda del vendedor le vincula frente al comprador, «al creerlos [este] con todo fundamento, vinculantes para la empresa [el vendedor]».

La STS 11.06.2015 (que reitera la doctrina de la STS 12.07.2011) utiliza algunas expresiones técnicas, para caracterizar jurídicamente la incorporación de la publicidad al contrato. Usa las siguientes expresiones: «representación contractual», «estipulación [contractual] implícita», «estipulaciones normativas contractuales», motivos causalizados o causa concreta. Representación contractual significa que los contenidos de la publicidad no solo determinan, en el contratante que la recibe, su idea de la cosa (representación subjetiva) sino que se incorporan al contrato y adquieran eficacia en él. Estipulación implícita (cláusula implícita) significa que el contenido de la publicidad no se ha incorpora-

do al contrato por acuerdo expreso, como una cláusula de este, sino por la integración del mismo con los contenidos de la publicidad, conforme al principio de buena fe (art. 1258 CC)⁹⁵. La expresión «estipulaciones normativas contractuales» indica que la incorporación al contrato es consecuencia de la norma (integración conforme al principio de buena fe). La expresión «motivos causalizados» o «causa concreta» significa que el contenido de la publicidad, que determinó al otro contratante a celebrar el contrato (en su dimensión subjetiva) se incorpora a él, como presuposición básica del mismo. La realización de tales motivos es una *exigencia* del propio contrato. La falta de realización de los mismos puede dar lugar a la aplicación de remedios precontractuales [vicios del consentimiento⁹⁶, responsabilidad (*in contrahendo*)], o de remedios contractuales, como ocurre en esta sentencia.

He dicho anteriormente que la incorporación de la publicidad al contrato puede estar prevista en una ley especial. En ese caso, ella determina su supuesto de aplicación y sus efectos. Así, por ejemplo, el artículo 61 RDL 1/2007 (y otros del mismo RDL). Conforme a este artículo el contenido de la publicidad es exigible por el consumidor (en el contrato celebrado). Permite el ejercicio de los remedios del incumplimiento. Se ha afirmado que el artículo 61 RDL 1/2007 «no puede servir de base legal para el ejercicio de [...] las acciones civiles que pretendan anular el contrato con base en la concurrencia de error en el consumidor inducido por la publicidad» o «las acciones de indemnización por culpa *in contrahendo*»⁹⁷. Si nos atenemos a lo que dispone este artículo, esto es correcto: solo prevé ese efecto. Pero eso no excluye que el consumidor pueda utilizar un remedio precontractual (anulación, indemnización)⁹⁸, conforme a su régimen general⁹⁹. La STS 06.02.2020 aplica el error¹⁰⁰.

⁹⁵ Término *implícito* es una expresión proveniente del *Common Law*. Como indica GARCÍA RUBIO, los términos implícitos están reconocidos en los artículos 6:102 PECl, 5.1.2 Principios UNIDROIT y, en cierta medida, en el artículo II.9-101 DCFR. Designan contenidos del contrato incorporados al mismo por medio de la integración; así sucede con los que resultan del principio de buena fe. (GARCÍA RUBIO, 2010, p. 1374.)

⁹⁶ Así en la STS 06.02.2020.

⁹⁷ CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 528.

⁹⁸ CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 527.

⁹⁹ «Aunque a primera vista parezca lo contrario, la proscripción eficiente del engaño publicitario no pasa por la ampliación del ámbito del error o el dolo relevante, sino por la absoluta objetivación del régimen sancionatorio de la publicidad engañosa». Así: CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. III, 1996, p. 10.

¹⁰⁰ En este caso las vistas al mar están anunciadas y son perceptibles, en el momento de la celebración del contrato, desde la «casa muestra» comprada.

2.11 INSUFICIENCIA DEL CONTRATO E INTEGRACIÓN MEDIANTE LA PUBLICIDAD

Para que se produzca la integración del contrato mediante la publicidad ¿es necesario que sea insuficiente la regulación del mismo (contrato documentado)?¹⁰¹

La STS 27.01.1977 se refiere a la insuficiencia del contrato (a lo «parco» del contrato) documentado para justificar que el comprador se haya guiado por la publicidad de la vendedora.¹⁰² Pero, en realidad, en esta sentencia, no es, por sí misma, la insuficiencia del contrato la que fundamenta la incorporación de la publicidad al mismo, sino el hecho de que el comprador, de modo razonable, ha tomado en cuenta la descripción publicitaria del objeto. De modo parecido sucede en la STS 26.06.1999. La compradora «hubo de estar a lo expuesto en la propaganda», por la falta de concreción del documento contractual.

No es correcto entender que la publicidad solo se incorpora al contrato si existen lagunas en él. La publicidad (a diferencia de los usos, que suplen las carencias del contrato) integra el contrato porque lo exige la buena fe. La buena fe convierte a la publicidad en fuente de integración del contrato (art. 1258 CC), con independencia de que este sea o no completo. Por ello, la suficiencia del contrato (documento contractual), el que el mismo contenga una regulación completa distinta de lo anunciado, no excluye que la confianza creada por la publicidad deba ser tomada en cuenta para integrar el contrato, desplazando lo que resulta de determinadas cláusulas del mismo.

Como indica Cabanillas, refiriéndose a la integración del contrato por medio de la publicidad (teniendo en cuenta a Lacruz y a

¹⁰¹ ELIZALDE IBARBIA indica que en este punto las posiciones doctrinales se agrupan en dos: «De un lado, aquellos autores que –por sus conclusiones– entenderían que los artículos 1258 CC y 61 TRLGDCU sólo sirven para integrar una “laguna” contractual y que, por ende, harían primar necesariamente el contenido acordado sobre la publicidad, descartando la aplicación de los artículos citados en los supuestos de declaraciones negociales completas; y, del otro, aquellos para quienes las normas de integración operan sin necesidad de laguna, como canon de buena fe que actúa al margen de la autonomía de la voluntad –pudiendo incluso contradecirla– y, por consiguiente, hacen primar la información publicitaria sobre lo acordado en perjuicio del consumidor»: ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 237.

¹⁰² CÁMARA LAPUENTE conecta el problema del papel de la autonomía de la voluntad con una cuestión más general, «el propio concepto de integración contractual». Recuerda que existen «dos conocidas corrientes de filosofía antagónica». Una, entiende «que es preciso para integrar que exista una laguna que no pueda colmarse a partir de la voluntad presunta de las partes». Otra, «conforme a la visión dominante del artículo 1258 CC» según la cual «la integración prescinde de la autonomía de la voluntad y permite corregir judicialmente las cláusulas contractuales conforme a la buena fe objetiva». (CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 522.)

Roca Guillamón): «El art. 1258 es de *ius cogens*, y su aplicación ni puede ser eliminada por las partes, ni requiere la preexistencia de una laguna contractual»¹⁰³. A lo que añade: «El contrato no se integra porque las partes hayan dejado en él lagunas, (...). Se trata de una objetiva ordenación de la reglamentación contractual, introduciendo en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes»¹⁰⁴.

Infante Ruiz no limita la integración del contrato mediante la publicidad, prevista para las relaciones de consumo en el artículo 65 RDL 1/2007¹⁰⁵, a los casos de «omisión de información precontractual relevante»¹⁰⁶.

2.12 EL MODELO DEL COMPRADOR MEDIO

El Tribunal Supremo, como se advierte en algunas sentencias analizadas, utiliza criterios objetivos para determinar que la publicidad ha generado confianza. Así, la STS 30.05.2011, al valorar la influencia de la publicidad tiene en cuenta el modelo del comprador medio. Esto facilita la prueba. Permite, en el caso de esta sentencia, que el Presidente de la Comunidad de Propietarios ejerzte la acción para exigir lo anunciado por el conjunto de compradores, copropietarios del edificio, pues utilizando criterios objetivos (a falta de otros concretos) es equiparable la influencia de la publicidad en cada uno de ellos. Y, en cuanto al anunciente responsable, puede considerarse cognoscible para él la influencia de la publicidad en los sujetos que participan en el mercado. La previsibilidad o cognoscibilidad es la base de su responsabilidad¹⁰⁷.

La STS 12.07.2011 utiliza un modelo objetivo o abstracto de sujeto para justificar la confianza creada por la publicidad. Según el TS, las «excepcionales vistas» de las viviendas anunciadas influyen de «manera decisiva en [la decisión] de la adquisición»; no por capricho de la parte compradora, pues «un tercero en la misma situación» «habría actuado del mismo modo». Las cualidades ofertadas (las vistas de las viviendas) tienen importancia en el sector del mercado al

¹⁰³ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1994, p. 146.

¹⁰⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, 1994, p. 146.

¹⁰⁵ Artículo 65 RDL 1/2007: «Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.»

¹⁰⁶ «[E]l significado de esta integración es incluso mayor, puesto que la integración no sólo debe tener lugar cuando en el contrato de consumo se omita la información precontractual relevante, tal y como prevé este precepto, sino también cuando esta información sea engañosa, incompleta o inexacta.»: INFANTE RUIZ, 2015, p. 224. Tampoco cree necesario que exista una laguna del contrato, GARCÍA VICENTE, 2009, p. 786.

¹⁰⁷ En relación con la cuestión *vid.* CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 522 ss.

que se dirige la publicidad de la vendedora en los «tiempos modernos en los que las personas anhelan un contacto con la naturaleza». El TS rechaza el criterio de la vendedora (recurrente) que consideraba necesario que los compradores hubieran expresado en el contrato, la esencialidad de las vistas de las viviendas para ellos.

2.13 EXIGENCIA DE CONCRECIÓN DE LA INFORMACIÓN PUBLICITARIA

Dentro la publicidad comercial debemos distinguir dos tipos: la que tiene valor informativo y la que es «pura invitación o reclamo, en el camino hacia la celebración de una masa de contratos»¹⁰⁸. Solo la primera, por su concreción, permite incorporar sus contenidos al contrato. El Tribunal Supremo exige concreción de los contenidos publicitarios.

En el caso de la STS 12.07.2011 el folleto publicitario de las viviendas anuncia vistas al golf, al mar y a las montañas. Se plantea la cuestión de si «la publicidad expresada es una mera promoción publicitaria» o vincula a la vendedora. El Tribunal Supremo considera que la vincula, pues indica que las viviendas a construir tendrán excepcionales vistas, descritas de modo concreto en cada una de ellas. La vendedora no ha cumplido lo anunciado.

La STS 23.07.2013 (citando a la anterior) considera que la publicidad de la vendedora ofrece una información concreta «que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes». Por ello, aunque «no es oferta en sentido estricto», resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual, conforme al artículo 1258 CC. Este mismo criterio lo reitera la STS 11.06.2015, que recoge literalmente la doctrina de la sentencia anterior.

Podría suscitar alguna duda sobre la concreción de la publicidad la STS 23.07.2013. Esta sentencia afirma que «al comprador se le ofrecía un entorno paradisíaco que no tiene correspondencia con la realidad». Un entorno paradisíaco parece ser más un reclamo para conseguir la celebración de un contrato que una información concreta sobre el objeto. Pero no es así, porque la calificación de *entorno paradisíaco* está fundada en datos concretos: la construcción de un puerto deportivo y un campo de golf.

¹⁰⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 383, MORALES MORENO, 2006, pp. 262, 263, GARCÍA VICENTE, 2009, 785

2.14 LA VINCULACIÓN POR LA PUBLICIDAD COMO CUESTIÓN DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

La vinculación por la publicidad se plantea a menudo en casación como una cuestión de interpretación del contrato¹⁰⁹. En el debate casacional advertimos una tensión entre el argumento de la literalidad del documento contractual (art. 1281 I CC) y la exigencia de tomar en consideración los actos anteriores de los contratantes (argumento artículo 1282 CC: en aplicación analógica), en los que se incluye la publicidad («declaraciones públicas»). El Tribunal Supremo no admite que la claridad de los términos del documento contractual impida dar relevancia jurídica al contenido de los folletos de propaganda, si así resulta del principio de buena fe (STS. 27.01.1977). La STS 12.07.2011 distingue, por ello, entre contrato y documento: «[N]o cabe confundir contrato con documento en que se formalizó el contrato», «por el valor vinculante de la oferta publicitaria».

En la STS 19.02.1981 se plantea la siguiente cuestión: si los contratos litigiosos comprenden exclusivamente los pisos y chalés vendidos o incluyen la zona deportiva, incluida la piscina. El vendedor, recurrente en casación, invoca la fuerza del documento contractual, fundándose en el artículo 1281 I CC, pues la piscina no está en la descripción documental del objeto vendido. El TS, en cambio, considera que esa falta de mención no significa exclusión, pues, conforme a lo que dispone el artículo 1282 CC, hay que tener en cuenta los actos anteriores del vendedor, entre los que se incluye su publicidad (declaraciones públicas). En este caso el promotor, recurrente en casación, no cuestiona la aplicación del artículo 1258 CC sino la de los artículos 1281 y 1282 CC. Pero, frente al criterio literalista del artículo 1281, adquiere en este caso valor lo que dispone el artículo 1282 CC, por virtud del principio de buena fe.

2.15 LOS PACTOS MODIFICATIVOS DE LAS CONDICIONES ANUNCIADAS COMO ACTOS DE RENUNCIA

En las sentencias del Tribunal Supremo estudiadas encontramos pactos modificativos de lo anunciado, por medio de una cláusula inserta en el contrato documentado. El TS admite la eficacia de estos pactos, si tienen concreción suficiente; pero controla su

¹⁰⁹ Un estado de la cuestión sobre la interpretación e integración del contrato puede verse en: RAGEL SÁNCHEZ, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2010.

eficacia, conforme a la buena fe. Así, por ejemplo, alguna sentencia considera que no se ajusta a la buena fe, utilizar la cláusula, *tal como está redactada*, para privar al otro contratante del derecho a exigir en el piso comprado las características que figuran en el proyecto de construcción¹¹⁰. Me refiero, a continuación, a estas sentencias.

La STS 16.02.1993 admite que los pactos modificativos de las condiciones anunciadas prevalecen sobre estas. En este caso los folletos publicitarios contienen condiciones expresadas «de forma genérica y escueta». Frente a ellas prevalecen «las que de modo singular y en extremo detallado convinieron los distintos accionantes, al tiempo de contratar con la promotora demandada».

Según la STS 02.12.1986, el hecho de que el comprador firme el contrato conociendo o habiendo debido conocer [no pudiendo ignorar] el cambio en la ejecución del proyecto, por haber visitado los bloques cuando estaban totalmente construidos, implica que el comprador consiente y está conforme con ese cambio.

La STS 23.05.2003 no considera suficiente, para que exista renuncia a la cancha de tenis anunciada, la manifestación de los compradores de conocer los estatutos de la comunidad de propietarios (en los que no se incluye esa cancha), hecha en la escritura pública de compraventa, porque los compradores no tenían conocimiento de la renuncia que realizaban. El TS aplica en este caso su doctrina sobre la renuncia de derechos: «[D]ebe ser expresa y concreta, y de aplicación restrictiva».

La STS 17.10.2005 tampoco admite que la cláusula inserta en la escritura pública modifique lo anunciado. La cláusula dispone: «[L]a parte compradora toma posesión en este acto de las fincas transmitidas, después de haberlas examinado y haberlas encontrado de su conformidad». Esta manifestación de conformidad, según el TS, carece de eficacia, por falta de conocimiento de que los pisos, en lo que se refiere a la altura de sus techos, no son conformes a lo anunciado. El TS presume esa falta de conocimiento¹¹¹ y considera que la misma no se debe a negligencia de los compradores, teniendo

¹¹⁰ ZUBERO QUINTANILLA extrae la siguiente conclusión del análisis de la jurisprudencia: «[E]s destacable que en caso de que los pactos entre los contratantes se hayan realizado con consentimiento expreso, tras haber sido informados correctamente, cabe reconocer la primacía de la autonomía de la voluntad como límite a la integración de la publicidad en el contrato, aun cuando lo pactado sea menos beneficioso para el comprador» ZUBERO QUINTANILLA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 6/2016.

¹¹¹ Porque («como con cabal acierto razona la sentencia recurrida») «generalmente un primer y frecuentemente único examen de la vivienda no pone de relieve de forma inmediata el defecto a que nos venimos refiriendo, sino que es una vez habitada la misma, y ante todo una vez amueblada la vivienda (mejor sería decir cuando se trata de amueblar), cuando se puede observar con mucha mayor precisión que las alturas de los techos son inferiores a las que cabría esperar».

en cuenta su condición de consumidores¹¹². Afirma, además, que «no se ajusta a la buena fe tratar de incluir en una cláusula genérica, de la índole de la mencionada, defectos que contradicen el proyecto de construcción, y cuando menos dificultan la utilización del objeto comprado en relación con su destino».

De lo expuesto podemos extraer dos conclusiones. Primera. El Tribunal Supremo admite que la autonomía de la voluntad (mediante cláusulas insertas en el contrato documentado) pueda excluir o modificar la vinculación que resultaría de la publicidad previa. Pero el principio de buena fe (o la ley aplicable al supuesto de que se trate) puede limitar la eficacia de este tipo de cláusulas. Segunda. El Tribunal Supremo, atribuye a este tipo de cláusulas la naturaleza de acto de renuncia y les aplica las reglas propias de estos actos (cuando no se recibe nada a cambio). La renuncia tiene carácter excepcional. Esto exige que la cláusula que la contiene ponga de manifiesto la voluntad de renunciar a algo concreto¹¹³. No sirven cláusulas demasiado genéricas o ambiguas (como manifestaciones genéricas de conformidad de lo recibido o una concesión al otro contratante de una facultad genérica de introducir variaciones en lo anunciado). La manifestación de que el objeto recibido es conforme al contrato carece de eficacia si el contratante que la emite no conoce, justificadamente, la falta de conformidad del mismo (STS 17.10.2005).

¿A qué se refiere la renuncia? Depende de las circunstancias de cada caso.

(1) Si previamente se ha celebrado un contrato (en documento privado) o un contrato preparatorio suficientemente completo, la renuncia hecha en el documento definitivo (por ejemplo, escritura pública) se refiere a un derecho nacido de ese contrato.

(2) Si no existe un derecho previo pero una ley ordena la integración del contrato mediante la publicidad [por ej., art. 116.1.d) RDL 1/2007], la renuncia se refiere al derecho que resulta de aplicar esa ley, una vez celebrado el contrato.

(3) Por fin, si no existe esa ley, sino que la integración del contrato por medio de la publicidad resulta del principio de buena fe, las cláusulas de exclusión no son propiamente un acto de renuncia a un derecho previo, sino un límite a la protección de la con-

¹¹² El TS afirma: [D]ebe resaltarse que los compradores son simples consumidores, no expertos o profesionales, por lo que es razonable el criterio del juzgador de instancia de no apreciar negligencia en los mismos, es decir, que, dadas las circunstancias no cabe estimar que hayan *podido conocer* la situación fáctico-jurídica mediante una normal diligencia».

¹¹³ Los actos unilaterales de renuncia están sometidos a interpretación estricta (art. artículo 1289 I CC).

fianza. La renuncia pone de manifiesto que no existe confianza. Mas para determinar si existe o no confianza protegible, es oportuno aplicar los criterios aplicables a los actos de renuncia.

2.16 LA RESERVA DEL DERECHO A INTRODUCIR VARIACIONES

En algunas sentencias del TS la vendedora, promotora de la edificación, se reserva facultades de introducir variaciones en el proyecto inicial, durante la ejecución de la obra. El TS somete a control estas cláusulas: las interpreta de modo restrictivo y en algún caso las considera abusivas.

En la STS 30.06.1997 la promotora inmobiliaria se reserva el derecho a introducir variaciones en la ejecución de la obra. El TS interpreta de modo restrictivo esta cláusula: «solamente ha autorizado aquellas variaciones secundarias y normales», pero no las realizadas, consistentes en la sustitución del sistema de calefacción central del edificio por un sistema de calefacción individual eléctrica, más costosa de mantener.

La STS 04.12.1998 se refiere a un caso en el que los compradores de las viviendas autorizan a la promotora, mediante una cláusula, a modificar el proyecto inicial del edificio. El TS considera que esta cláusula es abusiva. Redactada por la promotora, en ella se atribuye facultades amplias y plenamente abiertas de introducir variaciones, que solo satisfacen su interés y rompen el equilibrio del contrato.

Para concluir, el TS admite la eficacia de estas cláusulas si las facultades de variación son secundarias y normales (en los procesos de edificación) y la excluye cuando son amplias y abiertas.

2.17 EL DEBER DE CUMPLIR LO ANUNCIADO: DEBER DE PRESTACIÓN Y DEBER DE GARANTÍA

Las sentencias del TS estudiadas atribuyen a la publicidad el efecto de crear obligaciones: deberes de prestación del contratante vinculado. Unas veces, el incumplimiento de tales deberes puede ser subsanado. En estos casos la condena se refiere a ejecutar esa subsanación. Otras, aunque teóricamente sea posible la subsanación del incumplimiento, no lo es desde un punto de vista económico. En estos casos, el TS concede la indemnización de daños y, a veces, la resolución del contrato. Lo mismo sucede cuando es imposible el cumplimiento de lo anunciado (por ej.: lo impide el planeamiento). Hay casos en los que lo anunciado (campo de golf, puerto deporti-

vo) debe ser ejecutado por un tercero (por ej.: el Ayuntamiento). En estos casos el anunciante también incumple su obligación si la publicidad crea la confianza de que garantiza la ejecución.

2.18 EXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO EN ALGUNOS SUPUESTOS: CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA Y EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO POR TERCERO

Me refiero ahora a dos supuestos en los que el TS considera que existe incumplimiento: (1) La edificación se ajusta al planeamiento y (2) Las obras anunciadas deben ser ejecutadas por un tercero, la Administración.

(1) En algunas sentencias la promotora/vendedora utiliza como argumento para eludir la vinculación por la publicidad, que la construcción se ha desarrollado conforme a las exigencias del proyecto aprobado por la Administración y a la licencia correspondiente. Sin embargo, según el TS esto no justifica dejar de cumplir lo anunciado (STS 30.05.2011). En el caso de esta sentencia, la expresión «pendiente de aprobación», que figura en la publicidad no libera al vendedor de cumplir lo anunciado.

(2) Tampoco impide que exista incumplimiento el hecho de que la ejecución de lo anunciado esté a cargo de un tercero, que actúa de modo independiente. Así en la STS 23.07.2013, es el Ayuntamiento el que no ejecuta las obras del puerto deportivo y el campo de golf anunciadas. Esto no libera al vendedor, porque «no hay referencia a la Corporación municipal como impulsora, en el contrato ni en la publicidad, de forma que inducía a confusión al contratante». Hubiera sido necesario que el anunciante, de algún modo, hubiera puesto de manifiesto que esas obras estaban programadas por un tercero, sin él garantizar su realización.

2.19 PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

La pretensión de cumplimiento suele referirse a la subsanación del cumplimiento defectuoso. Las siguientes sentencias TS condenan a cumplir el contrato conforme a lo anunciado: STS 20.01.1989 (reparar imperfecciones de las viviendas vendidas); STS 08.11.1996 (realizar en el terreno las obras necesarias para dotarlo de jardinería, columpios, piscina, pista de tenis); STS 21.07.1993 (dotar a los pisos del acabado anunciado: armarios empotrados).

2.20 RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El TS considera procedente la resolución del contrato cuando el incumplimiento es esencial. Hay sentencias que no estiman su existencia; otras que sí.

La STS 01.10.2012 (referida a una venta entre empresarios) no estima la resolución del contrato pedida en la demanda, porque el incumplimiento no es esencial. El TS considera que la obligación del vendedor de obtener financiación para el comprador, tal como se había anunciado, por la subrogación de este en el crédito concedido para la edificación, es una obligación de medios, de naturaleza *accesoria*, cuyo incumplimiento no es esencial. Pero deja abierta la posibilidad de que el comprador hubiera podido ejercitar otros remedios, como la pretensión de cumplimiento o la de indemnización.

En la STS 26.06.1999 los defectos de calidades y la falta de construcción de la piscina anunciada permiten la resolución.

La STS 12.07.2011 admite la existencia de un incumplimiento esencial que permite la resolución del contrato. En este caso, las viviendas no tienen las vistas anunciadas. El TS califica de grave (esencial) el incumplimiento del vendedor, «por insatisfacción total del comprador». «[L]a falta de las vistas –indica el TS– no reduce [simplemente] el uso de la vivienda, sino que frustra las legítimas expectativas de los compradores». A juicio del TS, la resolución, pedida en la demanda, es el remedio idóneo, pues las legítimas expectativas frustradas «no resultan compensadas con una mera indemnización».

En la STS 20.11.2017 el TS (dando lugar al recurso de casación interpuesto por el comprador de la vivienda) considera que procede la resolución del contrato, porque varios incumplimientos parciales no esenciales (el campo de golf solo tiene ocho hoyos y no dieciocho, la urbanización no tiene acceso a la autopista, la vivienda entregada no es un bajo sino un semisótano) dan lugar a un incumplimiento esencial.

2.21 INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

Hay sentencias del TS en las que se condena al anunciante (normalmente el vendedor de un piso) a indemnizar al otro contratante (comprador) el daño causado por el incumplimiento del contrato

(en los términos anunciados). La condena a indemnizar se funda en el artículo 1101 CC (por ej.: STS 20.01.1989).

En la jurisprudencia analizada, el daño que se indemniza está relacionado directamente con la prestación incumplida (es un daño en la propia cosa). No se contempla la indemnización de otros daños derivados del incumplimiento del contrato. La regla de la previsibilidad del daño (art. 1107 I CC) dificultaría poder indemnizar esos daños. Si la vinculación contractual surge de la confianza creada por unas declaraciones públicas dirigidas a un círculo amplio de destinatarios, el daño previsible por el anunciante ha de circunscribirse a la prestación prometida y no ejecutada.

En la STS 15.02.1994 el incumplimiento del organizador de la estancia de estudio en el extranjero es no haber contratado el seguro anunciado. Ocurrido el accidente, la indemnización consiste en reparar el daño causado por el accidente (como si se hubiera concertado el seguro). El no haberlo concertado le traslada el riesgo que debería haber cubierto ese seguro. Su deber de indemnizar surge del incumplimiento de los anunciados y no de un deber de protección propio (típico) del contrato celebrado.

En la STS 08.11.1996, la condena a indemnizar es subsidiaria de la de realizar las obras necesarias para dotar a los terrenos de las dotaciones anunciadas. La indemnización es oportuna cuando, terminada la obra, ya no es razonable imponer el cumplimiento de lo anunciado (por ej.: STS 30.05.2011), pues sería excesivamente costoso. El interés del acreedor se satisface por la indemnización y no deshaciendo y rehaciendo la obra.

El incumplimiento consistente en la insuficiente altura de los techos, terminada la obra, no admite (de modo razonable) la subsanación. Es adecuado el remedio de la indemnización (*vid. STS 17.10.2005*). También la STS 29.09.2004 considera adecuado el remedio de la indemnización «al no ser posible el cumplimiento *in natura*» (subsanación de los defectos de acabado).

2.22 CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN

Algunas sentencias indican el criterio de cálculo de la indemnización. En las SSTS 30.06.1997 y 24.10.2000 el edificio no cuenta con la calefacción central anunciada, sino con un sistema de instalación individual eléctrica. La indemnización a los compradores se calcula teniendo en cuenta el precio de mercado de las viviendas en su estado actual y el que tendrían si dispusieran de calefacción central. Este sistema de cálculo es propio de la acción indemnizatoria

y no de la de reducción del precio. En esta, la reducción del precio es proporcional, tomando en cuenta la relación entre precio pagado y precio de mercado (art. 1486 I CC). La STS 30.05.2011, en un caso en el que la publicidad ofrece una visión del conjunto urbanístico distinta de la que se ha materializado en la ejecución de la obra, también se concede indemnización de daños. Pero no queda claro cómo se calcula el daño. Conforme al criterio utilizado en las dos sentencias anteriores, el criterio sería el del menor valor del piso afectado, conforme al precio de mercado.

En la STS 28.02.2013, el incumplimiento consiste en no haber transmitido a la comunidad de propietarios de los adquirentes el terreno con las instalaciones anunciadas (sino solo el derecho a utilizarlas). La indemnización reclamada por la comunidad de propietarios consiste en el valor del suelo en el que se asienta la zona deportiva y el de las instalaciones construidas en ella.

La STS 27.05.1996 plantea la cuestión de si, al calcular el daño por la menor calidad de los radiadores instalados, se puede tomar en cuenta la mejor calidad de las ventanas instaladas. El TS no lo admite. Obliga a indemnizar la totalidad del daño.

2.23 PUBLICIDAD DE TERCERO

En la jurisprudencia del TS analizada no se plantea la cuestión de la vinculación por la publicidad de tercero. En los casos juzgados (normalmente de promociones inmobiliarias) la publicidad proviene del otro contratante¹¹⁴. Sin embargo, voy a hacer una breve consideración sobre la publicidad de tercero teniendo en cuenta el Derecho uniforme y europeo, y el Derecho español (legislación de consumo, Código civil, principio de buena fe).

La CISG no regula la vinculación por la publicidad de tercero. Ni siquiera menciona la falta de conformidad por no cumplir la

¹¹⁴ Á. CUESTA GARCÍA DE LEONARDO justifica del siguiente modo la ausencia de sentencias sobre la publicidad de tercero: «[L]os Tribunales equiparan la publicidad a una oferta de contrato vinculante, o bien argumentan la vinculatoriedad de la misma como postulado del principio de la buena fe contractual. Tal es la opción judicial de la que se ha derivado una importante limitación práctica: los Tribunales no han realizado nunca la integración del contrato con materiales publicitarios de origen extraño al propio oferente, por lo que la publicidad procedente de un anunciante-tercero –que es la más frecuente en el mercado contemporáneo– resulta en la práctica inexigible por el consumidor, ni directamente del propio anunciente mediante una acción extracontractual, ni indirectamente a través de la garantía del comerciante, ya que la integración del contrato mediante la publicidad no es, en ninguno de los siguientes casos, heterointegración del mismo.»: (CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, *Revista Doctrinal Aranzadi Aranzadi Civil-Mercantil*, V. III, 1996) Sin embargo, creo que tanto la ley (cuando lo establece) como el principio de buena fe permiten vincular al contratante por la publicidad de tercero.

cosa las especificaciones de la publicidad (art. 35 CISG). Los PECL (art. 6:101.[3]) y los ACQP (art. 4:108)¹¹⁵, sí prevén la vinculación del contratante profesional por la publicidad de tercero, sin excluirla en las relaciones entre empresarios¹¹⁶. En cambio, el DCFR solo prevé la vinculación del contratante profesional por la publicidad de tercero cuando la otra parte es un consumidor (arts. II.-9:102[4], IV. A-2:303 DCFR). El artículo 69 (3) CESL también limita la vinculación del empresario por la publicidad de tercero a las ventas de consumo. Para justificar la vinculación del empresario por la publicidad de tercero, se ha señalado que la misma le produce ventaja¹¹⁷.

En Derecho español, la legislación de consumo prevé la vinculación por la publicidad de tercero, bajo ciertos presupuestos y con ciertos límites¹¹⁸. Así lo disponen el artículo 116.1.d RDL 1/2007 y el artículo 154 RDL 1/2007 (la información obligatoria facilitada al viajero por el por el organizador vincula al minorista)¹¹⁹. El CC español, como sabemos, no regula expresamente la vinculación por la publicidad, del contratante o de un tercero. Sin embargo, la vinculación por la publicidad de tercero, como ocurre con la del contratante, puede resultar del principio de buena fe (art. 1258 CC). Por ejemplo, si el contratante profesional conoce que el otro contratante celebra el contrato bajo la representación mental del objeto que le ha proporcionado la publicidad de tercero. Como afirma Infante Ruiz, «no es conforme con la buena fe aprovecharse de una propaganda o publicidad engañosa para lograr la celebración del contrato sin responsabilizarse de sus contenidos»¹²⁰. La Propuesta de Modernización del CC sí regula la vinculación del contratante profesional tanto por sus manifestaciones como por las de tercero (art. 1276 PM)¹²¹.

¹¹⁵ SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 146.

¹¹⁶ Así lo destacan SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 146. En los PECL, la extensión de la vinculación por la publicidad de tercero a las relaciones entre empresarios (cuando la publicidad proviene del fabricante o de un sujeto situado en un eslabón superior de la cadena de distribución) viene propiciada en los PECL porque sus reglas tienen carácter general, y no toman en cuenta las relaciones de consumo, DEDEK, 2018, pp. 793-794.

¹¹⁷ SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 147.

¹¹⁸ LÓPEZ MAZA Y GARCÍA VICENTE, 2015, p. 875.

¹¹⁹ Sobre las correspondientes Directivas en este punto, SCHULZE Y ZOLL, 2018, p. 145.

¹²⁰ INFANTE RUIZ, 2015, pp. 222-223.

¹²¹ Artículo 1276. *Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta.*

No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos.

2.24 OTRAS CUESTIONES: LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

La cuestión de la legitimación del presidente de la comunidad de propietarios para reclamar lo anunciado aparece en algunas sentencias analizadas. La legitimación, ciertamente, puede suscitar dudas ya que el problema se refiere, normalmente, a los contratos celebrados por cada uno de los propietarios con el promotor, no necesariamente iguales. Sin embargo, las SSTS 08.11.1996 y 30.05.2011 le reconocen legitimación para reclamar al promotor/vendedor el cumplimiento de sus declaraciones públicas, tanto en relación con los elementos comunes como, incluso, con los privativos (ventanas)¹²².

En lo que se refiere a los elementos comunes, facilita la legitimación del presidente, el que la jurisprudencia, a falta de prueba diferente, utilice criterios objetivos; tenga en cuenta el comportamiento normal de una persona de tipo medio; es decir utilice un modelo de sujeto coincidente en todos los compradores que integran la comunidad de propietarios. Así, por ejemplo, la STS 12.07.2011 considera que un tercero en la misma situación habría actuado igual. Y, de modo parecido, la STS 30.05.2011 utiliza el modelo del comprador medio. Por otra parte, el que algunos compradores carezcan de derecho a exigir lo anunciado en cuanto a los elementos comunes (porque han renunciado o por no existir en ellos la necesaria confianza) no priva al resto del derecho a reclamar al vendedor la dotación de los mismos, cuando resulte procedente, y para ello se otorga legitimación al presidente de la comunidad.

¹²² De esta cuestión se ha ocupado, REBOLLEDO VARELA, *Revista Doctrinal Aranza-Civil-Mercantil*, vol. núm. 6/2005. Según este autor, en la jurisprudencia «se admite la legitimación activa del presidente en relación con los defectos en elementos privativos sin necesidad de una autorización expresa del comunero, y tan sólo se niega (...) cuando existe una oposición formal y expresa por parte del comunero». REBOLLEDO VARELA se plantea la cuestión de «si se puede mantener la misma legitimación activa del presidente de la comunidad cuando de lo que se trata no es de una reclamación por vicios o defectos constructivos sino de incumplimiento contractual en relación con las calidades pactadas en los contratos». Lo cual es extensible a las cualidades expresadas en la publicidad. Recuerda este autor que «no faltan resoluciones judiciales que han desestimado la excepción de falta de legitimación activa del presidente de la comunidad en reclamaciones que se movían en el estricto ámbito contractual». En su opinión, «las mismas razones que permiten reconocer legitimación activa al presidente de la comunidad en relación con la reclamación por vicios o defectos constructivos en elementos privativos –intereses complejos, evitar múltiples procesos con innumerables personas, etc.– han de llevar a una respuesta positiva a la cuestión planteada», con algunos matices.

3. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO: EXPOSICIÓN

A continuación, estudio, por orden cronológico, un grupo de sentencias del TS que se refieren a la integración del contrato por medio de la publicidad¹²³.

3.1 STS 14.06.1976¹²⁴. RENDIMIENTO ASIGNADO A LA MÁQUINA VENDIDA

Esta sentencia¹²⁵ es la primera en la que el TS atribuye fuerza vinculante a la publicidad¹²⁶. Se refiere a la venta de una máquina que no da el rendimiento que le asigna la publicidad de la casa vendedora. El comprador, en su demanda reconvencional, pide la sustitución de la máquina por otra que dé el rendimiento anunciado. En segunda instancia, la Audiencia condena a la vendedora a realizar la sustitución de la máquina, condicionada al pago por el comprador del resto del precio adeudado. La vendedora interpone recurso de casación, por inaplicación del artículo 1281 CC, pues no ha entregado una máquina distinta de la vendida.

El TS desestima este el motivo (y el otro motivo del recurso). Estas son sus afirmaciones: «[E]l incumplimiento del contrato por parte del vendedor no lo funda la Sala de instancia en que haya sido servido [un] modelo distinto, sino en que, aun tratándose del mismo modelo, no da el rendimiento que se anunciaba». «[L]a propaganda fotográfica y gráfica unida a los autos [...] cumple la función de una oferta que vincula al vendedor», En la propaganda «se afirmaba un rendimiento horario de 2000 a 2300 litros por hora» de la máquina. Por esa publicidad «se guio el comprador»; «sin que afecte al caso, lo que diga en cuanto a su rendimiento, la placa unida a la máquina». Esta placa «era desconocida por completo por [...] [el] adquirente hasta el momento de llegar a su poder». Este «se atuvo exclusivamente [...] a los datos consignados públicamente en la oferta, sin duda con ánimo de captación, a través de In propaganda: oferta que no ha sido cumplida».

La afirmación del TS, la propaganda «cumple la función de una oferta que vincula al vendedor», no permite concluir que esta sen-

¹²³ Puede verse una clasificación de las sentencias en: INFANTE RUIZ, 2015, p. 259.

¹²⁴ Núm. 196/1976, Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero.

¹²⁵ Sobre esta sentencia, LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, p. 64 ss.

¹²⁶ Con anterioridad, la STS 16.01.1930 [Col. Leg., tomo XC, vol. 1, núm. 47, pp. 243 a 276) se refiere a la «propaganda comercial» en relación con el dolo vicio del consentimiento. No estima la existencia de este.

tencia atribuya a la publicidad el carácter de una verdadera oferta de contrato. Primero, cumplir la función de una oferta no significa que sea una verdadera oferta (cumpla sus requisitos). Segundo, en la argumentación que he transcrita en el párrafo anterior el TS valora la confianza que crea la publicidad en el comprador. La posterior STS 27.01.1977, del mismo ponente, fundamenta en la buena fe el efecto vinculante de la publicidad¹²⁷.

3.2 STS 27.01.1977¹²⁸. DEFICIENCIAS DEL PISO VENDIDO EN RELACIÓN CON LO ANUNCIADO EN LOS FOLLETOS DE PROPAGANDA

El demandante compró a la empresa demandada un piso, en fase de construcción¹²⁹. En el contrato preliminar suscrito por las partes se «detalla[ba]n muy someramente las características y los derechos de servicios comunes de los adquirentes de cada piso», por lo que los compradores «se atenían [...] a los folletos impresos de propaganda difundidos por la empresa constructora», coincidentes con los «planos confeccionados por los arquitectos». Al ser entregados los pisos, «adolecían de [...] deficiencias», en relación con lo anunciado. El demandante, comprador, pretende que la vendedora las corrija. El juzgado de primera instancia la condena a corregir «las deficiencias específicas existentes en el **piso** del actor, enumerando como tales la insonorización y el aire acondicionado». En la segunda instancia se mantiene esta condena. La empresa vendedora interpone recurso de casación. La recurrente aduce que «ha cumplido, ateniéndose a los términos del contrato preliminar concertado con el actor, sin ser vinculante[s], para ella, los términos de la propaganda y sin tener por tanto que responder de las deficiencias que en relación con aquella propaganda acusa el dictamen pericial». El TS no da lugar a la casación. Sostiene que la empresa constructora ha quedado vinculada por su propaganda, bajo la cual ha contratado el comprador. Lo justifica en estos términos: «[S]iendo muy *parco* el *contrato* privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico [...] que el adquirente de[!] piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado

¹²⁷ Sobre información publicitaria y vinculación contractual: MORALES MORENO, 2006, ELIZALDE IBARRIA, 2015, p. 221 ss.

¹²⁸ Núm. 26/1977, Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero.

¹²⁹ Sobre esta sentencia, vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, p. 64 ss.

en el artículo 1258 del Código Civil al *creerlos*, con todo fundamento, *vinculantes para la empresa...*»¹³⁰.

¿Es la *parquedad* del contrato celebrado, en comparación con la publicidad, más detallada, la verdadera razón que justifica la integración mediante esta? Creo que no. El contrato podría ser suficiente, aunque el piso careciera de insonorización y aire acondicionado. La verdadera razón que justifica la integración del contrato mediante la publicidad es la *confianza* del comprador en lo anunciado. La confianza consiste, según afirma el TS, en que el comprador *cree, justificadamente*, que lo anunciado *vincula* a la vendedora¹³¹.

3.3 STS 19.02.1981¹³². INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: LA PUBLICIDAD COMO ACTO ANTERIOR DE UN CONTRATANTE

En esta sentencia se discute si los contratos de compraventa litigiosos comprenden exclusivamente los pisos y chalés o también la zona deportiva de la urbanización, concretamente la *piscina* adscrita a ella. La sentencia de la Audiencia considera que esa zona está incluida. El vendedor, en el recurso de casación, no cuestiona la aplicación del artículo 1258 CC, sino la de los artículos 1281, 1282 y 1283; sostiene que hay que estar a los términos del contrato (al «sentido literal de sus cláusulas»), conforme dispone el artículo 1281 I CC, lo que tiene como consecuencia que la piscina no esté incluida. Por el contrario, el TS (coincidiendo con la sentencia recurrida) considera que, aun siendo cierto que la piscina no está incluida en la descripción del contrato, tampoco está excluida, y que lo dispuesto en el artículo 1281 CC no impide, conforme al artículo 1282 CC, tener en cuenta los actos (anteriores) del vendedor, concretamente su publicidad¹³³.

Aunque teóricamente deba distinguirse entre interpretación e integración del contrato¹³⁴, la primera referida a dar sentido a los términos del mismo, la segunda a completar su regulación (con-

¹³⁰ Sobre la «función normativa» del principio de buena fe, a propósito de esta sentencia, vid. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, 1980, p. 73.

¹³¹ Así, también artículo 6:101 (1) PECL (*if that is how the other party reasonably understood it*) y artículo II.-9:102 (1) DCFR (*if the other party reasonably understood it as being made on the basis that it would form part of the contract terms if a contract were concluded*).

¹³² Núm. 64/1981, Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.

¹³³ El TS afirma: «[L]o que sirvió de público y general ofrecimiento indudablemente, y en tanto no se excluya expresamente, es comprendido [en el contrato] con base a esa oferta».

¹³⁴ Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, pp. 65, 66, 67.

forme, por ejemplo, a las exigencias de la buena fe), la integración del contrato se produce, a menudo como ocurre en ese caso, mediante la aplicación de las normas de interpretación del contrato (así, artículo 1282 CC). Los actos anteriores de un contratante se toman en cuenta por la confianza que provocan en el otro. En la práctica el término interpretación del contrato se utiliza en un sentido amplio.

3.4 STS 02.12.1986¹³⁵. ACEPTACIÓN TÁCITA DEL CAMBIO EN LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO: EL COMPRADOR CONOCÍO O HUBO DE CONOCER EL CAMBIO

El comprador de cuatro apartamentos en construcción demanda a la vendedora (promotora) con diversas peticiones. La demanda no prospera, ni en primera ni en segunda instancia. El TS tampoco da lugar al recurso de casación interpuesto por el comprador. El recurso de casación adolece de defectos (inexactitud en cuanto a los hechos probados y falta de precisión en los motivos). A pesar de los defectos del recurso (que indudablemente debilita el significado de esta sentencia), interesa destacar una parte del razonamiento desestimatorio, en el que el TS atribuye significado a la conducta del comprador. El comprador firma el contrato, *conociendo* el cambio en la ejecución del proyecto o, al menos, no pudiendo ignorarlo, pues previamente ha visitado la construcción y ese cambio es ostensible. Esto implica una renuncia tácita a lo indicado en el proyecto técnico. Esta sentencia equipara el conocimiento del cambio al hecho de *no poder ignorarlo*. En este caso el cambio en la ejecución del proyecto no afecta directamente a los pisos comprados, sino al destino de las plantas bajas¹³⁶.

¹³⁵ EDJ 1986/7890, Pte.: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández.

¹³⁶ El TS afirma: «*Si bien en [...] [el] proyecto técnico se especifica claramente que las plantas bajas de los edificios o bloques irían destinadas a play ground [lo que] aparece evidente que no se corresponde con los locales comerciales que, según consta acreditado, se han construido en las plantas bajas de los edificios, lo que según la sentencia significa, sin duda, una desviación clara del proyecto y, por tanto, una vulneración de los términos literales del contrato- [...], sin embargo, lo indicado no conlleva derecho alguno para el hoy recurrente, dado que este tiene reconocido en su confesión judicial que visitó los (sic) cuando los bloques estaban totalmente construidos y terminados, por lo que hubo de conocer la ostensible circunstancia de que las plantas bajas estaban ocupadas por locales comerciales y no por play ground, de tal modo que, si firmó el contrato con este conocimiento, es porque consentía y estaba conforme con el cambio».*

3.5 STS 07.11.1988¹³⁷. VINCULACIÓN POR LA PUBLICIDAD. NO SE HA PROBADO EL INCUMPLIMIENTO

En este caso, el comprador de un piso y plaza de garaje (demandado por el vendedor) no ha probado que exista la deficiencia que invoca, en relación con el contenido de la publicidad. Es decir, no se ha probado el incumplimiento. Sin embargo, el TS reitera, como *obiter*, la regla de la vinculación por la publicidad¹³⁸, tal como –afirma– «se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la Ley 26/1984». Al referirse a este artículo de la legislación de consumo no establece diferencias entre él y la regla general.

3.6 STS 20.01.1989¹³⁹. INFLUENCIA DE LA PUBLICIDAD SOBRE LA CONDUCTA Y VOLUNTAD DE LOS COMPRADORES

Los compradores de unas viviendas demandan al vendedor por *cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa*. La sentencia de segunda instancia (que el TS no casa) destaca la *decisiva influencia de la publicidad sobre la conducta y voluntad de los actores*. Y, conforme a ella, aprecia la existencia de defectos y omisiones de detalles en la obra entregada, respecto de lo ofrecido públicamente y contemplado en las memorias descriptivas. Por ello, condena al demandado a *reparar* las imperfecciones de las viviendas vendidas e *indemnizar* a los compradores. Funda la condena en los artículos 1258 y 1101 CC. La sentencia del TS (de acuerdo con la de instancia) destaca la decisiva influencia de la publicidad sobre la conducta y voluntad de los actores (confianza creada en ellos).

¹³⁷ EDJ 1988/8769, Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez.

¹³⁸ Según el TS, los recurrentes «olvidan que la sentencia impugnada no ha podido, por falta de actividad probatoria de los hoy recurrentes, frente a la probada entrega del piso y garaje, apreciar deficiencia alguna, por lo cual, aun siendo cierto que la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y origina responsabilidad en el oferente, no procede apreciarse, en este caso, un incumplimiento del constructor-vendedor, por falta de base en los hechos que, en este trámite, no se puede subsanar, por lo que deben desestimarse los tres motivos del recurso».

¹³⁹ EDJ 1989/306, Pte.: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba.

3.7 STS 16.02.1993¹⁴⁰. PACTO EXPRESO MODIFICATIVO DE LAS CONDICIONES ANUNCIADAS

Las condiciones de pago, anunciadas en la publicidad de forma *genérica* y *escueta*, se modifican, o mejor se concretan, en este caso, mediante pacto expreso. El TS atribuye eficacia a ese pacto, que fija las condiciones de pago de «modo singular y en extremo *detallado*». La concreción de este pacto es importante para reconocer su eficacia¹⁴¹. En él convinieron que la promotora, tras la calificación definitiva, solicitaría de la Caja de Ahorros la «ampliación del importe del préstamo», «quedando luego reflejadas las diferencias entre los préstamos iniciales y los finales». La existencia de este pacto impide, según el TS, considerar infringidos los artículos 6 y 8 de la Ley 61/1964¹⁴², referidos a la exigencia de veracidad de la publicidad.

3.8 STS 11.05.1993¹⁴³. GESTIÓN DE CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS Y POSTERIOR ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD

El TS considera que no es aplicable a este caso la doctrina sobre vinculación por la publicidad, que resulta de sus sentencias de 14.06.1976 y 27.01.1977, porque el contrato celebrado entre la entidad demandante y los demandados (que habían gestionado a través de ella la construcción de sus viviendas y le habían concedido un poder irrevocable para la gestión posterior de la comunidad) no es un contrato de compraventa, sino un «contrato de mandato y arrendamiento de servicios». La demanda interpuesta por la entidad se debe a la revocación del mandato por los miembros de la comunidad. El TS (en el recurso de casación de los demandados) considera improcedente esa revocación, dado el carácter instru-

¹⁴⁰ Núm. 123/1993, Pte.: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López.

¹⁴¹ «[F]rente a las condiciones anunciadas de forma *genérica* y *escueta* en los folletos publicitarios (...) –dice el TS– habrán de prevalecer las que de modo singular y en extremo *detallado* convinieron los distintos accionantes, al tiempo de contratar, con la promotora demandada.»

¹⁴² «Pues si bien es cierto que, según dispone el artículo sexto [Ley 61/1964, de 11 de junio], la publicidad habrá de acomodarse a los principios de falsedad (sic) veracidad, autenticidad y libre competencia con la vinculación para el anunciantre que dimana del artículo octavo de la misma ley en cuanto a las alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones, que deberán ser siempre exactas susceptibles de prueba en cualquier momento, también lo es que ello en modo alguno impide que como sucede en el supuesto de autos, se pacten entre las partes sistema de pago diferentes de los anunciados sin que tal hecho suponga infracción del Estatuto de la Publicidad, en su día vigente, ni menos aún, implique una causa de nulidad y de resolución de los contratos, por lo que también debe decaer este primer motivo».

¹⁴³ Núm. 433/1993, Pte.: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

mental de los poderes otorgados a la entidad. Tampoco estima la nulidad del contrato celebrado entre la demandante y los demandados, por dolo de la demandante, fundado en una supuesta publicidad engañosa de esta.

En la sentencia encontramos algunos razonamientos que tienen que ver con el objeto de este trabajo. Primero. El TS afirma que, en este caso, no se trata de una compraventa de viviendas, y que «la propaganda no puede considerarse como una oferta de contrato vinculante para el oferente», sino una «simple invitación o incitación a formar parte de una comunidad dirigida a la construcción de un grupo de viviendas mediante la aportación pecuniaria de los comuneros». Segundo. El TS rechaza la anulación del contrato litigioso por dolo, pues no está probado¹⁴⁴. Esto no excluye que el dolo pueda producirse por declaraciones publicitarias¹⁴⁵.

3.9 STS 21.07.193¹⁴⁶. DEFECTOS DE ACABADO DE LOS PISOS VENDIDOS

Los pisos vendidos adolecen de defectos de acabado (falta de armarios empotrados) en relación con la publicidad utilizada. El TS reitera que es obligación de la promotora finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas *ofrecidas públicamente a los futuros compradores*, conforme a lo establecido en los artículos 1.091, 1.096, 1.101, 1.256 y 1.258 CC y artículo 8 Ley 26/1984.

3.10 STS 15.02.1994¹⁴⁷. FALTA DE CONTRATACIÓN DEL SEGURO ANUNCIADO. INDEMNIZACIÓN DEL SINIESTRO

La demandante, madre de una estudiante fallecida en Dublín en accidente durante un curso de verano para el aprendizaje del inglés, reclama al organizador de la estancia una indemnización por la

¹⁴⁴ El TS afirma: «[N]o puede estimarse que la publicidad realizada por M. S. A. [la demandante] constituya una maquinación dirigida a crear una imagen falseada de la realidad que hubiera movido por sí sola a los recurrentes a contratar con la sociedad recurrida los contratos de arrendamiento de servicios y de mandato cuya nulidad se postula».

¹⁴⁵ La STS 16.01.1930 [Col. Leg., tomo XC, vol. 1, núm. 47, pp. 243 a 276] tampoco aprecia la existencia de dolo. El TS afirma: «Las casas constructoras de maquinaria hacen su *propaganda comercial* alabando la mercancía y sus condiciones; pero esta práctica no puede considerarse como forma insidiosa para que exista el dolo definido en el artículo 1269 del CC...»

¹⁴⁶ Núm. 824/1993, Pte.: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

¹⁴⁷ Núm. 78/1994, Pte.: Excmo. Sr. D. Rafael Villagómez Rodil.

muerte de su hija, por el seguro anunciado y no contratado. En la publicidad, la empresa demandada hacía constar, de modo expreso, que en el precio iba incluido «un seguro individual para cada alumno, que cubre, durante el curso, todo tipo de enfermedades, accidentes y medicinas». Sin embargo, la empresa demandada no concertó ese seguro. Por esta razón, ocurrido el accidente, el TS le obliga a indemnizar a la demandante el daño reclamado por esta (daño moral). Esta obligación surge del contrato, integrado por la publicidad conforme al artículo 1258 CC¹⁴⁸. El incumplimiento de la obligación de contratar el seguro anunciado obliga a la demandada, como indemnización de daños, a cubrir el riesgo no asegurado. (arts. 1101 y 1106 CC).

El TS invoca también los artículos 6 y 8 del Estatuto de la Publicidad¹⁴⁹, vigente en el momento en que se producen los hechos de esta sentencia. En realidad, establecen la exigencia de veracidad, pero no la vinculación contractual conforme a la publicidad (cosa que hará más tarde el artículo 8 Ley 26/1984). El TS lo interpreta más allá de su literalidad. Cuenta con el apoyo del principio de buena fe (art. 1258 CC) y el desarrollo jurisprudencial del mismo.

3.11 STS 27.05.1996¹⁵⁰. LA INDEMNIZACIÓN POR LA PEOR CALIDAD DE LOS RADIADORES NO SE REDUCE POR LA MEJOR CALIDAD DE LAS VENTANAS INSTALADAS

Una de las cuestiones que se plantean en el recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios del edificio (demandante) contra la constructora del mismo (demandada) es si la menor calidad de los radiadores instalados, en relación con la de los previstos en el proyecto y memoria (hierro fundido) y el menor valor

¹⁴⁸ «La obligación de indemnizar –según el TS– surge *ex contractu*. Ocurrido el accidente, X [la empresa] debió de aplicar el seguro al que se obligó, y, al carecer del mismo, ha de atribuirse la responsabilidad indemnizatoria correspondiente, pues se trata de [una] obligación asumida, conforme al artículo 1258 CC...»

¹⁴⁹ El TS también afirma: «La entidad recurrida y la persona fallecida estuvieron decididamente relacionadas por un contrato de estudios, en el que la primera quedó obligada a prestar la cobertura del seguro individual por alumno, que ofreció en su publicidad, y que de esta manera vino a integrarse en el negocio obligacional concertado, pues conforme al artículo 6 Estatuto de la Publicidad [Ley 61/1964, de 11 junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad, derogada el 05.12.1998], vigente al tiempo de los hechos, la misma debía de acomodarse a los principios de lealtad, veracidad, autenticidad y libre competencia, con la vinculación para el anunciante que dimana de su artículo 8 (sentencia 16 de febrero de 1993)».

¹⁵⁰ Núm. 407/1996, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

de los mismos (reclamado como indemnización) se contrarresta por la mejor calidad de las ventanas instaladas y su mayor valor. La sentencia de instancia (recurrida por la comunidad, en casación) estima que sí, pero el TS considera que no.

La comunidad de propietarios, en el motivo primero del recurso de casación, invoca la infracción del artículo 1258 CC y la de los artículos 1484 y 1485 CC (saneamiento por vicios). Aunque el TS considera que el saneamiento es una cuestión nueva, estima el motivo, pues basta la infracción del artículo 1258 CC. Según el TS, en el proyecto de obra, en base al cual los demandantes (integrantes de la comunidad de propietarios) fueron adquiriendo sus respectivos pisos y demás elementos del edificio, estaba previsto que los radiadores serían de hierro fundido. Por tanto, hay una vinculación surgida de la confianza de los compradores en lo que indica el proyecto de obra. Asimismo, según el TS no cabe la compensación de la menor calidad (valor) de los radiadores con la mayor calidad de las ventanas, porque dicho trueque de calidades no está pactado, es una decisión unilateral de la vendedora (constructora) y es ella, exclusivamente, la que debe asumir las consecuencias de ese cambio.

Creo que, existiendo, en este caso, varias obligaciones (dotar a la edificación de radiadores de hierro fundido y de ventanas de una determinada calidad), cada una es exigible. El mejor cumplimiento de una (realizado por decisión unilateral del deudor) no justifica el incumplimiento de la otra. Esto es propio de la responsabilidad contractual y no se extiende, necesariamente, a la extracontractual. En la responsabilidad extracontractual tomamos en cuenta la situación en la que se encuentra el dañado, después de la actuación dañosa.

3.12 STS 08.11.1996¹⁵¹. RECLAMACIÓN DE TERRENO RESIDUAL Y DE LA DOTACIÓN DEL MISMO CONFORME A LA PUBLICIDAD. PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO E INDEMNIZATORIA

El presidente de la comunidad de propietarios de un complejo residencial y el propietario de uno de los pisos (demandantes)

¹⁵¹ Núm. 894/1997, Pte.: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid Temes. Hay otra sentencia de esta misma fecha (Núm. Rec. 131/1993), cuyo ponente es Antonio Gullón Ballesteros, que, a propósito de la eficacia de la publicidad, resuelve un problema distinto del que me ocupa. Según esta otra sentencia, el vendedor de un piso, obligado por el contrato celebrado a comunicar al comprador el precio definitivo del mismo, no cumple esta obligación por la divulgación mediante folletos.

reclaman a la promotora vendedora (demandada) la *entrega del terreno residual* (calificado como zona verde), su *cerramiento*, dotarlo de *jardinería*, de *columpios* y, si fuere posible, por así determinarse pericialmente y permitirlo el terreno, de *piscina* y *pista de tenis*, tal como *figura en la publicidad* gráfica entregada a los compradores. La sentencia de instancia no admite la pretensión de los demandantes, como consecuencia de no tomar en cuenta el contenido de los folletos de propaganda. El TS, por el contrario, considera que el contenido de esos folletos se ha incorporado al contrato, da lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes (compradores) y confirma la sentencia de primera instancia, en cuanto condena a la vendedora, que se ha servido de la publicidad, «a realizar a su costa en los citados terrenos las obras necesarias para dotarlos de jardinería (solo ha de entregarse zona verde) columpios..., construcción de piscina... y pistas de tenis». Y, de no ser posible realizar alguna de estas cosas, a una indemnización sustitutoria de ella.

Esta sentencia fundamenta la incorporación de la publicidad al contrato, sin establecer diferencias, tanto en el principio de buena fe (art. 1258 CC y sentencias anteriores del TS que lo aplican) como en la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios¹⁵². Aunque utiliza la expresión «vinculación a la oferta», no parece atribuir a la publicidad la naturaleza de una verdadera oferta de contrato. Si fuera así, no haría falta una referencia a la buena fe o a la ley. También considera que no «es necesario apreciar *engaño o fraude*» para que la publicidad vincule. El incumplimiento de los deberes que resultan de esa incorporación de la publicidad al contrato permite al comprador ejercitar la pretensión de cumplimiento y, en caso de imposibilidad, la indemnizatoria.

¹⁵² El Fundamento de Derecho tercero extrae la siguiente conclusión de las sentencias que resume: «Quiere decirse con el resumen jurisprudencial que antecede que, bien por la vinculación a la oferta, ya por Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios, sea por los artículos generales sobre obligaciones y contratos que se han ido citando, *la Audiencia no podía prescindir de los treinta y cinco folletos de propaganda aportados a los autos*; y al [no] tenerlos en cuenta, su valoración de la prueba se muestra, cuando menos, ilógica, ya que se trata de documentos que *contienen actividad publicitaria, con intención de atraer a los clientes* (art. 2 del Estatuto de la Publicidad, Ley 61/64, de 11 de junio), constituyendo una clara *oferta*, de forma que al no entenderlo así se *infringen los artículos 57 del C de c. el principio de la buena fe y el artículo 1283*, a que alude el motivo tercero, debiendo tal publicidad *integrar los contratos*, pues para que no fuese así *tenía que excluirse expresamente* de los mismos el contenido de los folletos, *sin que para tal consideración fuera necesario apreciar engaño o fraude*, extremos que no requiere el artículo 8 de la Ley de Consumidores (sobre sus principios y compatibilidad con las normas de derecho sustantivo, civil y mercantil, ver S. de 22-7-94), que también ha de considerarse infringido (motivos 4.^º y 5.^º, en relación con la jurisprudencia acotada), máxime si la interpretación se relaciona con el R. D. 515/1989, de 21 de abril.»

3.13 STS 30.06.1997¹⁵³. DEBER DE INSTALAR CALEFACCIÓN CENTRAL: INCUMPLIMIENTO: CÁLCULO DEL DAÑO. RESERVA DEL DERECHO A INTRODUCIR VARIACIONES

Lo anunciado y no cumplido por la promotora es, en este caso, la instalación de calefacción central en el edificio. Esa instalación se ha sustituido por un sistema de calefacción individual eléctrica (más costosa de mantener). El TS justifica así la obligación de instalar un sistema de calefacción central: «Parte de la *propaganda emitida* por la entidad demandada hacía referencia a la misma al describir las calidades de las viviendas». «[E]ste servicio *fue incorporado a la escritura* de obra nueva y su constitución en *régimen de propiedad* y división horizontal, que tuvo acceso al Registro de la Propiedad». Por ello, hay incumplimiento del contrato¹⁵⁴. El hecho de que el servicio de calefacción central no solo figurara en la publicidad, sino que también constara en la escritura de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal refuerza su exigibilidad.

El Tribunal Supremo considera que la acción ejercitada y estimada es la de *indemnización* de daños, fundada en el *incumplimiento* (art. 1101 CC), y no alguna de las de saneamiento por defectos de la cosa (sería la *quanti minoris*). La *indemnización* concedida por la sentencia de instancia (no modificada en casación) se *cálcula* conforme a la *diferencia entre el valor* de mercado de las viviendas en su estado actual y el que las mismas tendrían en el caso que tuvieran instalado el servicio de calefacción central.

La facultad de introducir *variaciones* en la ejecución de la obra, que se reserva el vendedor, se interpreta de manera restrictiva por el TS: «[...] dicha estipulación no otorgaba la capacidad de cumplir el contrato a su conveniencia, lo que viene prohibido por el artículo 1.256 del Código civil, sino que solamente autorizaba a ‘aquellas variaciones secundarias y normales’, a lo que no responden las aquí realizadas, [...].» El TS también considera que «dichas modificaciones debieron llevarse al contrato definitivo de compraventa».

Aunque la sentencia de instancia invoca, entre otras razones, el artículo 8 Ley 26/1984¹⁵⁵, para establecer la obligación de instalar

¹⁵³ Núm. 597/1997, Pte.: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

¹⁵⁴ Así lo establece la sentencia de instancia, no modificada en casación: «[L]a demandada debió dar cumplimiento a lo ofrecido, publicado y estipulado, y el no hacerlo debe ser estimado como un claro *incumplimiento de lo pactado*».

¹⁵⁵ INFANTE RUIZ destaca en esta sentencia (y en otras del TS) la aplicación del artículo 8 Ley 26/1984: INFANTE RUIZ, 2015, p. 262.

calefacción central, el TS no entra en la valoración de la aplicación de ese artículo y su relación con el artículo 1258 CC, sino en el incumplimiento y sus consecuencias. La STS afirma: «En el caso el incumplimiento consta acreditado y la valoración que del mismo hace el Juzgador de instancia, resulta plenamente acorde en los criterios de esta Sala».

3.14 STS 04.12.1998¹⁵⁶. CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA QUE AUTORIZA LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA

Determinadas comunidades de propietarios demandan a la constructora (vendedora), por las modificaciones introducidas en la ejecución de la obra¹⁵⁷. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la constructora. Tiene en cuenta que los compradores de las viviendas (demandantes) son consumidores. Y recuerda el deber de cumplir la obligación de suministrar la información que prevé el Real Decreto de 21 de abril de 1989 en la venta de inmuebles¹⁵⁸. Cita como precedente la STS 24.05.1996, también referida a un cambio en los radiadores¹⁵⁹.

En este caso la vinculación por lo ofertado no resulta de la publicidad sino de las previsiones constructivas de la «Memoria del Proyecto Básico de Ejecución». Frente a las previsiones de esa Memoria, la constructora pretende que prevalezcan las contenidas en el documento denominado «Medidas y Presupuestos», que introducen modificaciones. Considera que aquel documento contiene las condiciones generales mientras que este constituye una cláusula particular y que

¹⁵⁶ Núm. 1142/1998, Pte.: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

¹⁵⁷ Las modificaciones introducidas se refieren a la calidad de los radiadores instalados (en la memoria aparece que dichos elementos serían de hierro fundido de la firma Roca o similar, y fueron instalados de chapa de acero, de inferior calidad), falsos techos de escayola lisa en los porches de las casas en vez de cielos rasos de láminas de aluminio esmaltables en color, cierre sencillo en vez de [cierre] de seguridad en las puertas de acceso a las viviendas, colocación de techos de escayola sencilla en vez de decorada en los pasillos y vestíbulos de cada piso, falta de puntos de luz en las terrazas y de punto de luz de los dormitorios principales, y supresión del interruptor junto a la cama.

¹⁵⁸ «El constructor-promotor debe terminar la obra y entregar los elementos particulares y comunes de la misma conforme a lo ofertado, que resulta coincidente en la mayoría de los casos, salvo estipulación en contra, con el Proyecto de Ejecución y a su vez cumplir el deber de suministrar las informaciones que establece el Real Decreto de 21 de abril de 1989 para la venta de inmuebles, -cuyos adquirentes tienen la condición de consumidores o usuarios-, conforme al artículo 1-2 de la Ley 26/1984-, y en particular respecto a las condiciones, características y utilidad de las viviendas e incluso sobre los materiales empleados en su construcción (incluidos aislamientos)».

¹⁵⁹ La STS 27.05.1996 considera que el cambio de radiadores determina un «claro incumplimiento contractual, del que debe responder la promotora-vendedora, al no haberse pactado dicho cambio de calidades, sobre todo por tratarse de superior a inferior y responder el trueque a decisión única de la recurrente.»

esta cláusula particular debe prevalecer. El TS, por el contrario, considera que deben tenerse en cuenta las previsiones de la «Memoria del Proyecto Básico de Ejecución». Pues, «hay que tener en cuenta que los documentos técnicos de referencia [Mediciones y presupuestos] son redacción de la recurrente, y si bien los mismos resultan contradictorios y originan intensa duda interpretativa, conforme al artículo 1288 [CC], la interpretación juzgadora no debe favorecer a quien instauró y ha sido causante único de la oscuridad».

También se suscita en casación la cuestión sobre el valor que debe atribuirse a una *cláusula* inserta en los contratos de adquisición de las viviendas, «por la cual los compradores autorizaban a “P., S. A.” [la demandada], durante la ejecución de las obras, a realizar modificaciones del proyecto inicial del edificio, siempre que no se alterase la superficie del piso, se contase con la conformidad del arquitecto-director de la obra y se obtuviese la correspondiente autorización oficial». La entidad recurrente sostiene que las cláusulas contractuales «son claras, diáfanas y ajustadas a la legalidad y por tanto válidas, sin que quepa ser tachadas como nulas». Pero el Tribunal Supremo, reiterando el criterio de la sentencia de instancia, las considera abusivas, porque han sido redactadas por la parte recurrente y solo satisfacen su interés, consistente en atribuirse facultades amplias y plenamente abiertas para modificar la construcción¹⁶⁰. Además, según el TS, rompen el equilibrio de las prestaciones¹⁶¹.

3.15 STS 26.06.1999¹⁶². PARQUEDAD DEL DOCUMENTO: CONFIANZA EN LA PUBLICIDAD. DEFECTOS DE CALIDADES Y NO CONSTRUCCIÓN DE LA PISCINA. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

En este caso¹⁶³, interpone la demanda el comprador de una vivienda en fase de construcción. El contrato de compraventa no

¹⁶⁰ «Ha de partirse de que las cláusulas controvertidas corresponden a redacción de la recurrente y solo satisface sus intereses por lo que la calificación de abusiva resulta la procedente. Su misma redacción ya lo pone de manifiesto, al atribuirse la promotora facultades amplias y plenamente abiertas para modificar la construcción, lo que conculta el artículo 1256 del CC, al no referirse a posibles alteraciones debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas que eliminases toda posible situación de efectiva merma funcional».

¹⁶¹ «En el caso de autos el equilibrio de las prestaciones no ha sido respetado, occasionando perjuicio constatado a los copropietarios de los diversos pisos y demás elementos de los tres edificios que construyó la recurrente».

¹⁶² Núm. 606/1999, Pte.: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

¹⁶³ Comenta esta sentencia: BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. II, 1999. Este autor afirma: «Legislación y jurisprudencia insisten pues en reforzar la confianza depositada por el adquirente de una vivienda en el contenido de la publicidad utilizada por el promotor para su comercialización, respondiendo así

concretaba las calidades de la misma, ni contenía una mínima descripción del inmueble. La parte compradora hubo de estar a lo expuesto en la propaganda, en la cual sí se concretaban las características de la vivienda y se indicaba el proyecto de construir una piscina. La demanda se basa en el incumplimiento de lo anunciado. El comprador pide la resolución de la compraventa y la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio. Su pretensión prospera en primera y segunda instancia. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la vendedora.

Hay dos *aspectos* que interesa resaltar en esta sentencia: *Primer*o, la incorporación de la publicidad al contrato. En este caso se tiene en cuenta que el documento contractual se remite al proyecto y planos realizados, en cuyas especificaciones no se concretan las calidades ni hay una mínima descripción del inmueble. Esto justifica que la parte compradora «hubo de estar a lo expuesto en la propaganda». Es decir, justifica la confianza en lo anunciado. *Segundo*, se ha producido un incumplimiento de la vendedora, que, a juicio del Tribunal Supremo, es resolutorio.

En el recurso de casación, el debate se centra en la infracción de algunos artículos del CC (arts. 1091, 1124, 1278 CC). El Tribunal Supremo no se funda en la legislación especial de protección de los consumidores para justificar la incorporación de la publicidad al contrato y la resolución del mismo, por incumplimiento.

3.16 STS 24.10.2000¹⁶⁴. FALTA DE INSTALACIÓN DE CALEFACCIÓN CENTRAL

Los compradores de unas viviendas reclaman a la vendedora (promotora) indemnización por cumplimiento defectuoso del contrato, al no haber instalado en ellas la calefacción central anunciada, sino individual eléctrica. La indemnización solicitada y concedida consiste «en la cantidad que resulte de la diferencia de valor de mercado de las viviendas ... en su estado actual, y [el que tendrían las mismas] en el caso de que tuviesen instalada calefacción central». La instalación de calefacción central no solo figuraba en la publicidad sino también en el documento privado de compraventa y en la escritura pública. En este caso la publicidad no es decisiva para establecer la obligación.

a la sensibilidad social derivada de los conflictos que surgen continuamente en este sector del mercado».

¹⁶⁴ Núm. 983/2000. Pte. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

3.17 STS 23.05.2003¹⁶⁵. RECLAMACIÓN DE UNA CANCHA DE TENIS ANUNCIADA. INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO: PRINCIPIOS CLÁSICOS Y NORMAS DE CONSUMO. LA MANIFESTACIÓN DE CONOCIMIENTO DE LOS COMPRADORES NO CONSTITUYE RENUNCIA

La comunidad de propietarios demandante pide, frente al promotor de la urbanización, demandado, que se declare que es elemento común, perteneciente a los copropietarios, una determinada cancha de tenis. El promotor la había *anunciado* como incluida en el objeto vendido (elemento común), y así mismo figuraba en el *proyecto* y en los contratos de venta suscritos en *documento privado*; pero, finalmente, no la incluye en el «negocio jurídico de constitución del régimen de propiedad horizontal», otorgado unilateralmente por él (ni, por tanto, figura en la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad). La referida cancha de tenis fue vendida por el promotor a un tercero, considerado de mala fe, que la inscribe a su nombre en el Registro de la Propiedad. La sentencia de la Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios demandante, y declara que la cancha de tenis es elemento común, perteneciente a ella. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por el promotor.

Esta sentencia conecta lo que dispone el artículo 8. 1 y 2 Ley 26/1984 sobre la incorporación de la publicidad al contrato con los que denomina «principios clásicos del Derecho»: el de veracidad y el de buena fe (que proclama el artículo 1258 CC), aplicados por la jurisprudencia¹⁶⁶. No establece, por tanto, una contraposición entre la norma de protección de los consumidores y los principios señalados, sino más bien la fundamenta y relaciona con ellos, dando a entender que por una u otra vía se puede llegar al mismo resultado. Conforme a los referidos principios y a

¹⁶⁵ Núm. 514/2003, Pte.: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

¹⁶⁶ En cuanto al artículo 8. 1 y 2 Ley 26/1984 afirma: «Es una norma moderna que responde a unos principios clásicos del Derecho. Estos son, en primer lugar, el principio de veracidad [...]; en segundo lugar, el principio de buena fe que proclama el artículo 1258 del código». El principio de veracidad debe ser entendido, «no en el sentido de que la oferta, promoción y publicidad debe[n] ser objetivos e imparciales, como si respondiera a una política de información y educación del público, sino que no pueden ser engañosos y llevar a error al particular». El principio de buena fe «impone a cada contratante que cumpla lo pactado y lo que deriva, como un criterio lógico, de la buena fe: sus derivaciones naturales [...]. «Aquella norma moderna de la ley de consumidores y usuarios establece la integración del contrato basada en ambos principios aludidos». «Son precedentes las sentencias de 14 de junio de 1976 y 27 de enero de 1977» (las primeras sobre incorporación de la publicidad al contrato).

lo dispuesto en el artículo 8. 1 y 2 Ley 26/1984, «el contrato queda complementado-integrado con lo que el consumidor ha confiado por razón de la oferta, promoción y publicidad». En este caso, según el TS, la cancha de tenis discutida «forma parte de la compraventa y, por ende, [la sentencia de instancia] declara acertadamente el carácter común de aquella y la nulidad de la parte de la escritura de obra nueva y división en propiedad horizontal que se opone a ello».

En el recurso de casación se plantea también la cuestión de si constituye renuncia, la manifestación de los compradores, en la escritura pública, de «conocer los Estatutos de la Comunidad», en los que no se atribuye carácter común a la cancha de tenis demandada. La sentencia de la Audiencia Provincial no da a esa manifestación el valor de una renuncia a la adquisición de la referida cancha de tenis, pues «no puede aceptarse que efectivamente éstos [los compradores] tuvieran conocimiento de la renuncia que efectuaban [...]». El TS tampoco le atribuye ese valor: «Siendo así –afirma– que la renuncia de derechos debe ser expresa, concreta y de interpretación restrictiva, no puede darse el valor, a las declaraciones en escritura pública, que pretende la parte recurrente».

3.18 STS 29.09.2004¹⁶⁷. DEFECTOS DE ACABADO. INCUMPLIMIENTO. INDEMNIZACIÓN EN LUGAR DEL CUMPLIMIENTO

La comunidad de propietarios demandante reclama a la constructora indemnización por incumplimiento del contrato de compraventa, consistente en defectos de acabado. El TS reconoce que la constructora ha incumplido su obligación «de entrega de lo ofertado en la propaganda emitida» por ella. El TS reitera su doctrina sobre la integración del contrato por medio de la publicidad¹⁶⁸. El incumplimiento de la vendedora es «causante de la indemnización fijada, al no ser posible el cumplimiento *in natura*». La indemnización sustituye al cumplimiento, por ser este imposible.

¹⁶⁷ Núm. 910/2004, Pte.: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

¹⁶⁸ El TS afirma: «La doctrina jurisprudencial expuesta hace decaer el motivo, al quedar integrado el contrato de compraventa suscrito con los integrantes de la comunidad actora por los folletos de propaganda acompañados con la demanda, viniendo obligada la promotora demandada a entregar lo ofertado en dichos folletos».

3.19 STS 17.10.2005¹⁶⁹. ALTURA DE LOS TECHOS. INDEMNIZACIÓN. CLÁUSULA DE RECEPCIÓN A SATISFACCIÓN DEL COMPRADOR: INEFICACIA

Los pisos entregados a los compradores por la promotora no tienen la altura exigible conforme al proyecto, y esa deficiencia no permite una adecuada utilización conforme a su destino. Además, el TS considera que, siendo los compradores consumidores, no se han cumplido los deberes de información que establece la ley en cuanto a ellos¹⁷⁰. La escasa altura de los pisos entregados, en palabras del TS, supone «un defecto de cumplimiento contractual reparable mediante indemnización», fundada en el artículo 1101. El defectuoso cumplimiento no es subsanable en este caso, pues terminada la obra, no es posible modificarla.

En la escritura pública de compraventa figura una cláusula de recepción de los pisos a satisfacción del comprador¹⁷¹. Según el TS, la eficacia de esa cláusula de renuncia exige el conocimiento de aquello a lo que se está renunciando. En este caso no es presumible que exista ese conocimiento, pues –según el TS– tratándose de consumidores, normalmente, solo se aprecia el defecto de altura al amueblar los pisos y utilizarlos¹⁷². Además, el TS considera que esa cláusula es contraria a la buena fe: «[N]o se ajusta a la buena fe tratar de incluir en una cláusula genérica de la índole de la mencionada defectos que contradicen el proyecto de construcción, y cuando menos dificultan la utilización del objeto comprado en relación con su destino».

¹⁶⁹ Núm. 725/2005, Pte.: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

¹⁷⁰ El TS afirma: «Y ello tanto más, *ex abundantia*, y aunque nada se haya dicho en el recurso –si se tiene en cuenta que no se observó la protección especial de los consumidores en materia de adquisición de viviendas, pues no hay constancia que en la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta se haya expresado los datos, características y condiciones relativas a la construcción, lo que es una exigencia indeclinable cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado conforme al artículo 3.2 del Real Decreto de 21 de abril de 1989, como tampoco consta haber tenido a disposición del público, y en concreto de los adquirentes, el plano de la vivienda misma cuya información exige el artículo 4.º2 del RD mencionado; a lo que debe añadirse que el artículo 13.2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece en el último inciso que «en el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta Ley, se facilitará además al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo».

¹⁷¹ Dice esta cláusula: «[L]a parte compradora toma posesión en este acto de las fincas transmitidas, después de haberlas examinado y haberlas encontrado de su conformidad».

¹⁷² Según el TS, «generalmente un primer y frecuentemente único examen de la vivienda no pone de relieve de forma inmediata el defecto a que nos venimos refiriendo, sino que es una vez habitada la misma, y ante todo una vez amueblada la vivienda (mejor sería decir cuando se trata de amueblar), cuando se puede observar con mucha mayor precisión que las alturas de los techos son inferiores a las que cabría esperar [...]»

3.20 STS 15.03.2010¹⁷³. ACEPTACIÓN POR LOS COMPRADORES DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA, CON CONOCIMIENTO DE SU EXISTENCIA

El TS en esta sentencia¹⁷⁴ da lugar al recurso de casación interpuesto por la vendedora, demandada por diferentes compradores (bajo plano) de unas viviendas. El motivo estimado se funda en la infracción de los artículos 1255, 1258, 1469 CC. El TS considera que, sin perjuicio de lo establecido en las normas de protección de los compradores de viviendas (consumidores), entre ellas la referente a la vinculación por la publicidad¹⁷⁵, en este caso los compradores han aceptado los cambios introducidos¹⁷⁶, con conocimiento de su existencia¹⁷⁷. La memoria de calidades incorporada como anexo a la escritura modifica las que inicialmente fueron ofertadas. El TS admite que, en este caso, los cambios han sido aceptados por los compradores¹⁷⁸. Y esto es posible conforme al artículo 1255 CC.

¹⁷³ Núm. 114/2010, Pte.: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

¹⁷⁴ La comentan: GONZÁLEZ CARRASCO, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2011, y CAMACHO PEREIRA, *InDret*, 2/2011.

¹⁷⁵ El TS afirma: «Se trata [en este caso] de un contrato que cae por sus características dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en el momento de la adquisición (en la actualidad: artículos 60 y 61,1 TRLGDCU), que aparece desarrollado en el artículo 3.2 RD 515/1989, de 21 abril, con evidentes reflejos constitucionales, en el que la oferta en un sentido amplio, incluida la publicitaria y, con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del comprador a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato.»

¹⁷⁶ El TS afirma: «Pues bien, la obligación contraída respecto de las calidades contenidas en la memoria dejó de formar parte de lo que constituyó inicialmente elemento esencial del contrato desde el momento en que los adquirentes de las viviendas otorgaron escrituras públicas una vez construidas a las que se incorporaron las calidades en la memoria uniéndose todas ellas mediante anexo a cada uno de los contratos, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y en adecuado cumplimiento de la previsión establecida en el artículo 9 del Real Decreto 515/1989, de tal forma que una cosa es que en ausencia de esta memoria, los proyectos hubieran integrado necesariamente la oferta, haciendo exigible el acuerdo alcanzado, y otra distinta que el contrato haya expresado los cambios introducidos respecto al proyecto y que estos cambios fueran aceptados por los compradores, con conocimiento de lo que compraban, integrándolo normativamente en el mismo, sin que ninguno de ellos utilizara los mecanismos que el derecho ponía a su alcance [...].»

¹⁷⁷ GONZÁLEZ CARRASCO, en su comentario a esta sentencia, cree que, «la existencia del piso piloto que los adquirentes visitaron sin mostrar desacuerdo alguno equivale a un consentimiento tácito respecto de los cambios de las cualidades de las viviendas del mismo tipo, en la medida en que su condición de adquirentes no profesionales les permitiera detectarlos.» (GONZÁLEZ CARRASCO, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2011, p. 335).

¹⁷⁸ Según el TS, «el problema que el recurso plantea (...) consiste en determinar la eficacia que tiene el hecho de que los adquirentes de las viviendas suscribieron el contrato de compraventa al que se unió una memoria de calidades distinta de la que fue inicialmente ofertada. El artículo 1255 del Código Civil consagra el principio de libertad contractual, que permite por la simple voluntad de las partes contratantes la modificación normativa de cualquier clase de contratos, estableciéndose dicho principio con carácter imperativo siem-

Esta sentencia ha sido objeto de críticas por algunos autores. Mas, a mi modo de ver, la duda que puede plantearnos no se refiere a la posibilidad de que los compradores acepten, terminada la obra, los cambios introducidos con respecto a lo anunciado, sino a si, en este caso, está suficientemente acreditado el conocimiento y voluntad de aceptarlos¹⁷⁹.

3.21 STS 30.05.2011¹⁸⁰. VISIÓN DEL CONJUNTO URBANÍSTICO OFRECIDA POR LA PUBLICIDAD. LA LEGALIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN NO EXCLUYE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

El presidente de una comunidad de propietarios demanda a la promotora (vendedora) pidiendo la condena a la ejecución de ciertas obras de acabado y a una indemnización (para determinados propietarios afectados por la pérdida de vistas). Tanto en primera como en segunda instancia, se estima su pretensión, en los sustancial, y se condena a la demandada a colocar las persianas y realizar ciertas obras, así como a abonar una determinada cantidad en concepto de depreciación, por no haber cumplido conforme a las condiciones anunciadas¹⁸¹. La vendedora interpone recurso de casación. El TS no casa la sentencia. Valora que la vendedora incorporó un contenido informativo a la publicidad y ofreció una visión distinta del conjunto urbanístico¹⁸², creando en el consumidor (compradores) la confianza de que tanto su vivienda en particular, como el edificio en su conjunto, se iba a desarrollar de una determinada forma que no se corresponde con lo ejecutado¹⁸³.

pre que la referida voluntariedad contractual no afecte o sea contraria a la Ley, a la moral, ni al orden público (STS 18 de septiembre de 1997) [...]».

¹⁷⁹ Sobre esto: CAMACHO PEREIRA, *InDret* 2/2011, pp. 9-10.

¹⁸⁰ Núm. 381/2011, Pte.: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. Sobre esta sentencia: MARTÍN PÉREZ, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2012, pp. 477-497.

¹⁸¹ Se concede «indemnización (...) para compensar los deméritos sufridos por los propietarios de las viviendas afectados por la construcción del talud, [...]».

¹⁸² Sobre ello: MARTÍN PÉREZ, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2012, pp.492 ss.

¹⁸³ El TS afirma: «La publicidad de la promoción con intención de atraer a los compradores no se limitó a la urbanización de los terrenos sobre los que se construyeron los edificios, sino que incorporó un *contenido informativo* y ofreció una *visión distinta del conjunto urbanístico* que comprendía dicho ámbito, *creando al consumidor la confianza* de que tanto su vivienda en particular, como el edificio en su conjunto, se iba a desarrollar de una determinada forma que luego no se correspondió con la publicidad prenegociada ciertamente engañosa, por más que la construcción contara con la *autorización administrativa* ... que en ningún caso liberaba a la vendedora de las obligaciones asumidas en los contratos celebrados con los compradores o que la publicidad apareciese con la expresión pendiente de aprobación (“en mínima y cambiante de sitio impresión”), desde la idea de que no se traslada a un comprador medio la realidad de las cosas, sino de lo que se le

El TS utiliza el argumento de la confianza creada en el consumidor por la publicidad de la vendedora, tomando en cuenta el modelo de comportamiento del comprador medio. Y destaca la influencia de la confianza en la toma de decisiones de dicho comprador¹⁸⁴.

Se plantea también otra cuestión. El hecho de que la obra realizada se ajuste a la autorización administrativa ¿exime a la promotora de cumplir las obligaciones asumidas frente a los compradores? El TS considera que no. Distingue dos planos diferentes: el del respeto de la legalidad urbanística y el de la obligación nacida del contrato. La expresión «pendiente de aprobación», que figura en la publicidad, no exime del cumplimiento de esta obligación¹⁸⁵.

Esta sentencia reitera la doctrina de la vinculación por la publicidad, cuando incorpora un «contenido informativo». Aplica la vinculación no solo a la exigencia de instalación de las persianas, sino a la visión del conjunto urbanístico, frustrada, para algunos compradores, por la construcción de un talud. Condena al cumplimiento *in natura* (instalar las persianas) y a indemnizar a los propietarios afectados por la pérdida de vistas (pues no cabe el cumplimiento). No queda claro cuál es el criterio utilizado para cuantificar el daño¹⁸⁶.

Es cierto que, en este caso, el TS fundamenta la incorporación de la publicidad en las normas de protección de consumidores aplicables, que la establecen, y no en el artículo 1258 CC. Pero llega al mismo resultado al que la jurisprudencia del TS había llegado, anteriormente, a través del principio de buena fe.

3.22 STS 12.07.2011¹⁸⁷. EXCEPCIONALES VISTAS, DESCRIPTAS DE MODO CONCRETO. INCUMPLIMIENTO GRAVE: FRUSTRACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DE LOS COMPRADORES: RESOLUCIÓN

Los compradores sobre plano de una vivienda con trastero y garaje demandan a la vendedora pidiendo la resolución del contra-

está ofertando es algo que está *pendiente de aprobación*, pero no que lo que se somete a aprobación administrativa era algo distinto de lo que se le oferta».

¹⁸⁴ «La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de un comprador medio es cada vez mayor, como también es mayor la posibilidad de crear una falsa expectativa que le prive de la posibilidad de ponderar la conveniencia de adquirir una vivienda en unas determinadas condiciones.»

¹⁸⁵ Sobre ello: MARTÍN PÉREZ, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2012, p. 495.

¹⁸⁶ El TS afirma: «Lo cierto es que la empresa vendedora no entregó a los adquirentes todo lo que en su actividad publicitaria había anunciado y prometido como objeto de los respectivos contratos de compraventa, y ello les causó un perjuicio evidente cuyas consecuencias jurídicas son ajenas a las expectativas económicas que el incumplidor pretendía obtener con la actuación civilmente ilícita [...].»

¹⁸⁷ Núm. 497/2011, Pte.: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

to por incumplimiento de esta (art. 1124 CC) y la consiguiente restitución de lo pagado más los intereses devengados (desde su entrega, hasta el momento de su efectiva devolución). Según la STS, «el tema básico radicaba en que la vivienda no reunía las características que resultaban del folleto publicitario, al tiempo de su adquisición, consistentes en tener vistas al golf, mar y a las montañas.» «[L]a demandada –afirma el TS– [...] objetó en su contestación que no hay contradicción con la publicidad, pues las *vistas* al campo de golf, la montaña y el mar se predicaban del complejo en su conjunto y no de cada vivienda en particular»; y «ello lo pudieron apreciar los compradores a la vista de los planos facilitados por la vendedora». También opuso que «los demandantes no condicionaron la eficacia de la compraventa a la existencia de unas vistas concretas o específicas». La sentencia de Primera instancia desestima la demanda, por considerar que no ha existido incumplimiento contractual. La Audiencia estima el recurso de apelación de los actores y declara resuelto el contrato de compraventa (con los pronunciamientos restitutorios consiguientes). El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la vendedora.

Según el TS, sobre la naturaleza de la publicidad se debate «si [...] es una mera promoción publicitaria, sin más valor que el de una invitación a negociar –*invitatio ad offerendum*–, o constituye además una oferta contractual –oferta publicitaria–, o cuando menos tiene relevancia para la interpretación e integración del contrato, de conformidad con las disposiciones en materia de consumidores y el principio de buena fe contractual del artículo 1258 CC». El TS resuelve el recurso conforme a la tercera hipótesis. Considera que la publicidad vincula a la vendedora. El folleto publicitario utilizado por ella indica que las viviendas a construir tendrán excepcionales vistas (al campo de golf, montaña y mar), descritas de modo concreto, en cada vivienda vendida (y no simplemente con respecto al conjunto de la urbanización)¹⁸⁸. Ese folleto ha sido tenido en cuenta por los compradores en el momento de la celebra-

¹⁸⁸ Se describe así: «Su situación es privilegiada ya que además de estar en primera línea de golf, posee una visión de más de 180 grados que engloba desde la costa a la montaña. La topografía del lugar y las características del proyecto hacen que los bloques *no se interrumpan las vistas* uno a otro ya que la pendiente del terreno lo permite. Se ha prestado especial interés en la colocación de los bloques dentro de la parcela. Siendo diversas vistas las que se observan desde ella. Esta diversidad de la que hablamos, hace que [...] cuente con bloques que miran hacia el golf, otros hacia la costa marbellí, y por último hacia la costa de Estepona [...], cuenta con más de 25.000 cuadrados de jardín mediterráneo que se ordena mediante un ambicioso proyecto paisajístico que resalta si aún más el proyecto pero, por otro lado, sin perder esa constante conexión visual con los alrededores del golf, mar y montaña que se enfatizan más desde cada vivienda. Las viviendas se disponen dentro del bloque de tal forma que las dependencias tales como salones o dormitorios principales tienen salida a la terraza principal, a la cual se da mucha importancia en cada vivienda ya que son importantes las vistas y el confort que se puede disfrutar desde ellas.».

ción del contrato de compraventa (ya que la venta se perfecciona sobre plano) («auténtica oferta publicitaria») y ha influido de «manera decisiva en la adquisición». No por capricho de la parte compradora, pues «un tercero en la misma situación» «habría actuado del mismo modo». «La buena fe contractual –agrega la sentencia del TS– exige un comportamiento coherente con la confianza creada en el tráfico» (art. 1258 CC).

Al carecer las viviendas de las cualidades atribuidas en la publicidad, la vendedora no ha cumplido lo anunciado. Tal incumplimiento lo califica el TS de «grave, por insatisfacción total del comprador». Tal incumplimiento justifica la resolución solicitada en la demanda. «[L]a falta de las vistas no reduce el uso de la vivienda, sino que frustra las legítimas expectativas de los compradores (por todas STS 02.04.2011), las cuales no resultan compensadas con una mera indemnización».

Esta sentencia resalta la importancia que tienen las cualidades ofertadas (las vistas de las viviendas) en el sector del mercado al que se dirige la publicidad de la vendedora, en los «tiempos modernos en los que las personas anhelan un contacto con la naturaleza»¹⁸⁹. Y, frente a lo sostenido por la vendedora (recurrente), establece que no es necesario que los compradores especifiquen en el contrato la esencialidad que para ellos tienen las vistas de las viviendas¹⁹⁰.

Importa también destacar que el TS considera oportuna la resolución porque en este caso el incumplimiento es de tal naturaleza que no basta el remedio de la indemnización para satisfacer el interés del acreedor. Es un incumplimiento esencial.

En el razonamiento del TS encontramos también estas consideraciones: «No cabe confundir contrato con documento en que se formalizó el contrato». La oferta publicitaria se inserta en el contrato y tiene fuerza vinculante¹⁹¹. El efecto de la publicidad es formar en el contratante que la recibe una representación mental sobre las cualidades del objeto («representación con-

¹⁸⁹ «En supuestos como el que se enjuicia, y tanto más en los tiempos modernos en los que las personas anhelan un contacto directo con la naturaleza, características como las ofrecidas en el folleto (perfectamente conocedor su autor intelectual del interés del sector del mercado al que va dirigido) tienen una especial relevancia, hasta el punto de que de haber conocido las circunstancias reales los compradores no habrían adquirido la vivienda».

¹⁹⁰ «No cabe objetar, como se hace en el motivo, una supuesta falta de diligencia de los actores por no haber especificado en el contrato la esencialidad que para ellos suponía unas determinadas vistas [...]».

¹⁹¹ En relación con el valor vinculante de la oferta publicitaria menciona: «(arts. 2 y 3 del RD 515/1989, de 21 de abril artículo 81 LGDC y U 26/1984, de 19 julio –actualmente artículo 61 TR 1/2007, de 16 de noviembre–; SSTS, entre otras, 14 de junio de 1976, 27 de septiembre de 1977, 7 de noviembre de 1988; 3 de julio de 1993; 8 de noviembre de 1996; 30 de junio de 1997; 23 de mayo de 2003; 29 de septiembre de 2004; 12 de diciembre de 2005; 15 de marzo de 2010; 8 de marzo de 2011».

tractual»), que crea confianza. Menciona también el valor de las «estipulaciones implícitas», que «conocidas por ambas partes, excusan de ser recogidas expresamente como condiciones del negocio, operando como causa concreta del contrato –motivo causalizado–».

3.23 STS 01.10.2012¹⁹². RELACIÓN ENTRE EMPRESARIOS. PUBLICIDAD SOBRE LA FINANCIACIÓN DE LA COMPRA: OBLIGACIÓN DE MEDIOS. INCUMPLIMIENTO NO RESOLUTORIO

La cuestión de la incorporación de la publicidad al contrato se plantea, en este caso, en una compraventa de tres viviendas celebrada entre empresarios. La compradora, frente a la demanda de la vendedora (en la que pide el otorgamiento de la escritura y el pago del resto del precio debido), reconviene (con diversos pedimentos)¹⁹³, aduciendo que la vendedora no ha cumplido lo que figura en la publicidad: la posibilidad de obtener financiación de la compra, subrogándose en el crédito bancario obtenido por la vendedora. La sentencia de segunda instancia estima la demanda, pero no estima la reconvención de la compradora. Condena a la compradora a otorgar la escritura y pagar el resto del precio, adeudado. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la compradora.

En este caso no se estima la pretensión de la compradora, referida al incumplimiento de las condiciones de financiación anunciatas. Pero esto no sucede porque la publicidad no vincule en las relaciones entre empresarios, sino por el contenido de ella. El TS considera que, al tratarse de una venta entre empresarios (pues es presumible que la compradora actuara como tal), no son aplicables los preceptos de protección de los consumidores, pero sí los artículos 7, 1258, 1281, 1282 CC. De estos resulta que el contenido de la publicidad (posibilidad de obtener financiación) se ha incorporado al contrato, creando obligaciones. Ahora bien, la obligación creada es de medios pues depende de que el banco permita la subrogación en el crédito. Además, el incumplimiento de la obligación de proporcionar financiación no sería un incumplimiento esencial en este caso, sino el de una obligación «accesoria» (en la calificación del TS). Por ello, no es causa suficiente para la resolu-

¹⁹² Núm. 568/2012, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Comenta esta sentencia RUBIO TORRANO, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. núm. 9/201, 2013.

¹⁹³ *Vid. infra*, al final de este apartado.

ción del contrato. Mas que no proceda la resolución, según el TS, no excluye el ejercicio de la acción de cumplimiento, ni el de la indemnizatoria. Pero el recurrente no instó el cumplimiento de la obligación de financiar, sino la nulidad y subsidiariamente la resolución. Tampoco consta que existan perjuicios derivados de ese incumplimiento.

3.24 STS 22.10.2012¹⁹⁴. DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN QUE CONSTITUYEN POR SÍ INCUMPLIMIENTO

Aunque en este caso el conjunto residencial fuera calificado en la publicidad «de lujo y de máximas calidades», no es esto lo que determina las peticiones de la demanda, sino el hecho de que las edificaciones adolecen de defectos de construcción que por sí solos son un incumplimiento del contrato.

3.25 STS 28.02.2013¹⁹⁵. FALTA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS TERRENOS CON LAS INSTALACIONES ANUNCIADAS, AUNQUE SE TRANSMITE UN DERECHO DE USO DE LOS MISMOS

La comunidad de propietarios de una determinada urbanización demanda al promotor de la misma porque «ha infringido la obligación pactada»: entregar [transmitir la propiedad de] determinados elementos comunes (piscina, piscina infantil, pista de paddle-tenis y club social). La comunidad reclama una indemnización equivalente al valor del terreno correspondiente a dichas instalaciones y al de las construcciones en que las mismas consisten. El planeamiento urbanístico impidió, en este caso, que el terreno en el que las referidas instalaciones debían estar ubicadas fuera de propiedad privada, por estar calificado como terreno de utilidad pública. No obstante, la promotora demandada adquirió el derecho de superficie sobre el mismo y construyó en él las instalaciones publicitadas. La comunidad de propietarios podía usarlas, pero, en realidad, la promotora no le transmitió la propiedad, tal como resultaba de la publicidad. Esta sentencia considera que el promotor ha incumplido su obligación, pues las instalaciones no transmitidas figuraban como

¹⁹⁴ Núm. 584/2012, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

¹⁹⁵ Núm. 137/2013, Pte.: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

elementos comunes de la urbanización en el folleto publicitario y en la maqueta. Ese incumplimiento justifica la *indemnización* del daño pedida por la comunidad. El daño consiste en el valor del suelo en que se asienta la zona socio-deportiva de la urbanización y el de las instalaciones construidas sobre la misma (cuya propiedad no ha sido transmitida, aunque sí el derecho a utilizarlas).

Esta sentencia reitera la doctrina del TS sobre la vinculación por la publicidad. Cita el precedente de anteriores sentencias. Hay referencias tanto al artículo 1258 CC como a la legislación sectorial de protección de consumidores, sin establecer diferencias en cuanto al respectivo supuesto de aplicación.

El hecho de que la calificación urbanística del terreno impida, en este caso, el cumplimiento de la obligación, no libera al deudor. La satisfacción del interés del acreedor se canaliza a través de la pretensión indemnizatoria (art. 1101 CC). El daño considerado es el correspondiente al objeto de la prestación, consistente en el valor del terreno y el de las instalaciones (prestación no realizada). De ese valor debería descontarse el del derecho de uso de las instalaciones. No se toma en cuenta, como causa de exoneración de responsabilidad, que la imposibilidad sea debida a la planificación urbanística (a un tercero). En general, según la jurisprudencia, las manifestaciones precontractuales obligan en la medida de la confianza creada.

3.26 STS 23.07.2013¹⁹⁶. RELACIÓN ENTRE EMPRESARIOS. ENTORNO PARADISÍACO: PUERTO DEPORTIVO Y CAMPO DE GOLF. VINCULACIÓN DEL VENDEDOR, AUNQUE LA CONSTRUCCIÓN ESTÉ A CARGO DE UN TERCERO

Demandante y demandada son, en este caso, dos entidades mercantiles. La demandante vendió, sobre plano, a la demandada una vivienda con garaje y trastero, en una urbanización desarrollada por ella. Aunque en el contrato solo se mencionaba el objeto vendido, la vendedora adjuntó un plano del puerto deportivo, aprobado por el Ayuntamiento, y otro de la urbanización en el que aparece un campo de golf. Y, tanto el puerto deportivo como el campo de golf, figuraban en la publicidad¹⁹⁷. En el momento en que debía haberse cumplido el contrato de compraventa, el Ayuntamiento, a

¹⁹⁶ Núm. 518/2013, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

¹⁹⁷ La STS afirma: «Este Puerto Deportivo, junto con poder bañarse en una de las mejores playas del Mediterráneo y el disfrute de un campo de golf cerca de las casas, se

quien incumbía ejecutar la obra, no había procedido a la construcción del campo de golf ni del puerto¹⁹⁸. Por ello, antes que la vendedora interpusiera la demanda origen de esta sentencia, en la que reclamaba a la compradora el cumplimiento del contrato, la compradora lo había resuelto extrajudicialmente, mediante notificación a la vendedora¹⁹⁹. La sentencia de segunda instancia no estima la pretensión de la vendedora. Esta recurre en casación, por infracción del artículo 1124 CC y aplicación indebida de los artículos 1, 2 y 8 de la Ley 26/1984, al no tratarse de una venta a un consumidor. El Tribunal Supremo no da lugar a la casación.

Esta sentencia reitera la doctrina de la incorporación de las manifestaciones publicitarias al contrato, lo que, en este caso, permite apreciar el incumplimiento del vendedor. «Al comprador –afirma el TS– se le ofrecía un entorno paradisíaco que no tiene correspondencia con la realidad». El TS, citando el criterio de la sentencia de 12.07.2011, considera que en la publicidad de la vendedora existe una información concreta «que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes». Y «si cabe entender que no es oferta en sentido estricto...» resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art. 1258 CC).

La construcción del campo de golf y del puerto deportivo publicitados debía ser ejecutada por un tercero, el Ayuntamiento, y no por el vendedor. Este hecho no excluye el incumplimiento del vendedor. «Ciertamente –afirma el TS– el puerto y el campo de golf los promovía el Ayuntamiento, pero no hay referencia a la Corporación municipal, como impulsora, en el contrato ni en la publicidad, de forma que se inducía a confusión al contratante» (comprador). Para que el vendedor hubiera quedado liberado debería

publicitaron en la misma promoción como la posibilidad de vivir junto a ellos y con las correspondientes fotografías que reflejan esta situación».

¹⁹⁸ La STS afirma: «La vendedora redactó el contrato y diseñó la publicidad de forma que podría entenderse que el entorno tendría una fecha de terminación que se correspondería con el final de la urbanización, pero en el presente caso, no estamos ante un mero retraso sino ante una paralización del atractivo entorno ofrecido.»

¹⁹⁹ La STS afirma: «Tras pedirse la Licencia de Primera Ocupación el 30 de abril de 2009 y darse el 19 de junio de 2009, en fecha 23 de junio de 2009 la actora requirió para el otorgamiento de la escritura de compraventa para el día 6 de julio de 2009 sin que la demandada compareciese dada la resolución contractual que le había comunicado antes. Esta comunicación resolutoria fue el 11 de febrero de 2009 por esa no finalización de las obras en plazo, en solicitud también de la devolución de las sumas dadas a cuenta, lo que reiteró la demandada el 7 de mayo de 2009 contestando la actora a tales burofaxes en el sentido de oponerse a ello por la proximidad del otorgamiento de la escritura que hizo en la indicada fecha de 23 de junio siguiente y por no poder resolver hasta el 30 de abril, sin que a este acto compareciese dicha demandada insistiendo por otro burofax de 25 de agosto de 2009 en esa resolución».

haberse indicado en la publicidad, de forma más clara, que la Corporación municipal era la impulsora.

Procede destacar también que la vinculación por la publicidad se aplica en este caso a un contrato de compraventa entre empresarios. La recurrente (vendedora) alega en casación la indebida aplicación de los artículos 1, 2 y 8 de la Ley 26/1984, pues la compradora no es un consumidor. El TS considera que esto no altera la solución dada por el Tribunal de instancia, pues conforme a la STS de 28.02.2013²⁰⁰ «no era ineludible acudir a la normativa de protección de consumidores, sino que en base a los artículos 1255, 1258, 1285 y 1469 CC [también] era preciso que hubiera correspondencia entre lo ofertado y lo entregado, [...]». Se pone así de manifiesto que, en muchos casos, la aplicación del principio de buena fe o la de la norma especial de protección de los consumidores conduce a resultados prácticos parecidos.

3.27 STS 11.06.2015²⁰¹. CONFIANZA CREADA POR EL FOLLETO PUBLICITARIO

Diversos propietarios, que han comprado sus viviendas a la misma promotora, demandan a esta, a título individual, la sustitución o reparación del pavimento²⁰². Su demanda no se estima en primera instancia, pero sí en la segunda. La sentencia de apelación condena a la promotora a subsanar los defectos del pavimento y subsidiariamente a indemnizar el coste de sustitución del mismo.

Como indica el Tribunal Supremo, en este caso la verdadera razón que determina la estimación de la demanda no es que el pavimento de las viviendas de los demandantes no sea conforme a lo indicado en la publicidad, sino que el mismo adolece de defectos (escasa resistencia, quedades) que por sí solos implican un incum-

²⁰⁰ La STS 28.02.2013 destaca, de forma genérica, la coincidencia entre las normas de protección de los consumidores y las normas del CC, en la incorporación de la publicidad al contrato. «Se reitera ahora –afirma esta STS– que los datos, características y condiciones [...] que se incluyan en la [...] publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado, como dice el artículo 3.2 del Real Decreto 515/1989, de 21 abril, sobre protección de los consumidores, en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos de viviendas. Norma que es coincidente con la Ley de defensa de los consumidores y usuarios, tanto la de 1984 como la del Decreto legislativo de 2007. Y es concordante con las normas del Código civil sobre autonomía de la voluntad y eficacia de los contratos, ya que disponen la obligatoriedad de lo pactado contractualmente –*pacta sunt servanda*, artículo 1091 de Código civil– y lo que resuelven la sentencia recurrida EDJ 2010/365629 y la jurisprudencia es que el contrato –lo pactado en él– no sólo es el texto del mismo, sino lo que se ha ofrecido en la publicidad.»

²⁰¹ Núm. 348/2005, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

²⁰² La indemnización solicitada, en este caso, tiene por finalidad que el comprador satisfaga su interés, por sí, a costa del vendedor (indemnización en lugar del cumplimiento).

plimiento del contrato. No obstante, el Tribunal Supremo reitera *obiter dictum* su doctrina sobre la incorporación de la publicidad al contrato y la aplica a este caso. En contra de lo que sostiene la promotora en el recurso de casación, el TS considera que la memoria de calidades no contradice al folleto publicitario, pues este hace referencia a materiales de primera calidad y la memoria no contiene indicación de calidades. Para la Sala resulta incuestionable la importancia del folleto publicitario para la integración del contrato, dada la incidencia del mismo en la formación del consentimiento²⁰³, por la confianza que crea²⁰⁴.

Aunque las afirmaciones del Tribunal Supremo sobre la vinculación por la publicidad sean un mero *obiter dictum*, porque los defectos del pavimento, por sí solos, constituyen incumplimiento de contrato, reiteran su consolidada doctrina de la incorporación de la publicidad al contrato.

3.28 STS 20.11.2017²⁰⁵. RESOLUCIÓN: INCUMPLIMIENTOS PARCIALES DE LA OFERTA PUBLICITARIA QUE CONSTITUYEN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

Frente a la demanda de la promotora, que exige al comprador de una vivienda el cumplimiento del contrato, este, en reconvencción, pide se declare la nulidad o la resolución del mismo (con las restituciones correspondientes) y, subsidiariamente, una rebaja del precio de la vivienda comprada. El comprador justifica la resolución del contrato en que la vendedora ha incidido en un incumplimiento esencial de su oferta publicitaria, pues el campo de golf solo tiene ocho hoyos en vez de dieciocho, la urbanización carece de acceso a la autopista, la vivienda no es un bajo sino un semisótano. La sentencia de segunda instancia, recurrida en casación por

²⁰³ La incidencia en la formación del consentimiento, con la que se justifica la incorporación de la publicidad al contrato, no conduce en este caso a la aplicación del error vicio del consentimiento sino del sistema de responsabilidad por incumplimiento del contrato.

²⁰⁴ El TS afirma: «El folleto litigioso no responde, o al menos únicamente, a una mera función de promoción, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria en tanto que se trata de una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes, y que, si cabe entender que no es oferta en sentido “estricto” (en cuanto que no recoge todos los elementos esenciales SS. 26.03.1993 y 28.01.2000, entre otras), resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art. 1258 CC), dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento.... además de que no cabe desconocer lo dicho sobre la representación contractual y la confianza creada, e incluso procede resaltar el valor de las estipulaciones –previsiones normativas contractuales– implícitas, las que, conocidas por ambas partes, excusan de ser recogidas expresamente como condiciones del negocio, operando como causa concreta del contrato –motivo causalizado– Sentencia de 12.07.20, 11 de julio de 2011, recurso: 1838/2007».

²⁰⁵ Núm. 616/2017, Pte.: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

el comprador, reconoce «valor contractual de lo ofertado publicitariamente y a tal efecto cita las sentencias [del TS] (...) de 30 de mayo de 2011, 23 de julio de 2013, 28 de febrero de 2013», pero no atribuye carácter esencial al incumplimiento de la vendedora. Por ello no concede la resolución, aunque si la reducción del precio. El TS, da lugar al recurso de casación interpuesto por el comprador, porque los tres incumplimientos parciales de la vendedora constituyen un incumplimiento esencial, que permite la resolución del contrato.

3.29 STS 06.02.2020²⁰⁶. VISTAS AL MAR. ANULABILIDAD DEL CONTRATO POR ERROR

Los demandantes habían comprado a la demandada, promotora inmobiliaria, una casa (la casa muestra) en una urbanización desarrollada por esta. En el momento de la compra, la vivienda, ya construida, tiene las vistas al mar anunciadas en la publicidad («las vistas al mar son increíbles desde cualquier punto de la vivienda»; idea anunciada de «vivir en un mirador privado»). Tales vistas se pierden posteriormente, por la construcción hecha en otra parcela de la misma urbanización, que al parecer no respeta el proyecto inicial mostrado a los demandantes.

Los demandantes piden, en primer lugar, la anulación del contrato por error vicio del consentimiento; y, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento. La sentencia de primera instancia estima el error, pero rechaza el incumplimiento. La demandada interpone recurso de apelación. En él impugna el pronunciamiento de error. El recurso de apelación no es estimado por la Audiencia²⁰⁷. La demandada interpone recurso de casación y el TS no da lugar a él.

El TS funda la anulación del contrato por error en el carácter esencial y excusable del mismo. La esencialidad supone que «las circunstancias que han impulsado a una de las partes (o a ambas) a contratar están presentes en el contrato» aunque no necesariamente de modo expreso; son «auténtica base y finalidad del negocio» (STS 726/2000, de 17 de julio) o «motivo de la celebración del negocio, atendida su finalidad» (STS 745/2002, de 12 de julio y 43/2003, de 24 de enero). En cuanto a la esencialidad, el TS considera que, en este caso, concurren sus requisitos porque «los compradores no habrían celebrado el contrato de haber conocido la

²⁰⁶ Núm. 88/2020, Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

²⁰⁷ SAP Barcelona 30.12.2016 (EDJ 2016/299695). En lo que nos interesa, esta sentencia fundamenta la anulación del contrato por error en las normas de protección de los consumidores (deberes de información) y en la figura del error.

notoria privación de vistas que se podría producir con posterioridad o, al menos, no lo habrían celebrado en los términos en que lo hicieron». Se afirma que en el momento de la celebración del contrato hay una «expectativa fundada de que las vistas iniciales se mantendrían en el tiempo», «desde cualquier punto de la vivienda»²⁰⁸. La apreciación de la esencialidad no alude a la incorporación de los motivos al contrato, pero existe en este caso.

En cuanto a la excusabilidad, el TS aplica su reiterada doctrina según la cual, la excusabilidad debe apreciarse teniendo en cuenta la conducta de ambos contratantes²⁰⁹. En este caso, el error «ha sido provocado por la otra parte en base a la transmisión de información incorrecta que dio lugar a un estado de confianza que posteriormente resulta defraudado».

Aunque lo que se discute en casación es si se cumplen los requisitos del error y esto por sí solo permite anular el contrato, el Tribunal Supremo indica que la sentencia recurrida también aplica el artículo 3 RD 515/1989, de 21 de abril, sobre deberes de información en la venta y arrendamiento de viviendas.

La particularidad de esta sentencia está en tratar el incumplimiento de lo anunciado como un problema de error y no de incumplimiento del contrato, como el resto de las sentencias estudiadas en este trabajo. Seguramente influye en ello el hecho de que la pérdida parcial de las vistas al mar anunciadas y existentes en el momento de la compra de la casa ya construida (casa piloto) no es debida a la actuación del vendedor en la ejecución de la obra (incumplimiento) sino a causas sobrevenidas extrañas a él (edificación por el comprador de otra parcela), pero ocurridas en el desarrollo de la misma urbanización. Como las circunstancias a las que se refiere el error no se limitan a las presentes en el momento de contratar, sino que incluyen su persistencia, el TS retrotrae al momento inicial la consideración de la incidencia del cambio futuro. Razona de este modo: «[L]os compradores no habrían celebrado el contrato de haber conocido la notoria privación de vistas al mar que se podía producir con posterioridad [...]. Y, asimismo, el TS rechaza el argumento de la recurrente, consistente en que «las circunstancias se han visto modificadas por sucesos futuros o actos realizados por terceros». El TS lo rechaza porque «no se trata en el

²⁰⁸ La sentencia recurrida afirma que si bien «se mantiene un resto de vistas sobre el mar desde algún punto de la vivienda y finca de los actores, es lo cierto que estas en nada puede ser equiparables ni a las vistas publicitadas (...) ni a las existentes en el momento de la adquisición de la vivienda (casa muestra) por parte de los actores. De tal manera que las vistas desde la finca que se mantiene en la actualidad no permiten de modo alguno mantener la afirmación de que «las vistas al mar son increíbles desde cualquier punto de la vivienda» ni respondería a la idea de «vivir en un mirador privado».

²⁰⁹ Así desde la STS 04.01.1982, *vid. MORALES MORENO*, 1988 (2), p. 217 ss.

caso de sucesos futuros o actos realizados por terceros de carácter imprevisible, sobre los que evidentemente no cabe la alegación de error. La sustancia del error se encuentra precisamente en el hecho de que, al momento de contratar, pudo ser conocida la circunstancia que lo determina y, sin embargo, no lo fue [...].».

¿Existe en este caso un incumplimiento del contrato de parte de la vendedora, que pueda justificar la resolución? La cuestión no se plantea en casación, ni en segunda instancia, porque la demandada no recurre, en este punto, la sentencia del juzgado que excluyó el incumplimiento. Pero tiene interés plantearla en un caso, como este, en el que no parece haber sido la vendedora y promotora de la urbanización la que ha ejecutado la edificación de la parcela que priva a los demandantes de las vistas del mar. Creo que esta circunstancia (no haber ejecutado la edificación) no excluye el incumplimiento del contrato, en cuanto que, en el desarrollo de la urbanización promovida por ella (algo que puede suponerse en su esfera de control) se ha privado a los demandantes de las vistas al mar anunciadas.

4. CONCLUSIONES

Primera. La jurisprudencia del TS español, a partir del año 1977, ha construido la regla general de incorporación de la publicidad al contrato como una concreción del principio de buena fe. El principio de buena fe fundamenta la protección de la confianza del contratante que «cree, justificadamente, que lo anunciado vincula» a la otra parte. Esta razón coincide con la que podemos encontrar, como regla general, en los PECL y DCFR. Según estos principios, lo que determina la incorporación es que la otra parte (destinataria de la publicidad) entienda, razonablemente, que las declaraciones (publicidad) han sido hechas con vistas a formar parte del contrato, si llega a celebrarse.

Segunda. El CC español no regula de manera expresa y general la vinculación contractual por las declaraciones publicitarias. Sí, en cambio la Propuesta de Modernización de la Comisión General de Codificación y otra propuesta de modernización del CC. La incorporación de la publicidad al contrato sí está prevista en las leyes especiales de protección de los consumidores. Aunque puedan establecerse diferencias en la técnica de aplicación de la regla general, fundada en la buena fe, y la especial o especiales de protección de los consumidores, el TS no las ha marcado, destacando, en ocasiones, el resultado convergente de la aplicación de una u otras.

Tercera. La casi totalidad de la jurisprudencia del TS español sobre la incorporación de la publicidad (u otras declaraciones públicas) al contrato se refiere a casos de venta de viviendas en construcción. El comprador, en ocasiones es una empresa. Esta circunstancia no modifica la regla de la incorporación.

Cuarta. La expresión «oferta publicitaria», utilizada frecuentemente por el TS para designar a la publicidad, no significa que el TS atribuya a la publicidad el carácter de verdadera oferta de contrato.

Quinta. En la publicidad comercial se diferencia la que tiene contenido informativo y la que es «pura invitación o reclamo». Sólo la primera permite incorporar sus contenidos al contrato. Para que pueda producirse la incorporación, el TS exige concreción en los contenidos publicitarios.

Sexta. En el debate, en casación, al que da lugar la aplicación de la regla de incorporación de la publicidad al contrato se advierte una tensión entre el argumento de la literalidad del documento contractual y la exigencia de tomar en cuenta los actos anteriores de los contratantes. Los actos del contratante anunciante se toman en cuenta no como expresión de su voluntad sino por la confianza que provocan. Se utilizan para integrar el contrato, conforme a la buena fe (art. 1258 CC).

Séptima. En las ventas de viviendas en construcción, objeto de la mayoría de las sentencias del TS, el *iter* precontractual (o contractual previo a la entrega, si se prefiere, para ser más exactos) es largo. Solemos hallar un primer documento contractual, anterior a la edificación, y la escritura pública definitiva. En aquel encontramos, en ocasiones, facultades de modificación de lo anunciado que se reserva el promotor. En este aparece la renuncia de los compradores a contenidos anunciados. El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre aquella reserva de facultades y sobre estas renuncias. Bajo ciertos presupuestos, ha admitido la eficacia de unas y otras. En cuanto a la reserva de la facultad de introducir variaciones, excluye la eficacia de la cláusula redactada «de forma genérica y escueta», sin el detalle suficiente. E interpreta estas cláusulas de modo restrictivo, limitándolas a las variaciones «secundarias y normales». En cuanto a las cláusulas de renuncia, exige conocimiento de aquello a lo que se renuncia. No valen por tanto cláusulas ambiguas o excesivamente genéricas.

Octava. En la casi totalidad de las sentencias del TS estudiadas, la protección de la confianza en la publicidad se canaliza a través de la responsabilidad contractual. El incumplimiento de lo anunciado es un incumplimiento del contrato. El contratante protegido (insatisfecho) puede ejercitar los remedios del incumplimiento. Esto es así,

pero en modo alguno significa que el TS no admite que la protección del contratante pueda canalizarse a través de remedios de naturaleza precontractual. Una reciente sentencia del TS admite la nulidad del contrato, por error, por la pérdida de las vistas anunciadas.

Novena. La responsabilidad contractual del anunciante unas veces resulta de hechos propios: no haber ejecutado la obra conforme a lo anunciado. Otras de obstáculos impeditivos externos: cambios del planeamiento urbanístico, o el hecho de que la corporación municipal no llegue a desarrollar las obras programadas, a cargo de ella. El hecho de que el incumplimiento provenga de tercero no excluye la responsabilidad contractual del anunciante, si no ha condicionado con claridad esa eventualidad. Es una garantía. El anunciante asume el riesgo de que no se cumpla lo anunciado, aunque sea debido a un acto de tercero.

Décima. La jurisprudencia del TS analizada nos ofrece, además, una buena muestra del funcionamiento de los remedios del incumplimiento en un ámbito concreto e importante: el de la compraventa de viviendas en construcción. Podemos constatar los límites al ejercicio de la pretensión de cumplimiento (subsanción del cumplimiento defectuoso) cuando, siendo este posible, sería muy complejo y costoso, dotar a la vivienda de ciertas instalaciones anunciadas; por ejemplo: un sistema central de calefacción. En este caso se desvía la satisfacción del interés del acreedor hacia la indemnización. En cuanto a la resolución, también constatamos cómo la acumulación de varios incumplimientos no esenciales permite al TS establecer la esencialidad del incumplimiento. O cómo el TS aplica la resolución cuando la indemnización no satisface convenientemente el interés del acreedor. Sin duda porque se ha visto privado de aquello que podía esperar del cumplimiento del contrato, no sustituible por la indemnización. En cuanto a la *indemnización*, interesa constatar cómo el TS calcula el daño por las carencias de la vivienda entregada; o excluye la compensación de la menor calidad de los radiadores con la mejor calidad de las ventanas.

Decimoprimera. En los casos estudiados no existe publicidad de tercero. El TS no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ella. Al margen de la previsión en las normas de consumo, que sí la tienen en cuenta, creo que la vinculación por la publicidad de tercero puede resultar del principio de buena fe. Por ejemplo: si el contratante favorecido por la existencia de la publicidad conoce que el otro celebra el contrato influido por ella, y se aprovecha de esa circunstancia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGABA ROS, Silvia: «La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles», en Ana Cañizares Laso (ed.) *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, ed. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 52-70.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Información al consumidor, prácticas comerciales y publicidad» en: BUSTO LAGO, José Manuel, ÁLVAREZ LATA, Natalia, PEÑA LÓPEZ, Fernando, *Reclamaciones de consumo*, 2020 (actualizaciones a cargo de COLLADO-RODRÍGUEZ, Noelia).
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 2018.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: «Publicidad y adquisición de vivienda», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. II, n.º (Westlaw: BIB 1999-1361), 1999.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1994.
- CAMACHO PEREIRA, Consuelo: «Comparativa de la regulación de la integración de la publicidad con consumidores, en el TRLGDCU y en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea», *Indret*, 2012.
- «Delimitación del contenido obligacional del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual», *Indret*, vol. 2/2011, 2011, pp. 1-13.
- *La Protección del Consumidor frente al Mensaje Publicitario: Integración de la Publicidad en el Contrato*, Thonson Reuters Aranzdi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Artículo 61 TR-LGDCU», en Sergio (Director) Lapuente, Cámara (ed.) *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 510-537.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, 2.ª ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN-SECCIÓN PRIMERA: «Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, 2009.
- CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, Ángel: «La publicidad engañosa en la doctrina de los tribunales», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. III, 1996.
- DEDEK, Helge: «Art. 6:101: Statements Giving Rise to Contractual Obligations», en Nils Jansen, Reinhart Zimmermann (eds.) *Commentaries on European Contract Laws*, ed. Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 791-813.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción. Teoría del Contrato T. I*, 6. ed., Cizur Menor (Navarra), 2007.
- *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial: I Introducción, Teoría del Contrato*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- ELIZALDE IBARRIA, Francisco: *El contenido del contrato*, ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.

- FONT GALÁN, Juan Ignacio: «Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales publicitarias», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 26, pp. 147-179.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario Artículo 61», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2009, Aranzadi-Thonson Reuters
- GARCÍA RUBIO, María PAZ: «Comentario artículo 1258 CC», en Andrés Domínguez Luelmo (ed.) *Comentarios al Código civil*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1373-1375.
- GASPAR LERA, Silvia: «La oferta de contrato en Derecho español: cuestiones y perspectivas», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, vol. 33, 2014, pp. 125-158.
- GÓMEZ CALLE, Esther: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen: «Sentencia de 15 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2347)», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2011, pp. 323-337.
- INFANTE RUIZ, Francisco: «La Promoción Publicitaria y la Contratación Inmobiliaria», en María de los Ángeles Parra Lucán (ed.) *Acceso a la Vivienda y Contratación*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 218-269.
- «The Integration of Advertising Statements into the Content of the Contract», en J. Plaza Penadés, L. M. Martínez Velencoso (eds.) *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, 2015 (2).
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del T. S. de 27 de enero de 1977)», *Revista de Derecho Privado*, vol. enero, 1980, pp. 50-78.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián; GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Comentario Artículo 61» en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.^a ed. 2015 Aranzadi-Thonson Reuters.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Comentario Artículo 116», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, en: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2009, Aranzadi-Thonson Reuters
- MARTÍN GARCÍA, María Lirio: *La publicidad: su incidencia en la contratación*, ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio: «Sentencia de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3995)», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 88, 2012, pp. 477-497.
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: *La oferta contractual*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- MORALES MORENO, Antonio-Manuel: *El Error en los Contratos*, CEURA, Madrid, 1988 (2).
- «Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el artículo 8.^º de la LGCU)», en *Homenaje a Juan Berchman Vallet de Goytisoilo*, vol. 8, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 667-694.

- «Declaraciones publicitarias y vinculación contractual: Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva», en *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 257-287.
 - «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *Anuario de Derecho civil*, vol. LXV, fasc, 2012, pp. 6-28.
- PASQUAU LIAÑO, Manuel: «Comentario artículo 8», en Rodrigo Bercovitz, Javier Salas Henández (eds.) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pp. 140-175.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Principios y criterios legales en la interpretación del contrato», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 21, 2010.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. núm. 6/200, 2005.
- RICO PÉREZ, Francisco: «La publicidad y el consumidor de bienes inmuebles en la jurisprudencia civil española», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, pp. 557-570.
- «Valor de la propaganda en la compraventa de un piso», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. abril, 1978, pp. 345-358.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Cuándo vincula al vendedor la publicidad y promoción precontractual», en Ángel Carrasco Perera (ed.) *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz, tomo I*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 465-470.
- «Imposibilidad de resolución de contrato por incumplimiento de obligación accesoria», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. núm. 9/201, 2013.
- SCHULZE, Reiner; ZOLL, Fryderyk: *European Contract Law*, 2.^a ed. Beck, Hart, Nomos, 2018.
- TARABAL BOSCH, Jaume: «Sentencia de 2 de noviembre de 2010: Perfección del contrato. Consentimiento contractua: requisitos; efectos; diferencias con los tratos preliminares.», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 87 (septie, 2011, pp. 1585-1601.
- TARRELLES, Esther: «Artículo 116 TR-LGDCU», en Sergio Cámara Lapuente (ed.) *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, COLEX, Madrid, 2011, pp. 1070-1080.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of obligations*, Oxford University Press, New York, 1996.
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «Publicidad y formación del contrato en el Derecho francés: paralelismo con el Ordenamiento español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2014, número 1, pp. 93-131.
- «La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 6/2016, parte Doctrinal, 2016, pp. 63-92.

El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria

ANTONI VAQUER ALOY*
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Lleida

RESUMEN

El artículo razona que es necesaria una nueva causa de indignidad sucesoria que proteja a los causantes vulnerables del maltrato infligido por sus allegados llamados a la herencia, porque las causas actuales no bastan para cumplir los fines que pretende la indignidad.

PALABRAS CLAVE

Sucesiones. Causante vulnerable. Indignidad sucesoria.

* Este trabajo se incluye en las actividades del grupo de investigación consolidado de la Generalidad de Cataluña 2017 SGR 997. El autor agradece la ayuda que con el derecho colombiano le han proporcionado la prof. Yadira Elena Alarcón y el prof. Jorge Oviedo, así como las observaciones de la médico forense Dra. Rosa Pérez. El agradecimiento se extiende a Naïvi Chicok por la ayuda en obtener algunas referencias bibliográficas y a los *peer reviewers* por sus observaciones. Cualquier error u omisión solo es imputable al autor. El artículo se dedica a la memoria de los profesores Joaquín Rams Albesa y Manuel Cuadrado Iglesias.

Abuses to vulnerable testators: reasons for a new ground for unworthiness

ABSTRACT

This essay argues that current law requires a new ground for unworthiness specifically protecting vulnerable testators from abuses committed by successors, since the codified grounds do not suffice to achieve the purposes of unworthiness.

KEY WORDS

Successions. Vulnerable testators. Unworthiness to inherit.

SUMARIO: I. *El maltrato al causante vulnerable: algunos datos.*—II. *Maltrato y derecho de sucesiones: algunas disfunciones.* 1. Dos casos que sirven como ejemplo. 2. Las causas de indignidad. 3. Las causas de desheredación. 4. La excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal.—III. *Experiencias comparadas.* 1. Estados Unidos. 1.1 California. 1.2 Washington, Kentucky y Oregón. 1.3 Maryland y Michigan. 2. Colombia.—IV. *El proyecto de código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil.*—V. *Una propuesta de regulación (o de reformulación) de una nueva causa de indignidad sucesoria.* 1. La razón de una nueva causa. 2. Una causa abierta. 3. Protección de la libertad de testar del causante vulnerable. 4. Ante abusos físicos, psíquicos o emocionales y económicos. 5. Un cambio de paradigma. 6. La extensión de las causas de indignidad a los mecanismos no sucesorios de transmisión de riqueza.—VI. *Recapitulación.*

I. EL MALTRATO AL CAUSANTE VULNERABLE: ALGUNOS DATOS

El periódico *El País* publicaba la siguiente noticia el 15 de julio de 2018: «Barcelona detecta más de 400 casos de maltrato a ancianos en 2017. La Diputación apunta a que el maltrato psicológico y económico por parte de los hijos a sus madres es el perfil más común»². El mismo rotativo había publicado que «10.500 ancianos

² https://elpais.com/ccaa/2018/07/13/catalunya/1531497988_972777.html (última consulta 07/05/2020).

catalanes han recibido maltratos de sus familiares»³ y que «Más de 13.000 mayores de 65 años sufren algún tipo de maltrato en Euskadi»⁴. Los estudios publicados refieren que «[a]proximadamente 1 de cada 100 ancianos ha sido víctima de maltrato intrafamiliar en España en 2005; esto supone que a escala nacional cerca de 60.000 ancianos sufren maltrato cada año. Este porcentaje se duplica entre los ancianos dependientes y se cuadriplica entre las personas mayores que presentan una dependencia grave»⁵. El informe de 2016 «Las personas mayores en España» señalaba que el porcentaje podría elevarse al 2 %, aunque los porcentajes varían sensiblemente entre los distintos estudios disponibles⁶. En cualquier caso, se trata de un fenómeno creciente, pues se habla de que los casos se han triplicado en los últimos veinte años⁷, y que afecta incluso a personas famosas⁸, lo que puede ayudar a visibilizar mejor y a tomar mayor conciencia de la magnitud del problema. De ahí que diversas administraciones hayan elaborado planes específicos⁹, en atención a la invisibilidad de muchas de estas situaciones de maltrato¹⁰.

Las formas de maltrato que se observan son las siguientes¹¹:

- Maltrato físico, es decir, cualquier forma de agresión física.
- Maltrato psicológico, en forma de manipulación, intimidación, humillación, desprecio o aislamiento.
- Negligencia física, no satisfaciendo las necesidades básicas de alimentos, higiene o sanidad.
- Maltrato emocional o abandono.

³ https://elpais.com/ccaa/2015/02/12/catalunya/1423742689_419805.html (última consulta 07/05/2020).

⁴ https://elpais.com/ccaa/2014/08/25/paisvasco/1408977376_184538.html (última consulta 07/05/2020).

⁵ IBORRA MARMOLEJO, 2008, p. 52.

⁶ http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/112017001_informe-2016-persona.pdf (última consulta 07/05/2020).

⁷ Según la presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, en información recogida por la prensa (<https://www.lne.es/vida-y-estilo/salud/2018/06/15/maltrato-anciano-lacra-invisible/2302925.html>, <https://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/2016/04/10/malos-tratos-ancianos-drama-escondido/727839.html>) (última consulta 07/05/2020).

⁸ Como Stan Lee, creador de algunos de los superhéroes de Marvel (<https://www.lavanguardia.com/cine/20190526/462484620269/stan-lee-abuso-mayores-robo-ex-gerente-marvel.html>) ((última consulta 07/05/2020)).

⁹ Merece destacarse la Diputación de Barcelona, que ofrece una gran cantidad de información así como de herramientas de detección: <https://www.diba.cat/es/web/benesser/prevencio-de-maltractaments-a-persones-grans> (última consulta 07/05/2020).

¹⁰ GRACIA IBÁÑEZ, *Onati Socio-Legal Series*, 2011, pp. 5-7.

¹¹ CARMONA TORRES, 2015, p. 53.

- Abuso económico¹².
- Abuso sexual.

Destaca que el foco de atención se coloca en la ancianidad. Sin embargo, parece más oportuno centrarse en la vulnerabilidad del causante, y no simplemente en su edad¹³. Por supuesto que la edad es un factor decisivo, pero no el único, ya que las situaciones de abuso en el ámbito familiar pueden producirse, también, en situaciones de dependencia no vinculadas a la edad¹⁴. Esta vulnerabilidad,

¹² En Estados Unidos, el informe *Elder Abuse and Neglect Committee* del estado de Pennsylvania (<http://www.pacourts.us/assets/files/page-543/file-4023.pdf?cb=1555891200091>) (última consulta 07/05/2020) destaca, con datos de 2013-2014, el abuso económico como el más frecuente, cifrándolo en el 16,1 % del total de abusos. Hay que tener presente que es la franja de población mayor de 60 años la que acumula mayor riqueza en España, según los datos de la Encuesta Financiera de las Familias de 2014 publicada por el Banco de España (<https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/ArticulosAnaliticos/2017/T1/fich/beaa1701-art2.pdf>) (última consulta 07/05/2020), y que se resume por el INE (<http://www.ine.es>) en el siguiente cuadro:

Riqueza neta de los hogares por riqueza, edad y periodo	
2014	Mediana
Menor de 35 años	4,9
Entre 35 y 44 años	66,4
Entre 45 y 54 años	124,9
Entre 55 y 64 años	187,0
Entre 65 y 74 años	206,8
Mayor de 74 años	126,5
Media	
Menor de 35 años	80,4
Entre 35 y 44 años	121,2
Entre 45 y 54 años	211,2
Entre 55 y 64 años	366,1
Entre 65 y 74 años	394,4
Mayor de 74 años	272,1

Notas: Millones de euros
Fuente: Encuesta Financiera de las Familias. Banco de España

¹³ DESSIN, *McGeorge Law Review*, 2003, pp. 292-293, señala que fijar la atención solo en la edad puede conducir a una estigmatización innecesaria de la ancianidad (el llamado edadismo o discriminación por razón de la edad). Tiene razón IVONE, *RDP*, 2019, p. 99, cuando advierte que el mero hecho de ser anciano no supone discapacidad, y que por el contrario es menester identificar las necesidades de cada persona y acomodar las instituciones jurídicas a tales necesidades. Como indicios principales de la vulnerabilidad se sitúan la enfermedad y la dependencia (ADAM, VERDÚ, *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, 2014, pp. 12-13; estos autores señalan en la p. 14 que uno de los tipos más comunes de maltrato es la negligencia en la higiene, la alimentación y los tratamientos médicos.

¹⁴ Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (sección 1.^a) de 12 de febrero de 2019, ponente D. José Eduardo Martínez Mediavilla (Roj: SAP CU 53/2019) condena a la madre, tutora de su hija incapacitada judicialmente, por apropiación indebida, sin aplicar la excusa absolutoria como se interesaba en el recurso: «concurre el abuso de la vulnerabilidad de la víctima (persona incapacitada) y hasta tal punto ello es así que la incapaz se vio privada de los importes de la pensión de orfandad (de las mensualidades que se refieren en la Sentencia de primera instancia), incluso pese a las cautelas que se habían establecido por el correspondiente órgano judicial civil (con la remoción del cargo de tutora), consiguiendo la acusada inobservar dichas cautelas; y debiendo además tenerse presente que (...) ni siquiera cesó en su actuación durante el plazo que el artículo 262 del Código Civil establece para que la nueva tutora pudiera realizar un inventario de los bienes de la incapaz». En la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (sección 2.^a) de 16 de abril 2018, ponente D.ª María Joana Valldepérez Machi (Roj: SAP T 708/2018), que sí aplica la excusa absolutoria, se considera probada la apropiación

pues, viene determinada por la edad, estado físico y mental, salud o dependencia. En este sentido, una lectura conjunta del concepto de dependencia que se contiene en el artículo 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia¹⁵, a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁶, y de la Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores (2002)¹⁷, promovida por la OMS, ofrece la visión más completa de lo que se entiende por persona vulnerable en el presente trabajo.

II. MALTRATO Y DERECHO DE SUCESIONES: ALGUNAS DISFUNCIONES

1. DOS CASOS QUE SIRVEN COMO EJEMPLO

En el caso de la SAP Girona de 21 de noviembre de 2014¹⁸, el hijo dispuso para sí sin justificación alguna de una tercera parte de los fondos de que era titular su madre, abusando con ello de la con-

indebida de dinero de un hermano hospitalizado gravemente enfermo, que la sentencia describe como afectado por «una afasia motora trans cortical junto con una hemiparesia derecha que le impedía por completo la acción de expresar su voluntad» por medio de la palabra. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala 1.^a, de 23 de mayo de 2018, ponente D. Luis Ignacio Pastor Eixarch (Roj: STSJ AR 691/2018), es la hija quien se apropió de dinero de su madre incapacitada judicialmente, sin que se aplique la excusa absolutoria por no haberse alegado tempestivamente y por la vulnerabilidad de la víctima.

¹⁵ «Dependencia: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.»

¹⁶ El apartado 5 de este artículo 12 establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a ser propietarias y heredar bienes. Por supuesto, esta mención no debe entenderse meramente como el derecho a ser instituida heredera, sino en el sentido más activo como libertad de testar (así, expresamente, GARCÍA RUBIO, AAMN, 2017, p. 152). Por tanto, puede concluirse que la Convención de Nueva York aboga por que el legislador implemente medidas que refuerzen la libertad de testar de las personas con capacidad.

¹⁷ «El maltrato de personas mayores se define como la acción única o repetida, o la falta de la respuesta apropiada, que ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de confianza y la cual produzca daño o angustia a una persona anciana.»

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (sección 1.^a) de 21 de noviembre de 2014, ponente D.^a Nuria Lefort Ruiz de Aguiar (Roj: SAP GI 1128/2014). Un supuesto parecido es el de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 11.^a) de 3 de noviembre de 2017, ponente D. Cesáreo Francisco Duró Ventura (Roj: SAP M 16980/2017), en que se declara la revocación de diversas donaciones a un hijo que hurtó joyas y otros bienes a la madre donante.

fianza que ésta depositó en él y dejándola, pese a haber heredado de su marido una importante cantidad de dinero, en una situación económica que la sentencia califica como más que precaria. La sentencia confirma la revocación por ingratitud de la donación de un bien inmueble. Se trata de un supuesto que puede catalogarse de abuso económico. La consecuencia inmediata es que la donación queda revocada, de modo que el bien donado regresa a la titularidad de la donante. Pero hay que preguntarse qué sucede con la sucesión de la madre. Si no otorga testamento, ¿el hijo acabará siendo propietario de dicho inmueble en tanto que heredero abintestato? Si otorga testamento, ¿tendrá derecho a la legítima? Porque, en efecto, la conducta del hijo –apropiación de dinero de la madre sin ejercicio de violencia– no encaja ni en los supuestos que permiten la declaración de indignidad sucesoria ni constituye, por sí sola, causa de desheredación, como se comprobará en seguida. Dicho en otras palabras, la madre puede conseguir recuperar lo que ya es propiedad de su hijo donatario, pero no puede impedir que, a su fallecimiento, esa misma propiedad o una parte de su valor acabe por engrosar el patrimonio de este¹⁹.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 23 de enero de 2019²⁰ declara probados los siguientes hechos: «Son hechos probados, y así expresamente se declara, que en hora indeterminada pero comprendida entre las 13.00 y las 20.45 horas del día 10 de abril de 2016, el acusado Abelardo, animado de ilícito beneficio, accedió al interior de la vivienda propiedad de sus padres Teodosio y Soledad y en la que habitaba junto a éstos, sita en la Calle (...) de la localidad de Andújar (Jaén), haciendo uso de su propia llave o una copia de la misma. Una vez dentro del domicilio conocedor de que sus padres tenían joyas en su dormitorio y una caja fuerte con dinero en la habitación que él mismo ocupaba, se dirigió a las mismas, tomando para sí una bolsa de tela que contenía diversas joyas (un collar de perlas, dos pulseras de oro, dos cadenas de oro, una sortija, una cruz, una medalla dos juegos de pendientes de oro) e igualmente mediante la utilización de medios violentos rompió parte de la pared y extrajo la caja fuerte en ella alojada, procediendo más tarde y ya fuera de la vivienda a abrirla por medio de la fuerza, apropiándose entonces de su contenido, que constaba de diversa documentación y 120.000 euros en metálico». La sentencia condena a dos años de cárcel y al pago de multa. De nuevo hay que plantearse qué influencia pueden tener estos hechos en la sucesión

¹⁹ Las relaciones entre indignidad e ingratitud del donatario fueron objeto de análisis por JORDANO FRAGA, 2004, pp. 74-81.

²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (sección 2.^a) de 23 de enero de 2019, ponente D. José Juan Sáenz Soubrier (Roj: SAP J 237/2019).

de los padres, y la respuesta debe ser, *a priori*, la misma: ninguna, por lo que el hijo mantendría su derecho a la legítima y a suceder abintestato²¹.

2. LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD

Se ha anticipado que ninguno de los dos casos que se han utilizado como ilustración conduce a la concurrencia de una causa de indignidad sucesoria. En el Código Civil el artículo 756 enumera como causas de indignidad, por lo que ahora interesa, la condena por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar (causa 1.^a) y la condena por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual (causa 2.^a). La condena penal firme es ineludible tras la reforma de 2015. Ninguno de los dos casos utilizados como ejemplo colman el supuesto de hecho legal: no hay condena por atentado contra la vida ni pena grave por lesiones. Las restantes causas de indignidad tampoco resultan de aplicación al caso. Como han advertido García Rubio y Otero Crespo, un sistema de causas rígidas como el vigente resulta poco apropiado «en una realidad social tan cambiante como la actual [que] pone de relieve la existencia de conductas tan graves o más que algunas de las previstas entre las causas de indignidad y que, sin embargo, no pueden dar lugar a su aplicación»²².

²¹ Un supuesto similar, aunque más grave, es el de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía (sección 1.^a) de 14 de diciembre de 2017, ponente D. Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón (Roj: STSJ AND 14281/2017), en que «Juan Ramón preguntó a su madre por un mechero y ésta le manifestó que se encontraba en el dormitorio; con la excusa de que no lo encontraba solicitó a D.^a Consuelo que lo acompañara al dormitorio y, cuando ambos se dirigían a este lugar, de forma sorpresiva, utilizando una cinta adhesiva que llevaba en un bolso, intentó taparle la boca e inmovilizarle las manos, cosa, que no consiguió por la fuerte resistencia que ésta oponía, al tiempo que gritaba “socorro que me mata”. Para vencer su resistencia Juan Ramón propinó varios empujones a su madre dirigiéndola hacia el dormitorio de la misma, ya en ese lugar la tiró sobre la cama para reducirla, intentando taparle la boca, para que no gritara, e inmovilizarla con las cintas y, como quiera que no lo consiguió, se echó sobre ella, tapándole la cara con la almohada, al tiempo que le preguntaba por el lugar en que se encontraban las tarjetas de crédito, manifestándose que necesitaba dinero porque tenía que pagar una deuda de droga y que si no lo matarían. En esta situación doña Consuelo le indicó el lugar en que se encontraba el bolso, en una mesilla del dormitorio, y el acusado se dirigió al mismo apoderándose de dos tarjetas, una de débito y otra de crédito, de la entidad Cajasur y pertenecientes a su madre». Se condena por un delito de robo con fuerza en las cosas, cometido en casa habitada, y otro leve de lesiones, con la concurrencia, en ambos, de la agravante de parentesco y de la atenuante analógica de trastorno mental, también definidas, a las penas de cuatro años y tres meses de prisión.

²² GARCÍA RUBIO, OTERO CRESPO, 2016², p. 262. De ahí que se proponga una interpretación no restrictiva de las causas de indignidad por parte de MARTÍNEZ VELENCOSO, *Diario La Ley*, 27 de Octubre de 2015: «podríamos entender que los supuestos de indignidad para suceder no necesariamente deberían considerarse *numerus clausus*, pudiendo

El mismo resultado se alcanza si se aplica el Código Civil de Cataluña. Conforme al artículo 412-3, determinan la indignidad sucesoria la condena por sentencia firme por haber matado o intentado matar dolosamente al causante (causa a) o por haber cometido dolosamente delitos de lesiones graves, contra la libertad, torturas, contra la integridad moral o contra la libertad y la indemnidad sexuales (causa b). Las restantes causas tampoco resultarían de aplicación, en su literalidad, a supuestos de abusos físicos, psicológicos o económicos.

Hay que prestar especial atención a la causa 7.^a del artículo 756 CC español, que fue introducida mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y por ello responde a una finalidad distinta a las restantes causas, por lo que encaja con dificultad en el sistema de la indignidad sucesoria y con el resto de causas²³. En cualquier caso, y pese a su relativa modernidad, no ofrece, tampoco, el recorrido total para abordar los supuestos que son objeto de estudio. Contempla la sucesión de una persona con discapacidad y considera indignas a las personas que no le hubieran prestado las atenciones debidas, pero seguidamente introduce una limitación decisiva: «entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código civil». La doctrina señala, por un lado, que las personas protegidas son, conforme a dicha Ley 41/2003, las que presentan una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento, o una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. Por otro lado, la omisión de las atenciones debidas se circunscribe a la negación de lo necesario para el sustento, habitación, vestido o asistencia médica (alimentos en toda su extensión), siempre que se le hubiese reclamado al indigno el pago de los alimentos²⁴, con lo que el foco de atención no es el cuidado del causante en su vertiente más personal²⁵. Por consiguiente, su ámbito de aplicación es limitado

quedar comprendido en ellos también el maltrato psicológico de los hijos hacia los progenitores. En consecuencia, podría considerarse que serían indignos para suceder los herederos que hubiesen cometido contra el causante actos calificados como reprochables. En estas conductas quedarían incluidas no sólo actuaciones de maltrato físico y/o psíquico de la persona, sino también cualquier tipo de situación de desamparo, provocada por la falta de atención a sus necesidades». En este sentido, véanse los problemas para encajar las conductas constitutivas de violencia de género en las causas de indignidad del Código civil en DE LA IGLESIAS PRADOS, 2019, especialmente p. 342 ss.

²³ GARCÍA RUBIO, 2016², p. 630.

²⁴ Por todos, CORDERO, 2018⁴, p. 47.

²⁵ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Revista de Derecho UNED*, 2006, p. 171 ss; AZAUSTRE FERNÁNDEZ, *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2017, p. 317 ss; GARCÍA RUBIO, OTERO CRESPO, 2016², p. 276-277; MARTÍN MELÉNDEZ, 2014, p. 809 ss. Como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sala civil y penal, de 11 de marzo de 2019, ponente D. José Francisco Valls Gombau (Roj: STSJ CAT 1688/2019): «La desheredación fundada en la denegación de alimentos del artículo 370. 2 CS excluye las con-

tanto desde el punto de vista subjetivo –causantes con discapacidad y no causantes vulnerables– como objetivo –omisión de la prestación de alimentos y no otros actos de abuso–, y los tribunales la han aplicado cicateramente en los pocos casos en que se ha alegado²⁶, por lo que tampoco proporciona una respuesta suficientemente satisfactoria a los supuestos que aquí se plantean. Esta impresión la confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019²⁷, que analiza específicamente esta causa de indignidad. En el recurso se planteaba expresamente «que la sala interprete la causa 7.^a de indignidad para suceder del artículo 756 CC de manera flexible, conforme a la realidad del tiempo presente y de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma», de modo que «en la citada causa se incluya el maltrato psicológico por el abandono afectivo y personal de las nietas respecto de sus abuelos maternos», es decir, se pretendía del Tribunal Supremo una interpretación que prescindiera de la literalidad del precepto que se centra en la denegación de los alimentos. La sentencia señala que ello no es posible: «La realidad social, cultural y los valores del momento no son otros que los que contempla la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de personas con discapacidad, esto es, en respuesta a una demanda social de los valores del momento respecto de estas personas. Por tanto, para acudir a la interpretación flexible de esta concreta causa no se pueden utilizar los motivos que proporcionaron la del maltrato de obra a efectos de desheredación.

ductas de ámbito moral como la falta de relación con la causante o no visitarla en sus ingresos hospitalarios, entre otras, siendo que la obligación de cumplir con los alimentos, exige, o bien una situación de necesidad, un requerimiento o una petición a los eventuales herederos legítimos, sin necesidad que se hayan reclamado judicialmente, bastando que la necesidad alimenticia se pruebe por cualquier medio y una negativa injustificada por parte de los legítimos a prestarlos, lo que no queda probado en autos».

²⁶ Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 2.^a) de 6 de junio de 2006, ponente D.^a Arabela García Espina (JUR 2006/228757) no considera indignos a los parientes por entender que la causante tenía «sus necesidades económicas y asistenciales cubiertas, aun cuando el contacto de la discapacitada con los llamados a su sucesión haya sido mínimo, no constando la más mínima prueba de que se hubieran negado a prestar atenciones que esta precisara»; las prestaba un vecino que fue nombrado tutor. En la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (sección 1.^a) de 19 de junio de 2009, ponente D. José Luis Díaz Roldán (AC 2009/1710) se lee: «No corresponde a los órganos jurisdiccionales hacer una valoración moral de la conducta del demandado respecto al período de enfermedad de la madre [afectada por demencia senil y enfermedad de parkinson], y desde la misma carece de relevancia que limitara sus visitas a dos mensuales (...) o a dos anuales (...), así como que no colaborara en su cuidado (...) sino que se debe centrar su atención en si la finada precisaba alimentos y no se los prestó». La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 5.^a) de 28 de diciembre de 2015, ponente D.^a María Elisabeth Huerta Sánchez (AC 2016/359) argumenta lo siguiente: «no cabe entender acreditada la concurrencia de la causa de indignidad, pues la desatención general no era imputable a la carencia de medios ni tampoco a la actitud del demandado (...) todos, en cierto modo, eran y no eran responsables en exclusiva de haberse llegado a tal extremo».

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, ponente D. Eduardo Baena Ruiz (Roj: STS 2241/2019).

Tal argumento se refuerza porque el artículo 756 CC ha sido reformado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015), y en su Exposición de Motivos afirma que “se introduce, por considerarse necesario su adaptación a la nueva realidad social y desarrollo legislativo en el ámbito penal, una nueva regulación de las causas de indignidad para suceder”. Si la reforma tiene incidencia en el abandono, hubiese sido ocasión propicia a los valores del momento incluir en las “atenciones debidas” (art. 756. 7.^a CC) obligaciones de contenido personal». En otras palabras, es menester una modificación legal que cubra expresamente todas las posibles conductas de abandono que no encajan propiamente en la «denegación de alimentos».

Nada de esto se hizo y, como sostiene la sentencia recurrida, ese maltrato psicológico o emocional no puede considerarse como una negación de alimentos, que es en lo que se concreta las atenciones debidas.

Así pues, y como se ha avanzado, los hijos, en los casos jurisprudenciales que se han empleado como ejemplo, no serían indignos para suceder, por lo que tendrían derecho a suceder testamentariamente –si hubieran sido instituidos o favorecidos con legados– o abintestato. Como es sabido, la indignidad constituye una sanción privada consistente en la privación de su eficacia a las atribuciones a favor de quienes han cometido una determinada ofensa contra el testador, cuyo fundamento radica en la protección de la libertad de disponer del causante²⁸: el testador presumiblemente habría apartado de la sucesión al indigno de haber conocido los hechos y poder testar²⁹. No resulta descabellado pensar que si la causante ha revocado previamente una donación firme tampoco desea que la donataria adquiera por título sucesorio el mismo bien donado u otro, y que si la causante ha denunciado a su hijo por un delito contra la propiedad probablemente no considera que merezca ser su sucesor *mortis causa*. Sin embargo, las causas vigentes de indignidad, más aún cuando, en la construcción mayoritaria, procede su interpretación restrictiva según consolidada doctrina y jurisprudencia³⁰, no dan respuesta a supuestos como los que se han planteado.

²⁸ ZIMMERMANN, 2010, p. 463 ss. Como dice PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, 1997, p. 101, «el fundamento de esta causa de indignidad –como la del 756.6.^a CC– está en que constituye un verdadero atentado a la libertad del testador». Por su parte, DÍEZ-PICAZO, GULLÓN, 2012¹¹, p. 35, señalan que la *ratio* del precepto es «castigar toda conducta contraria a la libertad del testador para expresar su última voluntad». Finalmente, GARCÍA RUBIO, OTERO CRESPO, 2016², p. 261, mencionan la inmoralidad de quien comete determinados actos muy graves contra el causante y resulte beneficiado en la sucesión.

²⁹ En la idea de la indignidad como régimen presunto de aproximación a la voluntad hipotética del causante típico insiste GÓMEZ POMAR, 2009, vol. I, p. 104-106.

³⁰ La jurisprudencia del Tribunal Supremo la compendia la sentencia de 23 de abril de 2018, ponente Eduardo Baena Ruiz (Roj: STS 1394/2018): «En materia de interpreta-

Con todo, debe saludarse el cambio de orientación que parece propugnarse en la STS de 23 de abril de 2018 que se acaba de citar en la nota 30, pues, si bien parte de que la jurisprudencia es restrictiva, advierte que «una cosa es que las causas de indignidad sean de interpretación restrictiva, exigiéndose que se constate casos claros y graves de abandono, y otra que sea restrictiva la interpretación o entendimiento de la concreta causa». Y, en el caso enjuiciado, destaca la gravedad de la conducta con palabras que trascienden la literalidad de la causa 7.^a del artículo 756: «es grave y digno de reproche que el menor desde el año 2007 hasta su fallecimiento en el año 2013 careciese de una referencia paterna, de un padre que comunicase con él, le visitase y le proporcionase cariño, afectos y cuidados, obligaciones familiares de naturaleza personal de indudable transcendencia en las relaciones paternofiliales, y todo ello sin causa que lo justificase. Pero aún es más grave y más reprochable si el menor, a causa de padecer una enfermedad a los 16 meses de edad, sufría una severa discapacidad, como consta en la sentencia recurrida, que exigía cuidados especiales. Fruto de la gravedad de esa conducta paterna es que la reprochabilidad de la misma tenga suficiente entidad, como razona la sentencia recurrida, para acarrear, como sanción civil, su incapacidad por indignidad para suceder al menor». El razonamiento me parece encomiable, pero sin duda una reforma legal que ampliara la causa fructificaría en una jurisprudencia mejor preparada para afrontar supuestos como los reseñados en la nota 26.

Debe pensarse, además, que si se trata de personas vulnerables, es probable que no se encuentren en condiciones psíquicas (por falta de capacidad natural) o físicas (posibilidad material de acudir a una notaría o habilidad física y mental para redactar un testamento ológrafo con visos de verosimilitud) de testar, por lo que fallecerían intestadas, y los parientes que han abusado se convertirían en herederos abintestato. Ahí radica el interés en pergeñar una causa de indignidad, que es de aplicación general en el derecho de sucesiones, con independencia de si la sucesión es testada o intestada. Las causas de desheredación, como se verá a continuación, tienen como objetivo la privación de la legítima, pero no evitan totalmente que el abusador pueda acabar heredando abintestato o incluso en virtud de un testamento anterior si el posterior fuera nulo.

ciones de las causas de indignidad para suceder, debe utilizarse un criterio restrictivo, y en caso de duda, debe estarse a favor del supuesto indigno»; en la doctrina, para el derecho estatal, por todos, Pérez Álvarez (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, CÁMARA LAPUENTE, 2013, p. 82 («interpretación restrictiva»), o ROMÁN GARCÍA, PERALTA CARRASCO, CASANUEVA SÁNCHEZ, 2018², p. 51 («las causas son taxativas»); para el derecho catalán, DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA, 2017³, p. 465; para el derecho aragonés, SERRANO GARCÍA, 2012⁴, p. 522.

3. LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN

Por cuanto a la legítima se refiere, las causas legales de desheredación que permiten que el causante prive de la legítima, tal y como fueron codificadas, carecen de virtualidad. El artículo 853 CC únicamente contempla para la desheredación de los hijos la negación de alimentos al progenitor causante y el maltrato de obra o la injuria grave. Ahora bien, la inclusión que ha realizado el Tribunal Supremo, en las sentencias de 3 de junio de 2014³¹ y 30 de enero de 2015³², reafirmadas en la de 13 de mayo de 2019³³, del maltrato psicológico en la causa segunda sí que posibilita la desheredación en los casos más graves de maltrato psicológico y de maltrato emocional o abandono. Pero con ello apenas encuentran un remedio aquellos casos más graves dentro de las modalidades de maltrato a que antes se ha hecho referencia³⁴, con lo que en la mayoría de

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (Roj: STS 2484/2014).

³² Sentencia del Tribunal Supremo 30 de enero de 2015, ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (Roj: STS 565/2015). Esta sentencia es especialmente ilustrativa de las dificultades que aquí se plantean. El hijo de la causante maniobró dolosamente para que su madre le donara a él y a sus hijos diversos inmuebles; así se declaró en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2011, ponente D. Antonio Salas Carceller (Roj: STS 6046/2011). Posteriormente, la causante testó desheredando al hijo con alegación de la causa del artículo 853.2 CC (maltrato). El Tribunal Supremo resuelve que la desheredación es justa por maltrato psicológico: «solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones en favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal. Comportamiento doloso y conflicto emocional de la testadora que ya apreció esta Sala en la sentencia de 28 de septiembre de 2011 al declarar la nulidad de las citadas donaciones; pero que en nada pudo reparar su estado de afectación ya que su muerte aconteció el 28 de abril de 2009, año y medio antes de la citada sentencia». Pero debe observarse que, en ambos procesos, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, que ni apreció dolo en las donaciones ni estimó la concurrencia de causa de desheredación; que el caso es de abuso económico, con lo que apreciar maltrato psicológico como causa de desheredación es forzar dos veces la letra del artículo 853.2 (para que quepa el maltrato psicológico y para que este englobe el abuso económico); que la Audiencia Provincial rechazó que procediera la desheredación, por lo que, aunque en el caso acabara por apreciarse, la ausencia de una causa más literal abocó a un largo pleito; y que, si la causante no hubiera testado, no es fácil discernir si el hijo habría acabado por ser heredero o si se hubiera alegado alguna causa de indignidad que hubiera podido ser reconstruida por razones de justicia material.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019, ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (Roj: STS 1523/2019): «la sentencia recurrida considera acreditado que ambos hermanos incurrieron en una conducta de menoscabo y abandono familiar respecto de su madre, sin justificación alguna y sólo imputable a los mismos», lo que se confirma como maltrato psicológico.

³⁴ Hay que tener en cuenta que, pese a la ampliación en la inteligencia del artículo 853.2 CC realizada por el Tribunal Supremo, la jurisprudencia sigue mostrándose restrictiva cuando se trata de la privación de la legítima. Así lo indica la doctrina: para PÉREZ ESCOLAR, 2014, p. 1142: «las causas para desheredar recogidas por el CC (...) no contemplan la ausencia de trato familiar entre descendientes y ascendientes como causa de desheredación sino que se requiere que el legitimario incurra en conductas muy concretas, muy graves y de difícil prueba para que proceda su desheredación». Según CARRAU CAR-

supuestos los causantes carecerían de la facultad de desheredar a sus descendientes maltratadores. Y, hay que repetir, con esta causa de desheredación únicamente se priva de la legítima; en uno de los casos utilizados en la nota 14, siendo el abusador un hermano, no cabe desheredar por cuanto no hay derecho a la legítima, por lo que nada impediría que heredara abintestato al no tener el causante descendientes ni ascendientes.

Lo mismo puede decirse del derecho civil catalán. Entre las causas de desheredación que, en principio, podrían ser aplicables están el maltrato grave al testador o su cónyuge o pareja (art. 451-17.1.c CCCat) y la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar (art. 451-17-1.e CCCat). En cuanto a la primera de estas causas, huelga repetir que, en su literalidad, solo acoge aquellos casos más graves de maltratos, por lo que la mayoría de los maltratos que estadísticamente predominan en el ámbito familiar no permitirían la desheredación, salvo que los tribunales realizasen una construcción creativa de los supuestos fácticos con el fin de incardinarnos en el texto legal³⁵. La segunda, que ha supuesto sin duda un avance –aunque insuficiente– en la inserción de la solidaridad intergeneracional en el fundamento de la legítima³⁶, difícilmente resultará aplicable cuando se trata de las formas de maltrato más habituales, puesto que presuponen que hay relación –aunque sea tóxica– entre el causante y su abusador. En particular, para el legislador los casos de abuso económico carecen de trascendencia desde la perspectiva sucesoria: el descendiente que ha sustraído dinero o bienes al causante conserva intacto su derecho a suceder abintestato y a la legítima, pues ninguna previsión lo contempla específicamente como causa de desheredación.

BONELL, *Revista de Derecho civil*, 2015/2, p. 252, «Podría suponerse entonces que el Tribunal Supremo ha incluido, como maltrato de obra, el maltrato psicológico por menoscambio y abandono familiar; pero no la simple ruptura de vínculos y abandono emocional. Esta diferenciación se antoja harto complicada. Podría entenderse que si los hijos o descendientes del testador, simplemente, no le llaman con frecuencia o no le visitan habitualmente, ello no es una justa causa para desheredarlos; y sólo lo será cuando efectivamente se haya producido una ruptura absoluta de comunicación, extendida en el tiempo, que haya provocado un verdadero padecimiento en el testador». En opinión de GONZÁLEZ CARRASCO, CCJC, 2015, p. 283, «hoy por hoy, sólo se puede afirmar que la inclusión del maltrato psicológico en la conducta vejatoria y de maltrato de obra en la causa de desheredación prevista en el artículo 853.2.^º requiere una conducta activa que tiene que ir más allá del mero abandono emocional y de la pérdida de contacto familiar». Véase, también, el amplio estudio de CABEZUELO ARENAS, 2018; y DEL CAMPO ÁLVAREZ, 2019, p. 361 ss.

³⁵ Como advierte RIBOT IGUALADA, 2009, p. 1398, «fora dels casos molt clars de lesió de la integritat física o psíquica del desheretant, la tendència judicial predominant és deixar fora aquells incidents que l'únic que acreden és la tibantor o mala relació existent entre les parts». Aunque los hechos no deben ser constitutivos de delito, ni siquiera susceptibles de configurar un concreto tipo penal, lo cierto es que parece difícil que los maltratos o abusos que no determinen una concreta lesión física o psíquica de cierta gravedad puedan conducir a la desheredación.

³⁶ Se remite a VAQUER ALOY, *InDret*, 2017/4, especialmente p. 12 ss.

4. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL

Antes se ha hecho referencia a algunas sentencias judiciales que han servido para enmarcar la cuestión de los maltratos y abusos a los causantes vulnerables. La realidad es que, hasta la fecha, hay muy pocas sentencias penales en que el autor sea un descendiente y la víctima un progenitor. Ello se explica, y es, también, una de las razones de la invisibilidad de estas situaciones, por la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 CPen, que, en su redacción vigente dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, dispone lo siguiente: «Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad». La excusa no se extiende a los extraños que participen en la comisión de los hechos. Todos los casos en que no había violencia o intimidación quedaban fuera del procedimiento penal, y solo cabía el ejercicio de pretensiones civiles para recobrar los bienes de los que hubiere sido desposeído el causante.

La finalidad de la excusa absolutoria del artículo 268 CPen radica en la creencia del legislador de que no es conveniente llevar a un proceso penal conflictos familiares en los que no se haya empleado violencia, pues se entiende que ello complicaría todavía más hallar una solución³⁷. Entre los delitos comprendidos por la excusa se enumeran el hurto, la estafa o la apropiación indebida, todos los cuales tienen cabida en las situaciones de maltrato antes compendiadas. Ahora bien, como novedad con la reforma de 2015, se excluye la aplicabilidad de la excusa no solo en supuestos de empleo de violencia, sino también cuando concurra «abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad», por cuanto tal situación puede incrementar el riesgo de que la víctima sea explotada³⁸, lo que sin duda debería conducir a que queden fuera de la excusa muchas de las conductas que aquí se están tomando en consideración y merezcan una sanción penal.

³⁷ QUINTERO OLIVARES, 2016⁷, p. 216 ss.

³⁸ Castro CORREDOIRA, GUINARTE CABADA, 2015, p. 837 ss.

III. EXPERIENCIAS COMPARADAS

Es oportuno detenerse en dos países que han reformado en los últimos tiempos su derecho de sucesiones para afrontar la cuestión del abuso del causante vulnerable, con el fin de analizar sucintamente el impacto alcanzado.

Estados Unidos lleva ventaja en la materia, porque desde hace años la doctrina y algunos de los estados han abordado los abusos cometidos sobre el causante y su reflejo en la sucesión. El equivalente a la causa de indignidad por haber atentado contra la vida del causante es la conocida como *slayer rule*, conforme a la cual nadie puede beneficiarse en la sucesión de la conducta que conscientemente ha provocado, precisamente, que se abra la sucesión por el fallecimiento del causante³⁹. El fundamento de esta norma, que tiene su precedente en la *forfeiture rule*⁴⁰ del derecho inglés⁴¹, es doble: evitar el enriquecimiento injusto que experimentaría el indigno e impedir que este pueda alterar el destino que presumiblemente el causante hubiera deseado para su herencia. La *ratio*, pues, descansa igualmente en la protección de la libertad de testar.

Sin embargo, algunos estados han expandido esta regla a otros supuestos que no son de atentado contra la vida sino de comisión de determinados abusos contra el causante. Procede detenerse en estas regulaciones.

³⁹ SITKOFF, DUKEMINIER, 2017¹⁰, p. 134-135; BENNARDO, *University of Miami Business Law Review*, 2016, p. 34-40; SPIVACK, *Georgia Law Review*, 2013, p. 147 ss; COHEN, *Boston University Law Review*, 2012, p. 793 ss; ARANT, *Montana Law Review*, 2010, p. 218-221; GREGORY, *Rutgers Law Review*, 2010, p. 222 ss; SNEDDON, *UMKC Law Review*, 2007, p. 101 ss. El artículo 2-803 del Uniform Probate Code la formula del siguiente modo: «An individual who feloniously and intentionally kills the decedent forfeits all benefits under this [article] with respect to the decedent's estate, including an intestate share, an elective share, an omitted spouse's or child's share, a homestead allowance, exempt property, and a family allowance. If the decedent died intestate, the decedent's intestate estate passes as if the killer disclaimed his [or her] intestate share».

⁴⁰ WILLIAMS, 2016, p. 51 ss; LEARMONT, FORD, CLARK, ROSS MARTYN, 2018, p. 1275 ss; KERRIDGE, 2016¹³, 14-64 ss. La *forfeiture rule* solo se aplica cuando el sucesor atenta contra la vida del causante y no extiende a los abusos físicos, psíquicos o económicos.

⁴¹ También vigente en Australia (MACKIE, 2017³, 9-24 ss), Nueva Zelanda y Canadá. Por el momento, los esfuerzos legislativos se han centrado en perfeccionar la regla dotándola de flexibilidad para que los tribunales puedan inaplicarla en atención a las circunstancias del caso, pero no se ha planteado su extensión a otros supuestos. Véase, por ejemplo, el report *The Forfeiture rule* (septiembre de 2014) de la Victorian Law Reform Commission, consultable en https://www.lawreform.vic.gov.au/sites/default/files/VLRC_Forceiture_Report.pdf (última consulta 06/10/2019).

1. ESTADOS UNIDOS

1.1. California

En California, la preocupación por las situaciones de abuso en la senectud se manifiesta a partir de los años 1970, y se traduce en la reforma del California Probate Code que entró en vigor en 1999. Conforme a su sección 259(1), se entiende que una persona ha pre-muerto al causante si «It has been proven by clear and convincing evidence that the person is liable for physical abuse, neglect, or financial abuse of the decedent, who was an elder or dependent adult». El abuso debe haber sido cometido dolosa o temerariamente, con mala fe, sin que se requiera una condena penal. Se entiende que representa un sentimiento de justicia que introduce una valoración de la conducta del sucesor⁴².

Algunos autores han sugerido que la regla californiana debe perfeccionarse, incorporando las definiciones de las distintas modalidades de abuso y, en particular, logrando que el abusador quede completamente excluido de obtener cualquier atribución por causa de muerte del causante. Solo entonces, se dice, cumplirá eficientemente su función de disuadir que se perpetre ningún tipo de maltrato contra el causante⁴³.

1.2. Washington, Kentucky y Oregón

En 2009, el estado de Washington introdujo una norma para excluir de la sucesión al heredero que abusó económicamente del causante, siendo este una persona vulnerable⁴⁴. En cambio, la norma no contempla abusos de carácter físico. No es necesario que se haya

⁴² KORPUS, *Hastings Law Journal*, 2001, p. 571; RHODES, *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 2008, p. 443-444. Véase, además, MOSKOWITZ, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2003, p. 589 ss.

⁴³ Además de Korpus, citada en la nota anterior, HUNT, *Brigham Young University Law Review*, 2014, en especial p. 472 ss.

⁴⁴ Conforme a la sección 11.84.020, «No slayer or abuser shall in any way acquire any property or receive any benefit as the result of the death of the decedent, but such property shall pass as provided in the sections following». La sección 11.84.010(1) ofrece la definición de *abuser*: «“Abuser” means any person who participates, either as a principal or an accessory before the fact, in the willful and unlawful financial exploitation of a vulnerable adult». *Financial exploitation* significa «the illegal or improper use, control over, or withholding of the property, income, resources, or trust funds of the vulnerable adult by any person or entity for any person’s or entity’s profit or advantage other than for the vulnerable adult’s profit or advantage». Por último, son adultos vulnerables las personas mayores de 60 años que por razones funcionales, mentales, físicas, no pueden cuidar de sí mismas, quienes tienen modificada judicialmente su capacidad de obrar por sentencia y quien está ingresado en algún centro residencial.

dictado ninguna sentencia penal condenatoria. Con todo, como en nuestra indignidad, cabe el perdón, puesto que el heredero no resulta excluido de la sucesión si el causante conocía la situación de abuso y ratificó su voluntad de beneficiarle y se ofrece prueba concluyente de ello⁴⁵. El estado de Kentucky posee una regulación similar, aunque sí que contempla los abusos de carácter físico⁴⁶.

En Oregón, donde es necesaria una condena penal por delito doloso, el supuesto de hecho cubre tanto el abuso físico como el económico. Al heredero abusador se le tiene por premuerto, y no se prevé expresamente que quepa el perdón del indigno. Sin embargo, la condena penal debe pronunciarse por lo menos cinco años antes del fallecimiento del causante, de otro modo se entiende que ha habido un perdón tácito del abusador derivado del hecho de que no se modificara el testamento revocando la institución de heredero o el legado⁴⁷.

1.3. Maryland y Michigan

En Maryland, el derecho estatal excluye de la sucesión, y de obtener por cualquier otro título bienes de dicha persona, incluyendo los productos de previsión y ahorro con designación de beneficiarios *mortis causa* (*will substitutes*), quien es condenado penalmente por la apropiación dolosa mediante engaño, captación de la voluntad o intimidación de bienes de un adulto vulnerable: «A person convicted of unlawfully obtaining property from a victim in violation of § 8-801(b) of the Criminal Law Article shall be disqualified from inheriting, taking, enjoying, receiving, or otherwise benefitting from the estate, insurance proceeds, or property of the victim, to the extent provided in § 8-801(e) of the Criminal Law Article»⁴⁸. El modelo que proporciona esta regla es de necesaria condena penal por delito doloso, lo que restringe los supuestos en que puede aplicarse, aunque resultan afectados más supuestos de adquisición del fallecido que los que provienen de sucesión.

En Michigan, la reforma de 2011 expandió la *slayer rule*, que ahora comprende los supuestos de abusos y negligencias también en el ámbito económico: «to obtain or use a vulnerable adult's

⁴⁵ PIEL, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 2015, p. 370-372.

⁴⁶ Ky. Rev. Stat. § 381.280. Véase las consideraciones críticas que efectúa IRWIN, *University of Louisville Law Review*, 2016, p. 326 ss.

⁴⁷ PIEL, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 2015, p. 373.

⁴⁸ Maryland MD. Code ANN., EST. & TRUSTS § 11-111. Véase IRWIN, «Protecting Mamaw and Her Estate», p. 322-323.

money or property to directly or indirectly benefit that person knowing or having reason to know the vulnerable adult is a vulnerable adult». Sin embargo, se considera que la respuesta legislativa no es satisfactoria, por cuanto exige la condena penal. Se argumenta que el aislamiento en que suelen vivir las personas vulnerables dificulta una respuesta basada en la condena penal, en la medida en que difícilmente tales conductas aflorarán; además, hay un porcentaje elevado de negación de los abusos en la medida en que el abusador suele ser la persona con quien la víctima mantiene mayor contacto y, por ello, existe una relación de dependencia, además de que el abusador es quien va a seguir manteniendo el control económico y de bienestar de la víctima⁴⁹.

2. COLOMBIA

El Código civil de Colombia ha sido reformado en 2018 para contener una nueva redacción del elenco de causas de indignidad⁵⁰. La causa 5.^a del artículo 1025 guarda relación con el artículo 756.7 del código español: «El que abandonó sin justa causa a la persona de cuya sucesión se trata, estando obligado por ley a suministrarle alimentos». En efecto, el abandono se relaciona con la omisión de la prestación de los alimentos debidos; por otra parte, se prevé expresamente el perdón del indigno. Más interés tiene la causa 8.^a, que no constaba en el proyecto de ley presentado: «Quien abandonó sin justa causa y no prestó las atenciones necesarias al causante, teniendo las condiciones para hacerlo, si este en vida se hubiese encontrado en situación de discapacidad». La causa se centra en el abandono, sin limitarse a los alimentos, pero no cubre las situaciones de abusos cometidos que no supongan un «atentado grave contra la vida, el honor o los bienes» del causante (causa 2.^a). Cabe también señalar que se centra en la «discapacidad» del causante, como el CC español⁵¹, y no en la vulnerabilidad.

⁴⁹ MURPHY, *The Wayne Law Review*, 2013, especialmente p. 1175 ss.

⁵⁰ La exposición de motivos que acompaña al texto legislativo da buena cuenta de las razones de la reforma: «El objeto de la presente iniciativa de ley es proteger a las personas más vulnerables de la familia, por lo cual se busca establecer que tanto el maltrato como el abandono se conviertan en causales de indignidad sucesoral, toda vez que no resulta justo ni conveniente que las personas que han maltratado y abandonado a aquellas personas de su familia en situación de vulnerabilidad y en mayor estado de necesidad vengan más tarde a exigir derechos sobre la propiedad de aquellos a quienes desatendieron». Se acompaña de datos estadísticos relativos, en particular, al maltrato intrafamiliar de ancianos, que se sitúa en torno al 2 %, dato que coincide con el que puede reputarse válido para España. Véase *Gaceta del Congreso*, n.º 94, de 22 de marzo de 2008, la cita en la p. 24.

⁵¹ El artículo 756.7 CC aparece citado en el artículo de LAFaurie BORNACELLI, LA TORRE IGLESIAS, *Derecho a pensar*, 2014, p. 25-26. La tramitación parlamentaria no permi-

IV. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL

Es oportuno prestar atención a la propuesta de Código civil formulada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, tanto por su novedad cuanto porque debería recoger las críticas que la doctrina ha formulado a la regulación vigente en el Código civil. La verdad es que, por lo que respecta a las causas de indignidad, las novedades son escasas. Se mantiene la exigencia de condena penal para los atentados contra la vida, la integridad moral y los derechos y deberes familiares (art. 461-12 letras a y b), lo que, por una parte, supone apenas una respuesta a las conductas más graves desde la óptica del derecho penal –si bien es cierto que no se exige expresamente que el delito sea doloso–, y, por la otra, excluye la indignidad de quienes cometan actos de abuso sobre los causantes que no merezcan una condena penal. Mejor valoración merece que la causa de la letra h) recoja la actual causa del artículo 756.7 CC, mas sin el corsé de la remisión a los preceptos relativos a la obligación de alimentos⁵². De este modo, «las personas con derecho a la herencia que no le hayan prestado las atenciones debidas» al causante con discapacidad devienen indignas de sucederle, lo que abre el espectro de conductas susceptibles de privar del derecho a suceder, tanto por abusos físicos como emocionales y económicos, sin necesidad de que concurra condena penal por dichos hechos. Solo hay que lamentar que el sujeto protegido sea «una persona con discapacidad». Es cierto que no se cuantifica ningún grado de discapacidad ni hay remisión a norma alguna que pueda reducir el círculo de causantes, sin embargo sería preferible referirse a «persona vulnerable» o a «persona dependiente», por cuanto hay personas cuya libertad de testar merece protección y que no son estrictamente personas con discapacidad desde el punto de vista legal, como el enfermo hospitalizado de la sentencia citada en la nota 12. En cualquier caso, la reformulación de esta causa de indignidad constituye un acierto y un paso significativo en la buena dirección.

te conocer la razón de la introducción de la causal 8.^a ni si guarda relación con esta mención doctrinal.

⁵² Con todo, la redacción original sí mantenía, por razones de seguridad jurídica, la remisión a los preceptos en materia de alimentos, que posteriormente fueron suprimidos. Agradezco al profesor Gorka Galicia Aizpurúa, coordinador del libro sobre sucesiones del proyecto de la Asociación de Profesores de Derecho civil, la amabilidad que ha tenido al ofrecerme este dato.

V. UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN (O DE REFORMULACIÓN) DE UNA NUEVA CAUSA DE INDIGNIDAD SUCESORIA

1. LA RAZÓN DE UNA NUEVA CAUSA

La propuesta de incluir una nueva causa de indignidad, o de reformular la causa del artículo 756.7 CC un poco más allá de lo que ya ha conseguido el proyecto de la Asociación de Profesores de Derecho civil, se debe a que existen conductas reprobables de los herederos hacia su causante que no están contempladas como causas de indignidad ni encajan en las existentes, y que, a la vista de la interpretación que mayoritariamente lleva a cabo nuestros tribunales, y en particular a la vista de los razonamientos de la STS de 2 de julio de 2019 que exige una especificación legislativa en el artículo 756.7 CC, quedarían sin la posibilidad de la sanción privada que supone la declaración de indigno. Como se ha dicho, se trata de aquellas situaciones de abuso físico, psicológico o emocional y económico, que causan zozobra en el causante sin llegar a ser susceptibles de condena penal por los motivos que ya se han indicado. Como estado social (art. 1.1 CE), el legislador español está obligado, pues estos artículos actúan como principios informadores⁵³, a atender el bienestar de las personas discapacitadas (art. 49 CE) y ancianas (art. 50 CE), más aún en épocas de crisis. La ampliación de la indignidad a las conductas reseñadas cumpliría con estos principios constitucionales, a la vez que, al impedir la sucesión de quienes han maltratado o abusado de una persona vulnerable, conduce a un reparto más eficiente de la riqueza que haya acumulado esta persona a su muerte, en la medida en que no resultará beneficiado quien ha privado de bienestar al causante. Es decir, la causa de indignidad puede servir a la vez de elemento disuasorio de los maltratos o abusos y de estímulo para que los sucesores se preocupen por el bienestar del causante.

2. UNA CAUSA ABIERTA

La nueva causa de indignidad debe ser abierta. Ciertamente, esta no es la tradición de las causas de indignidad, que presentan un

⁵³ No son normas sin contenido, pues obligan a «los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (STC 19/1982, de 5 de mayo) por cuanto «enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 de la Constitución» (STC 14/1992, de 10 de febrero).

enunciado más bien cerrado con remisión a tipos delictivos concretos o que, como el vigente artículo 756.7 CC, reconducen la omisión de las atenciones debidas a la obligación de alimentos. Probablemente este enunciado encorsetado de las causas de indignidad, fruto de su contemplación como una sanción civil, explica su escasa aplicación judicial, como se desprende de una búsqueda de sentencias en cualquier base de datos jurisprudencial. Por el contrario, algunas causas de desheredación sí presentan una redacción más abierta («maltrato de obra» del art. 853.2 CC, en el que el Tribunal Supremo ha conseguido insertar el maltrato psicológico consecuente al abandono del causante, o «el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales» del art. 855.1.º CC; lo mismo el Código civil de Cataluña, que en su art. 451-17.1.c) se refiere, igualmente, al maltrato grave, y en la letra e) a la falta de relación familiar continuada), pese a que también suponen la pérdida de un derecho, en este caso a la legítima. Un enunciado más abierto, pues, no afecta de modo indebido a la seguridad jurídica, como no ha sucedido con la causa de desheredación por maltrato grave. Por el contrario, permite al juez injertar en el supuesto de hecho las conductas cambiantes que puedan presentarse y que racionalmente pueda valorarse que pueden subsumirse en la *ratio* de las causas de indignidad, que, como se ha dicho, descansa en la protección de la libertad de testar del causante y en la tacha de la inmoralidad de la actuación del sucesor. Se ha comprobado antes cómo el Tribunal Supremo ha defendido una interpretación no restrictiva de las concretas causas de indignidad tipificadas. Es cierto que, posiblemente, pueda dar lugar a una mayor litigiosidad⁵⁴, como parece que ha sucedido en Cataluña con la causa de desheredación del artículo 451-17.2.e) por falta de relación familiar continuada, pero es un precio que merece la pena pagar si así se evita ni que sea un pequeño número de abusos a personas vulnerables por el factor disuasorio que puede suponer la causa de indignidad⁵⁵. La conciencia de la existencia de abusos cometidos contra los causantes vulnerables se ha manifestado en los últimos decenios con la constatación del proceso de envejecimiento de la población y las necesidades de todo orden que ello comporta. Sin embargo, el enunciado de las causas de indignidad tradicionales no ha experimentado ninguna reforma sustancial en los últimos años. Es por ello que el proyecto de código de la Asociación de Pro-

⁵⁴ PARRA LUCÁN, 2019, p. 209.

⁵⁵ La misma idea en el derecho americano para la *slayer rule* la manifiesta SIMMONS, *Quinnipiac Probate Law Journal*, 2017, p. 130. En Italia, en el marco de las propuestas de reforma del derecho de sucesiones, se propone una redacción más amplia de las causas de indignidad, aunque ello suponga ampliar el espectro de la valoración judicial de cada caso (RAPISARDA, *Rivista di Diritto Civile*, 2018/5, especialmente p. 1397-1398).

fesores de Derecho civil da un paso en la dirección correcta. Concebir la omisión de las prestaciones debidas, sin remisión a la obligación de alimentos, representa un excelente punto de partida, por cuanto el juez podrá valorar una pluralidad de conductas del sucesor, alguna de las cuales siquiera sea posible imaginar hoy, por razón de la cada vez mayor longevidad de la población.

3. PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR DEL CAUSANTE VULNERABLE

El sujeto cuya libertad se protege con esta causa de indignidad es el causante vulnerable. Supone el concepto más omnicomprenditivo, pues en él entran no solo las personas ancianas, las personas con discapacidad, las personas con la capacidad de obrar modificada y, en general, las personas dependientes, sino también aquellas personas que por razones de edad, salud o condiciones sociales son susceptibles de sufrir abusos de carácter físico, psicológico o emocional o económico. Vulnerabilidad no equivale, pues, a ancianidad. Vulnerabilidad supone debilidad de ciertas clases de personas y su consecuente indefensión frente a las exigencias sociales de normalidad⁵⁶, en este caso centradas en el ejercicio de la libertad de testar.

4. ANTE ABUSOS FÍSICOS, PSÍQUICOS O EMOCIONALES Y ECONÓMICOS

Como se ha señalado, las actuales causas de desheredación de los artículo 756.1.^º y 2.^º CC y 412-3 CCCat exigen la existencia de una condena penal firme para que proceda la indignidad sucesoria. Por grave que sea la conducta –y no se trata tanto de la gravedad en sí misma de la conducta cuanto de la afectación que produce en el causante–, sin sentencia penal condonatoria no hay indignidad. Basta con rastrear en las bases de datos en cuántos casos se ha apreciado la indignidad y comparar con las tasas que se calculan de abusos a personas vulnerables para comprender la insuficiencia de la regulación vigente. Solo la causa del artículo 756.7 CC prescinde de la condena penal; se trata de una causa reciente, introducida en 2003, que refleja un cambio de orientación, pero que se muestra insuficiente, en la medida que su sujeto protegido es la persona con discapacidad y solo ante la omisión del cumplimiento de la obligación de

⁵⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, 2001, p. 19; usa esta conceptualización, también, TRINIDAD NÚÑEZ, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n.^o 4, 2012, p. 129.

alimentos⁵⁷. La propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil da el paso de prescindir de la remisión a la obligación de alimentos, con lo que la causal queda delimitada por la omisión de las atenciones debidas a la persona incapacitada.

Distintamente, las causas de desheredación no exigen una condena penal firme. El artículo 853.2 CC se refiere al maltrato de obra y a la injuria grave, el artículo 451-7.c) CCCat al maltrato grave, sin necesidad de que tales hechos hayan sido declarados judicialmente⁵⁸. Puesto que la desheredación supone la privación de un derecho legal capital en la sucesión, como es la legítima, no se observa obstáculo alguno para que la indignidad, como ya sucede con la causa del número 7 y también con las de los números 5 y 6 del artículo 756 CC, tampoco requiera que concurra una sentencia penal condenatoria⁵⁹.

Por ello, no cabe objetar que la causa de indignidad no descansa en una previa condena penal, ni que se formule en términos abiertos, en la línea de la falta de «atenciones debidas» que enuncia el artículo 756.7 CC, pero sin vincularla a la obligación alimenticia. Ahora bien, sería útil, con la finalidad de que el operador jurídico tome conciencia de la nueva causa de indignidad, introducir una mención expresa a los abusos de cualquier tipo que sufra el causante, especificando que no se trata solo del maltrato de obra, físico o psicológico, o verbal, sino que se extiende a los abusos de carácter económico⁶⁰. En cambio, no resultaría indispensable la referencia a los abusos sexuales, por cuanto por su propia naturaleza ya entrañan de por sí un maltrato físico y psicológico.

⁵⁷ Es oportuno recordar que cuando el artículo 852 CC incorpora causas de indignidad como causas de desheredación, se olvida de la causa 7.^a del artículo 756. Pese a que la mejor doctrina estima que, no obstante ello, es aplicable como causa de desheredación (TORRES GARCÍA, DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012, p. 75), esta situación se erige en nuevo argumento para una reforma a fondo de la materia. Jordano Fraga, *Indignidad*, p. 30, entendió que la causa de indignidad del artículo 756.7.^º se subsume en las causas de desheredación de los artículo 853.1.^º, 854.2.^º y 855.3.^º, con lo que no habría diferencia práctica. En todo caso, la inclusión de la causa 7.^a del artículo 756 CC como causa de desheredación debe extenderse a los artículo 853 y 854 y no solo al 852 CC, pues de otro modo se produciría la asimetría indeseable entre el hijo maltratador y el padre maltratador, pues el primero podría ser desheredado y el segundo no, como bien advierte CABEZUELO ARENAS, 2018, p. 227-229.

⁵⁸ Entre otros, DÍEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, 2012¹¹, p. 186; CARRASCO PERERA (DIR.), MARTÍNEZ ESPÍN, 2014, p. 202; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, 2011, p. 226.

⁵⁹ Por todos, GARCÍA RUBIO, OTERO CRESPO, 2016², p. 274. Lo mismo en derecho civil catalán con la causa de la letra g) del artículo 412-3.1, GÓMEZ POMAR, 2009 p. 112.

⁶⁰ La trascendencia de los abusos económicos en los Estados Unidos la remarca RHODES, *Ohio Northern University Law Review*, 2007, p. 986-987 y nota 57. En España hay autores que defienden una concepción muy amplia del maltrato psicológico en que caben conductas en que «mediante engaño se consiga beneficios patrimoniales a su favor» (REPRESA POLO, 2016, p. 137), pero sería mucho más ilustrativo redactar la causa de desheredación de modo que no fuera necesario tensionar la literalidad.

Por último, la misma noción de «abuso» enfatiza que no se trata de conductas de escasa trascendencia para la persona o el patrimonio del causante vulnerable. El juez es quien deberá decidir si la conducta puede considerarse como «abuso» y, por ende, constituirse en causa de indignidad. Como advierte Rhodes, no resulta fácil trazar un paralelismo entre los atentados a la vida del causante y los abusos; quitar o intentar quitar conscientemente la vida al causante no admite la discusión sobre si el sucesor debe heredar, mientras que los abusos presentan más matices. Lo que sucede es que se detecta un ámbito que genera repulsión: quien abusa del causante no merece sucederle por causa de muerte. Pero es muy complejo concretar más, de ahí que se otorgue un amplio margen de discreción al juez⁶¹.

5. UN CAMBIO DE PARADIGMA

Con todo, la introducción de una nueva causa de indignidad –o la reformulación de la vigente causa 7.^a del art 756 CC, pues el resultado es el mismo– no alcanzará todo su potencial si no va acompañada de un cambio de paradigma. Ni la legítima ni el derecho a suceder son derechos innatos de los sucesores. Si se sigue concibiendo que los descendientes tienen derecho a percibir una parte de la herencia –o de su valor– salvo que hayan cometido hechos gravísimos, una reforma como la que se propone tendrá muy poco calado. Si, por el contrario, teniendo en cuenta que en vida ya transmite el causante a sus descendientes una parte significativa de su riqueza⁶², el acento se pone en la solidaridad entre generaciones –con carácter recíproco y no únicamente del causante hacia sus familiares más próximos– y la conducta de estos no deviene irrelevante en la sucesión, el derecho a suceder y la legítima no deben ser vistos como derechos naturales indisponibles para el causante, sino como un elemento funcional dentro de la crisis del estado del bienestar que se ceba en las personas más vulnerables.

6. LA EXTENSIÓN DE LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD A LOS MECANISMOS NO SUCESORIOS DE TRANSMISIÓN DE RIQUEZA

En otro lugar se ha expresado la necesidad de que el legislador procure un trato igualitario a la sucesión y a la transmisión de

⁶¹ RHODES, *Ohio Northern University Law Review*, 2007, p. 988-989.

⁶² Véase VAQUER ALOY, *InDret*, 2007/3, p. 10 ss, y allí más referencias.

riqueza por vía no sucesoria (los productos de previsión y ahorro con designación de beneficiario a la muerte del tomador, como los seguros de vida, seguros de renta vitalicia, planes de pensiones o planes individuales de ahorro sistemático, entre los que se contratan más habitualmente)⁶³. Es por ello que las causas de indignidad deben aplicarse a la designación de beneficiarios. El artículo 92 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, contiene una norma equivalente a la causa de indignidad por atentar contra la vida del causante: «La muerte del asegurado, causada dolosamente por el beneficiario, privará a éste del derecho a la prestación establecida en el contrato, quedando ésta integrada en el patrimonio del tomador». El fundamento de la norma es compartido con la indignidad: no debe resultar beneficiado con la riqueza del causante quien ha abusado de él, y si no se lesionó su libertad de testar sí se está lesionando su libertad de designar al beneficiario tras su fallecimiento. Además, las causas de indignidad son de aplicación general en el derecho de sucesiones, pese a que literalmente el artículo 756 se refiera al «testador»⁶⁴. Expresamente, en Cataluña, rigen en la sucesión intestada (art. 441-6.1 y 441-7 CCCat), el pacto sucesorio (art. 431-13 CCCat) y la legítima (art. 451-3.2, 451-4.1, 451-6 y 421-25.1 CCCat), y además también se aplican a las donaciones *mortis causa* (art. 432-2 CCCat); asimismo, la indignidad excluye la administración de los bienes adquiridos por un título sucesorio por los hijos menores de edad o con la capacidad de obrar modificada (art. 461-24.2 CCCat). En consecuencia, la introducción de una norma que prevea expresamente la aplicación de las causas de indignidad al beneficiario de un producto de previsión y ahorro, con objeto de evitar que este adquiera el capital, no supone ningún elemento extraño en nuestro derecho civil y puede evitar resultados no deseados.

VI. RECAPITULACIÓN

La nueva redacción que se propone para el artículo 756.7 CC, así como para una nueva causa de indignidad en el derecho civil de Cataluña –que haría innecesaria la causa de desheredación de la letra c) del art. 451-17.2 (el maltrato grave, con su variante del maltrato psicológico), toda vez que las causas de indignidad lo

⁶³ VAQUER ALOY, Girona, 2019, pp. 405-409, y Cizur Menor, 2019, pp. 75-79.

⁶⁴ Por todos, DÍEZ-PICAZO, GULLÓN, Madrid, 2012¹¹, p. 34; DE LA CÁMARA, *Compendio*, p. 225; LACRUZ BERDEJO *et al.*, 2007, p. 434.

son de desheredación de acuerdo con la letra a)⁶⁵— sería del siguiente tenor:

«Tratándose de la sucesión de una persona vulnerable/dependiente⁶⁶, las personas con derecho a la herencia que hubieran abusado de ella física, psicológica o económicaamente.»

Aunque es cierto que la construcción atrevida en algunas sentencias de las causas de indignidad o de desheredación ha permitido privar de la sucesión o, por lo menos, de la legítima en casos de abuso incluso meramente económicos, la reforma legal, que es necesaria a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019, pondría en atención al operador jurídico sobre la voluntad del legislador —y, al cabo, de la voluntad popular— de dotar de una mayor y específica protección de la libertad de testar del causante vulnerable y de la reprochabilidad social de las conductas abusivas ejercidas.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM, A., VERDÚ, F. «Valoración médico legal del maltrato físico sobre el anciano en el contexto intrafamiliar», *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, 2014, n.º 11, pp. 12-20.
- ARANT, Peter, «In Re Ests. of Swansons: The Slayer Statute and the Impact of a Guilty Plea on Collateral Estoppel in Montana», *Montana Law Review*, 2010, pp. 217-235.
- AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José, «La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: de la novela 115 a las Leyes 41/2003 y 15/2015», *Revista Internacional de Derecho Romano*, abril 2017, pp. 242-348.
- BENNARDO, Kevin, «Slaying Contingent Beneficiaries», *University of Miami Business Law Review*, 2016, pp 31-58.
- CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, *Compendio de derecho sucesorio*, Madrid, 2011.
- COHEN, Nili, «The Slayer Rule», *Boston University Law Review*, 2012, pp. 793-810.
- CORDERO, Encarna, «La delación», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Manual de derecho civil. Sucesiones*, Madrid, 2018⁴.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*, Valencia, 2018.
- CAMPO ÁLVAREZ, Borja del, «El maltrato psicológico como causa de desheredación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Francisco José Aranguren Urruza (dir.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Cizur Menor, 2019, pp. 361-373.

⁶⁵ Lo que presentaría, además, la ventaja adicional de que no operaría la presunción de injusticia de la causa de desheredación una vez que el legitimario la niega (art. 850 CC y 451-20.1 CCCat), presunción que hoy hay que cuestionar en general y, en particular, si se aceptara esta nueva causa de indignidad que, al cabo, se erigiría también en causa de desheredación.

⁶⁶ En caso de que se prefiera utilizar un término con definición legal, podría utilizarse «dependiente» en vez de vulnerable.

- CARMONA TORRES, Juan Manuel, *Estudio sobre el maltrato a personas mayores vulnerables en el entorno familiar y comunitario en España (Andalucía-Córdoba), Portugal (Oporto, Azores) y Bolivia (Santa Cruz de la Sierra). Estudio comparativo*, tesis, Universidad de Córdoba, 2015 (consultable en <https://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/13170?locale-attribute=en>) (última consulta 06/10/2019).
- CARRASCO PERERA, Ángel (dir.), MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2014.
- CASTRO CORREDOIRA, María, GUINARTE CABADA, Gumerindo, «Excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 CP», en José L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015, pp. 837-841.
- DESSIN, Carolyn L., «Financial Abuse of the Elderly: Is the Solution a Problem?», *McGeorge Law Review*, 2003, pp. 268-321.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil, IV*, Madrid, 2012¹¹.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2017, pp. 143-191.
- Artículo 756, en Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduna Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil comentado*, vol. II, Cizur Menor, 2016².
- GARCÍA RUBIO, María Paz, OTERO CRESPO, Marta, «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», en M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de sucesiones*, I, Cizur Menor, 2016².
- GÓMEZ POMAR, Fernando, artículo 412-3, en Joan Egea Fernández, Josep Ferrer Riba (dir.), *Commentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Barcelona 2009, pp. 102-116.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del Carmen, comentario STS 3.6.2014, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.^o 97, 2015, pp. 277-288.
- GRACIA IBÁÑEZ, Jorge, «El maltrato familiar hacia las personas mayores. Algunas reflexiones para la delimitación de un territorio de fronteras difusas», *Oñati Socio-Legal Series*, v. 1, n. 8 (2011), pp. 1-26.
- GREGORY, Sara M., «Paved with Good ‘Intentions’: The Latent Ambiguities in New Jersey’s Slayer Statute», *Rutgers Law Review*, 2010, pp. 821-848.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen, «La causa séptima de indignidad sucesora: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas», *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, pp. 171-198.
- HUNT, Travis, «Disincentivizing Elder Abuse Through Disinheritance: Revamping California Probate Code § 259 and Using It as a Model», *Brigham Young University Law Review*, 2014, pp. 445-475.
- IBORRA MARMOLEJO, Isabel, «Maltrato de personas mayores en la familia en España», Centro Reina Sofía, Valencia, junio 2008, serie Documentos 14, p. 52, consultable en https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Violencia_Genero_Ficheros_Maltrato_personas_mayores.pdf (última consulta 06/10/2019).
- IGLESIAS PRADOS, Eduardo de la, «Consecuencias en la libertad de testar y la legítima de la violencia en la pareja», en Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Francisco José Aranguren Urruza (dir.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Cizur Menor, 2019, pp. 335-359.

- IRWIN, Emily, «Protecting Mamaw and Her Estate: Elder Abuse Disinheritance in Kentucky», *University of Louisville Law Review*, 2016, pp. 307-329.
- IVONE, Vitulia, «Los derechos de las personas vulnerables: los institutos de protección en el sistema legal italiano», *Revista de Derecho Privado*, 2019, pp. 97-112.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *Indignidad sucesoria y desheredación*, Granada, 2004.
- KERRIDGE, Roger, *Parry and Kerridge The Law of Successions*, London, 2016¹³.
- KORPUS, Kimberleigh N., «Extinguishing Inheritance Rights: California Breaks New Ground in the Fight against Elder Abuse but Fails to Build an Effective Foundation», *Hastings Law Journal*, 2001, pp. 537-578.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al, *Elementos de derecho civil. V. Sucesiones*, 3.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid, 2007.
- LAFAURIE BORNACELLI, Andrés, LA TORRE IGLESIAS, Edimer, «La Indignidad para Suceder: Análisis histórico, Caracterización Jurídica y Perspectiva Crítica desde el Derecho Comparado», *Derecho a pensar*, n.º 1, julio-diciembre 2014, pp. 1-28.
- LEARMONTH, Alexander, FORD, Charlotte, CLARK, Julia, John Ross MARTYN, *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, London, 2018.
- MACKIE, Ken, *Principles of Australian Succession Law*, Australia, 2017³.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, «La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7.^º del Código civil», en Andrés Domínguez Luelmo, María Paz García Rubio (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 807-828.
- MARTÍNEZ VELENCOZO, Luz María, «El maltrato psicológico como causa de revocación de la donación», *Diario La Ley*, n.º 8633, Sección Documento on-line, 27 de Octubre de 2015.
- MOSKOWITZ, Seymour, «Golden Age in the Golden State: Contemporary Legal Developments in Elder Abuse and Neglect», *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2003, pp. 589-666.
- MURPHY, Frances, «The 18-Bill Elder Abuse Legislative Package: The Pressure's on the House», *The Wayne Law Review*, 2013, pp. 1167-1191.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Las legítimas en la propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil», en Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Francisco José Aranguren Urruza (dir.), *Las legítimas y la libertad de testar*, Cizur Menor, 2019, pp. 193-210.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, PABLO CONTRERAS, Pedro de, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Curso de derecho civil. Volumen V Derecho de sucesiones*, Madrid, 2013.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José, *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, Madrid, 1997.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta, «Causas de desheredación y flexibilización de la legítima», en Andrés Domínguez Luelmo, María Paz García Rubio (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, Las Rozas, Madrid, 2014, pp. 1131-1154.
- PIEL, Jennifer, «Expanding Slayer Statutes to Elder Abuse», *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 2015, pp. 369-376.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2017³.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, artículo 268, en id. (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. II, Cizur Menor, 2016⁷, pp. 216-219.
- RAPISARDA, Ilenia, «Appunti sull’indegnità a succedere (In attesa dell’auspicata reforma del diritto delle successioni)», *Rivista di Diritto Civile*, 2018/5, pp. 1372-1402.
- REPRESA POLO, M.^a Patricia, *La desheredación en el Código civil*, Madrid, 2016
- RHODES, Anne-Marie, «On Inheritance and Disinheritance», *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 2008, pp. 433-445.
- «Consequences of Heir’s Misconduct: Moving from Rules to Discretion», *Ohio Northern University Law Review*, 2007, pp. 975-991.
- RIBOT IGUALADA, Jordi, artículo 451-17 CCCat, en Joan Egea Fernández, Josep Ferrer Riba (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Barcelona 2009, pp. 1393-1402.
- ROMÁN GARCÍA, Antonio, PERALTA CARRASCO, Manuel, CASANUEVA SÁNCHEZ, Isidoro, *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2018².
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, en *Manual de derecho civil aragonés*, Zaragoza, 2012⁴.
- SIMMONS, Thomas E., «A Chinese Inheritance», *Quinnipiac Probate Law Journal*, 2017, pp. 124-148.
- SITKOFF, Robert H., DUKEMINIER, Jesse, *Wills, Trusts, and Estates*, New York, 2017¹⁰.
- SNEDDON, Karen J., «Should Cain’s Children Inherit Abel’s Property», *UMKC Law Review*, 2007, pp. 101-139.
- SPIVACK, Carla, «Killers Shouldn’t Inherit from Their Victims-Or Should They?», *Georgia Law Review*, 2013, pp. 145-226.
- TORRES GARCÍA, Teodora F., DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «La legítima en el Código civil (I)», en Teodora F. Torres García (coord.), *Tratado de legítimas*, Barcelona, 2012, pp. 21-86.
- TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar, «La Evolución en la Protección de la Vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n.^o 4, 2012, pp. 125-168.
- VAQUER ALOY, Antoni, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret*, 2007/3, pp. 1-25.
- «Acerca del fundamento de la legítima», *InDret*, 2017/4, pp. 1-28.
- «Perspectives de futur en l’àmbit del dret català de successions», en Institut de Dret Privat Europeu i Comparat Universitat de Girona (coord.), *Els Reglaments europeus i l’evolució del Dret català de contractes, família i successions. Materials de les Vintenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, 2019, pp. 403-458.
- «Instrumentos de previsión y ahorro y sucesión hereditaria. El artículo 421-23 del Código civil de Cataluña y la necesidad de su desarrollo legislativo», en Cristina Villó Travé (coord.), *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Cizur Menor, 2019, pp. 75-99.
- WILLIAMS, Ian, «How does the forfeiture rule work?», en Birke Häcker, Charles Mitchell (ed.), *Current Issues in Succession Law*, Oxford, 2016, pp. 51-76.
- ZIMMERMANN, Reinhard, «Erbunwürdigkeit-Die Entwicklung eines Rechtsinstituts im Spiegel europäischer Kodifikationen», en *Festschrift für Helmut Koziol*, Wien, 2010, pp. 463-511.

La reserva de dominio: enseñanzas desde el Derecho inglés*

ANTONIO LEGERÉN-MOLINA

Profesor Contratado-Doctor de Derecho civil
Universidade da Coruña

RESUMEN

De un tiempo a esta parte se ha ido prestando creciente atención al recurso a bienes productivos y valores mobiliarios para ejercer una función de garantía. En este contexto, la experiencia muestra que la reserva de dominio constituye un instrumento de notable utilidad, existiendo una trayectoria consolidada en varios de los países de mayor pujanza económica de Europa. Al estudio de la normativa, las características y efectos de la reserva en Inglaterra, así como al examen detenido de las dificultades que eventualmente habrían de surgir de trasponer a España la regulación y la práctica existente en dicho país se dedica el presente artículo.

PALABRAS CLAVE

Reserva de dominio. Garantía. Registro. Embargo. Concurso de acreedores. Posesión.

* Profesor Contratado-Doctor de Derecho civil, Universidade da Coruña, ORCID 0000-0001-7806-2058. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto 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» (ReDoG) (IIPP CARO GÁNDARA/RODRÍGUEZ-ROSADO). Agradezco especialmente a los mencionados profesores, así como a Birke HÄCKER y a John CARTWRIGHT de la Universidad de Oxford, sus interesantes y valiosas aportaciones, imprescindibles para la elaboración de este trabajo.

Retention of title: lessons from English law

ABSTRACT

In the last decade, increasing attention has been paid to the use of productive and movable assets as securities. In this context, experience shows that the «retention of ownership» is a very useful instrument, and has a consolidated trajectory in several of the economically stronger countries in Europe. The present paper aims to study the regulation, characteristics and effects of the «retention of title» in England, as well as analyzing in detail the difficulties that would eventually arise from a transposition of English regulation and practice to Spain.

KEY WORDS

Retention of title. Security. Register. Seizure. Bankruptcy. Possession.

SUMARIO: 1. *Preliminar.*–2. *La reserva en el Derecho inglés.* 2.1 Concepto y marco legal de referencia. 2.2 Aspectos formales de la *RoT* y su incorporación al contrato. 2.3 Los diversos tipos de cláusulas *RoT*. 2.3.1 Introducción. 2.3.2 La *simple clause*. A. Concepto. B. La identificabilidad de los bienes. 2.3.3 La cláusula *all monies*. 2.3.4 La *proceeds of sale clause*. 2.3.5 La *aggregation clause* y la *mixed good clause*. 2.4 El *charge* y la relación fiduciaria. 2.5 Los efectos de la *RoT*. 2.5.1 La *RoT* y su consecuencia para el *title* de los terceros. 2.5.2 La posibilidad de embargar bienes bajo *RoT*. 2.5.3 Los supuestos de insolvencia. 2.6 La ejecución de la *RoT*.–3. *Diferencias entre la RoT y la reserva de dominio española. Posibilidades y dificultades para la trasposición de las diversas soluciones legales.* 3.1 Introducción. 3.2 Las fuentes de la reserva y los objetos sobre los que versa. 3.3 Los tipos de reserva admitidos en ambos ordenamientos. En particular, ¿tienen cabida las reservas complejas en el Derecho español? 3.4 La innecesidad de registro. 3.5 Los efectos para los terceros. 3.6 La situación jurídica del vendedor y del comprador.–4. *Conclusión.*–5. *Bibliografía.*–6. *Cases Law ingleses citados.*–7. *Resoluciones españolas citadas.*

1. PRELIMINAR

Una de las variadas lecciones que la crisis económica global que eclosionó en 2008 ha dejado en España ha sido la necesidad de reconsiderar los instrumentos de garantía comúnmente utilizados. Vistas las devastadoras consecuencias que tuvo focalizar de manera preponderante en el sector inmobiliario las garantías del crédito, se advierte que para que éste continúe fluyendo –y con él, la inversión y el creci-

miento económico— es preciso diversificar aquellas. Así, de un tiempo a esta parte la atención también se ha ido fijando de manera creciente en los bienes productivos y en los valores mobiliarios. Cuando tales bienes ejercen la función de garantía se consigue sortear además la falta de «movilidad» y «agilidad» del mercado inmobiliario, concediéndose un mayor dinamismo al crédito. En este contexto, la experiencia ha mostrado que la figura de la reserva de dominio constituye un instrumento de garantía de notable utilidad, motivo que explica el incremento de su uso. En lo que ahora interesa, cabe afirmar que esta institución tiene ya una trayectoria consolidada en varios de los países de mayor pujanza económica de Europa: Alemania e Inglaterra. Al estudio de la normativa, las características y efectos de la indicada reserva en este último país se dedica el presente artículo. En efecto, en las páginas que siguen, y tras delimitar el concepto y el marco jurídico de referencia de la *retention* o *reservation of the title* en el Derecho inglés [apartado 2.1], se pretenden examinar los requisitos formales necesarios para su constitución e incorporación al contrato [apartado 2.2], los distintos tipos de cláusulas que cabe utilizar para realizar la reserva [apartado 2.3], así como otras cuestiones que suscita su uso: su conexión con uno de los derechos reales de garantía frecuentemente utilizados en Inglaterra denominado *charge* o con las relaciones fiduciarias [apartado 2.4]; los efectos frente a los terceros, las soluciones en caso de insolvencia y el posible embargo de los bienes sujetos a reserva [apartado 2.5]; o, en fin, el modo de ejecutarla [apartado 2.6]. Tras dicho análisis se estudiarán también las dificultades que eventualmente habrían de surgir de trasponer a España la regulación y/o la práctica existente en Inglaterra [apartado 3]¹.

2. LA RESERVA EN EL DERECHO INGLÉS

2.1 CONCEPTO Y MARCO LEGAL DE REFERENCIA

Según se avanzó, la *retention of title* (en adelante *RoT*) es una figura cuya finalidad esencial es servir de garantía: el vendedor o suministrador retiene la propiedad de los bienes hasta su pago com-

¹ El análisis de la *retention of title* que se realiza en el presente trabajo se circunscribe únicamente, de los sistemas jurídicos diferenciados existentes en Reino Unido, a los de Inglaterra y Gales, por ser los que abarcan un mayor porcentaje de territorio, población y actividad económica. No se efectúa, por tanto, ninguna referencia al Derecho escocés ni al de Irlanda del norte. Asimismo, se anuncia ya desde ahora que se mantendrán los términos jurídicos originales cuando no exista un equivalente en castellano y que las abreviaturas de los *cases law* ingleses siguen el criterio habitual de cita en dicho país y que se puede consultar en el *Cardiff Index to Legal Abbreviations* <http://www.legalabbrevs.cardiff.ac.uk/site/index>.

pleto². A pesar de existir un contrato hábil para transferir el dominio y una transmisión de la posesión de los bienes al comprador, éste no se convierte en dueño hasta el total abono del precio³. La propiedad

² Aunque luego se examinará en detalle, la señalada en el texto constituye la forma «simple» de reserva de dominio. Tanto en Inglaterra como en Alemania existen otras modalidades. Por lo que se refiere a este último país, *vid.* MARTÍNEZ ROSADO, 2003, pp. 461-506. Y respecto de las inglesas *vid.* el apartado 2.3. Un análisis de algunas figuras análogas a la *RoT* inglesa se contiene en McCORMACK, 1995, pp. 16 y ss. Por otra parte, al lector español familiarizado con los problemas que suscita la reserva de dominio, el aserto incluido en el texto le evocará a la «tesis clásica» que concibe la reserva como una compraventa en la que la adquisición de la propiedad queda supeditada hasta el completo pago. Aunque a lo largo de este trabajo se efectuarán otras referencias a la debatida cuestión de la naturaleza de la reserva –no se realizará un examen exhaustivo al no ser tal el objeto de este trabajo–, conviene resaltar lo siguiente. Primero: en el Derecho inglés –donde como se verá, no existe una regulación específica de la reserva de dominio, quedando en gran medida la configuración de los efectos de la *RoT* a la decisión de las partes contratantes– no han tenido lugar las intensas discusiones doctrinales en torno a la naturaleza de la figura que se estudia, tal y como ha ocurrido en España. Segundo: las figuras a que generalmente se acude en el Derecho inglés para explicar la naturaleza de la *RoT* son un *agreement to sell* cuando no hay pago a plazos o una *conditional sale* cuando sí los haya (cfr. nota n.º 164). Y tercero: de entre las diversas tesis que en España explican la naturaleza de la reserva de dominio –la ya mencionada «tesis clásica», la que la concibe como una compraventa con una condición resolutoria y la que la concibe como un derecho de prenda– se prefiere la señalada en primer lugar. Un análisis más detallado de las diversas tesis se encuentra en RIVERA FERNÁNDEZ, 1994, pp. 26-40, OCAÑA RODRÍGUEZ, 2001, pp. 51-67, y más recientemente en LEGERÉN-MOLINA, 2020, pp. 267-272 y la doctrina que allí se cita. De todos modos, tras la promulgación de la Ley 28/1998, de 14 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles –en adelante LVPBM–, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, el debate reseñado ha perdido intensidad. Y es que, a mi juicio, actualmente parece más claro que legislativamente se concibe la reserva como una condición suspensiva del dominio, a pesar de que tal tesis no se formule de manera acabada y perfectamente coherente en las disposiciones legales. Valga pues esta necesariamente sucinta referencia a modo de justificación de la opción realizada a favor de la «tesis clásica». Igualmente, se advierte también que únicamente se tratarán en la medida y extensión necesaria al objeto de este trabajo otras cuestiones relacionadas con la reserva que han dado lugar a numerosos y profundos estudios; p. ej. el derecho de separación, la tercería de dominio del comprador, etc.

³ En este punto es preciso hacer varias precisiones relevantes respecto del significado del *title* en el ordenamiento jurídico inglés. Primera: en el *common law* puro no existe la distinción tan tajante o absoluta entre propiedad y posesión, habitual en los sistemas de Derecho continental. La posesión constituye un elemento basilar y a él alude el concepto de *title*, que podría definirse como el *right to possess forever*. De manera coherente con la mencionada importancia de la posesión, *ownership* aludiría al *best title to possess forever* (cfr. SHEEHAN, 2017, pp. 11 y 14; *vid.* también BRIDGE, 2015, pp. 30 y 43 quien señala que *ownership amounts to the best available possessory right* y que *ownership is defined in terms of possessory entitlement and therefore there is not qualitatively different from possession itself*). Segunda: de un tiempo a esta parte, y quizás como influencia del *civil law*, se ha incrementado el uso del término *property* u *ownership*, aunque, en realidad, lo relevante en el *common law* puro es el *title* (*vid.*, a modo de ejemplo, la *Section 61* del *Sale of Goods Act*). Es más, existen ciertas discrepancias doctrinales sobre la oportunidad de identificar *title* con «propiedad» (a favor de tal identificación, al menos a efectos prácticos, *vid.* McCORMACK, 1995, p. 8 y PARRIS, 1986, pp. 15-16; en contra SHEEHAN, 2017, p. 14). Y tercera: en ocasiones, con la referencia al *title* también se alude a los *rights that pass between seller and buyer* en una compraventa (cfr. McCORMACK, 1995, p. 8). De lo expuesto se colige que el término *title* no se utiliza siempre con un significado único, que la identificación entre *title* y *ownership* no es específica en la doctrina, y que en el *common law* se presta mayor atención a la posesión que a la propiedad entendida en sentido continental. Por lo expuesto y ante la falta de identificación conceptual de *title* con dominio –cabe decir que

constituye, por tanto, una garantía que el vendedor tiene para que se le pague la deuda⁴.

Una primera idea a destacar es que en el Derecho inglés, la *RoT*, que goza de un extendido uso, no está tipificada legalmente sino que su «creación» es el resultado de la autonomía de la voluntad de los particulares⁵. En efecto, las partes son quienes pueden convenir la retención del *title* de los bienes que consideren oportuno hasta el momento que estimen pertinente o se cumplan las condiciones que hayan establecido; en este caso, el pago completo del precio. Y es que, de manera general, el *Sale of Goods Act* de 1979 (en adelante *SoGA*), en la parte relativa a los efectos del contrato, prescribe que la propiedad se transfiere en el momento en que los contratantes así lo pretendan⁶. En concreto, en la *Section 17* se dispone que *(1) where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred*. Para la determinación de la intención de las partes se atenderá *to the terms of the contract, the conduct of the parties and the circumstances of the case* (*Section 17.2 SoGA*). Como la *RoT* constituye un resultado específico de la posibilidad de pacto mencionada por la citada ley, cuando no se incluye tal acuerdo en el contrato resultarán de aplicación las reglas generales⁷. En lo que ahora inte-

especialmente relevante respecto de los bienes muebles—, aun cuando la *RoT* sea una figura que pretende demorar la trasferencia de la propiedad hasta el pago, en lo posible se evitará el uso de la expresión «reserva de dominio», utilizando preferentemente el término inglés o aludiendo únicamente a la «reserva». Buena prueba de esto que se señala es que la figura que se estudia es *retention of title* y no *retention of ownership*. Finalmente, y en otro orden de cosas, un botón de muestra de las indicadas discrepancias doctrinales puede ser la crítica que se ha efectuado al caso *Re Bond Worth Ltd. [1979] 3 All ER 919*, por crear la «artificial conclusión» de que las partes pretendían que el *legal title* pasase a los compradores y que el vendedor retuviese la *equitable and beneficial ownership* (cfr. PARRIS, 1986, pp. 11 y 13; rebajando la intensidad de la crítica, aludiendo también al caso *Chase Manhattan Bank N. A. v Israel-British Bank (London) Ltd. [1981] Ch 105*, vid. McCORMACK, 1995, p. 9).

⁴ La *RoT* ha sido calificada como un *quasi-security interest* pues realiza la misma función que las *securities* (cfr. SHEEHAN 2017, p. 284).

⁵ La eficacia de las cláusulas *RoT* incorporadas a un contrato por el acuerdo de las partes ha sido confirmada por la *Court of Appeals* en *Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Ltd. [1976] 2 All ER 552*. A raíz de este caso es común referirse a tales cláusulas como las *Romalpa clauses*. Respecto del extenso uso en Inglaterra vid. TITCHEN, 2015, p. 335. En este contexto, en el manual sobre *Retention of title* alojado en la web del *The Insolvency Service* del gobierno de Inglaterra se señala que *to be valid, it is imperative that the retention of title clause is incorporated into the contract which exists at the time of supply*.

⁶ El *Sale of Goods Act* es el resultado de la codificación de la ley inglesa sobre venta de bienes realizada en 1893 por Sir WILLIAM CHALMERS; norma que ha sido sustituida, con pequeñas modificaciones, por el *SoGA* de 1979.

⁷ En tal sentido, el *SoGA* contiene reglas para determinar la intención de las partes —salvo que hayan establecido otra cosa— en relación con el momento en que se transfiere la propiedad al comprador (cfr. *Section 18 SoGA*) pues *the whole object of a sale is to transfer property from one person to another* (cfr. *Section 1 SoGA* y *Rowland v Dival [1923] 2 K. B. 500*). En cualquier caso, el objeto del acuerdo han de ser cosas determinadas o determinables pues la *Section 16 SoGA* dispone que *where there is a contract for the sale of*

resa, en tal caso, de producirse el incumplimiento de la obligación de pago por el comprador, el vendedor únicamente tendrá un derecho personal para exigirlo, junto con la indemnización pertinente. Ello porque en el Derecho inglés de contratos no existe un mecanismo general que permita la resolución del contrato por incumplimiento con devolución recíproca de las prestaciones⁸. Asimismo, de no incluirse la cláusula que permite retener el *title*, la reclamación del vendedor también carecerá de preferencia alguna en caso de concurso de acreedores del comprador: el vendedor será un *unsecured creditor* que podrá satisfacer su deuda tras los *secured and preferential creditors*⁹.

A la vista de las dos consecuencias señaladas –no existe, de modo general, un mecanismo de resolución que permita recuperar los bienes y, de no existir la *retention*, se carece de preferencia en caso de insolvencia– se colige que la inclusión de la *RoT* en el contrato resulta, de entrada, un mecanismo enormemente beneficioso para el vendedor pues le concede una mayor protección de sus intereses¹⁰. En efecto, por medio de la reserva la posición del vendedor no sería la de *unsecured creditor* sino que, al conservar el *title* hasta el abono completo del precio, puede recuperar los bienes en caso de incumplimiento de la obligación de pago, tanto si existe insolvencia del comprador como si ésta aun no se ha declarado¹¹. De todas

unascertained goods no property in the goods is transferred to the buyer unless and until the goods are ascertained. Finalmente, la *Section 19 SoGA* relativa a la *reservation of right of disposal* constituye también un apoyo legal a la posibilidad de introducir la *RoT simple clause* en el contrato; cláusula sobre la que luego se volverá.

⁸ Cfr. SINGLETON, 2010, p. 16 y CARTWRIGHT, 2019, pp. 381 y ss; en especial la p. 385.

⁹ De acuerdo con lo expuesto, la *Section 251* del *Insolvency Act* de 1986 define el *retention of title agreement* como el *agreement for the sale of goods to a company, being an agreement (a) which does not constitute a charge on the goods, but (b) under which, if the seller is not paid and the company is wound up, the seller will have priority over all other creditors of the company as respects the goods or any property representing the goods*. Por tanto, la *RoT* es un mecanismo diseñado para proteger al vendedor ante el eventual incumplimiento de la obligación de pago por el comprador, especialmente útil cuando deviene insolvente (*vid. Clough Mill Ltd. v Martin [1984] 3 All ER 982* donde se cuestionó la afirmación de que la *RoT* sirve para asegurar el pago, señalándose que va más allá de tal objetivo). De no existir tal *retention*, el vendedor sería un acreedor con un *personal right*, y carecería, en consecuencia, de preferencia en el cobro: únicamente podría ejercitarse una reclamación contractual *in personam* y recibir lo debido tras el pago de los gastos del procedimiento de insolvencia y de los *secured creditors* (cfr. TITCHEN, 2015, p. 335). De manera categórica, Lord JUSTICE TEMPLEMAN señaló en la *Court of Appeals* en el caso *Borden (UK) Limited v Scottish Timber Products Limited [1979] 3 All ER 961* que *unsecured creditors rank after preferential creditors, mortgagees and holders of floating charges, and they receive a raw deal*. En todo caso, no existe en el Derecho inglés un conjunto de reglas acabado y coherente sobre la prioridad y la *perfection* cuando concurren varios derechos reales sobre unos mismos bienes; lo que ha sido criticado por privar de la necesaria certeza, imprescindible para el tráfico jurídico (cfr. GULLIFER y GOODE, 2017, pp. 192 y ss); un resumen de tales reglas se contiene en SERRANO FERNÁNDEZ, 2016, pp. 69 y ss.

¹⁰ Cfr. PARRIS, 1986, pp. 3 y 8, McCORMACK, 1995, pp. 2-3, y GULLIFER, 2017, p. 246.

¹¹ En este contexto, no ha de olvidarse que, frente a los titulares de *personal rights*, los que tengan *proprietary rights* gozan de prioridad en caso de insolvencia sobre los *secured* y

maneras, aunque, de entrada, la *RoT* pueda parecer un mecanismo perfecto para el vendedor también presenta algunas dificultades¹². Entre otras, basta ahora señalar tres de ellas. La primera: es posible que la *RoT* sea una herramienta que desde un punto de vista económico no le compense introducir en el contrato al vendedor, por ejemplo, por tratarse de pocos bienes, por ser perecederos o porque están desperdigados por varios sitios¹³. La segunda: aun cuando no sea necesario esperar a la situación de insolvencia del comprador para ejercitar la *RoT*, la recuperación de los bienes también conlleva ciertos costes que pueden hacer tal mecanismo inadecuado, especialmente cuando están dispersos. Y en tercer lugar: como se verá más adelante, en determinadas ocasiones las actuaciones del comprador o la del *official receiver* pueden hacer ineficaz la *RoT*¹⁴.

De todas maneras, a pesar de los inconvenientes apuntados –y de otros que se examinarán a lo largo de este trabajo–, la cláusula de reserva a que ahora se alude otorga al menos cierta ventaja al

unsecured creditors pudiendo reclamar los bienes que les correspondan que estén en manos del insolvente (sobre la distinción *personal-proprietary rights*, vid. PANESAR, 2001, pp. 238 y 245). Respecto de la innecesidad de esperar a la insolvencia para ejercitar la *RoT*, vid. HALL, 2002, p. 9 o GULLIFER, 2017, p. 252. En efecto, en muchos casos parece oportuno realizar una acción preventiva cuando se vea con claridad que el comprador tiene serias dificultades para pagar sus deudas. Asimismo, la introducción de una *RoT* puede resultar especialmente interesante para el vendedor cuando el comprador sea persona física y no una empresa, en atención a que aquella no puede crear sobre los bienes la modalidad *floating* del derecho real de garantía en que consiste el *charge* (cfr. McCORMACK, 1995, p. 3). Aunque luego se verá con más detenimiento (cfr. apartado 2.3), el *charge* es un derecho real de garantía cuya peculiaridad es que los bienes sobre los que recae quedarán afectos de manera directa e inmediata al cumplimiento de la obligación garantizada, limitando, en consecuencia, el poder de disposición del deudor sobre ellos. Junto con esta modalidad –el *fixed charge*–, también existe otra denominada *floating charge*: en ella inicialmente no son unos concretos bienes los que quedan afectos a la garantía sino todo el patrimonio del deudor. La concreción de los específicos bienes que quedarán afectos se lleva a cabo por medio de la *crystallisation*. En cualquier caso, la constitución del *charge* no exige traspaso posesorio pero sí requiere inscripción.

¹² De un modo un tanto extremo, FINCH (1999, p. 649), apunta que la *RoT achieves the worst of a number of worlds* pues agrava la posición de los pequeños acreedores, es percibida –posiblemente de manera errónea– por los *secured creditors* como una amenaza por lo que aumenta el precio de los créditos, y, finalmente, no siempre proporciona una protección efectiva –de manera especial cuando realmente se trata de un *charge* que no se haya registrado–.

¹³ Tampoco han de minusvalorarse las dificultades que para un pequeño vendedor puede suponer la introducción de una *RoT* en un contrato de suministro con un gran comprador. En muchas ocasiones carecerá de «fuerza comercial» suficiente para hacerlo (cfr. TITCHEN, 2015, p. 335).

¹⁴ Vid. el apartado 2.6 y, sobre la práctica del *hiving down*, McCORMACK, 1995, pp. 3 y 4. Por otra parte, como en su día se apuntó en el *Cork Review Committee*, la *RoT* no concede adecuada protección a los proveedores de servicios ni a los de bienes consumibles –p. ej. gasoil para calefacción– (cfr. CORK REVIEW COMMITTEE 1982, parr. 1619). Finalmente, otra dificultad importante que presenta la *RoT* es la ausencia de registro; materia sobre la que se volverá más adelante. En relación con el *official receiver* basta con señalar ahora que es un miembro del *UK Insolvency Service*, dependiente del *Department for Business, Energy and Industrial Strategy*, que actúa de manera similar a lo que en España sería un administrador concursal, aun cuando sus funciones varíen dependiendo del caso de que se trate (cfr. nota n.º 95).

vendedor pues le permite gozar de una garantía de pago –especialmente útil en caso de insolvencia–; le concede una posición negociadora más fuerte que en caso de no existir la *RoT* y le otorga la posibilidad de recibir un «pago» sustancial de la parte aun sin abonar por medio de la recuperación material de los bienes¹⁵.

Expuesto el concepto, el origen y algunas ventajas e inconvenientes de la *RoT*, por lo que hace a la normativa aplicable de lo señalado se deduce que primariamente ha de atenderse a los términos del contrato que la incorpore al no existir una específica regulación de la *RoT* en el Derecho inglés. Con todo, el marco legal de referencia en esta materia viene constituido por las leyes inglesas relativas a la venta de bienes –*Sale of Goods Act*–, las que conciernen al registro de los eventuales gravámenes –*Companies Act* de 2006 y el *Bill of Sales Act* (1878-1891)– y la que regula la insolvencia –*Insolvency Act de 1986*–, que resultarán de aplicación cuando ambas partes sean nacionales o, no siéndolo, así lo hayan acordado en el contrato¹⁶. A pesar del citado ámbito de aplicación, cuando en una compraventa con cláusula de reserva o en un eventual procedimiento de insolvencia todas las conexiones, objetivas o subjetivas, no se den en el mismo Estado, la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, una vez fijada la competencia judicial internacional de los tribunales, resultará una cuestión más compleja¹⁷.

¹⁵ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 335.

¹⁶ A pesar de que en el texto se mencionen algunas leyes, no ha de olvidarse que en el Derecho de contratos inglés lo primordial es el clausulado específico de cada uno (cfr. CARTWRIGHT, 2019, pp. 106-114; y sobre cómo le afecta el Derecho europeo, *ibidem*, pp. 123-126); y, en lo que hace a la *RoT*, la introducción de tal cláusula es, como se dijo, fruto del acuerdo de las partes.

¹⁷ A excepción de Dinamarca, en la Unión Europea, a los contratos realizados a partir del 17 de diciembre de 2009 les resultará de aplicación el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). En ausencia de una manifestación de las partes sobre la ley aplicable (cfr. el artículo 3 del Reglamento, que recoge la libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable), si se trata de una compraventa de mercaderías «se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual» (art. 4.1.a). Si se trata de un contrato no incluido en el apartado 1 de dicho precepto, «se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato» (art. 4.2) –en este caso, el vendedor–. En esta materia ha de tenerse en cuenta que el Reino Unido no es parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, y que tras el Brexit dejará de aplicar tanto el Reglamento mencionado como los demás existentes en la UE, pasando a regirse por sus normas de DiPr de producción interna. Finalmente, si se trata de una insolvencia internacional habrá de acudirse al Reglamento (CE) 2015/848, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (cfr. arts. 4 y 7) –el actual Reglamento resulta aplicable a los procedimientos que se hayan abierto a partir del 26 de junio de 2017–. Sobre todas estas normas, *vid.* CARO GÁNDARA, 2018, pp. 26-29. Junto con tales normativas, y al margen de los posibles puntos de conexión, ha de tenerse en cuenta también la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (sobre el sentido de la citada Directiva, *vid.* CARO GÁNDARA, 2018, pp. 31-39) que ha sustituido a la Directiva 2000/35/CE del mismo título.

2.2 ASPECTOS FORMALES DE LA *RoT* Y SU INCORPORACIÓN AL CONTRATO

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho español –como en su momento habrá ocasión de comprobar–, en el inglés en ningún caso se precisa de una forma determinada para la validez de la *RoT* o para su eficacia. La reserva del *title* puede incardinarse en contratos realizados verbalmente o en otros que estén redactados por escrito –como parece lógico, en estos últimos resulta más sencillo probar la existencia e incorporación de la cláusula *RoT*, así como el examen de su alcance¹⁸. En cualquier caso, ante la inexistencia de una forma específica, lo esencial es que antes de perfeccionar cualquier convenio que contenga una *RoT* ambas partes sean conscientes de que están incluyendo y aceptan una cláusula con tal reserva¹⁹; de lo contrario, no se aplicará la *RoT* y sí las reglas generales relativas al traspaso de propiedad (cfr. *Section 18 SoGA*). Dicho en otros términos: la incorporación de una *RoT* ha de ser consecuencia del acuerdo de los contratantes, estando informados de ella antes de concluirlo, con independencia de si se trata de un contrato verbal o escrito. A tal efecto cabe utilizar variedad de métodos; entre otros: efectuar una mención expresa del conocimiento y aceptación de la *RoT* en el clausulado, acordar su incorporación al aceptar una orden realizada por el comprador, incluir la *RoT* en el catálogo o la lista de precios del vendedor de modo que se conozca su uso habitual por aquél y así lo acepte el comprador, etc.

Cuando se trate de contratos verbales, un elemento que podrá servir de prueba de la existencia de una cláusula *RoT* es que se haya hecho mención a ella en las conversaciones que han dado lugar al acuerdo, o, no existiendo tal referencia, si se ha incluido de manera convenida con posterioridad²⁰. También resultará de ayuda la acreditación de relaciones comerciales frecuentes entre las partes contratantes sometidas a unos términos y condiciones pactados por ellas donde se incluya la reserva o ésta sea una cláusula frecuente en el sector comercial específico de que se trate –p. ej. como ocurre en la industria textil²¹. En cualquier caso, ha de apuntarse

¹⁸ De todos modos, la ignorancia de la *RoT* por parte del concursado o de los «administradores concursales» no impide necesariamente su existencia (cfr. SINGLETON, 2010, p. 19).

¹⁹ En efecto, uno de los obstáculos más habituales para la eficacia de la *RoT* es la prueba por el vendedor de su aceptación por el comprador como parte del contrato –o de los términos y condiciones que la incluyan–.

²⁰ *The Insolvency Service* (2009) insiste en que, con independencia del método utilizado para contratar, todos los cambios subsiguientes que se realicen por escrito u oralmente han de ser acordados por ambas partes.

²¹ Cfr. SINGLETON, 2010, p. 26.

que, aun cuando hay libertad de forma, en la práctica, los tribunales, los *official receivers*, los administradores y los liquidadores suelen ser bastante reticentes a admitir una *RoT* si no consta por escrito: han de aportarse pruebas contundentes de su existencia para poder desplazar las mencionadas reglas generales relativas a la transferencia del dominio²².

Cuando el contrato conste por escrito, lo idóneo es que la *RoT* figure no solo expresamente en él sino también en los documentos precontractuales o preparatorios, así como en la factura resultante de dicho acuerdo. De aparecer solo en esta última, generalmente no se admitirá al considerarse que tal momento es demasiado tarde para pactar la introducción de una cláusula de reserva del *title* pues el contrato ya se ha perfeccionado²³. Ello, salvo que se demuestre que la factura se remitió antes que los bienes y que las partes habían establecido que su recepción fuese interpretada como una aceptación del contrato; o también salvo que se pruebe que se ha incorporado a la contratación con posterioridad al envío de dicho documento, o que se han realizado varios suministros y las partes han aceptado la aplicación de los términos de sus relaciones comerciales habituales y en ellos conste la *RoT*; o, en fin, que se pueda probar la conciencia del comprador respecto de la *RoT* al constar en facturas de suministros anteriores²⁴.

También se pueden suscitar problemas sobre la existencia de una cláusula *RoT* cuando no haya mención alguna de ella en el contrato pero aparezca en los documentos preparatorios. En efecto, es posible que las partes hayan acordado su eliminación o, por el contrario, su mantenimiento a pesar de no existir referencias expresas en el documento contractual; lo que no parece frecuente²⁵. En

²² Cfr. TITCHEN, 2015, p. 341. Siendo ello así, y junto con lo que más adelante se dirá, parece que la aceptación *in totum* de los términos y condiciones propuestos por el comprador constituye, de entrada, una prueba de la inexistencia de la cláusula antes que de su existencia; motivo por el cual el *official receiver* debe asegurarse, de manera especial, de que la cláusula *RoT* fue notificada al comprador cuando el vendedor acepta la oferta propuesta por aquél (cfr. SINGLETON, 2010, p. 24).

²³ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 343. Lo mismo cabe decir respecto de los albaranes. Tanto éstos como las facturas ordinariamente son documentos post-contractuales y de incluirse solo en ellos el comprador puede alegar que no era consciente de la *RoT* cuando efectuó la compra (cfr. HALL, 2002, p. 10).

²⁴ La cláusula también será válida si hubo acuerdo entre las partes tras el contrato, pero solo si se ha proporcionado una nueva *consideration* a la introducción de aquella. Respecto de la *consideration* y su eficacia para hacer exigibles las promesas contenidas en un acuerdo *vid.* CARTWRIGHT, 2019, pp. 198 y ss; en especial, las pp. 203-204. Si existían relaciones comerciales previas se aplicarán los términos de aquellas si se entiende que las partes así lo han querido. En tal caso se puede aceptar una cláusula notificada solo en la factura que haga referencia a un contrato anterior en el que aquella no estaba incluida (cfr. SINGLETON, 2010, p. 26).

²⁵ La inclusión de una *RoT* en las cláusulas generales de un contrato supondrá la aplicación del Derecho contractual. De acuerdo con él, cabe admitir la existencia de la cláusula por la vía de los «términos y condiciones» estándar no firmados si hay pruebas

tal sentido, la constancia de la cláusula *RoT* en un documento que contenga los términos del contrato y que haya sido firmado por el comprador antes de la perfección de aquel –e incluso en uno no firmado– podrá servir, según los casos, para demostrar su inclusión –salvo prueba en contrario–, aun cuando en el momento de la firma del contrato el adquirente no fuese plenamente consciente de tal cláusula o de sus efectos²⁶.

Finalmente, en los supuestos en que la cláusula no se mencione expresamente en los documentos preparatorios pero sí en el contrato también pueden originarse problemas, no respecto a su existencia –salvo que se demuestre que con posterioridad a su aprobación las partes han alterado los términos de aquel–, sino en relación a su alcance²⁷. En efecto, pueden surgir dificultades en lo que atañe a la extensión de la cláusula si no está correctamente redactada, o cabe también que inadvertidamente se esté creando el derecho real de garantía en que consiste el *charge*; gravamen cuya constitución precisa de registro para su validez y para su eficacia en casos de insolvencia (cfr. *Section 860 Companies Act*); tarea que conlleva un coste de tiempo y de dinero²⁸. En cambio, la cláusula *RoT* no demanda tal registro para su validez ni para su eficacia. Siendo ello así, y a la vista de que no han sido pocos los supuestos donde una cuestión importante sometida a los tribunales consistía en la determinación de si una cláusula era simplemente una *RoT clause* o, por el contrario, creaba un *charge* –generalmente, en tales casos, ineficaz por no haberse registrado– parece lógica la recomendación de la cautela en la redacción de la *RoT*; especialmente cuando se trate de contratos de gran volumen²⁹.

evidentes de que se trajeron a la atención del comprador antes de la conclusión del contrato. De manera alternativa, éste ha de tener *reasonable notice* de tales «términos y condiciones» o éstos deben estar *reasonably available* por escrito o electrónicamente (cfr. TITCHEN, 2015, p. 343). En tal sentido, también constituirá una prueba de la existencia de la *RoT* si figura en el documento de que se trate y el vendedor puede demostrar que ha hecho todo lo posible para «atraer la atención» del comprador sobre la cláusula, aun cuando éste no sea plenamente consciente respecto de sus efectos en el momento de contratar (cfr. SINGLETON, 2010, p. 24). Sobre el error y la *misrepresentation* en el ámbito contractual inglés, *vid.* CARTWRIGHT, 2019, pp. 238 y ss y CARTWRIGHT, 2017.

²⁶ Sobre la importancia del *entire agreement* y del *collateral contract* a fin de determinar el contenido de cualquier contrato, *vid.* CARTWRIGHT, 2019, pp. 289-294.

²⁷ Por lo expuesto en el texto, es frecuente que el *official receiver* pregunte a las partes si han alterado los «términos y condiciones» de sus formularios desde la perfección del contrato. En caso positivo, habrán de determinarse los detalles de los cambios, las fechas, el modo en que se informó a la otra parte a fin de asegurarse de que los nuevos términos se incorporaron al contrato, etc. (cfr. SINGLETON, 2010, p. 26).

²⁸ Un ejemplo usual de *charge* sería cuando, no existiendo relación fiduciaria ni de agencia, se concede al vendedor un derecho sobre los resultados de la venta de los bienes entregados (cfr. SINGLETON, 2010, p. 22).

²⁹ Cuando se trate de un contrato de gran volumen, el suministrador usualmente preferirá el registro del *charge*; lo que no suele suceder si se trata de contratos más numerosos y sin una elevada cuantía: son pocos los proveedores que en tales casos acuden al

En cualquier caso, para determinar el alcance de una cláusula *RoT* habrá de recurrirse a los medios ordinarios de prueba: documentos o conversaciones precontractuales, acciones desarrolladas por cada parte, precedentes de negociación entre ambos, coherencia con el contenido del negocio y el objeto social de las empresas, etc³⁰.

2.3 LOS DIVERSOS TIPOS DE CLÁUSULAS *RoT*

2.3.1 Introducción

En el apartado anterior se mencionó que las partes –quienes «crean» la *RoT*–, han de redactar con cuidado y precisión tales cláusulas, tanto para evitar la creación inadvertida de un *charge* que exija la inscripción en el Registro, como –y fundamentalmente– para que quede clara su intención, así como la extensión de la reserva³¹. Y es que en el momento de hacer efectiva la *RoT* ha de examinarse no solo su correcta incorporación al contrato –esto es, que ambas partes acordaron su inclusión– sino también hasta donde alcanza la reclamación del vendedor; cuestión usualmente controvertida.

A fin de facilitar el conocimiento de esta materia, a continuación se exponen separadamente las cláusulas de reserva del *title* más habituales en el Derecho inglés. Según se verá, cuanto más

Registro (cfr. SINGLETON, 2010, p. 18). En este contexto, se ha criticado la necesidad de registrar todos y cada uno de los contratos que crean un *charge* pues parece que con un anuncio claro de que un concreto vendedor siempre utiliza la *RoT* y crea un *security interest* resultaría suficiente para advertir a posibles nuevos compradores o acreedores (cfr. McCORMACK, 1995, p. 5).

³⁰ *Battle of forms* –la «batalla de los formularios»– es la expresión con que se alude en el Derecho contractual inglés a la situación en que existe conflicto entre los «términos y condiciones» de las partes del contrato –ambas pretenden «imponer» sus condiciones comerciales estándar no negociables– y hay también varias comunicaciones entre ellas que suscitan dudas sobre cuál se aplica (cfr. CARTWRIGHT, 2019, pp. 182-184). En este contexto, basta ahora con enunciar tres reglas. Primera: los términos estandarizados se pueden entender incluidos en el contrato si las partes han estado haciendo negocios durante cierto tiempo aun cuando quepan cláusulas específicas por áreas (cfr. TITCHEN, 2015, p. 343). Segunda: si el vendedor intentó aceptar la oferta del comprador pero existía un conflicto con sus propios términos, ha de entenderse que su posterior aceptación no es incondicional, sino que ha debido haber una contra-oferta. Si el comprador ha continuado con la transacción se supone que ha debido aceptar la oferta realizada por el suministrador (*Butler Machine Tool Co v ExCell-o Corp (England) Ltd. [1979] 1 All ER 965*). Y tercera: la cláusula *RoT* ha de ser coherente con el propósito general del contrato: p. ej. se ha admitido que el comprador tenía derecho a revender los bienes sujetos a tal cláusula porque tal era la naturaleza del negocio que desarrollaba y el vendedor lo sabía y no «retiró» expresamente tal permiso al comprador (cfr. TITCHEN, 2015, p. 343). Otros criterios que cabe aplicar en este ámbito con respecto a la *notice* del comprador se contienen en *John Snow and Co. Ltd. v D. G. B. Woodcroft and Co. Ltd. [1985] BCLC 54*.

³¹ No existe una fórmula única, clara y específica para cada modalidad de cláusula *RoT*. Por ello, lo esencial es que las palabras empleadas muestren claramente la intención de las partes.

sencilla sea aquélla –por ejemplo, la *simple clause*– más fácilmente será admitida por los tribunales, sin necesidad de registro alguno. Y cuánto más compleja y extensa sea la garantía que incluya con mayor facilidad será considerada como un *charge* que precise el indicado registro³². Asimismo, también ha de señalarse que las partes libremente pueden incluir varias cláusulas *RoT* en un mismo contrato, de modo que en caso de producirse la nulidad o ineficacia de alguna de ellas –ya sea porque la mala redacción impide conocer la voluntad de las partes, ya por ser un *charge* no inscrito, o por la causa que sea– las demás podrán seguir siendo válidas realizando la función de garantía pretendida³³.

2.3.2 La *simple clause*

A. CONCEPTO

La finalidad de la denominada *simple clause* es la retención de la propiedad por el vendedor hasta el completo pago del precio de la venta de que se trate³⁴. Esta modalidad de *RoT* resulta sencilla en su configuración y ejecución, pero presenta, entre otros, tres inconvenientes. En primer lugar, cada operación de venta se trata de manera independiente. Por ello, es perfectamente posible que un comprador haya pagado totalmente a un vendedor una factura de menor importe respecto de un determinado tipo de bienes que conserva y que quede pendiente de pago otra mayor sobre bienes idénticos y de los que a lo mejor ya se haya dispuesto³⁵. Como la

³² Cfr. TITCHEN, 2015, p. 342.

³³ Cfr. *The Insolvency Service*, 2009. Con frecuencia, las cláusulas que resultan de la mezcla de las que a continuación se examinan en el texto se denominan *multi purpose clauses*; facilitan –especialmente cuando se incluyen en subapartados claramente diferenciados– que la nulidad de una parte permita mantener la validez de las demás. Un ejemplo donde las cláusulas se leyeron de manera «disyuntiva» es *Clough Mill Ltd. v Martin* [1984] 3 All ER 982.

³⁴ Tres ejemplos de *simple clauses* serían: a) *title in the goods shall not pass to the customer until they have been paid for in full*; b) *ownership of the goods shall not pass to the purchaser until payment in full of the price has been made to the seller*, y c) *the ownership of any goods delivered shall remain with us until the full invoice price has been paid*. Respecto de esta modalidad de cláusula existe consenso en negar que cree un *charge* registrable. En tal sentido, vid. *Clough Mill Ltd. v Martin* [1984] 3 All ER 982 –aunque en tal caso el contrato concedía al comprador, entre otros, los derechos de uso, consumo y reventa de los bienes–, BRADGATE, 1995, p. 260 y McCORMACK, 1995, p. 127. De todos modos, a fin asegurar que no se crea tal *charge* parece oportuno eludir frases que, en la distinción creada por la *equity* entre la *equitable and beneficial ownership* y la *legal property*, aludan a la reserva solo de aquella, ya que podría dar a entender que solamente se traspasa aquella al comprador y que éste establece *equitable rights* a favor del vendedor, lo que constituiría un *charge* (cfr. McCORMACK, 1995, p. 127 y BRADGATE, 1995, p. 260).

³⁵ Según se verá en el apartado correspondiente, en España la Ley 28/1998, de 14 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles –una de las que se refieren a la reserva de dominio–, excluye de su ámbito de aplicación los bienes que vayan a ser revendidos, conside-

recuperación de los bienes o la retención del *title* opera de manera independiente para cada contrato, el vendedor no podrá dirigirse contra los de la factura pagada por el comprador y que aún posee –ya se ha convertido en propietario de ellos–, aunque sean idénticas las partes y los bienes sean del mismo tipo³⁶.

El segundo inconveniente que cabe apuntar ahora es que la *simple clause* puede quedar sin efecto cuando los bienes a que aluda hayan desaparecido como tales por haber sido mezclados o combinados con otros –por ejemplo, para producir unos distintos–, o hayan sido incorporados de manera definitiva al bien o bienes de que se trate; aspecto que se examina en el siguiente epígrafe.

En tercer lugar, también constituye un inconveniente de este tipo de cláusula que usualmente no se alude al traspaso de los riesgos; lo que, a mi juicio, ha de ocurrir con la entrega de los bienes. En efecto, en atención a que lo único que señala el *Sale of Goods Act* en la *Section 20* es que *unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk unless the property in them is transferred to the buyer; but when the property in them is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not*, y a la vista de cómo opera la *RoT*, parece oportuno que las partes señalen con claridad en el contrato cuándo tiene lugar el indicado traspaso. En su defecto, considerar que los riesgos recaen sobre el vendedor porque sigue manteniendo la «propiedad» parece poco coherente con la situación posesoria existente³⁷.

B. LA IDENTIFICABILIDAD DE LOS BIENES

Ya quedó señalado que la introducción de una cláusula *RoT simple* en el contrato permite al vendedor recuperar los bienes entregados hasta el pago completo de la deuda; lo que resulta especialmente útil en caso de insolvencia. Para que ello pueda tener lugar los bienes han de ser identificables: es imprescindible que el

rando la doctrina que la autorización para vender conlleva la presunción de la terminación de la reserva, de manera que no se aplicará entre el nuevo adquirente y el vendedor inicial (cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, 1991, pp. 33-34). No ocurre igual en el Derecho inglés donde, según se apuntó, la *RoT* carece de tipificación legal.

³⁶ Para saber qué ocurre si, habiéndose pagado únicamente parte de la deuda, el vendedor ejercita la *retention of title*, habrá de estarse, en primer lugar, a los términos del contrato pues en él las partes habrán pactado cuándo tiene lugar la transferencia de la propiedad. De haberse transferido el *title* –por ejemplo, porque haya habido una reventa parcial– el vendedor sólo podrá reclamar la parte no pagada, quedando ineficaz la *RoT* a partir de entonces –salvo que se hubiese constituido como *charge registrable*–. De no haberse transferido el *title*, si se trata de una *RoT simple*, ordinariamente el vendedor podrá recuperar parcialmente los bienes.

³⁷ Una alternativa que se ha sugerido frente al mencionado traspaso de los riesgos es que el vendedor asegure los bienes; lo que supone un incremento de los costes (cfr. PARRIS, 1986, p. 45).

vendedor indique cuáles de los que tiene el comprador en sus instalaciones corresponden exactamente con los no pagados. A fin de que el vendedor dé cumplimiento a su obligación de identificar los bienes, y en previsión de un eventual ejercicio de la *RoT*, lo lógico es que utilice números de serie, marcas o etiquetas identificativas únicas para cada producto y que incluya tales referencias en todos los documentos a ellos referidos –contrato, factura, albarán, etc.–. Los medios para ejercitarse en tal tarea pueden ser variados pero en todo caso han de cumplir con el fin de identificar de manera específica los bienes objeto de cada transacción; tarea que no siempre resulta sencilla; p. ej. cuando se trata de materiales perecederos o a granel³⁸. Si se cumple lo señalado, el vendedor, al ejercitarse la *RoT*, podrá acudir a los locales del comprador –si tal facultad se incluyó específicamente en el contrato–, identificar los bienes no pagados y recuperarlos para sí³⁹.

Cuando los bienes suministrados por el vendedor sean mezclados o combinados con otros, es posible que pierdan su identidad, o, al menos, la posibilidad de ser identificados. La misma consecuencia tiene lugar cuando se hayan incluido en un proceso de manufactura que esté en marcha que les haga perder su forma, o, habiendo terminado ya, formen parte de bienes ya procesados⁴⁰.

A lo que parece, lo adecuado es atender a cada caso pues no siempre ocurre lo que se acaba de apuntar. En efecto, tratándose de bienes fungibles que se valoren por el peso, número o medida, es posible que, a pesar de la mezcla o combinación, los bienes no hayan perdido la identidad porque se hayan juntado a otros de la misma naturaleza, calidad y especie –p. ej. granos de café–. Asimismo, es posible que los bienes suministrados se hayan incorporado a otro/s, pero resulten fácilmente retirables sin causar demasiado daño ni a los propios bienes suministrados ni al objeto final al que se incorporan de modo que no se elimine o reduzca de manera sustancial su posibilidad de uso o venta⁴¹.

³⁸ También se dificulta la identificación cuando haya varios proveedores y no existan marcas específicas, lo que puede privar de eficacia a una reclamación basada en la *RoT*.

³⁹ De todos modos, al vendedor no le está permitido retirar ninguno de los bienes identificados hasta que el *official receiver* dé su aprobación (cfr. *The Insolvency Service*, 2009).

⁴⁰ *Vid.*, en este contexto, el caso *Chaigley Farms Ltd. v Crawford, Kaye and Grays-hire Ltd. [1996] BCC 957* en el que se suministraron animales a un matadero. Tras el nombramiento de los *official receivers* hubo una reclamación para recuperar todos los animales vivos y la carne de los sacrificados. Frente a ella, los *receivers*, sobre la base de que en el contrato se aludía a *live stock* o a *goods* como objeto de la *RoT*, argumentaron con éxito que en el momento del sacrificio el *title* sobre los animales había pasado al matadero. El Tribunal rechazó extender el significado natural de tales términos incluyendo los cadáveres de los animales sacrificados.

⁴¹ A modo de ejemplo, a los efectos señalados no es similar el resultado cuando se suelda una placa de acero a un barco que cuando se atornilla una llanta y un neumático en

¿Qué sucede en tales supuestos con el *title*? En primer lugar, ha de atenderse de manera preferente a los términos del contrato: las partes son quienes señalarán qué ocurre en tales casos. Y es que ante una pérdida de identificabilidad cabe arbitrar que el *title* se traspase al comprador en tal momento, que el que haya aportado más a la mezcla tenga derecho no solo a lo contribuido sino a toda ella con obligación de compensar a la otra parte, o, en fin, que tales bienes sean tenidos por las partes en común en función de lo suministrado por cada uno, permitiéndose en su caso la retirada de la proporción de bienes aportada y que permanece en el conjunto mezclado⁴². De optarse por la primera de las posibilidades mencionadas –lo que no es frecuente– lo relevante será la pérdida de tal identificabilidad; aspecto de no siempre fácil determinación⁴³. La segunda de las opciones apuntadas se ajusta más a los casos en que la mezcla no ha sido autorizada y resulta ilícita –*wrongful*– aunque tampoco es frecuente en la actualidad⁴⁴. Y la tercera, la más habitual, se suele aplicar primariamente cuando la mezcla es consentida expresa o tácitamente o se ha realizado por accidente –aun cuando tal regla no constituya una *settled law*–⁴⁵. De todos modos, existe una opinión cada vez más extendida de que también se ha de aplicar en los casos en que la mezcla sea *wrongful*⁴⁶.

un tractor. *Vid.* el caso *Hendy Lennox Ltd. v Grahame Puttick (Engines) Ltd.* [1984] 2 All ER 152 en el que se habían suministrado motores diesel perfectamente separables del objeto final sin menoscabo alguno.

⁴² En cualquier caso habrán de probarse los elementos básicos: que los bienes han sido suministrados por el vendedor y aun están sin pagar. De todas maneras, en este contexto se ha suscitado la cuestión de si aquél debe probar que los bienes entregados aún están en la mezcla en el momento de la reclamación –y, por ejemplo, no se han transferido a un tercero– o resulta suficiente con probar que fueron entregados para la mezcla. GOODE (2010, p. 122) defiende que se ha de probar que aún estén en ella; salvo que la mezcla sea *wrongful* –ilícita–.

⁴³ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 345. Un supuesto peculiar donde no se traspasó el *title* al comprador habiéndose perdido la identidad fue *Hachette UK Ltd. v Borders (UK) Ltd.* [2009] EWHC 3487 Ch.

⁴⁴ El *leading case* de la posición mencionada en el texto es ya antiguo: *Lupton v White* [1808] 33 E. R. 817. *Vid.* también PARRIS, 1986, p. 95. Como parece obvio, un elemento relevante en este contexto es determinar si la mezcla ha sido *wrongful* o no; siéndolo, por ejemplo, cuando se haya establecido que los bienes se guarden de manera separada y se proceda a la mezcla. Con todo, la consideración de que, salvo que exista una *RoT* prohibiendo expresamente la mezcla o el uso en la manufactura, debe presumirse la existencia de al menos una autorización implícita del vendedor para ello, atemperará la extensión de la referida ilicitud (cfr. BRADGATE, 1995, p. 268).

⁴⁵ Cfr. *Sandeman and Sons v Tyzak and Branfoot Steamship Co Ltd.* [1913] AC 680. *Vid.* también PARRIS, 1986, pp. 96 y 97, McCORMACK, 1995, p. 55 y BRIDGE, 2015, p. 134 y los casos que allí se citan. En tales supuestos, ha de tenerse en cuenta si se han producido retiradas previas de material para poder determinar de manera exacta la cantidad que le corresponde al vendedor.

⁴⁶ Cuando la mezcla sea inocente el resultado corresponderá a ambos: serán *tenants in common* en las proporciones aportadas (cfr. *Spence v Union Marine Insurance Co Ltd* [1867-68] L. R. 3 C. P. 427). Por otro lado, la extensión de la referida regla se justifica en parte porque hoy en día existen precisos instrumentos de medición. Ahora bien, la parte inocente tiene derecho a recibir una cantidad igual a la aportada –de existir dudas se reali-

Distinto sería cuando se trata de bienes que, por haberse incorporado de manera definitiva a otros de carácter mobiliario o inmobiliario o por haber sido objeto de un proceso de manufactura, han perdido su identidad⁴⁷. Tal sería el caso de los incorporados no separables sin daños, como, por ejemplo, el del cuero que se incluya en un proceso de manufactura, el cartón para hacer cajas, la comida para su elaboración, etc⁴⁸. Lo más habitual es que en tales supuestos, a salvo la intención de las partes, primariamente el objeto al que se incorporan o el bien manufacturado pertenezca al comprador –que, en algunos casos, también ha aportado su trabajo–⁴⁹.

Cuando los bienes se han incorporado a otros pero resultan retirables sin daño considerable, lo frecuente es entender, a salvo lo que indiquen las partes, que el *title* no ha pasado al comprador en el momento de la entrega⁵⁰. Con todo, habrá de atenderse al contenido y extensión de la cláusula incluida en el contrato, que usualmente suele tener en cuenta la posible identificación y separabilidad de los bienes.

De lo expuesto se colige que primariamente ha de atenderse a lo que las partes estimen oportuno, pues no resulta irrelevante si, utilizando la terminología tradicional del Derecho Romano, la operación que se efectúe con los bienes suministrados se puede califi-

zará una interpretación a su favor– así como a los daños causados por la disminución de valor debida a la mezcla (cfr. *Indian Oil Corporation Ltd v Greenstone Shipping Co SA (Panama) [1988] 1 QB 345*).

⁴⁷ En tal sentido, no son pocos los autores que aplican los principios de la accesión conforme a los que lo accesorio sigue a lo principal (cfr. McCORMACK, 1995, p. 51 o SHEEHAN, 2017, p. 27). El problema suele surgir en la determinación de hasta qué punto existe tal incorporación. *Vid.* a tal efecto, los diversos indicios que apunta GUEST, 1964, pp. 507-509 o el *injurious removal test* frecuentemente utilizado en el ámbito del *common law* para determinar o no la existencia de accesión (cfr. McCORMACK, 1995, p. 52). En cualquier caso, parece de todo punto oportuno contar con el adecuado asesoramiento legal. Así las cosas, en los párrafos que siguen en el texto únicamente se hará alusión a los supuestos que resultan lícitos. Sobre los *wrongful vid*. BRIDGE, 2015, pp. 133-134.

⁴⁸ En *Borden (UK) Ltd. v Scottish Timber Products Ltd. [1979] 3 All ER 961*, el bien que perdió la identidad era resina; y en *Re Peachdard Ltd. [1983] 3 All ER 204* se trataba de cuero.

⁴⁹ Cfr. GOODE, 2010, p. 123 y BRIDGE, 2015, p. 133. De todas maneras, las dificultades aquí se pueden suscitar también en relación al test aplicable para determinar si hubo o no «nuevo producto»: si ha de usarse el criterio de la reversibilidad, el de ser una sustancia química diferente, etc. (cfr. MATTHEWS, 1981, pp. 123-126, *Chaigley Farms Ltd. v Crawford, Kaye and Grayshire Ltd. [1996] BCC 957* y lo apuntado en la nota siguiente). En cualquier caso, si el vendedor, por medio de la introducción en el contrato de una cláusula específica, pretende retener la propiedad del nuevo bien o algún *interest* –derecho real limitado– en ella, posiblemente se estará creando un *charge registrable* (cfr. BRADGATE, 1995, p. 269). A lo que parece, se estará transfiriendo el *title* al comprador y éste está creando un *security interest* en los bienes a favor del vendedor.

⁵⁰ Cfr. SAWER, 1935, p. 52. A modo de ejemplo, *vid. Hendy Lennox (Industrial Engines) Ltd. v Grahame Puttick Ltd. [1984] 2 All ER 152* donde la posibilidad de remoción de los motores diesel incorporados al producto final justificó que el *title* no hubiese pasado al comprador. Aludiendo a *much damage* y no solo *damage* respecto de la retirada del bien, *vid. Elsdon-McIntosh*, 2010, p. 17.

car como *commixtio*, *confusio*, *accessio* o *specificatio*⁵¹. Siendo ello así, y a pesar de que en esta materia las soluciones de los tribunales dependen en buena medida del específico contenido del acuerdo examinado y de las circunstancias del caso, sí cabe concluir que si se trata de una cláusula *RoT* simple y los bienes siguen siendo identificables se pueden reclamar por el vendedor pues la propiedad no habrá pasado al comprador⁵². Si han perdido su identidad, el suministrador no podrá apoyarse en aquella para reclamar los bienes.

Según se advierte, la pérdida de la identidad puede constituir una vía por la que fácilmente se puede dejar sin efecto una *simple clause*⁵³. Tal limitación y las otras que se han expuesto anteriormente han propiciado que en la actualidad no resulte muy frecuente el uso de *simple clauses* en los contratos con reserva del *title* y se acuda a las modalidades que a continuación se mencionan pues le permiten al suministrador extender la garantía de la *RoT* más allá de los bienes originales, abarcando el resultado de la venta, los ítems manufacturados o incluso lo obtenido de la venta de estos últimos⁵⁴. Para que ello suceda –especialmente cuando se prevea que los bienes van a ser procesados– habrá de incorporarse al contrato otra modalidad de cláusula distinta de la simple, lo que, con frecuencia, supondrá la creación de un gravamen que precise de registro –un *charge*–⁵⁵.

⁵¹ BRIDGE (2015, p. 130) señala que el uso de la terminología romana evidencia el poco desarrollo de este área del Derecho y lo enlaza también con el poco desarrollo de la *property of personal law* en el ámbito del *common law*.

⁵² *Vid., ad ex. Clough Mill Ltd. v Martin [1984] 3 All ER 982.*

⁵³ En efecto, la inexistencia de los bienes o su no identificabilidad son argumentos frecuentemente usados para impugnar la ejecución de la *RoT*. A este respecto, resulta de interés el caso *Re Highways Foods International Ltd. Mills and Another v C Harris (Wholesale Meat) Ltd. [1995] BCC 271* donde el Tribunal reconoció el derecho de la Compañía A a los bienes originales aun no procesados, negándolo respecto de los procesados; esto último sobre la base de que en el contrato se había incluido un *charge* que no se había registrado. De todos modos, ha de tenerse en cuenta la peculiaridad existente en el caso mencionado: se había producido un traspaso de los bienes por el comprador a una tercera compañía por medio de un contrato que contenía una cláusula *RoT*, de modo que, según el Tribunal, se trataba de un «acuerdo para la venta» y no una «venta» en sentido estricto (cfr. TROTT, 1998, pp. 7-8).

⁵⁴ Según apunta HALL, 2002, p. 10, lo que más influye para el escaso uso de una *simple clause* pura –que no se suele considerar como un *charge* registrable– es que no resulta complicado dejarla ineficaz. Otra dificultad que presenta la *simple clause* es que, por sí misma, no concede derecho a acceder a las instalaciones del comprador para recuperar la posesión de los bienes. Resulta, por tanto, conveniente incluir tal elemento expresamente en el contrato, así como las circunstancias en que puede ejercerse; p. ej. en el momento en que se nombre un *official receiver*. Una posible cláusula que contempla tal extremo sería: *notwithstanding that the buyer or his agents obtain possession of the goods, the ownership therein will remain in the company (the seller) until such time as payment is made in full to the company, which shall be entitled to all rights of access to the buyer's premises to enforce its rights hereunder*.

⁵⁵ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 345. *Vid.*, a este respecto, *Re Bond Worth Ltd. [1979] 3 All ER 919* donde se suministró tela y se pretendía el derecho sobre la alfombra resultante, o

2.3.3 La cláusula *all monies*

Lo específico de la cláusula *all monies* –también conocida como *all sums*, *all liabilities* o *current account*– es que, de incluirse en los diversos contratos que vinculen a vendedor y comprador, mientras exista una deuda pendiente de pago por éste, aquél puede recuperar cualquiera de los bienes que le haya suministrado en fecha posterior a la factura impagada; elemento temporal que ha de ser convenientemente acreditado⁵⁶. O dicho en otros términos: la propiedad de todos los bienes suministrados por el vendedor bajo cualquiera de los contratos que tenga con el comprador queda retenida hasta el pago total de las deudas que éste tenga con aquel. Por tanto, esta cláusula extiende la reserva a otros bienes suministrados por el vendedor –sean o no de mayor valor que los debidos– que estén en posesión del comprador aunque tengan su origen en otro contrato, sin limitar su alcance a los que específicamente se refieren a la factura que aun no se ha abonado⁵⁷. En esta modalidad de *retention*, bienes que no tienen relación directa con la venta que no se ha pagado constituyen la garantía de ella. Así, y aunque se minoren los eventuales problemas de identificación de los bienes –tal obligación no se elimina totalmente–⁵⁸, como contrapartida se puede crear una situación de sobregarantía.

Evidentemente, la ventaja que concede la cláusula *all monies* al vendedor resulta inoperante cuando no haya otras transacciones

Borden (UK) Limited v Scottish Timber Products Limited [1979] 3 All ER 961 donde se trataba de resina. Por otra parte, una *RoT clause* no impone por sí misma obligación alguna al comprador de dar cuenta al vendedor sobre las resultas de los bienes. A estos efectos, en *Re Bond Worth Ltd.* [1979] 3 All ER 919 se señala que el comprador es un deudor del vendedor y no un *trustee* salvo que haya obligación específica de mantener los resultados de la venta en una cuenta separada, así como de no mezclarlos con los propios. En el indicado caso, aunque con la intención del *trust*, se estaba creando un *charge registrable* (cfr. TITCHEN, 2015, p. 347).

⁵⁶ Dos ejemplos de cláusulas *all monies* serían: a) *ownership of all goods supplied shall not pass to the purchaser until payment of all sums due has been made to the seller* y b) *the property in the products shall remain in the supplier until the payment of the total price thereof and any other payments due to the supplier from the purchaser have been made*. Que la cláusula afecte únicamente a bienes entregados con posterioridad a la factura impagada se explica porque los anteriores ya serán propiedad del comprador si en tal momento no existían deudas pendientes con el vendedor. Finalmente, entre otros casos conocidos, había cláusulas *all monies* en *Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Ltd.* [1976] 2 All ER 552; *Borden (UK) Limited v Scottish Timber Products Limited* [1979] 3 All ER 961; o *Armour and another v Thyssen Edelstahlwerke AG* [1990] 3 All ER 481.

⁵⁷ A los efectos de la cláusula *all monies* resulta indiferente que el comprador tenga un permiso expreso o implícito para consumir los bienes o venderlos en el propio curso del negocio (cfr. *Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Ltd.* [1976] 2 All ER 552; *Re Bond Worth Ltd.* [1979] 3 All ER 919). En la práctica, la cláusula *all monies* se entiende que abarca otros bienes hasta el montante de lo debido en el momento de la insolvencia del comprador (cfr. GULLIFER, 2017, p. 248).

⁵⁸ Cfr. MCCORMACK, 1995, p. 114 y BRADGATE, 1995, pp. 262 y 267.

entre aquél y el comprador, o los importes de los bienes a que afectan hayan sido completamente abonados. De existir relaciones comerciales habituales entre las partes, puede ocurrir que el vendedor, ante la incapacidad del comprador de pagar otras deudas que tenga con aquél, recupere bienes que ya han sido totalmente pagados⁵⁹. Y también cabe que, si las relaciones comerciales son frecuentes, el comprador «nunca se convierta en propietario» pues siempre puede estar debiendo algo al vendedor⁶⁰.

En líneas generales, la cláusula *all monies* no es considerada en el Derecho inglés como un *charge* que necesite ser inscrito en el Registro pues su origen reside en la acción de reservar el *title*; eso sí, con una extensión o alcance mayor⁶¹.

2.3.4 La *proceeds of sale clause*

En esta tercera modalidad de cláusula el vendedor retiene la propiedad hasta el pago, pero, de manera específica y a fin de cobrar el importe debido, adquiere un *interest* –derecho real limitado– sobre las resultas de la venta de los bienes que suministró al comprador⁶². El vendedor, por tanto, tendrá derecho a lo obtenido cuando el comprador venda los bienes entregados por aquél a un tercero –según los casos, en el estado original o incluso procesa-

⁵⁹ En relación con lo que se apunta en el texto se ha dicho que cuando el vendedor recupere los bienes y los revenda se anula la capacidad de cumplir el contrato y, en consecuencia, éste se termina (cfr. *RV Ward Ltd. v Brignall [1967] 2 All ER 449*). Asimismo, ha de señalarse que la recuperación no se considera un suministro de bienes –el *title* no ha pasado al comprador sino que únicamente se trata del retorno de aquellos al propietario– ni tampoco de un servicio –en la recuperación no existe *consideration*–.

⁶⁰ Sobre la importancia de la posesión en el Derecho inglés *vid. nota n.º 3*.

⁶¹ Cfr. McCORMACK, 1995, p. 127; SINGLETON, 2010, p. 28; TITCHEN, 2015, p. 342 o GULLIFER, 2017, p. 247. En sentido contrario *vid. The Insolvency Service*, 2009 que señala que *an 'all sums' clause may also require the creation of a legal charge, which may be valid even if it is not registered*. A pesar de que la mencionada sea la consideración mayoritaria en el Derecho inglés, a mi juicio, la función de garantía de tal cláusula es clara por lo que debería considerarse un *charge*. En lo que hace al Derecho español –elemento que se analizará con detalle más adelante– la dificultad del comprador de convertirse en propietario, el peligro de sobregarantía, así como la posible indeterminación de las prestaciones garantizadas hace que no sea una figura bien vista. Sobre esta cuestión y el poco predicamento que ha tenido en el ámbito latino *vid. MARTÍNEZ ROSADO*, 2003, pp. 471-472 y el apartado 3.3. En el ámbito alemán, sí ha tenido algo más de aplicación, donde tal cláusula se conecta con la transmisión en garantía (cfr. MARTÍNEZ ROSADO, 2003, p. 473). Una variante de la reserva de dominio ampliada que ahora se examina es la «colectiva»: se garantizan créditos de otros acreedores que ordinariamente forman un grupo con el vendedor o son miembros de un mismo colectivo; modalidad considerada nula en Alemania (cfr. § 449 BGB) y desconocida en nuestro país.

⁶² Cfr. TITCHEN, 2015, p. 342. Un ejemplo del tipo de cláusula a que ahora se alude sería la siguiente: *the title in the goods does not pass to our customer until they have been paid for in full and if our customer sells the goods before the goods have been paid for, then we have the right to the proceeds of such sale*.

dos⁶³; «derecho» que, en cierta medida, implica «trazar» aquellos hasta el resultado de su venta⁶⁴. Según se advierte, la reserva se prolonga más allá de los bienes iniciales, operándose una suerte de subrogación real de las resultas de su venta por aquellos.

Ahora bien, en la práctica, para que la cláusula a que se alude –que también se denomina *tracing clause* o *prolonged clause*– sea eficaz caben dos posibilidades: o considerarlo como un *charge* que exige inscripción en el Registro⁶⁵, o entender que existe una relación fiduciaria entre el vendedor y el comprador⁶⁶. En este último caso, el comprador vendería los bienes «en nombre» y *para el suministrador*, manteniendo también *para él* los derechos que tenga frente a ulteriores subadquirentes⁶⁷. De acuerdo con esta últi-

⁶³ En efecto, es preciso distinguir dos tipos de *resale proceeds clause*: cuando se tiene derecho al resultado de la venta de los bienes en su estado original o también sobre los manufacturados (cfr. McCORMACK, 1995, p. 78); posibilidad que se explica en el siguiente epígrafe.

⁶⁴ No son pocas las cuestiones que suscita el *tracing* en el Derecho inglés: las limitaciones de las *common law tracing rules* que han sido «corregidas» por la *equity*, la falta de justificación de la existencia de dos grupos de *tracing rules* separadas, la imposibilidad de aplicarse el *tracing* del *common law* en caso de mezcla, etc. Aquí basta con señalar dos cuestiones. Primera: que el *tracing* es un proceso físico para «localizar» los bienes o sus sustitutos y no un remedio jurídico (cfr. *Foskett v McKeown [2001] 1 AC 102*). Este –el que en cada caso corresponda– surgirá cuando aquél haya sido satisfactorio. Y segunda: en el ámbito de la *equity* el *equitable tracing* exige la existencia de una relación fiduciaria inicial para comenzar el proceso de trazado (cfr. *Chase Manhattan Bank N. A. v Israel-British Bank (London) Ltd. [1981] Ch 105* y BRIDGE, 2015, pp. 136-144; de todos modos, esta última afirmación ha sido criticada recientemente en atención a que las *tracing rules* son solamente un proceso físico; *vid. McGHEE*, 2015, parr. 30.054).

⁶⁵ Cfr. BRADGATE, 1995, p. 258, SINGLETON, 2010, p. 22, GULLIFER, 2017, p. 249 y BRIDGE, 2018, p. 12. Por su parte, McCORMACK, 1995, p. 127, no considera que sea un *charge* siempre que se cumplan los requisitos para una *equitable tracing action* que, como enseñada se expone en el texto, demanda la existencia de una relación fiduciaria; en caso contrario, asume que será considerado como un *floating charge* o un *charge over book debts*, según se trate de empresa o particular. Por otra parte, ha de señalarse que no han faltado resoluciones que, declarando la nulidad del *charge* por la falta de inscripción, han mantenido la validez de la cláusula respecto de los bienes que no hubiesen sido usados o vendidos por el comprador. A modo de ejemplo de una cláusula no registrada pero eficaz sobre los bienes no usados o no vendidos, *vid. Compaq Computer Ltd. v Abercorn Group Ltd. [1991] BCC 484*. Asimismo, *vid. Clough Mill Ltd. v Martin [1984] 3 All ER 982*, donde se reconoció que no se creaba un *charge* salvo si la cláusula intentaba recuperar los resultados de las reventas.

⁶⁶ En el contexto apuntado, una consecuencia que se ha de evitar a toda costa es que el Tribunal considere la relación a que se alude como una «farsa» (*sham*). Un indicio de ello sería cuando, por la configuración de la cláusula, al comprador no le quedan derechos en lo obtenido de la venta (cfr. BRADGATE, 1995, p. 278 y ATIYAH ET ALII, 2005, p. 480). Lo señalado en el texto constituye la regla respecto del derecho a trazar los bienes en el ámbito de la *equity* –se exige relación fiduciaria– que es al que usualmente se recurre; no sucede lo mismo en el *right to trace* del *common law*, aunque en la actualidad este último se utiliza poco (cfr. McCORMACK, 1995, pp. 32, 35 y 37). Finalmente, asumiendo como lógica la existencia de tal relación, *vid. Chase Manhattan Bank N. A. v Israel-British Bank (London) Ltd. [1981] Ch 105*.

⁶⁷ En los casos mencionados en el texto el comprador puede actuar como *agente* o *bailee* del vendedor hasta el pago de lo adeudado (cfr. PARRIS, 1986, p. 50) aunque ello no siempre resulta suficiente para probar la existencia de una relación fiduciaria porque, por ejemplo, no todo *bailee* es *fiduciary* (sobre el *bailment*, *vid. nota n.º 77*). Algunos de los indicios a que se atiende para probar la existencia de una relación fiduciaria son: que las

ma opción, la posibilidad de reclamar *proprietary rights* sobre lo obtenido de la venta de los bienes suministrados presupone la aplicación de las *tracing rules* de la *equity*, que exige la existencia de una relación fiduciaria.

2.3.5 La aggregation clause y la mixed good clause

La nota particular que caracteriza a la *aggregation clause* –también denominada *enlarged clause*– es que la garantía del vendedor a fin de cobrar la deuda abarca los nuevos bienes producto de la mezcla o combinación de los originalmente entregados con otros del comprador o de otros suministradores; generalmente una parte proporcional de tal resultado⁶⁸.

Una variante de esta modalidad de *RoT* es la denominada *mixed good clause*. Por medio de ella, el vendedor retiene el título de propiedad hasta el pago completo de la deuda pero su garantía se extiende, además de sobre los bienes resultantes del proceso de manufactura –de manera proporcional a la contribución con bienes originales por él efectuada en dicho proceso–, al resultado de su venta.

Los dos supuestos a que se alude en este epígrafe suelen ser considerados como gravámenes registrables –*charges*–, bien sean así concebidos *ab initio*, o bien porque tal sea la configuración que resulte del contrato donde se incorporan⁶⁹. Ello expuesto, parece

resultas de la venta consten en una cuenta diversa de la habitual del comprador; que exista un deber de dar cuenta de éste para con aquél; que los bienes continúen siendo identificables y se almacenen de manera separada de los propios del comprador; o incluso que haya un deber de notificación al vendedor cuando se procesen los bienes (cfr. BRADGATE, 1995, pp. 272-275). Sobre esta cuestión y otras que suscita esta cláusula se volverá de nuevo. Así las cosas, la ventaja de «prolongar» la garantía del vendedor hasta el resultado de la venta de los bienes tiene como contrapartida que la adquisición de tal resultado lleva bastante tiempo (cfr. HALL, 2002, p. 11). Un ejemplo de las cláusulas a que ahora se alude sería: *in the event of the buyer reselling or otherwise disposing of the goods or any part thereof before the property therein has passed to him [under the basic retention of title clause] then the buyer will, until payment in full to the company [the seller] of the price of the goods, hold in trust for the company all his rights under any such contract of resale or any other contract in pursuance of which the goods or any part thereof are disposed of, or any contract by which property comprising the said goods or any part thereof is or is to be disposed of, and any monies or other consideration received by him thereunder.*

⁶⁸ Cfr. PARRIS, 1986, p. 52 y SINGLETON, 2010, p. 22. Un ejemplo de una *aggregation clause* sería: *the seller and the buyer agree that when the goods are manufactured into new objects or are mixed with other goods, or if the goods in any way whatsoever become a constituent of other goods, the seller shall have the ownership of the new manufactured goods as security for the amount owing to the seller. The transfer of ownership of the new goods will be considered to have taken place at the moment when the goods supplied by the seller are converted into the new goods or are mixed with or become a constituent of other goods. Until payment in full is made to the seller the buyer shall keep the goods in question for the seller in its capacity of fiduciary owner and shall store the goods in such a way that they can be recognized as such should the seller so require.*

⁶⁹ Cfr. BRADGATE, 1995, p. 258 y BRIDGE, 2015, p. 288; en contra, aunque matizando los supuestos, McCORMACK, 1995, p. 127. Que se considere un *charge* deriva, según BRAD-

oportuno examinar de manera específica tanto el gravamen denominado *charge* como la posible relación fiduciaria existente entre comprador y vendedor⁷⁰.

2.4 EL CHARGE Y LA RELACIÓN FIDUCIARIA

El primero de los conceptos que intitulan este epígrafe y que se ha mencionado en varias ocasiones con anterioridad consiste, según se ha señalado, en un derecho real de garantía creado por el acuerdo de las partes que, sin demandar traspaso posesorio o de la propiedad, supone la afección de uno o más bienes al pago de una deuda⁷¹.

GATE, 1995, p. 270, de que no parece ser la intención de las partes que el vendedor sea propietario de todo el producto final –lo que generaría un extraordinario beneficio para este–, sino más bien solo un *interest* limitado sobre él (*vid.* también SINGLETON, 2010, p. 22). *Vid.* asimismo GULLIFER, 2017, p. 248 quien considera inconcebible que las partes no hayan pretendido crear el *charge* en atención a que el valor del producto es superior al de los bienes suministrados pues incluirá el valor añadido del trabajo del comprador y, habitualmente, otros bienes suyos.

⁷⁰ Junto con las expuestas en el texto, existen otras modalidades de cláusula menos frecuentes. A modo de ejemplo cabe señalar la *continuing or extended retention clause*: la reserva del vendedor se extiende al comprador y a cualquiera que le compre a éste, de manera que ninguno de los subadquirentes recibe el dominio hasta que el precio de la primera compra se haya satisfecho. Una cláusula del tal tipo sería: *title of goods supplied shall not pass to the customer or to any person claiming under him until payment has been made of the full contract price. In case of non-payment the company shall be entitled to repossess or trace the goods or trace the proceeds of sale from the customer or its liquidator or receiver or from any purchaser or other person drawing title from the customer.* De todas maneras, esta modalidad a que ahora se alude presenta, entre otras, dos dificultades relevantes: supone vulnerar la doctrina de la *privity of contract* al establecer obligaciones a un tercero que no es parte del contrato inicial (sobre tal doctrina, *vid.* CARTWRIGHT, 2019, pp. 327-332); y, por otra parte, la *Section 25 SoGA* permite deducir que el subadquirente que de buena fe adquiere del comprador tendrá un *good title*. Quizá por ello, en no pocas ocasiones se exige que el comprador incluya la *RoT* a favor del vendedor en todos los contratos que realice con los subadquirentes (cfr. PARRIS, 1986, p. 49).

⁷¹ El *charge* es una figura creada por la *equity* que sirvió para ampliar los derechos reales de garantía sobre bienes muebles. Lo peculiar de los llamados *equitable charges* es que, a diferencia de las tradicionales garantías reconocidas en el Derecho inglés –*mortgage, pledge* y *common law lien*–, producen efectos frente a terceros sin requerir la entrega de la propiedad o de la posesión al acreedor –son *non-possessory interests*– y permiten la venta del bien para cobrar la deuda con preferencia sobre los *unsecured creditors* (cfr. GULLIFER y GOODE, 2017, pp. 7-8). Dejando de lado la hipoteca mobiliaria que surja de la ley o de la *equity* –*legal* o *equitable mortgage*–, en las líneas que siguen interesa el *charge* que recae sobre muebles. Así las cosas, ¿cómo es posible que el comprador cree el *charge* sobre una propiedad que retiene el vendedor? Una explicación que se ha ofrecido a este interrogante reside en que cuando se crea el *charge*, el *title* se pasa al comprador, adquiriendo así la legitimación necesaria (cfr. BRADGATE, 1995, pp. 257 y 264; en sentido similar SHEEHAN, 2017, p. 284). Nótese que los tribunales reconocen el *charge* cuando el vendedor pretende extender la garantía más allá de lo suministrado, ya sea sobre las resultas de la venta, ya sobre los nuevos bienes manufacturados o sus resultas. No existiendo relación fiduciaria que permita reclamar tales elementos, usualmente se considera que el comprador es el titular de todos ellos, lo que permite la creación de la garantía a que ahora se alude; de no serlo, habrá de acudirse a la explicación mencionada más arriba (*vid.* también la nota siguiente). Sobre el *charge*, *vid.* WORTHINGTON, 2000, pp. 118 y ss y GULLIFER, 2018, pp. 159 y ss. Y en la jurisprudencia, *vid.*, por todos, las definiciones y caracte-

El *chargee* tiene, entonces, derecho a recibir el pago adeudado con el resultado de la venta de bienes específicos del *chargor* –en este caso, el comprador–⁷². A fin de facilitar el conocimiento de los terceros –sean potenciales adquirentes o acreedores– y publicitar los derechos del vendedor respecto de los bienes o sus resultas, el gravamen a que ahora se alude ha de ser inscrito en el Registro pertinente –operación que se denomina *perfection*–. Los *Acts* que imponen el referido registro –necesario para la validez y eficacia del *charge* frente a terceros– son, respecto de las empresas, el *Companies Act* (cfr. *Section 859*), y en relación a otras personas físicas o jurídicas que no sean empresas, el *Bill of Sales Act*. Los Registros donde han de inscribirse los *charges* son *The Companies Charges Register* y *The Bill of Sale Act Register*, respectivamente⁷³.

Según se avanzó, en el Derecho inglés la *retention of title* se usa de manera habitual, y en la práctica la creación deliberada del *charge* y su posterior inscripción se circumscribe, fundamentalmente, a contratos de cierta entidad o en los que se pretenda algún especial *interest*. Aunque la inscripción conceda garantías frente a terceros –especialmente en caso de insolvencia–, ralentiza el tráfico económico y conlleva ciertos costes; motivo por el que usualmente se intentan redactar las cláusulas *RoT* de manera que no se constituya dicho gravamen. De lo expuesto en los epígrafes precedentes se

rísticas del *charge* que se incluyen en *National Provincial and Union Bank of England v Charnley [1924] 1 K. B. 431*. En castellano es especialmente interesante la monografía de SERRANO FERNÁNDEZ, 2016. Aunque su examen excede del propósito de este trabajo, conviene apuntar que los tipos de *charge* que existen –*fixed* y *floating*– tienen configuraciones diversas en cuanto a quienes los pueden establecer, poder de disposición de los bienes, etc. Un resumen de sus características se encuentra en SERRANO FERNÁNDEZ, 2016, pp. 36-42. Finalmente, sobre la posibilidad de que sea el acuerdo de las partes el que cree un derecho de garantía *vid. ibidem*, pp. 43 y ss.

⁷² No es absolutamente necesario que el *chargor* sea el propietario del bien para poder establecer un *charge*. Basta con que tenga la autorización del propietario o derechos sobre el bien que permitan la constitución de un gravamen (SHEEHAN, 2017, p. 267). Por otra parte, si de la venta se consigue más dinero del necesario para pagar la deuda, el exceso habrá de devolverse al *chargor*.

⁷³ La no inscripción del *charge* no lo hace ineficaz frente al deudor; sí frente a terceros en caso de insolvencia (cfr. *Section 859 H Companies Act 2006* y también GULLIFER y GOODE, 2017, p. 66 quienes matizan la afirmación de que los *charges* no perfeccionados no tienen impacto en los terceros). Sería entonces un *charge* imperfecto (cfr. BEALE, 2018, pp. 423 y ss). Respecto de ciertos bienes –p. ej., aeronaves, barcos y derechos de propiedad intelectual– existe además normativa específica que exige la inscripción en un Registro adicional. En cambio, respecto de los *charges* creados por la ley no resulta necesario el registro (cfr. PARRIS, 1986, p. 106 y McCORMACK, 1995, p. 98). Por otra parte, cabe apuntar que el *Companies Act* ha sido modificado en 2013 (cfr. *Amendments of Part 25, Regulations 2013*) y, de entre las novedades introducidas entonces, interesa destacar la posibilidad de consultar electrónicamente el Registro facilitando una mayor publicidad, así como la supresión de la multa económica en caso de no inscripción (cfr. la *Section 860 A.5 Companies Act 2006* antes de la reforma señalada y la *Section 859. H* tras ella). A consecuencia de lo anterior, en cierto sentido parece que se «rebaja» el carácter obligatorio de la inscripción del *charge* constituyendo una mera decisión comercial de si se quiere asumir o no el riesgo de su validez y eficacia en caso de insolvencia (cfr. GULLIFER y GOODE, 2017, p. 89).

colige que, en líneas generales, cuando se establecen derechos sobre los bienes finales –resultado, por ejemplo, de un proceso de manufactura, combinación o mezcla– o sobre lo obtenido con la venta de estos –o de los originalmente suministrados– se está creando –consciente o inconscientemente– un *charge* registrable⁷⁴. Ello es lógico pues el vendedor está pretendiendo un *interest* limitado en unos bienes finales que son distintos de los aportados y hasta donde alcance la obligación que se ha de pagar⁷⁵. El único modo de evitar que esto suceda cuando existe la referida pretensión es demostrar la existencia de una relación fiduciaria entre el vendedor y el comprador de modo que éste actúe en nombre y para aquél⁷⁶.

En este contexto, la resolución *Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Limited [1976] 2 All ER 552* –que ha originado que actualmente las cláusulas *RoT* se denominen *Romalpa clauses*– constituyó un caso relevante pues, entre otras cosas, admitió el derecho del vendedor a las resultas de la venta de los bienes suministrados –en tal supuesto, planchas de aluminio– basándose, no en la existencia de un *charge*, sino en la de la relación fiduciaria derivada de la consideración del comprador como *agente* y *bailee* de aquél⁷⁷. Se adoptó, por tanto, un criterio notablemente amplio pues se admitió una cláusula *RoT* que permitía «trazar» los bienes hasta los resultados de su venta pero sin reconocer la concurrencia de un *charge* registrable; únicamente sobre la existencia de un *bailment* y que el comprador actuaba como *agente* de aquél. De todas maneras, con posterioridad al supuesto referido se ha venido aplicando un criterio más restrictivo incidiéndose en la necesidad de distinguir claramente las *RoT* de los *charges* inscribibles⁷⁸.

⁷⁴ En efecto, un ejemplo de *charge* sería cuando el vendedor, para asegurar la deuda, intenta retener lo que se califica como *equitable and beneficial ownership* sobre los bienes, transmitiendo únicamente la *legal property* (cfr. nota n.º 34). En tal caso, el comprador, de manera similar a como actúan los *trusts*, aparece como propietario legal de los bienes pero «para» el vendedor hasta que se haga el pago (cfr. *Re Bond Worth Ltd. [1979] 3 All ER 919* y *SINGLETON*, 2010, p. 30). *Vid.* también el caso *Ian Chisholm Textiles Ltd. v Griffiths [1994] BCC 96* cuyo interés radica en el análisis sobre el requisito del registro.

⁷⁵ De pretenderse toda la propiedad constituiría un beneficio extraordinario obtenido de los bienes o del trabajo del comprador, por lo que también debería considerarse un gravamen registrable. Además, y según parece lógico, perdería el sentido la actividad comercial del comprador cuando, no existiendo relación fiduciaria, el vendedor pretendiese un *interest* sobre, por ejemplo, todo el resultado de la mezcla (cfr. *BRADGATE*, 1995, p. 268).

⁷⁶ Cfr. *BRADGATE*, 1995, pp. 271-272 y los casos mencionados en la p. 276.

⁷⁷ El *bailment* puede ser definido como *a possessory relationship by which a bailor transfers possession of a chattel to a bailee*. Dos características más conviene señalar ahora: no es necesario que el *bailor* sea propietario y su origen es generalmente consensual (cfr. *BRIDGE*, 2015, pp. 59-60 y 61-68).

⁷⁸ Cfr. *PANESAR*, 2001, p. 247. En *Romalpa* el Tribunal entendió que el comprador era *agente* del vendedor y, siendo *bailee* de los bienes, consideró que había base suficiente para que el vendedor «trazara» las resultas de la venta; en concreto se apuntó que *if an agent lawfully sells his principal's goods, he stands in a fiduciary relationship to his principal and remains accountable to his principal for those goods and their proceeds. A bailee is in like*

Por otra parte, la mencionada relación fiduciaria existe cuando un comprador mantiene los bienes y los resultados de la venta *para* el vendedor, a quien debe dar cuenta. La existencia de este tipo de relación puede ser un resultado positiva y expresamente buscado por las partes o ser consecuencia de cómo hayan configurado el negocio que les vincula. En cualquiera de ambos casos, la relación fiduciaria –que da derecho a *trazar* los resultados de la venta– resulta incompatible con un *charge*: se actúa para el otro –el vendedor– de modo que el comprador no está creando o reconociendo un *interest* en tales bienes a favor de aquél⁷⁹.

Ello expuesto, ha de apuntarse que la concurrencia de una relación fiduciaria ha de ser probada. Cuestión no siempre sencilla en el contexto de contratos comerciales pues: no cabe presumir que todos los supuestos donde exista un *bailment* dan lugar a tal relación⁸⁰; se debe admitir la coexistencia de relaciones contractuales y fiduciarias, de modo que no todas serían de este último tipo; o, finalmente, no parece fácil demostrar la fiducia en contratos de suministro. En efecto, en este caso se presenta complejo concebir que el comprador actúe de manera fiduciaria a favor del suministrador de los bienes; es más, la concesión o provisión de crédito por su parte puede resultar un indicio de que aquél actúa por cuenta propia en la reventa de bienes y no por cuenta del proveedor⁸¹. En cualquier caso es preciso

position in relation to his bailor's goods. Elementos relevantes para llegar a tal conclusión fueron: que se había requerido un almacenamiento separado que permitiese la identificación de los bienes o que se incluía una cláusula que reconocía la propiedad del vendedor sobre los bienes finales tras la manufactura de los originales. Tal decisión mostró gran potencial para los acreedores de obtener *undisclosed* prioridad en un procedimiento de insolvencia sin necesidad de crear un *charge* registrado. Un criterio más restrictivo se contiene en *West-deutsche Landesbank Girozentrale v Islington Islington LBC [1996] AC 669*.

⁷⁹ Si hay relación fiduciaria entre las partes no cabe el *charge* y la cláusula será válida (cfr. *Re Andrabbell Ltd. [1984] 3 All ER 407*).

⁸⁰ Valga lo señalado en el texto pues en relación con el *bailment* no existe consenso en torno a si sobre el *bailee* recae la obligación de retornar necesariamente los bienes al *bailor* –ya en su forma original, ya alterados– o podría, en cambio, retornar una suma de dinero (a favor, PARRIS, 1986, p. 83; en contra McCORMACK, 1995, p. 46 y los casos que cita; en especial *Re Bond Worth Ltd. [1979] 3 All ER 919*). Asimismo, tampoco hay unanimidad sobre si en todo caso el *bailment* o la *agencia* conllevan la existencia de una relación fiduciaria. En tal sentido *vid.* PARRIS, 1986, p. 83, quien considera que si se admite la reventa, el comprador lo hará como *agente* del vendedor y tiene la obligación fiduciaria de dar cuenta a éste (*ibidem*, pp. 81 y 83). Dejando entrever la posibilidad contraria, habiendo de examinarse cada caso en particular sin presumirse nada de manera necesaria, *vid.* *Hendy Lennox (Industrial Engines) Ltd. v Grahame Puttik Ltd. [1984] 2 All ER 152* y *Re Andrabbell Ltd. [1984] 3 All ER 407*. Y defendiendo que del hecho de que se actúe como *bailee* no se sigue de manera automática la relación fiduciaria *vid.*, entre otros, McCORMACK, 1995, p. 38, PANESAR, 2001, p. 248 y SHEEHAN, 2017, pp. 287-288. A este respecto, resulta muy ilustrativa la frase de ROBERT GOFF LJ en el caso *Clough Mill Limited v Martin [1984] 3 All ER 982* de que *concepts such as bailment and fiduciary duty must not be allowed to be our masters, but must rather be regarded as the tools of our trade*. En lo que respecta al *agente*, parece que tampoco implica necesariamente relación fiduciaria (cfr. McCORMACK, 1995, p. 47).

⁸¹ A este respecto *vid.* *Re Andrabbell Ltd. [1984] 3 All ER 407* y *Hendy Lennox (Industrial Engines) Ltd. v Grahame Puttik Ltd. [1984] 2 All ER 152* donde el Tribunal no

atender a las específicas cláusulas y circunstancias de cada supuesto pues ellas son las que fundamentalmente determinarán los efectos de la *RoT*; aspecto que se examina a continuación.

2.5 LOS EFECTOS DE LA *RoT*

2.5.1 La *RoT* y su consecuencia para el *title* de los terceros

Según se expuso, un principio básico respecto de la transferencia de la propiedad de bienes determinados por medio del contrato de compraventa en el Derecho inglés es que el dominio se transmite en el momento en que las partes hayan establecido (cfr. *Section 17 SoGA*). En consecuencia, y como se ha visto en estas páginas, es perfectamente posible que los contratantes, desatendiendo el principio de que la «posesión sugiera la propiedad», separen ésta de aquella: los bienes pueden seguir siendo poseídos por el vendedor aunque la propiedad ya se haya transmitido, o, como en el caso de la *RoT*, que los posea el comprador y el vendedor retenga el *title*. En tales casos, aunque la *apariencia posesoria* sugiera a los terceros que el poseedor es propietario, no existirá tal correspondencia⁸². Y, como de hecho sucede, al no resultar obligatorio el registro de las *RoT* –salvo que con tal cláusula se constituya un *charge*– los terceros posiblemente desconocerán la indicada situación al ignorar los términos del contrato que explican la no correspondencia de la apariencia posesoria con la propiedad en el caso de que se trate⁸³.

Así las cosas, cuando el comprador revenda los bienes objeto de la *RoT* a un tercero de buena fe y en dicho contrato se establezca que el *title* pasará en el momento de la entrega, éste último tendrá un *good title* sobre los bienes (cfr. *Section 25 SoGA*)⁸⁴. Ello, al mar-

admitió la existencia de una relación fiduciaria pues reconocerla resultaría incoherente con la concesión de crédito al comprador, con el hecho de que en el contrato no se exigió almacenamiento separado de los bienes ni tampoco el mantenimiento de lo obtenido de la venta en una cuenta separada. *Vid.* también *Pfeiffer Weinkellerei-Weineinkauf GmbH & Co v Arbutnott Factors Ltd. [1988] 1 WLR 150*. De otra parte, sobre las posibles dificultades que respecto de la *privacy of contract* surgen de la relación entre vendedor y los subadquientes *vid.* BRADGATE, 1995, p. 275.

⁸² Sobre la presunción existente en el ámbito de los bienes muebles conforme a la que el poseedor es el propietario *vid.* *Prangnell-O'Neill v Lady Skiffington [1984] SLT 282* y *Chief Constable of Strathclyde v Sharp [2002] SLT (Sh. Ct) 95*. Y señalando que la mencionada presunción opera también en el sentido inverso *vid.* *Ramsay v Margrett [1894] 2 QB 18* y SHEEHAN, 2017, p. 10.

⁸³ Igualmente, al no requerirse inscripción, ningún vendedor tiene conocimiento de los acuerdos de *RoT* que el comprador haya hecho con otros proveedores.

⁸⁴ En concreto, la *Section 25.1 SoGA* dispone que *where a person having bought or agreed to buy goods obtains, with the consent of the seller, possession of the goods or the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title, under any sale, pledge, or other*

gen de que el comprador haya pagado los bienes al vendedor originario en su totalidad o no⁸⁵. Y ello con independencia también de que el comprador tuviese o no permiso –explícito o implícito– del suministrador para vender los bienes; aunque, cuando lo tenga, el *title* pasará «con la autoridad del vendedor»⁸⁶. El tercero tendrá un *good title* incluso frente al vendedor si goza de buena fe, desconocía la existencia de la *RoT* y que los bienes aun no estaban totalmente pagados, al margen de la eventual responsabilidad que el comprador pudiera tener respecto del suministrador original⁸⁷. En efecto, las consecuencias entre aquél y el comprador serán diversas, por ejemplo, de existir o no una expresa prohibición de venta; lo que resulta ciertamente inusual en el ámbito comercial donde generalmente se presupone tal posibilidad⁸⁸. Pero en fin, en lo que ahora interesa, según se advierte, por la vía apuntada cabe dejar ineficaz la *RoT* simple o la que alcance a los productos, no así la que incluya las resultas de su venta si se ha introducido la correspondiente cláusula en el contrato y, en su caso, se ha registrado como *charge*⁸⁹.

Una situación distinta tendría lugar si el comprador vende a un tercero los bienes objeto de la *RoT* por medio de un contrato que contenga una nueva cláusula de retención del *title*: cuando en el negocio entre ambos se *replique* la *RoT* inicial, el *title* no pasará al tercero. Ello por cuanto, según los tribunales, en tal caso se está ante un «acuerdo para vender» y no ante una «venta actual»⁹⁰. Así pues, para

disposition thereof, to any person receiving the same in good faith and without notice of any lien or other right of the original seller in respect of the goods, has the same effect as if the person making the delivery or transfer were a mercantile agent in possession of the goods or documents of title with the consent of the owner. Por su parte, la Section 26 SoGA ofrece una definición de lo que sea *mercantile agent* a los efectos del precepto transcrito.

⁸⁵ Así, el vendedor puede perder el *title* a pesar de lo que diga el contrato: su validez o efectividad en ocasiones está *challenged* (cfr. TITCHEN, 2015, pp. 335, 345, 347).

⁸⁶ Cfr. *Bulbiner Singh Sandhu v Jet Star Retail Ltd. (in administration)* [2011] EWCA Civ 459 y TITCHEN, 2015, p. 345.

⁸⁷ A efectos de que no se adquiera *good title* se exige una *actual notice* sin que resulte suficiente para el vendedor que se demuestre que las *RoT* son cláusulas comunes (cfr. *Forsythe International (UK) Ltd. v Silver Shipping Co Ltd. (The Saetta)* [1994] 1 All ER 851). En caso de concurrir mala fe o *actual notice*, el vendedor podrá recuperar los bienes del subadquirente. Por otra parte, ha de apuntarse que no faltan casos judiciales y autores que sostienen que lo relativo a la Section 25 también se aplica cuando el vendedor entrega los bienes directamente al subadquirente, siguiendo instrucciones del comprador (cfr. *Four Point Garage Ltd. v Carter* [1985] 3 All ER 12 y BRADGATE, 1995, p. 272).

⁸⁸ Cfr. BRADGATE, 1995, p. 273.

⁸⁹ Señalando que la *RoT* constituye una excepción a la tradicional regla del Derecho inglés de *nemo plus transfer quod habet vid.* PARRIS, 1986, p. 15. Otras excepciones a la regla del *nemo dat* se recogen en las Sections 24 y 25 SoGA y se refieren al *seller in possession* y al *buyer in possession* que transfieren los bienes sin *title* a un tercero. Por otra parte, en cualquiera de los casos señalados el suministrador no tendrá derecho a los resultados de la venta al tercero, salvo que la *RoT* de que se trate –p. ej. *proceeds of sale*– haya sido registrada como un *charge* (cfr. TITCHEN, 2015, p. 345).

⁹⁰ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 347, BRIDGE, 2015, p. 219 y *Re Highways Foods International Ltd. Mills and Another v C Harris (Wholesale Meat) Ltd.* [1995] BCC 271. Un análisis en el Derecho español de los contratos donde el comprador que revende se obliga a hacerlo

poder determinar cuándo se produce la transferencia de la propiedad y cuando se genera un *good title* para el tercero ha de estarse a los términos del contrato y a las actuaciones del vendedor y comprador.

2.5.2 La posibilidad de embargar bienes bajo *RoT*

Como en el resto de situaciones mencionadas, la cuestión relativa a un posible embargo de bienes objeto de una *RoT* depende de los términos del contrato suscrito por las partes y del tipo de cláusula que se haya incorporado, habiendo de examinarse si ha tenido lugar o no transferencia de propiedad alguna.

En los supuestos de *RoT* simple en que se mantiene la identidad de los bienes, de no haberse producido ninguna reventa ni transformación, la propiedad se mantendrá en el vendedor, quien podrá paralizar cualquier embargo trabado sobre aquéllos, ya sea ejecutado por un acreedor voluntario, ya por uno involuntario –organismos públicos con poderes impositivos⁹¹. A lo que parece, los embargos y la recuperación de los atrasos de renta –*commercial rent arrears recovery* (CRAR)– no destruyen la eficacia de la *RoT* y en tales casos el vendedor puede acudir al juez para paralizar la disposición de los bienes por medio de tales mecanismos⁹².

La situación no será la misma si se trata de una *RoT* simple donde ya se haya producido la reventa de los bienes. De acuerdo con las reglas señaladas anteriormente, es posible que un tercero tenga *good title* sobre los bienes y que el vendedor no pueda ejercitarse ningún *proprietary right* para recuperarlos.

Si existe un *charge*, los bienes originalmente entregados –o, si así se ha establecido, las resultas de su venta, los ítems manufacturados a que han dado lugar o la venta de éstos– quedarán afectos a tal garantía. De este modo, el vendedor siempre tendrá un *proprietary right* sobre tales bienes, con preferencia frente a otro tipo de acreedores del comprador en caso de insolvencia⁹³. Ahora bien, de no haberse inscrito el *charge*, se perderá la preferencia que éste le concede.

incluyendo una nueva reserva de dominio y sus posibilidades, se contiene en MARTÍNEZ ROSADO, 2003, pp. 464 y ss.

⁹¹ Los organismos públicos con poder para embargar con fines impositivos pueden llevarlos a cabo siempre y cuando se trate de bienes que sean propiedad del deudor de los impuestos de que se trate. Si el deudor es el comprador y la propiedad la retiene el vendedor, éste podrá paralizar el embargo proyectado pues el derecho de tales organismos no se extiende a bienes de terceros (cfr. TITCHEN, 2015, p. 347).

⁹² Si ha tenido lugar la venta, podrá reclamar una *conversion* de bienes para cobrar con los resultados de la venta o el valor de aquella (cfr. TITCHEN, 2015, p. 348).

⁹³ Según se dijo, si se trata de un *fixed charge*, los bienes afectados quedan permanentemente adscritos a la suma adeudada, mientras que en los *floating charges* será necesaria la operación de *crystallisation* para especificar los bienes afectos. De todas maneras, ha de apuntarse, por un lado, que no son frecuentes las disputas sobre los bienes entre los

2.5.3 Los supuestos de insolvencia

Una primera distinción que ha de llevarse a cabo cuando exista un procedimiento de insolvencia en el contexto de una *RoT* es la relativa al sujeto que esté incursa en tal situación. Si se trata del vendedor, las *RoT* válidas que hayan sido debidamente incorporadas a los contratos no se verán afectadas por dicho procedimiento y los bienes, o sus resultas, según los casos, se incluirán en su masa concursal. De todos modos, en la práctica, el comprador intentará paralizar o hacer ineficaz la cláusula *RoT* de que se trate a fin de mantener los bienes o lo obtenido con su venta; especialmente cuando sean necesarios para desarrollar su actividad profesional⁹⁴.

Si el que está incursa en la insolvencia es el comprador, admitido que, de acuerdo con lo señalado, no se ha producido transferencia de propiedad alguna, a fin de determinar la eficacia de una reclamación del vendedor ejerciendo la *RoT* es preciso distinguir varias situaciones: si existe un convenio voluntario –*company voluntary agreement*–, si se está en período de *receivership*, administración o, si, en cambio, la empresa se encuentra en la fase de liquidación. En cualquiera de los casos mencionados, una primera cuestión consistirá en determinar la existencia, validez y extensión de la cláusula *RoT* incorporada al contrato. En efecto, ordinariamente los administradores o liquidadores exigirán cumplida prueba de tales extremos; acreditación que impedirá el traspaso de los bienes objeto de la *RoT* a un tercero⁹⁵.

acreedores de una *RoT* y de un *fixed charge* y, por otra, que estos *security interests* no hacen decaer los derechos del vendedor bajo una *RoT* que sea eficaz (cfr. TITCHEN, 2015, p. 348).

⁹⁴ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 341. En tales casos, el vendedor se encontrará con el inconveniente añadido de los costes del eventual pleito en el que pretenda la recuperación de los bienes.

⁹⁵ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 340. A los efectos que ahora interesan es preciso distinguir las figuras implicadas: un *administrative receiver* es nombrado por un acreedor preferente o privilegiado –habitualmente el titular de un *floating charge*–, únicamente actúa como *agente* de tal compañía (cfr. Sections 29.2 y 44 *Insolvency Act*) y tiene los derechos y deberes derivados del instrumento en virtud del cual es nombrado, no pudiendo, por ejemplo, determinar si una cláusula *RoT* constituye o no un *charge* (sobre sus funciones, deberes y derechos *vid. Sections 39-45 Insolvency Act*). El *administrator* es generalmente nombrado por un tribunal –aun cuando bajo ciertas circunstancias también pueden hacerlo los titulares de los *floating charges* o los directores de la compañía de que se trate– (cfr. B1 10-34 *Insolvency Act*) y su nombramiento reemplazará al *receiver* (cfr. B1 41 *Insolvency Act*). En tercer lugar, el *liquidator* puede ser nombrado por los acreedores y los directores de la compañía si la liquidación de la empresa es voluntaria o por el tribunal en caso contrario (cfr. Chapter II-IV y Chapter VI del *Insolvency Act* respectivamente). De todas maneras, es preciso señalar que tras la entrada en vigor del *Enterprise Act* en 2002, el proceso de *administration* se ha configurado como el principal a fin de evitar favorecer demasiado a los titulares del mencionado *charge* por medio de los nombramientos señalados. Por último y según se avanzó, un *official receiver* es un miembro del *UK Insolvency Service*, dependiente del *Department for Business, Energy and Industrial Strategy*, que actuará como *receiver, administrator o liquidator* de manera interina o definitiva en los casos en que no se

De las situaciones apuntadas las que ahora más interesan son los dos últimas⁹⁶. Cuando el procedimiento de insolvencia se encuentra en fase de *administration*, lo que se pretenderá es «salvar la empresa insolvente» o conseguir mejores resultados para los acreedores, realizando, en su caso, algunos de los bienes correspondientes a los que tengan carácter preferente (cfr. *B1 3 Insolvency Act*). Como la finalidad de esta fase es la indicada, ordinariamente se concede una «moratoria», de manera que, durante su vigencia, no es posible ejercitar ninguna acción para posesionarse de bienes que puedan tener algún impacto en el desarrollo de la actividad empresarial sin consentimiento del administrador o del tribunal (cfr. *B1 43.3A Insolvency Act*). En consecuencia, el vendedor con una cláusula *RoT* raramente recuperará durante esta fase los bienes a que tiene derecho: no perderá la propiedad pero se verá temporalmente afectada su capacidad de recuperarla. La indicada autorización sólo se suele conceder si el valor de los bienes es muy superior a la deuda que corresponde al contrato en el que existe la cláusula *RoT* (arg. *ex B1 Section 72 Insolvency Act*)⁹⁷.

Por su parte, la fase de liquidación tiene un objetivo distinto: realizar todos los bienes existentes a fin de pagar las deudas de acuerdo con el rango de preferencia de los acreedores sin pretenderse en ningún caso la continuidad de la empresa. En estos supuestos, el vendedor podrá ejercitar la *RoT* sin la limitación anteriormente mencionada pues no existe moratoria alguna; de triunfar, recuperará los bienes que le pertenecen⁹⁸.

Si, iniciado el procedimiento de insolvencia, los bienes se han transferido a un tercero –p. ej. un comprador del negocio insolvente bajo administración que desee continuar con él–, el vendedor

nombre a un administrador concursal (un *insolvency practitioner* privado; cfr. *Section 399-400 Insolvency Act*). Asimismo, el *official receiver* supervisa los acuerdos con los acreedores a que se alude en el texto.

⁹⁶ En efecto, al no ser el vendedor con *retention of title* un *secured creditor* –concepto que incluye la hipoteca, el *charge*, el *lien* u otra *security* pero no los acuerdos de *RoT* (cfr. *Section 249 Insolvency Act*)– no es necesario contar con su consentimiento para la aprobación del convenio voluntario del insolvente con los acreedores para el pago –usualmente no completo– de las deudas –acuerdo que está siempre bajo la supervisión de los administradores concursales (*insolvency practitioners*)–. De todas maneras, a efectos del referido convenio sigue manteniendo su posición jurídica que no le impide, por tanto, ejercitar la reserva por sí mismo –al no haber moratoria, el acreedor con *RoT* puede apoyarse en ella para conseguir un acuerdo efectivo– o nombrar a un *receiver* para que la ejerzte en su nombre. Por su parte, la situación de *receivership* se caracteriza porque uno o más *secured creditors* nombran a un *receiver* sobre bienes sujetos a un *fixed charge*. En este supuesto tampoco existe la moratoria a que en breve se aludirá en el texto que impida las acciones para, en su caso, reposear los bienes (cfr. TITCHEN, 2015, p. 340).

⁹⁷ El consentimiento o permiso no se concede si con eso se afecta la capacidad del administrador de obtener el propósito que se persigue en esta fase. Así, solo se suele otorgar si se aplica todo el resultado –o el valor de mercado de los bienes, si es mayor– a pagar el dinero debido bajo el acuerdo de *RoT* (cfr. TITCHEN, 2015, p. 341).

⁹⁸ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 340.

con cláusula *RoT* habrá de dirigirse y seguir su reclamación contra dicho tercero con quien inicialmente no ha contratado. El derecho a los bienes de que goza resultará eficaz aun cuando tal situación suponga una demora que no existiría de permanecer los bienes en poder del deudor o de haberse notificado a tiempo la existencia de la *RoT*. En cualquier caso, el vendedor se encuentra en una posición negociadora mejor que de no haber introducido la cláusula de reserva en el contrato. Y de ser válida la *RoT*, el nuevo comprador deberá entregarle los bienes sin compensación alguna o adquirirlos por el precio correspondiente –o, si lo desea, negociar su compra por un precio inferior, con la contrapartida, por ejemplo, de realizar transacciones comerciales con él–. En efecto, cuando los administradores transfieren en tal estadio los bienes al nuevo comprador han de señalar que este adquiere los derechos, *title* o *interest* que el insolvente tuviese en ellos. De no procederse del modo indicado, el vendedor podrá ejercitar también una reclamación contra ellos por la negociación *ilícita* de su propiedad⁹⁹.

2.6 LA EJECUCIÓN DE LA *RoT*

Como se apuntó, el efecto principal de la introducción de una *RoT* en el contrato es que, ante el impago, el vendedor puede reclamar, según los casos, los bienes originales –o, tal vez, los manufacturados– hasta que aquellos o todas las deudas que con él tenga el comprador estén completamente abonadas. Para que lo anterior pueda tener lugar no es preciso que el comprador se encuentre en situación de insolvencia, aunque en la práctica este contexto suele ser el más habitual cuando se pretende la reposesión¹⁰⁰. Cuando el vendedor desee ejercitar la *RoT* a fin de recuperar los bienes –que han de existir y ser identificables– o lo obtenido de su venta, según los casos, además de resultar oportuno contar con asesoramiento legal, puede contactar con el comprador y negociar directamente

⁹⁹ Si el *receiver* dispone de los bienes desconociendo que estaban bajo una *RoT* será personalmente responsable de los daños pero los podrá repercutir a la compañía. En cambio, si es consciente de tal situación no podrá ejercitar el mencionado recobro. De otra parte, la reclamación a que se alude en el texto se interpone cuando una persona sin autoridad realiza una acción que colisiona con el *title* del propietario de los bienes de una manera incompatible con los derechos de éste. De todos modos, el administrador tiene una defensa *statutory* frente a tal reclamación (cfr. TITCHEN, 2015, p. 349).

¹⁰⁰ La práctica muestra que el comprador rara vez impugna la cláusula en el curso ordinario del contrato y también que el vendedor tampoco la ejecuta cuando aquél esté cumpliendo con los pagos: el hecho de haberlos vendido evidencia que le interesa más la suma de dinero que la recuperación de los bienes (cfr. BRADGATE, 1995, p. 256).

con él la manera de efectuar la recuperación¹⁰¹. Como ordinariamente éste suele responder en sentido negativo, el expuesto no es el modo habitual en que suceden las cosas, siendo más frecuente que el vendedor se ponga en contacto con el *official receiver*¹⁰²; de estar la empresa en situación de insolvencia, acudirá directamente a los administradores o liquidadores que hayan sido nombrados¹⁰³. En todo caso, las personas mencionadas le entregarán al vendedor un cuestionario para que proporcione los datos precisos sobre la cláusula que pretende ejecutar –si está incorporada al contrato, una copia de ella, etc.– así como de los bienes a que afecta –lugar donde piensa que están, detalles que permitan su identificación, etc.– y del estado de las cuentas que tiene con el comprador –copias de facturas, albaranes, transferencias, etc.–¹⁰⁴. Con tales datos lo primero que harán será decidir la validez y extensión de la cláusula; motivo que aconseja facilitar el máximo de datos posibles a fin de que el procedimiento no se demore por diversos requerimientos de información¹⁰⁵. Igualmente, la agilidad en la actuación juega en beneficio del vendedor, pues, entre otras cosas, muestra la seriedad de su intención de recuperar los bienes y da noticia de su reclamación, lo que evitará actuaciones irregulares apoyadas en el eventual desconocimiento de los derechos de aquél. Con tal reclamación, el

¹⁰¹ Recomendando el consejo legal, *vid.* HALL, 2002, p. 11, quien señala que una cláusula *RoT* pobemente redactada habitualmente fallará al primer examen.

¹⁰² De todos modos, como se indica en el texto, no es necesario esperar al nombramiento de un administrador o liquidador para ejercitarse la reclamación de los bienes objeto de *RoT* ni tampoco para determinar la validez de la *RoT clause*. Sin embargo el *official receiver* puede decidir esperar a tal nombramiento si el importe de los bienes es elevado y/o no existen problemas de almacenamiento (*cfr.* *The Insolvency Service*, 2009).

¹⁰³ En los supuestos en que el vendedor se presente sin previo aviso o sin haber negociado con el comprador el acceso a las instalaciones habrá de exigirselo directamente cumplida prueba de la incorporación de la *RoT* al contrato –argumento al que habitualmente se recurre para rechazar tal cláusula–, de manera especial cuando aquel se haya suscrito «aplicando los términos y condiciones» habituales (*cfr.* apartado 2.2). También es posible limitar temporalmente el acceso a las instalaciones por razones de seguridad o salud. De estar ya perdida la «batalla de los formularios», otras razones que pueden paralizar la efectividad de la *RoT* se apoyan en la dificultad o imposibilidad de identificación de los bienes como suministrados por el vendedor (*vid.* sobre esta cuestión el apartado 2.3.2.B) o por medio de la demostración de que ya se han pagado, no resultan satisfactorios o son inadecuados. Desde la perspectiva del vendedor, resulta recomendable contactar con el *insolvency practitioner* anunciando por escrito la intención de ejercitarse la reclamación en caso de que el comprador haya preacordado la venta de todo o parte de sus bienes a un tercero antes del nombramiento de un administrador que será el que ejecute dicho convenio –*pre-packaged insolvency*–, así como presentarse en las instalaciones de éste para identificar y recuperar los bienes, de acuerdo con el procedimiento expuesto.

¹⁰⁴ *Cfr.* TRITCHEN, 2015, p. 350. Un ejemplo de cuestionario se encuentra en el Apéndice 1 del Manual Técnico de la *RoT*, capítulo 63 publicado por *The Insolvency Service*.

¹⁰⁵ A modo de ejemplo, si se tiene una *all monies clause* se recomienda proporcionar referencias de la orden de compra y la factura de cada una de las partes identificadas. Asimismo, como habitualmente los administradores y liquidadores –o el propio *official receiver*– tendrán que resolver más reclamaciones de cláusulas *RoT*, parece lógico pensar que cuanto más clara y completa esté hecha la que se presente, antes se resolverá (*cfr.* HALL, 2002, p. 11).

vendedor también pone término a los derechos que tuviese el comprador para vender los bienes objeto de la *RoT* –tuviese consentimiento expreso o implícito del vendedor–, ya en el curso ordinario de su negocio, ya de manera extraordinaria¹⁰⁶.

Admitida la reclamación, en el caso de los administradores y liquidadores, lo corriente es que intenten llegar a un acuerdo con el vendedor. En caso de no existir tal convenio, este último podrá acudir al tribunal para solicitar la recuperación de los bienes, así como impedir su disposición por parte del comprador¹⁰⁷. Ahora bien, en caso de llegar al citado acuerdo, lo ordinario es que ambas partes tengan en cuenta consideraciones no solo jurídicas, sino también de tipo económico o comercial¹⁰⁸. En cualquier caso, se tengan en cuenta o no las consideraciones anteriores, de estar la empresa en administración o liquidación, para llegar a un acuerdo resulta necesario el consentimiento de los liquidadores, administradores o del tribunal¹⁰⁹.

En lo que hace a la ejecución material de la recuperación de los bienes, el vendedor acudirá a las instalaciones del comprador en los días y horas que éste acuerde con aquel para su atención. Una vez allí, y como ya se ha señalado, constituye una obligación del vendedor la identificación de los bienes, cumpliendo el administrador eventualmente existente con facilitarle el acceso a tales locales. Tras la identificación se efectuará un inventario que firmarán todas las partes –ordinariamente con fotografías– y se marcarán, pudiendo pedirse al comprador que los separe, en la medida de lo posible, de los demás que tenga para evitar que inadvertidamente se disponga de ellos¹¹⁰. En todo caso, los costes que suponga la actividad del *official receiver* en esta operación serán de cargo del vendedor¹¹¹. Una de las consecuencias de llevar a cabo esta actuación es que los

¹⁰⁶ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 350.

¹⁰⁷ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 352.

¹⁰⁸ En efecto, cuando se trate de bienes de poco interés para el comprador, éste facilitará el acuerdo intentando liberarse de ellos, trasladando entonces los costes de su almacenaje al vendedor. En cambio, de ser relevantes para la continuidad de su actividad empresarial –por ejemplo, porque ya están incluidos en un proceso de manufactura en marcha– se intentará acordar el pago de lo debido por los bienes, rebajándose en lo posible el precio. Por parte del vendedor, si se trata de bienes perecederos, posiblemente carecerá de prisa en la resolución de la reclamación pues el tiempo juega a su favor y en contra del comprador. O si el coste de traslado de los bienes es elevado y su valor de reventa bajo, procurará que los conserve el comprador, cobrando únicamente una parte del precio. Por el contrario, si pueden ser vendidos por buen precio, tendrá mayor interés en recuperar el stock por los medios de que dispone. E incluso si resultan útiles para que el comprador mantenga su actividad, en cierto sentido también le puede compensar que los siga conservando pues entonces, y aunque a medio plazo, podrá recuperar toda la cantidad debida e incluso seguir manteniendo relaciones comerciales con él (cfr. HALL, 2002, p. 12).

¹⁰⁹ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 352.

¹¹⁰ Cfr. TITCHEN, 2015, p. 351.

¹¹¹ Cuando el *official receiver* sea consciente de la validez de una cláusula *RoT* una vez que los bienes incluidos en ella ya hayan sido vendidos, habrá de traspasarle al vendedor los resultados de la venta –si existen–, hasta donde éste tenga derecho. En cualquier

administradores o liquidadores no podrán usar los bienes ya identificados sin la aprobación del tribunal.

Así las cosas, y para evitar una eventual negativa del comprador de acceder a sus instalaciones –lo que exigirá una solicitud ante el juez para que se autorice–, es recomendable que el vendedor incluya en los contratos con una cláusula *RoT* una estipulación que garantice el acceso a las instalaciones donde se encuentren los bienes, sean estas cuales fueren. De no existir tal «derecho de acceso», si el comprador niega la entrada por la razón que sea y el vendedor, a pesar de ello, se adentra en las instalaciones del comprador será un *trespassor* con las consecuencias jurídicas establecidas para tal supuesto¹¹².

3. DIFERENCIAS ENTRE LA *RoT* Y LA RESERVA DE DOMINIO ESPAÑOLA. POSIBILIDADES Y DIFICULTADES PARA LA TRASPOSICIÓN DE LAS DIVERSAS SOLUCIONES LEGALES

3.1 INTRODUCCIÓN

Examinado el régimen de la *retention of title* en el Derecho inglés, en esta segunda parte del trabajo se pretenden mostrar las diferencias que presenta con respecto al Derecho español –así como las razones que las justifican–, y también examinar si cabe trasladar a éste algunas de las soluciones jurídicas que se ofrecen en aquél ante los problemas que suscitan las compraventas con *retention of title*.

A fin de realizar una exposición ordenada, a continuación se agruparán las diferencias en cinco categorías: fuentes y objeto sobre los que versa la reserva (epígrafe 3.2); tipos de reserva admitidos en ambos ordenamientos y la posible cabida de las de carácter complejo en el Derecho español (epígrafe 3.3); la necesidad o no del registro (epígrafe 3.4); los efectos para los terceros (epígrafe 3.5) y la situación jurídica del vendedor y del comprador (epígrafe 3.6).

caso, parece sensato no actuar hasta conocer todos los detalles de cómo hacerlo (cfr. *The Insolvency Service*, 2009).

¹¹² Mayor problema supondrán los casos en que los bienes estén en las oficinas de un tercero distinto del comprador, pues, con mayor motivo, podrá denegar el acceso al no haber sido parte del contrato o también es posible que tales bienes sean objeto de otras reclamaciones diversas –p. ej. un derecho de retención ejercitada por el que almacena– (cfr. TITCHEN, 2015, p. 352). De ahí la importancia de una buena redacción de una cláusula que posibilite la entrada en las instalaciones. En cualquier caso, tal facultad no constituye un *registerable land charge* (cfr. *Shiloh Spinners Ltd. v Harding [1973] AC 691*).

3.2 LAS FUENTES DE LA RESERVA Y LOS OBJETOS SOBRE LOS QUE VERSA

Una de las primeras diferencias que se advierte al comparar los marcos legales de referencia relativos a la reserva de dominio española y la *retention of title* del Derecho inglés es que son diversas las fuentes de donde surgen. En efecto, mientras que en España están tipificadas y positivizadas en la legislación algunas reglas relativas a los efectos sustantivos de la reserva de dominio –a pesar de existir referencias en cuatro leyes, se trata de un régimen jurídico de carácter fragmentario y no completo– no sucede lo mismo en el Derecho inglés: en este último ordenamiento los elementos sustantivos de índole civil de la *retention of title* no se regulan positivamente en ninguna ley, siendo, por tanto, toda su configuración consecuencia del acuerdo de las partes que otorgan el contrato¹¹³. Así pues, régimen legal fragmentario frente a régimen totalmente consensual.

La diferencia señalada relativa a las fuentes jurídicas de la reserva y al carácter fragmentario o completo de su regulación explica, en parte, que mientras que en España la reserva de dominio no es una figura masivamente utilizada, en el Derecho inglés, en cambio, su uso es más corriente. En lo que hace a España, y además de por otras razones que se examinarán en las páginas que siguen, parece lógica la reticencia de las partes a utilizar la reserva de dominio por la inseguridad que existe respecto de algunos de los efectos jurídicos que se derivarán del contrato que la contenga –*ad ex.*, si cabe o no el ejercicio de una tercería de dominio por el comprador, si es posible adquirir el dominio en caso de concurso, etc.–; consecuencia lógica del mencionado carácter fragmentario de la incompleta normativa de referencia. En cambio, en el Derecho inglés, al ser la *RoT* el resultado de la negociación de las partes sin que exista una norma legal que rellene las potenciales lagunas del

¹¹³ Evidentemente, que en España esté tipificado el régimen de la reserva de dominio no anula la necesidad de un acuerdo de las partes para su establecimiento. Las leyes españolas que mencionan la reserva de dominio son la Ley 7/1996, de 15 de enero, del Comercio Minorista –en adelante LOCM–, la Ley 28/1998, de 14 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Por lo que hace al Derecho inglés, la norma que da cobertura a los acuerdos de las partes por medio de los que establecen la *retention of title* es la *Section 17 SoGA* que dispone que *1) where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred. For the purpose of ascertaining the intention of the parties regard shall be had to the terms of the contract, the conduct of the parties and the circumstances of the case.* Lo relativo a las consecuencias en el ámbito concursal se recogen en el *Insolvency Act*.

clausulado del contrato que incorpore la *retention*, éstas podrán determinar en detalle las consecuencias jurídicas que producirá tal acuerdo –evidentemente, en cuanto no contradigan normas de carácter imperativo–. Este modo de proceder encaja perfectamente con el *modus operandi* del *common law*: frente a la mayor familiaridad que el jurista continental tiene por los contratos especiales donde suele existir una regulación legal pretendidamente completa, el jurista anglosajón muestra cierta resistencia a tal tipo de contratos donde los derechos y obligaciones de las partes están perfectamente previstos. En defensa de su libertad de negociación, el jurista inglés no desea ni cuenta con que exista una ley que *rellene* lo que las partes no hayan previsto en el acuerdo: éste será en todo caso lo que ellas hayan determinado que sea¹¹⁴. A modo de ejemplo, y en coherencia con lo anterior, mientras que la Ley 28/1998, de 14 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles exige forma escrita para las reservas de dominio sujetas a ella (cfr. art. 6 LVPBM), en el ordenamiento jurídico inglés es posible incluir una *retention of title* tanto en un contrato escrito como en uno verbal¹¹⁵. Qué sea mejor, si una legislación expresa pero fragmentaria, o su ausencia en defensa de la libertad para contratar, no es una cuestión que competa analizar ahora. Pero sí se advierte que no parece fácilmente trasponible al Derecho español el sistema inglés de «regular» la *retention of title*. Y no porque la normativa española no pueda mejorarse o, en su caso, suprimirse parcialmente para dejar mayor libertad a las partes, sino porque tal modo de proceder que resulta connatural al jurista inglés, no lo es tanto respecto del continental¹¹⁶.

Una segunda cuestión que diferencia el régimen español del inglés atiende al tipo de bienes objeto de la *retention of title*, así como a las modalidades de ésta. Mientras que en el Derecho

¹¹⁴ Cfr. CARTWRIGHT, 2019, pp. 112-114; y sobre las cláusulas implícitas, *ibidem*, 2019, pp. 301-302. De otra parte, señalando que las fuentes legislativas del *common law* sobre garantías carecen de la actitud «dirigista y paternalista de la mayoría de las legislaciones continentales» *vid.* BUSSANI, 2006, p. 249.

¹¹⁵ En la práctica del Derecho español la reserva de dominio se da preferentemente en los contratos efectuados al amparo de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, aun cuando tal identificación no sea absoluta pues también hay casos relevantes fuera de dicha Ley, ya versen sobre bienes inmuebles, ya se trate de reservas sobre muebles realizadas al margen de dicha norma; motivo que explica la diferencia señalada en el texto con respecto al Derecho inglés y que en las páginas que siguen la atención se centre fundamentalmente en las reservas mobiliarias bajo la LVPBM. Tales reservas han de respetar lo que dispone el artículo 6 LVPBM, conforme al cual: «para la validez de los contratos sometidos a la presente Ley será preciso que consten por escrito. Se formalizarán en tantos ejemplares como partes intervengan, entregándose a cada una de ellas su correspondiente ejemplar debidamente firmado». Un estudio completo de los efectos de los contratos con reserva de dominio bajo el amparo de la LVBMP y al margen de ella, se contiene en RODRÍGUEZ-ROSADO, 2019, pp. 525-553.

¹¹⁶ Cfr. CARTWRIGHT, 2019, pp. 112-114.

español, en la práctica la reserva de dominio se aplica fundamentalmente a bienes muebles de cierto valor y perfectamente identificables (arg. *ex art.* 1 LVPBM), en el inglés el espectro es mucho más amplio: se utiliza para todo tipo de bienes muebles – sean fungibles o consumibles – y no necesariamente de un valor elevado, lo que facilita el mayor uso de esta figura en el tráfico jurídico¹¹⁷. Causa y efecto de lo anterior es que en el Derecho inglés existen varios tipos de cláusulas de reserva del *title*: mientras que en España se utiliza fundamentalmente la cláusula de reserva de dominio simple, en el Derecho inglés se recurre, como se ha visto, a otras modalidades que extienden la garantía a otros bienes del deudor, al resultado de la venta de los bienes originalmente suministrados, o incluso a los que sean consecuencia de un proceso de manufactura o a lo obtenido con su venta. Las posibilidades –y, en consecuencia, los problemas que surgen– son mayores¹¹⁸.

¹¹⁷ En concreto, y en lo que ahora interesa, el artículo 1 LVPBM precisa que «*la presente Ley tiene por objeto la regulación de los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables (...). A los efectos de esta Ley, se considerarán bienes identificables todos aquellos en los que conste la marca y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales, o que tengan alguna característica distintiva que excluya razonablemente su confusión con otros bienes*». Por otra parte, como se acaba de apuntar en una nota precedente, en el Derecho español la reserva de dominio también puede referirse a bienes inmuebles pudiendo en tal caso inscribirse en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 23 de la Ley Hipotecaria y la STS de 24 de julio de 2012 [RJ 2012/9334]), aun cuando ello no sea frecuente en la práctica. Con todo, en tal supuesto, la efectividad de la reserva no depende de la inscripción en el Registro pues aquella no constituye un derecho real de garantía (arg. *ex art.* 1.857 CC). Sobre la reserva inmobiliaria *vid.* la RDGRN de 28 de noviembre de 2017 [RJ 2017/5680] y, entre la doctrina, ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2006, ALGABA ROS, 2013, pp. 17-58, y, más recientemente, RODRÍGUEZ-ROSADO, 2019, pp. 536-542 donde analiza su eficacia *inter partes*, ante un embargo, un concurso o la enajenación tanto por parte del comprador como del vendedor. En Inglaterra, en cambio, la *retention of title* no se usa para bienes inmuebles. Finalmente, en España también se puede establecer una reserva de dominio sobre bienes muebles pero sin el amparo de la LVPBM –y, por tanto, sin las características exigidas por el artículo 1 LVPBM ya transcrita–, que puede ser objeto de inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

¹¹⁸ A pesar de que en España se use fundamentalmente solo una de las modalidades de reserva de dominio que existen en el Derecho inglés, es muy notable el debate doctrinal que ha suscitado, de manera particular en relación a su naturaleza. A este respecto y según se mencionó en la nota n.º 2, tres son las tesis a que mayoritariamente se ha acudido para ofrecer una explicación cabal. En primer lugar e incidiendo en la finalidad de garantía de cobro, se ha optado por concebirla como una prenda sin desplazamiento de manera que el comprador se convierte en propietario desde la perfección del contrato y entrega del bien, y el vendedor goza de un derecho real en cosa ajena. Ambos disponen de los medios de protección que se derivan de la naturaleza jurídico-real de sus posiciones. Partidarios de esta tesis son BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1971, pp. 43 y ss., RIVERA FERNÁNDEZ, 1994, pp. 127-136, GARCÍA SOLÉ, 1999, p. 157, MARÍN LÓPEZ, 2006, pp. 437 y ss., GARCÍA RIPOLL, 2013, pp. 603 y ss., y GALICIA AIZPURÚA, 2014, pp. 95 y ss. En segundo lugar se ha entendido que la reserva de dominio opera como una condición resolutoria en caso de impago: el comprador se convierte en propietario desde el momento de la perfección del contrato y la entrega, pero si ocurre el mencionado evento se pone fin al dominio y se produce una retransmisión a favor del vendedor. Defensores de esta tesis son DÍEZ-PICAZO (1983), 2008, pp. 882-883, CASAS VALLÉS, 1986, p. 607, MONTES PENA-

Ahora bien, que la *retention of title* se use de manera habitual en el Derecho inglés por su gran variedad de posibilidades –e incluso con bienes de poco valor–, unida a la inexistencia de una regulación específica, tiene el inconveniente de que no es sencillo elaborar un cuerpo doctrinal que recoja las diversas soluciones judiciales. Y es que si, de una parte, cuando se trata de bienes que carecen de un valor elevado los problemas rara vez llegan a instancias judiciales al no compensar el esfuerzo de tiempo y de dinero¹¹⁹; de otra, cuando llegan, las soluciones que se ofrecen dependen del particular contrato de que se trate: la reticencia del jurista inglés respecto de las leyes codificadas, conlleva que las decisiones judiciales usualmente versen sobre la interpretación de específicos contratos¹²⁰. La consecuencia de lo anterior es que las soluciones judiciales a algunos problemas que plantea la *RoT* no son totalmente predecibles ni siempre exportables a otros casos similares; lo que constituye un acicate para el jurista para redactar correctamente y de manera cuidadosa las cláusulas de *retention of title*¹²¹.

DÉS, 1989, p. 1034, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, pp. 435 y ss; OCAÑA RODRÍGUEZ, 2001, pp. 117 y ss. y QUICIOS MOLINA, 2009, pp. 191 y ss. Esta tesis ha tenido escaso eco en la jurisprudencia; en el ámbito registral destaca la Resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2010 [RJ 2011/551], aunque ha sido posteriormente contradicha por las RRDGRN de 28 de noviembre de 2017 [RJ 2017/5680] y de 10 de enero de 2018 [RJ 2018/47]. En tercer lugar, se encuentra la «tesis clásica» ya expuesta en la nota n.º 2 de este trabajo. A favor de esta teoría se pronuncian, entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1988, pp. 101 y ss., BLANCO GASCÓ, 2000, p. 86, MARTÍNEZ ROSADO, 2005, pp. 101 y ss. –matizando su opinión en las pp. 152 y ss.–, ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2006, pp. 55 y ss., MIQUEL, 2012, pp. 139 y ss., y RODRÍGUEZ-ROSADO, 2019, pp. 521-525. De igual parecer es la jurisprudencia mayoritaria; *vid. ad ex.* y entre otras, las SSTS de 19 de octubre de 1982 [RJ 1982/5563], 19 de mayo de 1989 [RJ 1989/3778], 10 de diciembre de 1991 [RJ 1991/8926], 12 de marzo de 1993 [RJ 1993/1794], 17 de febrero de 2000 [RJ 2000/1338] y 4 de octubre de 2013 [RJ 2013/7053]. La existencia de diversas tesis se debe en parte al carácter fragmentario de la regulación legal de la reserva de dominio, así como a la necesidad de elaborar una estructura coherente de la que derivar las consecuencias lógicas precisas para resolver problemas concretos. Igualmente, las diversas tesis tratan de colmar las lagunas que presentan las demás; circunstancia que no concurre en el Derecho inglés donde, como se ha dicho, no existe regulación legal específica y la *RoT* es el resultado del acuerdo de las partes. Finalmente, junto con estas tres tesis principales, también se han ofrecido otras que han sido secundadas con menor fuerza: la compraventa con reserva de dominio es una venta a término (cfr. la crítica que formula RIVERA FERNÁNDEZ, 1994, pp. 33-34) o en ella se produce una adquisición progresiva del dominio existiendo una «propiedad en tránsito» y unas cuotas variables a lo largo de la vida del contrato (cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, 1991, p. 41).

¹¹⁹ Cfr. Trott, 1998, p. 7.

¹²⁰ Cfr. GULLIFER, 2017, p. 246. En efecto, en el Derecho inglés «no existe un único conjunto coherente de principios jurídicos que permita deducir la respuesta a una cuestión jurídica», pues éstas «se basan generalmente en los hechos del caso en cuestión y en las soluciones particulares de casos singulares anteriores, más que en declaraciones de principio generalizadas» (CARTWRIGHT, 2019, p. 51).

¹²¹ Cfr. BRADGATE, 1995, p. 249.

3.3 LOS TIPOS DE RESERVA ADMITIDOS EN AMBOS ORDENAMIENTOS. EN PARTICULAR, ¿TIENEN CABIDA LAS RESERVAS COMPLEJAS EN EL DERECHO ESPAÑOL?

La mencionada amplitud de los bienes objeto de la reserva se corresponde, como es lógico, con la utilización de las diversas modalidades existentes de *RoT* en el Derecho inglés; y, en concreto, con la posibilidad de revender o procesar los bienes inicialmente suministrados. Y, como se ha visto en la primera parte de este trabajo, tal situación ocasiona problemas que no tienen lugar en el Derecho español: qué sucede con el *title* cuando hay una mezcla o accesión, si existe o no un derecho de trazar los bienes y el resultado de la venta, si la cláusula *RoT* está creando un *charge* registrable, etc. La potencial ampliación del tipo de bienes objeto de una reserva de dominio en el Derecho español así como la admisión de otras modalidades distintas de la simple –y, por tanto, de los problemas que pueden originar–, suscita varias dificultades, que a continuación se exponen de manera resumida. Siendo ello así y a la vista de lo que a continuación se dirá, cabe afirmar que la figura española e inglesa donde existe mayor similitud es la reserva simple, que es en la que pensaba la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales¹²². De todos modos y como se ha expuesto, la legislación española que positivamente regula tal modalidad de reserva –la LVPBM– la configura como incompatible con la reventa, a la vez que suscita problemas cuando se pierde la identificabilidad de los bienes.

De entrada, se advierte que el hecho de que en España no exista legislación que específicamente mencione las cláusulas *all monies*, *proceeds of sale*, *aggregation* y *mixed good* –reservas que en adelante serán calificadas como «complejas»–, o, como se verá, que deje cabida para ellas, constituye una dificultad para su incorporación. En efecto, por lo que hace a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el examen de sus preceptos evidencia con claridad que la reserva de dominio a que alude es la simple y orientada al consumidor final (cfr. arts. 5.1 y 7 LVPBM). No se admite, por tanto, ni la reventa ni la transformación de los bienes; elementos capitales de varias de las reservas de dominio complejas. Y, de manera coherente con tal limitación, la citada Ley establece unos

¹²² Según se apuntó, la Directiva mencionada en el texto ha sido sustituida por la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

efectos adecuados a la reserva simple. Así ocurre con la eficacia para los terceros –supeditada a la inscripción– (art. 15.1 LVPBM), con la tercería registral, con el «derecho de separación» o con la ejecución separada en caso de concurso si aquélla estaba inscrita (cfr. art. 15.3 y 16.5 LVPBM)¹²³.

De manera más concreta, la imposibilidad de que la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles contemple reservas de carácter complejo resulta de la disposición contenida en el artículo 5.1 que señala que «*quedan excluidos de la presente Ley: las compraventas a plazos de bienes muebles que, con o sin ulterior transformación o manipulación, se destinan a la reventa al público y los préstamos cuya finalidad sea financiar tales operaciones*», así como por la limitación establecida por el artículo 4 de la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 19 de julio de 1999 (en adelante, ORVPBM)¹²⁴. En efecto, este último precepto –cuya legalidad ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina– dispone que «*el comprador de un bien, cuyo dominio se hubiera reservado el vendedor o finanziador, 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*»¹²⁵. Así pues, exclusión de bienes

¹²³ Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, 2003, p. 477 quien señala que de la LVPBM también se deriva que un eventual subadquirente no pueda «adquirir válidamente el bien vendido si el precio no había sido pagado, lo que (...) resulta incompatible con las cláusulas complejas». Por otra parte, y admitida la necesidad de inscripción para la oponibilidad a terceros en el marco de la LVPBM, se ha suscitado un interesante debate en torno a la amplitud de dicho concepto: si alude a cualquier persona distinta de las partes del contrato de manera que la reserva no inscrita solo sería eficaz entre ellas, o, por el contrario, se circunscribe al adquirente, de modo que la no inscripción no perjudicaría la tercería o el derecho de separación en caso de concurso. Un resumen de ambas tesis se contiene en RODRÍGUEZ-ROSADO, 2019, pp. 545-548.

¹²⁴ En este contexto, MARTÍNEZ ROSADO (2003, p. 496) alude a una Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1909 [JC, tomo 116, pp. 543-551] donde se apuntó la contradicción que supone una reserva de dominio simple en un bien destinado a ser revendido; contradicción que la resolución calificó de «inmoral».

¹²⁵ En lo que ahora interesa, el resto del artículo 4 dispone lo siguiente: «*podrán ser objeto de inscripción: a) Los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables y cualesquiera otros mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos sobre tales bienes (...); b) Los contratos de venta con precio total o parcialmente aplazado, en uno o varios vencimientos, en tiempo superior a tres meses desde su perfección, sobre los bienes a que se refiere la letra anterior; c) Los contratos de préstamos de financiación a vendedor o a comprador para realizar las operaciones a que se refieren las letras anteriores. En los tres casos anteriores, no es requisito necesario para la inscripción que se haya pactado la reserva de dominio o la prohibición de disponer. La reserva de dominio sólo se inscribirá si así se hubiera pactado en el contrato, en tanto que la prohibición de disponer se entiende establecida por ministerio de la Ley y por el hecho de la inscripción, aunque no esté expresamente pactada, siempre que el vendedor o el finanziador, en su caso, no autoricen la libre enajenación del objeto vendido (...). Salvo que las partes se limiten a prohibir determinados actos de enajenación o gravamen, la prohibición de disponer excluye,*

objeto de transformación, manipulación o reventa en la LVPBM y establecimiento en la ORVPBM de que «*cualquier acto*» dispositivo realizado por el comprador resulta nulo. De todas maneras, la doctrina ha propuesto una interpretación flexible –y a mi juicio más adecuada a la realidad– de acuerdo con la cual, el comprador puede disponer de la titularidad *in fieri* que tiene pero no del bien mismo; disposición que no afectará, en consecuencia, a la reserva de dominio existente¹²⁶. De manera acorde, se señala que la prohibición del artículo 4 circunscribe su ámbito propio de actuación a los actos de disposición respecto de la totalidad de la cosa –de la que no se es titular– pero no en relación a la titularidad *in fieri*¹²⁷.

Señalado que la LVPBM solo regula positivamente la reserva simple, ¿cabría la introducción de las reservas de carácter complejo en dicha norma en virtud del inciso 10 del artículo 7 cuando permite «*cualquier otra garantía de las previstas y reguladas en el ordenamiento jurídico*»? A mi juicio ello no es posible pues, además de no estar «prevista» ni constituir un «derecho real de garantía», la reserva de dominio compleja no resiste la prohibición del artículo 5.1 LVPBM, ya transrito, ni se compadece bien con los

bajo sanción de nulidad absoluta, cualquier acto de riguroso dominio y dispositivo, a excepción de los actos mortis causa y de los inter vivos de carácter forzoso, como son las adjudicaciones derivadas de realizaciones forzosas judiciales o administrativas y las expropiaciones. El que remate un bien sujeto a prohibición de disponer como consecuencia de una enajenación forzosa, lo adquirirá gravado con la prohibición de disponer y con subsistencia de la obligación de pago garantizada, y responderá con el propio bien adquirido de la deuda solidariamente con el primitivo deudor hasta su cumplimiento. El adjudicatario de un bien sujeto a reserva de dominio, en una realización forzosa por deudas del favorecido por la misma, adquirirá la propiedad del bien subrogándose en las obligaciones de aquél con relación al comprador. En las expropiaciones, la prohibición de disponer tendrá el carácter de gravamen a los efectos de indemnización del favorecido por ella, y la reserva de dominio implicará que será parte en el expediente su titular». En relación con las críticas que ha suscitado la legalidad de este precepto *vid.* BLANCO GASCÓ, 2000, p. 39, OCAÑA RODRÍGUEZ, 2000, pp. 141 y 160, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2013, p. 71 y MARÍN LÓPEZ, 2015, p. 465.

¹²⁶ Una consecuencia de lo expuesto es que cualquier embargo habrá de limitarse a los derechos que cada parte tenga en el bien –el crédito que el vendedor tenga frente al comprador, su titularidad formal o la expectativa del comprador– sin que, a consecuencia de ello, pueda recaer sobre el objeto en su totalidad, al no estar en el ámbito de disponibilidad de ninguna de las partes. *Vid.*, en tal sentido, la STS de 28 de diciembre de 1999 [RJ 1999/9618]; y en la doctrina MONTÁNCHEZ RAMOS 2006, pp. 125-126 y DE VERDA Y BEAMONTE, 2009, pp. 9 y 10 quien cita la Resolución de la DGRN de 16 de marzo de 2004 [RJ 2004/2388] que alude a «los derechos que éste –el comprador– ostente en el bien embargado». En coherencia con lo expuesto, cuando el comprador procede a la enajenación, el tercer adquirente de buena fe que conozca la reserva –o si ésta está inscrita–, únicamente adquirirá la «expectativa de dominio» propia de aquél. En caso de no inscripción, el tercero de buena fe estará protegido como adquirente *a non domino* por el artículo 15 LVPBM. Finalmente, considerando que el tercero que adquiere a título lucrativo no está protegido frente a los remedios de que dispone el vendedor, *vid.* RODRÍGUEZ-ROSA-DO, 2019, pp. 537-538.

¹²⁷ De similar opinión es BLANCO GASCÓ, 2000, p. 88.

peculiares efectos establecidos en dicha Ley¹²⁸. A modo de ejemplo, del artículo 15.3 LVPBM parece deducirse que la reserva de dominio se termina cuando el bien se vende o transforma, lo que no encaja con las reservas complejas. Buena prueba de lo anterior es la posibilidad que se le reconoce al vendedor de ejercer una tercería de dominio ante un embargo, lo que constituye un acto de disposición de la totalidad del bien, aunque de carácter forzoso¹²⁹.

Descartada la posibilidad de incluir una reserva compleja en la LVPBM, ¿qué sucede en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista? Esta norma alude en su artículo 17.2 a la reserva de dominio sin circunscribirla a la de carácter simple; ¿implica ello que se está dando cabida las complejas, en especial si se atiende a que dicho precepto está pensado para bienes que serán objeto de reventa –posibilidad excluida por el artículo 5.1 LVPBM–?¹³⁰ A favor de tal admisión se ha argumentado que no resultaría lógico circunscribir tal precepto únicamente a las reservas simples pues los plazos usualmente breves propios de la compraventa de mercaderías no se compadecen bien con la exigencia de que para poder revender los bienes sea necesario haber abonado totalmente el precio. Tal hecho, en unión con la posibilidad de reventa admitida por la LOCM, parece que permitiría las reservas de carácter complejo cuyo ámbito natural no es otro que las compraventas mercantiles¹³¹. Con todo, a mi juicio, existe un argumento de mayor peso que lo impide: los antecedentes del precepto. Según es conocido, la introducción del artículo a que ahora se alude en la legislación es fruto de la trasposición de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio

¹²⁸ En la doctrina, SÁNCHEZ LORENZO (1993, pp. 177-178) califica como «reserva vertical» la que aquí se denomina como «prolongada» –la que afecta al bien transformado o a las resultas de la venta– y «horizontal» a la «ampliada» –la cláusula *all monies* en cualquiera de sus versiones–.

¹²⁹ Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, 2003, p. 478. Asimismo, dicho autor apunta que la cesión de la reserva de dominio otorga al cesionario las facultades que la LVPBM atribuye a aquélla (cfr. art. 11.2.8 ORVPBM) y que no coinciden con las propias de una reserva de carácter complejo. Por otra parte, reconociendo la tercería de dominio al vendedor en caso de embargo, *vid. entre otras*, las SSTS de 17 de mayo de 1974 [RJ 1974/3221], 10 de mayo de 1990 [RJ 1990/3699], 18 de diciembre de 1990 [RJ 1990/10283], 12 de julio de 1996 [RJ 1996/5886], 20 de junio de 2000 [RJ 2000/5294] 6 18 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8331].

¹³⁰ En particular, el artículo 17.2 LOCM dispone que «*los comerciantes a quienes se efectúen las correspondientes entregas quedarán obligados a documentar, en el mismo acto, la operación de entrega y recepción con mención expresa de su fecha. Del mismo modo, los proveedores deberán indicar en su factura el día del calendario en que debe producirse el pago. Si todas o alguna de las mercancías estuvieran afectadas por una cláusula de reserva de dominio, la factura expresará asimismo esta circunstancia, que deberá responder en todo caso a un acuerdo entre proveedor y comerciante documentado con anterioridad a la entrega. Las facturas deberán hacerse llegar a los comerciantes antes de que se cumplan treinta días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías*

¹³¹ Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, 2003, p. 481. En coherencia con lo expuesto, resultaría lógica la exclusión que la LVPBM realiza de tales reservas en el ámbito de los consumidores.

de 2000. Si en tal Directiva no se aludía ni se mencionaban más que las reservas simples, carece de sentido introducir las complejas en la LOCM cuando no existe ninguna referencia a ella¹³². Por idénticas razones, tampoco tendrá cabida la reserva de dominio compleja en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, cuyo origen, como es conocido, respondió, a la necesidad de incorporar la citada Directiva al Derecho interno¹³³.

De lo expuesto se colige que ni siquiera la interpretación flexible propuesta por la doctrina permite la introducción de las modalidades de *all monies, proceeds of sale, aggregation o mixed clause* en las leyes que expresamente regulan la reserva de dominio en España, pues, como se expuso, conllevan la disposición de la totalidad de la cosa, bien orientada a la venta, bien orientada a su manufactura y subsiguiente elaboración de un nuevo producto. Además de por los argumentos ya expuestos, lo anterior puede deberse también, de una parte, a que, a diferencia de como ocurre en otros países, en España existe una figura que, garantizando las mercaderías y materias primas, permite articular la necesidad de revender los bienes: la prenda sin desplazamiento; y de otra, a que, en la práctica, las compraventas mercantiles de tales bienes suelen ser al contado o a crédito –o incluso con seguro de crédito o de caución–¹³⁴.

Sea ello como fuere, la no inclusión de la reserva de dominio compleja en las citadas leyes ¿supone que no tienen cabida en el ordenamiento jurídico español? A mi juicio, de entrada, la respues-

¹³² Algo similar sucedía en otros proyectos de convenios internacionales donde tampoco se hacía mención a las reservas de dominio complejas. *Vid.* MARTÍNEZ ROSADO, 2003, p. 482 quien apunta que la interpretación más acorde con los antecedentes históricos es considerar que la Directiva no excluye la reserva simple en las ventas entre comerciantes –como hace la LVPBM (cfr. art. 5.1)– pero dispone que tiene lugar entre el vendedor y comprador y no con un eventual subadquirente. En atención a lo expuesto se colige que el artículo 17 LOCM contempla la reserva simple en el contexto empresarial, al igual que la LVPBM lo hace respecto del consumidor final. Y, de manera coherente con el conocimiento propio de aquéllos de la realidad económica, se exigen menos requisitos para su constitución (cfr. *ídem*, p. 481).

¹³³ No se examina en el texto de manera separada la Ley Concursal porque su objeto es regular en el contexto del concurso las consecuencias de las reservas de dominio admitidas por el ordenamiento, pero no reconocer nuevas formas de reserva.

¹³⁴ Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, 2003, pp. 474-476. Lo expuesto explica que no se haya recurrido en el Derecho español a las reservas complejas y que, en consecuencia, no se hayan suscitado los problemas que han surgido en otros ordenamientos jurídicos. Ahora bien, aun cuando la prenda sin desplazamiento se revela adecuada para el fin señalado, lo es, sobre todo, desde el punto de vista teórico, pues la necesidad de escritura pública para su constitución o la necesidad del consentimiento del acreedor para que el deudor pueda disponer de los bienes una vez constituida la garantía, constituyen inconvenientes de orden práctico que desincentivan su uso, salvo para operaciones de crédito cuantiosas (cfr. arts. 3, 4, 53 y 65 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión). Con todo, de mayor enjundia son las dificultades que presentan otras figuras; p. ej., la prenda tradicional o la hipoteca mobiliaria.

ta a tal pregunta ha de ser negativa. En efecto, a expensas de lo que a continuación se dirá, lo único que cabe concluir de lo anterior es que las reservas de dominio complejas –de admitirse en el Derecho español– no pueden beneficiarse del particular régimen contenido en las citadas leyes pero de ello no se deriva su ilicitud. Ello expuesto, veamos entonces si tienen cabida en el ordenamiento jurídico español, distinguiendo, de una parte, la potencial eficacia *inter partes* de la jurídico-real.

Por lo que se refiere a las reservas de dominio que extienden la garantía más allá del bien objeto de la compraventa y abarcan el que es resultado de una transformación o manufactura o las resutas de su venta, de entrada, y denegada su cabida en las leyes examinadas, no parece existir óbice alguno para su admisibilidad. Ahora bien, como por la razón apuntada páginas atrás tal reserva no puede estar inscrita en el Registro de Bienes Muebles, únicamente tendrá eficacia entre las partes, produciéndose el efecto suspensivo de la adquisición de la propiedad que, según se ha visto, es el que mayoritariamente se le atribuye a la reserva de dominio en el ordenamiento jurídico español. Junto con tal conclusión, ha de señalarse también que, en el contexto de tal concepción, la autorización para revender resulta un tanto contradictoria con el mantenimiento de una posterior reserva de dominio, y que, en este preciso caso, carece de eficacia frente a terceros¹³⁵.

Señalado lo anterior, tampoco se llega a una conclusión favorable a su plena eficacia desde la perspectiva jurídico-real. Al no existir una garantía típica que encaje adecuadamente con la figura que ahora se examina, y al no ser posible el mencionado registro de la reserva, no cabe reconocerle eficacia real frente a terceros ni tampoco en curso de acreedores¹³⁶; todo lo más en el plano personal¹³⁷.

En lo atinente a la reserva de dominio que abarca otros bienes del deudor –la cláusula *all monies* del Derecho inglés, o las cláusulas «ampliadas», tal y como se han denominado en España– parece

¹³⁵ En la escasa doctrina española que ha trabajado esta materia, se ha pronunciado a favor de la admisibilidad de las reservas de dominio prolongadas DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1983, p. 563. En contra, aunque centrándose en el régimen de la LVPBM, SÁNCHEZ LORENZO, 1993, p. 187. Sobre el carácter contradictorio *vid. MARTÍNEZ ROSADO*, 2003, p. 497.

¹³⁶ En efecto, la Ley Concursal únicamente admite los privilegios crediticios o las preferencias reconocidos en dicha ley (cfr. art. 89.2 LC). Y, en lo que ahora interesa, la única posible viene constituida por el artículo 16.5 LVPBM y por el artículo 90.1.4 y 90.2 LC; requiriéndose en el primer caso sujeción a la LVPBM y en ambos la inscripción que, como se ha visto, no parece posible en las de carácter complejo (a este respecto, *vid. MARTÍNEZ ROSADO*, 2003, pp. 500-501).

¹³⁷ Aunque el ordenamiento no impide reconocer garantías a favor de terceros, en todo caso ha de examinarse si la que se pretende establecer encaja en una de las típicas que tenga eficacia real, pues, de no ser así, únicamente tendrá eficacia personal. *Vid.* en tal sentido *MARTÍNEZ ROSADO*, 2003, p. 497 quien cita el artículo 1.862 CC.

que tienen menos encaje en el ordenamiento jurídico. Y ello, aun a pesar de que el hecho de que esta cláusula no esté pensada para la reventa parece que permitiría su cabida en la LVPBM y, en consecuencia, ser inscrita. De todas maneras, ya se señaló que la citada ley únicamente parece contemplar la reserva simple, siendo tal modalidad, por tanto, la única inscribible. Dicho en otros términos: no cabe la inscripción de una reserva que garantice otros créditos o el «saldo» de una cuenta¹³⁸.

Junto con ello, la escasa doctrina que ha tratado esta modalidad es crítica respecto de su admisibilidad basándose en varios argumentos: las limitaciones que impone el principio de causalidad –la imposibilidad del deudor de acceder o recuperar la propiedad resultaría incompatible con la causa de tales garantías–, la condición a que se somete la venta con reserva de dominio ampliada resulta de imposible cumplimiento –lo que determinaría la nulidad *ex artículo 1.116 CC*–, la vulneración del principio de buena fe, así como la contrariedad con el orden público económico en materia de contratación y garantías¹³⁹.

Finalmente, de admitirse por hipótesis la reserva a que ahora se alude, permanecería vigente en tanto no se pague el precio, pero, pagada la deuda correspondiente al bien objeto de la compraventa, la reserva simple dejaría de actuar y la que se pretendiese sobre los otros bienes la convertiría en una específica figura de garantía, con dos notables peculiaridades. La primera: carecería de inscripción alguna; lo que, lógicamente, contradice reglas elementales del derecho de garantías de manera que las opciones de reconocerle eficacia se reducen¹⁴⁰. Y la segunda: se trataría de una figura que parece entroncar con la transmisión de la propiedad en garantía –del subadquirente al vendedor inicial– en donde éste únicamente ostentaría una propiedad fiduciaria¹⁴¹.

¹³⁸ Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, 2003, pp. 487, 504 y 505.

¹³⁹ Cfr. SÁNCHEZ LORENZO, 1993, pp. 199-200. Asimismo, el citado autor alude a que la reserva ampliada colectiva «implica condiciones generales de la contratación abiertamente abusivas».

¹⁴⁰ Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, 2003, p. 505. Dicho autor también reconoce la, a mi juicio, evidente función de garantía que tiene la reserva colectiva o de cuenta corriente una vez se paga el precio de venta.

¹⁴¹ Cfr. MARTÍNEZ ROSADO, 2003, p. 487. En el Derecho comparado no es infrecuente conectar las reservas de dominio ampliadas con la transmisión de la propiedad en garantía y con los negocios fiduciarios. En lo que hace a España, al no existir regulación específica ni de una ni de otros, únicamente cabe recurrir a argumentos jurisprudenciales y doctrinales para determinar su admisibilidad y la posible asimilación con las reservas complejas. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha aceptado la validez de los negocios jurídicos fiduciarios, admitiendo la existencia de una titularidad dividida: formal –la del fiduciario frente a terceros que no autoriza para ejercer una tercera de dominio– y material –la del fiduciante–. Siendo ello así, según se advierte, en una reserva de dominio que afecte a los resultados de la reventa o al bien que sea fruto de la transformación efectuada por el comprador, hay elementos que impiden su asimilación a los negocios fiduciarios o a la transmi-

3.4 LA INNECESARIEDAD DE REGISTRO

Si, como parece, lo que se pretende en el Derecho inglés es que la *retention of title* sea una figura flexible que las partes puedan configurar libremente –esto es, no «encorsetadas» por contratos especiales o una legislación minuciosamente detallada– facilitándose, en consecuencia, un tráfico jurídico ágil de los bienes, se comprende de que a estos efectos la necesidad de registro constituya un obstáculo. En tal sentido, la exigencia de registrar todos y cada uno de los acuerdos que contengan una *retention of title* constituiría una carga –en tiempo y en dinero– que posiblemente no se compense con los beneficios que reporte, de manera especial cuando el contrato verse sobre bienes consumibles o sea de poca cuantía. Aunque el razonamiento anterior sea lógico desde una perspectiva empresarial tiene el inconveniente de que la apariencia posesoria existente puede resultar engañosa: la presunción de titularidad que deriva de la posesión de los bienes puede no corresponderse con la realidad, al desconocer los terceros la existencia de la mencionada reserva¹⁴². En tal sentido, la constitución de un Registro resulta útil para corregir la publicidad aparente evitando que los terceros puedan prevalecerse de ella. De esta manera se garantiza a aquéllos el conocimiento cierto tanto de la titularidad de los bienes, como, en su caso, de los derechos reales de garantía que pesen sobre ellos, concediendo al acreedor un instrumento de oponibilidad.

A pesar de lo expuesto, en el Derecho inglés no resulta necesario registrar los contratos que contengan *retention of title*. La obligación de registro surge únicamente cuando exista un *charge* (cfr. *Section 859 Companies Act 2006*); esto es, cuando las originariamente pretendidas cláusulas *RoT* en el fondo estén creando el referido derecho de garantía o éste se pretendiera ya desde el inicio. En tales casos sí se precisa la inscripción para facilitar a los terceros el conocimiento de los derechos del *chargee* sobre los bienes¹⁴³. Con

sión de la propiedad en garantía típica. En efecto, mientras que en aquellos el fiduciario ostenta una posesión o título que justifica su reconocimiento dominical por terceros, en la reserva que ahora se analiza nada posee, sin que haya una compensación de la falta de apariencia posesoria por medio, por ejemplo, de la inscripción en un Registro. Lo anterior explica que el *ius retinendi* propio del negocio fiduciario quede aquí sin contenido. Asimismo, y como se indicó en el texto, se contravienen las normas básicas del Derecho de garantías (sobre estos argumentos *vid.* MARTÍNEZ ROSADO, 2003, pp. 482, 490, 491 y 506).

¹⁴² A este respecto, SHEEHAN, 2017, p. 265 apunta que *at present, English law concentrates on the form of the interest rather than its function and, despite the functional similarities with security, takes the view that retention of title clauses need not be registered, which makes their existence harder to detect. Vid.* también GULLIFER, 2017, p. 249.

¹⁴³ En lo que atañe al *charge*, son variadas las diferencias que presenta tal figura en el ordenamiento jurídico inglés con respecto a un derecho de garantía similar en el Derecho español. Así, mientras que en el primero se trata de un gravamen cuya inscripción no es constitutiva y para el que no es preciso ser propietario –se admite que lo establezca

todo, la modificación operada en 2013 sobre el *Companies Act*, a consecuencia de la cual se eliminó la sanción en caso de no inscripción de un *charge*, ha «minimizado la obligatoriedad» del registro apuntado¹⁴⁴. Ello, aun a pesar de que de la no inscripción del *charge* se deriven consecuencias tan serias como la pérdida del rango de preferencia en una eventual insolvencia¹⁴⁵. Lo expuesto hace que en la práctica el registro no constituya un modo de proceder mayoritario, reservándose para los contratos de gran volumen¹⁴⁶.

Según se advierte, la realidad inglesa es diametralmente opuesta a la española, donde se exige el registro de los contratos con reserva de dominio a fin de que puedan tener los efectos frente a tercero que recoge la legislación específica (cfr. art. 15 LVPBM y 28.2 ORVPBM)¹⁴⁷. Quizá esta exigencia necesaria de registro se

quien ostente un *possessory interest*–, en el segundo sí se precisa tal cualidad y la inscripción del gravamen es constitutiva (cfr. art. 41.3 LHMPSP). Esta diferencia ya muestra que la labor del registrador en ambos casos es esencialmente diferente. Un resumen de las diferencias entre ambas figuras se contiene en SERRANO FERNÁNDEZ, 2016, pp. 35, 49 y 56.

¹⁴⁴ Cfr. nota n.º 73.

¹⁴⁵ Cfr. McCORMACK, 1995, p. 99.

¹⁴⁶ La obligación de registrar la *RoT* no funciona en la práctica en *real commercial situations* (TITCHEN, 2015, p. 342); es algo más frecuente en contratos grandes.

¹⁴⁷ El primero de los preceptos citados en el texto señala, en lo que ahora interesa, que el «*Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles* [hoy Registro de Bienes Muebles] se llevará por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y se sujetará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia» (art. 15.1. II LVPBM) y 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. La inscripción se practicará sin necesidad de que conste en los contratos nota administrativa sobre su situación fiscal». Asimismo, dicho precepto presume «salvo prueba en contrario, que los contratos inscritos son válidos» (art. 15.2 LVPBM) y que los derechos inscritos «existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». Ello expuesto, y siendo cierta la afirmación contenida en el texto respecto de las reservas bajo la LVPBM con las matizaciones ya mencionadas en la nota n.º 123, es preciso hacer algunas aclaraciones en relación a las que no están sometidas a dicha Ley así como a las reservas sobre inmuebles. Por lo que hace a las primeras, en caso de enajenación del bien por el comprador, si no hay inscripción y el tercero desconocía la existencia de la reserva, éste tendrá únicamente la protección del artículo 85 del CCom y de la usucapición mobiliaria. Si existe un embargo instado por los acreedores del comprador o del vendedor, la otra parte –vendedor o comprador, según los casos– goza de la tercería de dominio –en el primer supuesto existe jurisprudencia que lo corrobora (*vid.*, por todas, las STS de 26 de marzo de 1984 [RJ 1984/1434] y de 18 de noviembre de 2003 [RJ 2003/833]); en el segundo no, pero hay razones que lo avalan (arg. *ex art.* 1.121 CC) a excepción de cuando la deuda está vencida pues parece necesario que se ofrezca el pago de lo debido–. En cualquier caso, la inscripción –facultativa– permite que las acciones de cumplimiento y resolución que ostente el vendedor puedan tramitarse por el juicio verbal (cfr. art. 250.1.10 y 11 LEC). En lo atinente a la reserva de dominio sobre inmuebles, como acto de trascendencia real, puede publicarse en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 23 de la Ley Hipotecaria y la STS de 24 de julio de 2012 [RJ 2012/9334]). Cuando haya tenido lugar una enajenación del bien por el comprador a un tercero desconocedor de la reserva existiendo inscripción, las acciones del vendedor le afectarán en caso de incumplimiento de aquél. Algo similar sucederá en caso de no inscripción, pues el tercero no reunirá los requisitos del artículo 34 LH. Si la enajenación es realizada por el vendedor, habiendo inscripción, el tercero no tendrá protección alguna contra el comprador. De no haberla, pero el vendedor sí está inscrito, el tercero estará protegido si reúne los requerimientos del artículo 34 LH.

avenga mejor a la configuración de la reserva de dominio española –menos ágil y flexible que la inglesa, con un espectro menor de bienes que la pueden integrar y, quizá por ello, menos utilizada–. En cualquier caso, se trata de un instrumento que concede seguridad a los terceros al corregir los déficits del sistema basado únicamente en la apariencia posesoria¹⁴⁸.

A la vista de lo expuesto se colige que el Derecho español y el inglés actúan de maneras diversas respecto de la necesidad de registro de la reserva; en parte porque tal figura, a pesar de tener un nombre similar, se configura de modos notoriamente diversos. ¿Cabría trasladar el modelo español al Derecho inglés? En la doctrina inglesa se ha justificado la innecesariedad de inscribir las *retention of title* sobre dos argumentos: dada la habitualidad del uso de las *RoT* supondría imponer una carga excesiva que no compensaría con los beneficios que proporciona, en especial, en los contratos de poca entidad; y, en segundo lugar, el modo práctico de funcionar ha motivado que en dicho ordenamiento se le reste valor al principio de la apariencia posesoria¹⁴⁹. En términos generales se asume que no todos los bienes que están en posesión de un empresario son de su propiedad¹⁵⁰.

Sobre esta cuestión y también sobre los supuestos en que la finca no está inmatriculada, *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2019, pp. 527-529, 534-535 y 540-542.

¹⁴⁸ Cuestión distinta es que no todos los ciudadanos sean conscientes de la progresiva digitalización del Registro, lo que, en términos prácticos, dificulta el conocimiento de su contenido a terceros, afectando así en cierta medida a la seguridad mencionada.

¹⁴⁹ *Cfr.* GULLIFER, 2017, p. 247.

¹⁵⁰ *Cfr.* GULLIFER, 2017, p. 247. En este contexto, ha de tenerse en cuenta también que, en su día, la *Section 38 (a)* del *Bankruptcy Act 1914* establecía que eran propiedad del insolvente los bienes que, al comienzo de dicho procedimiento, estuviesen *in the possession order, and disposition of the bankrupt, in his trade and business, by the consent and permission of the true owner, under such circumstances that he is the reputed owner thereof*. La determinación de si las circunstancias creaban o no la *reputation of ownership* era, lógicamente, una cuestión fáctica a dilucidar en cada caso. Sea ello como fuere y a pesar de que la intención de la *reputed ownership doctrine* fuese evitar que los particulares –no era de aplicación a las empresas– se aprovechasen de la apariencia posesoria para obtener un *false credit*, el precepto señalado ha sido eliminado por el *Insolvency Act of 1986*. Uno de los argumentos utilizados para tal derogación consistió en rebajar la intensidad de los peligros para un acreedor en confiar en la apariencia posesoria a fin de conceder crédito (*cfr.* BLAGDEN COMMITTEE 1957, Cmnd. 221, párr. 110; *vid.* también CORK REVIEW COMMITTEE, 1982, párr. 1081-1093; en especial el párr. 1087). Una solución alternativa –en la teoría aplicable en el ámbito de la *RoT* pero que en la práctica no se utiliza– podría consistir en solicitar al comprador un memorándum donde señale los derechos que posee sobre los bienes. Por otra parte, en la doctrina española, *vid.* SÁNCHEZ LORENZO, 1993, pp. 45-47 y 54 donde señala algunas razones que han hecho que se ponga en entredicho la publicidad de los derechos reales de garantía por medio del Registro. En lo que ahora interesa, basta con apuntar que puede suponer unos costes excesivos, de manera especial cuando se trata de operaciones internacionales donde resultaría costoso cumplir con las diversas exigencias de registro de los distintos Estados. Y en segundo lugar, la mencionada publicidad implica una situación de aparente insolvencia del deudor. A este respecto, y sobre la solvencia de la empresa, *vid.* McCORMACK, 1995, p. 97.

Ahora bien, siendo ello así, ha de advertirse que la no necesidad de registro de las *RoT* no constituye un dogma en el ámbito del *common law* pues algo similar al registro a que ahora se alude se ha impuesto en otros países pertenecientes a dicho sistema –p. ej. Australia y Estados Unidos–¹⁵¹. Quizá, se ha sugerido, bastaría con una *actual notice* sobre el modo habitual de proceder de una empresa –los tipos de contratos que suele suscribir, las cláusulas *RoT* que suele incorporar, o el tipo de *charge* al que suele recurrir– en lugar de una inscripción específica de cada contrato¹⁵².

¿Sería aplicable la realidad inglesa al sistema español? A la vista de la distinta configuración de la figura de la *retention* parece que restaría la seguridad que ahora mismo aporta el actual modelo, cuando no resulta necesario al no estar pensada la reserva de dominio para poder revender o disponer de los bienes.

3.5 LOS EFECTOS PARA LOS TERCEROS

Otra de las diferencias notables entre el régimen jurídico español y el del Derecho inglés en relación a la *retention of title* viene constituido por las consecuencias para los terceros. Es conocido que en el Derecho español existe una reserva de disposición bilateral, de manera que ni el comprador ni el vendedor pueden disponer válidamente de la totalidad del bien; cuestión distinta es, como se ha apuntado, que el acto dispositivo recaiga sobre la titularidad *in fieri* del comprador o sobre la titularidad modalizada –en «función

¹⁵¹ Vid. a este respecto el *Personal Property Securities Act* australiano que obliga a inscribir en un único Registro de gravámenes sobre *personal property* (*PPS Register*) todos los *security interests*, entre los que se incluyen los contratos con cláusulas *RoT* (cfr. MEEHAN, 2011, p. 61). Y en relación de la modificación del *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos, *vid.* BUSSANI, 2006, p. 242, quien considera que la publicidad que se introdujo –centralizada, informatizada y uniforme para las garantías reales– ha constituido uno de los ejes claves de la reforma. Por último, también ha habido propuestas más extremas que defienden «abolir» las *RoT*, convirtiéndolas en *charges* registrables en todo caso (cfr. los argumentos y contraargumentos que recogen SEALY y HOOLEY, 2009, p. 469).

¹⁵² Cfr. McCORMACK, 1995, pp. 5 y 97 y BRADGATE, 1995, p. 281. En tal sentido, en el informe elaborado por el *Cork Review Committee* se propuso que: *the difficulty in requiring disclosure of the use of reservation of title causes flows from the multitude of transactions involved. Clearly it would be a physical impossibility for a register to be kept recording the use of a reservation of title clause in every contract for the sale of goods. We believe, however, that the difficulties of registration can be exaggerated. The essence of the matter is that there should be shown against the name of the purchaser first the name of the supplier imposing reservation of title, secondly a generic description of the types or classes of goods being and to be supplied, and thirdly the maximum amount which at any one time can be secured by the reservation of title. Article 9 of the Uniform Commercial Code of the United States of America has introduced in all the States of the United States, with the exception of Louisiana, the practice of notice filing, which in our view could be adopted and tailored for use in this country and forms a helpful precedent* (CORK REVIEW COMMITTEE, 1982, parr 1638).

de garantía»— del vendedor¹⁵³. La indicada reserva de disposición tiene la ventaja de que resulta notablemente garantista tanto para las partes como para los terceros, aun cuando tenga la contrapartida de que no supone una activación del mercado de bienes¹⁵⁴.

Por el contrario, en el Derecho inglés, la *retention of title* se configura de manera versátil y, acomodándose a las necesidades del tráfico jurídico, no lo paraliza, aunque sea sobre una base pretendidamente menos garantista. En tal sentido, lo habitual, ya se ha dicho, es que el comprador pueda vender y transmitir los bienes objeto de la reserva. Es más, en la mayor parte de los supuestos así se procura de manera positiva: el suministrador transmite los bienes sabiendo que el comprador los elaborará o revenderá, e incluso, en muchas ocasiones, otorga un consentimiento explícito a tal operación —en otras, se presume implícito—¹⁵⁵.

A fin de comprender de manera acabada lo expuesto y la evidente consecuencia que tiene para los terceros, es preciso recordar que en el Derecho inglés no se recurre de manera tajante a la división entre propiedad y posesión, habitual en el sistema continental. Así, el *title* es el «derecho a poseer para siempre» y lo que cabría denominar como *ownership* el «mejor derecho a poseer para siempre». En coherencia con ello, el sistema del Derecho inglés sobre propiedad y posesión no es un sistema *of identifying absolute entitlement* sino, por el contrario, *of priority of entitlement*¹⁵⁶. De acuer-

¹⁵³ En el sentido expuesto se pronuncia la STS de 23 de febrero de 1995 [RJ 1995/1701]. De manera similar, aunque no señalándolo con tales palabras, sino aludiendo a la doble situación jurídica, *vid.* la STS de 19 de mayo de 1989 [RJ 1989/3778] y la STS de 24 de julio de 2012 [RJ 2012/9334]. Y mencionando que la reserva de dominio es una «reserva de la disposición del dominio» y no tanto de la titularidad del bien, *vid.* la STS de 16 de julio de 1993 [RJ 1993/6450]. El vendedor, por tanto, puede disponer también de los derechos que se derivan de su posición contractual: el derecho al cobro de lo pendiente y a recuperar la cosa en caso de impago.

¹⁵⁴ En el caso de reservas mobiliarias al margen de la LVPBM, cuando el comprador enajena a favor de un tercero que desconocía la existencia de la reserva de dominio, éste no tendrá más protección que la propia de las adquisiciones *a non domino*. Cuando sea el vendedor, no cabrá acudir a tal protección al no existir la apariencia posesoria. Según RODRÍGUEZ-ROSADO, 2019, p. 534, en el caso de enajenación por el comprador no cabe acudir a los artículos 1.124.4 y 1.295.2 CC pues, según apunta, son «normas de desprotección de los adquirentes *a domino* que conocían el deber de restituir de su transmitente».

¹⁵⁵ De manera especial cuando se trata de *charges*, se puede incluir una cláusula por la que el deudor se compromete a no constituir sobre los mismos bienes sin consentimiento del *chargee* otros *charges* que puedan tener prioridad: esta cláusula es conocida como la *negative pledge clause*. Sobre ella, *vid.* SERRANO FERNÁNDEZ, 2016, p. 85.

¹⁵⁶ Cfr. *Waverly Borough Council v Fletcher* [1996] QB 334. Así las cosas, cabe decir que el lugar que la propiedad tiene en el Derecho continental ha sido ocupado por la posesión en el Derecho inglés, y su protección se confía al Derecho de *torts* (cfr. BRIDGE, 2015, p. 101). En tal sentido, Lord CAMPBEL afirmó en su día que *for in truth the presumption of law is that the person who has possession has the property* (*Jeffries v Great Western Railway Co* [1856] 119 E. R. 680). Asimismo, y a fin de clarificar cómo operan ambos términos en el Derecho inglés se transcriben unas líneas de SHEEHAN, 2017, p. 15: *In Roman law Quiritary ownership was absolute. One either owned or one did not. English common law is different. You have greater or lesser rights to possession. There can there-*

do con tal matización, se comprende que cuando el comprador revende los bienes objeto de la *retention of title*, antes que declarar nula esa operación –como ocurriría en el Derecho español–, el tercero, si es de buena fe, adquiera *good title* sobre los bienes. Y ello, incluso aun cuando la operación de reventa no estuviese autorizada por el vendedor –lo que no suele ser habitual¹⁵⁷. La importancia del *title* mencionada se complementa con un principio básico conforme al cual *nemo dat quod non habet*: no cabe transmitir un derecho mejor que el que se tiene (cfr. *Section 21 SoGA*). Así las cosas, posiblemente el *good title* del tercero no se corresponda en todo caso con el concepto de propiedad propio del Derecho continental –el comprador no puede transmitir una propiedad que no tiene– pero sí tendrá un derecho a los bienes, amparado por el *Sale of Goods Act*¹⁵⁸.

3.6 LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR

A la vista de la versatilidad que la *retention of title* presenta en el Derecho inglés, resulta complicado señalar un estatuto que resulte único y uniforme tanto para el comprador como para el vendedor en

fore be several co-existent titles to property. Historically, according to Swadling, this explains the lack of vindicatio. He argues that talk of ownership is impossible in a system that recognizes the relativity of title. Indeed it is worth stressing that for Swadling English law has no concept of ownership at all. This cannot be so. Relativity of title implies merely that there are two (at least) titles. I cannot say my rights are relatively better than yours if nobody but myself has rights over the asset (...). Absolute ownership does therefore exist in English law. We might define it as the best possible title that there is and supporting this case law talks of ownership too, and ownership, as an idea, is used in the Sales of Goods Act 1979 and Torts. El caso al que alude es *Yearworth v North Bristol NHS Trust [2009] EWCA Civ 37*. Y sobre la relación *title* e *interest*, vid. SHEEHAN, 2017, p. 15.

¹⁵⁷ En el caso mencionado en el texto, no se *transfiere* un *good title*, sino que el tercero adquiere *good title*. En tal sentido, vid. la *Section 21 SoGA* que recoge la venta realizada por un no propietario: *(1) Subject to this Act, where goods are sold by a person who is not their owner, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell.*

¹⁵⁸ Sobre lo indicado en el texto, vid. la *Section 25 SoGA* ya transcrita. Así las cosas, ha de apuntarse que lo señalado en el texto no es unánimemente aceptado. Quizá por influencia del Derecho continental, en el ámbito mercantil es relativamente frecuente el uso del término *ownership* en un sentido más parecido al de dicho sistema jurídico. De admitirse, la *retention of title* y la posibilidad reconocida por la *Section 25* del *Sale of Goods Act* vendría a constituir una excepción al principio del *nemo dat quod non habet*. En efecto, el tercero adquiriría un derecho de propiedad del que el comprador carece (vid. en tal sentido PARRIS, 1986, pp. 15 y 16). De todos modos, como se apunta, no es una visión unánimemente aceptada. Finalmente, y en otro orden de cosas, de manera coherente con lo expuesto, en el Derecho inglés no se admite la adquisición de la propiedad de bienes muebles por el transcurso del tiempo –la usucapión– ya que vulneraría el principio del *nemo dat quod non habet* y no es una de las excepciones admitidas en dicho ordenamiento (cfr. PARRIS, 1986, p. 14).

una compraventa con una cláusula *RoT*. En efecto, en dicho ordenamiento, en todo caso los contratos son «lo que las partes quieren que sea», y, en el que nos afecta, la introducción de una cláusula de *retention of title* es fruto de tal libertad, sin que exista una normativa reguladora¹⁵⁹. Por ello, cuál sea el estatuto del comprador y del vendedor y sus derechos y obligaciones dependerá de lo establecido específicamente en cada contrato. Así, es posible que el vendedor tenga derecho sobre los bienes manufacturados por aquél o sus resultas –lo que usualmente será un *charge* registrable– o, por el contrario, que su garantía se limite al bien objeto del negocio específico de que se trate –una *RoT clause simple*–. En un caso tendrá un derecho preferente en caso de insolvencia del comprador, y en el otro el derecho que ostenta puede verse frustrado, por ejemplo, porque los bienes hayan perdido identidad o porque un tercero haya adquirido *good title* sobre ellos (arg. *ex Sections 21 y 25 SoGA*). En cualquier caso, sí constituye un elemento común a ambos –y lo mismo al vendedor con reserva de dominio español– la posibilidad de interponer una tercería de dominio y paralizar un embargo de los bienes realizado por un tercero, de continuar existiendo los bienes objeto de la compraventa¹⁶⁰. Asimismo, otro elemento común entre el vendedor del Derecho inglés y el del Derecho español es la posibilidad de recuperar los bienes en caso de impago –una de las finalidades esenciales de la figura que se examina¹⁶¹.

Por otra parte, al comprador con *retention of title* o con reserva de dominio se le atribuye en el Derecho inglés y en el ordenamien-

¹⁵⁹ En relación con lo señalado, es preciso apuntar que el Derecho inglés separa el contrato y la transmisión de la propiedad. Son las partes las que determinan cuando quieren que se transfiera tal propiedad –al realizar el contrato, con la entrega, posteriormente, etc.– sin que queda identificar de manera automática el contrato con aquélla (cfr. *Section 17 SoGA*). Ahora bien, cuando el contrato transmita la propiedad ello es porque así lo han establecido las partes y no tanto por la existencia de una norma jurídica que lo establezca (cfr. CARTWRIGHT, 2019, p. 104).

¹⁶⁰ De tratarse de una reserva sometida a la LVPBM, en caso de que efectivamente se produzca un embargo, el vendedor dispone de la tercería registral para levantarla (cfr. art. 15.3 LVPBM).

¹⁶¹ Con todo, una diferencia notable entre los ordenamientos jurídicos que se comparan es que en el Derecho inglés no existe un mecanismo general de resolución del contrato por incumplimiento y subsiguiente devolución de las prestaciones similar al contenido en el artículo 1.124 del Código civil. Ello se debe a que, como se ha apuntado, en el *common law* no existe una noción de propiedad como título absoluto propia del *civil law* –recuérdese que *the English law of ownership and possession, unlike that Roman law, is not a system of identifying absolute entitlement, but of priority of entitlement* (*Waverly Borough Council v Fletcher [1996] QB 334*)–. El remedio primario para la protección de los intereses de las partes no es, por tanto, la devolución obligatoria de las prestaciones sino la compensación de los daños (cfr. BRIDGE, 2015, pp. 44 y 79). Así las cosas, la posibilidad de recuperación de los bienes es posible cuando así se haya previsto en el contrato, en lo que ahora interesa, por medio de la introducción de la *RoT*. En cambio, en el Derecho español, junto con tal mecanismo, cabe acudir al artículo 1.124 CC citado. Un elenco general sobre los remedios ante el incumplimiento en el Derecho inglés se contiene en CARTWRIGHT, 2019, pp. 370 y ss.

to jurídico español un estatuto que no es totalmente coincidente. En efecto, aun siendo similares en que ambos tienen derecho a poseer y defender su posesión, mientras que en el régimen español jurisprudencialmente se ha ido admitiendo la posibilidad de paralizar un embargo por medio del ejercicio de una tercería de dominio, en el Derecho inglés no cabe tal posibilidad¹⁶². A lo que parece, todo el sistema de la *RoT* inglés está pensado como medio de protección de los intereses del vendedor, consistiendo el principal arma del comprador la discusión de la cláusula de la *retention of title*: si se ha incorporado o no al contrato, cuál sea su extensión, si se trata de un *charge* que no se haya registrado, etc.¹⁶³ Que al comprador en el Derecho inglés no se le reconozca la tercería de dominio parcialmente se explica porque en dicho ordenamiento, a diferencia de lo que en la mayor parte de los casos ocurre en España, la *RoT* no se aplica solo a las ventas a plazos: cabe también en las que sean a crédito con pago al contado¹⁶⁴. Por ello, en muchos casos, no existirá una situación similar a la del comprador que cumple de manera regular su obligación de pago en las ventas a plazos que, como es conocido, da lugar a una expectativa protegible y sobre la que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de interponer una tercería de dominio¹⁶⁵.

¹⁶² Evidentemente, el derecho a poseer y defender la posesión mencionados no cabe frente al vendedor en caso de incumplimiento. Admitiendo la tercería de dominio del comprador que cumple regularmente, *vid.*, entre otras, las SSTS de 19 de mayo de 1989 [RJ 1989/3778], 16 de julio de 1993 [RJ 1993/6450], 23 de febrero de 1995 [RJ 1995/1701], 3 de julio de 1996 [RJ 1996/5555], 16 de marzo de 2007 [RJ 2007/1857] y de 25 de junio de 2007 [RJ 2007/4672]. Por otra parte, respecto de los riesgos, el texto de la *Section 20 SoGA* –ya transcrita– impele a que sean las partes las que pacten el momento de su traspaso –usualmente con la entrega de los bienes– pues en dicho precepto se establece una regla distinta. En el Derecho español cabe colegir que el traspaso material de la cosa por el vendedor también produce el de los riesgos que eventualmente puedan tener lugar (arg. *ex art. 333 Código de Comercio y art. 1.452 CC*).

¹⁶³ No se trata, por tanto, únicamente, de asegurar el pago del precio (cfr. McCORMACK, 1995, pp. 2-3).

¹⁶⁴ Sobre el carácter mayoritario de las reservas de dominio en España sujetas a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, *vid.* nota n.º 115. De otra parte, que la *RoT* inglesa no se circunscriba a las ventas a plazos, ha permitido que en dicho Derecho sean dos las figuras a que generalmente se acude para explicar la naturaleza de la *RoT*: un *agreement to sell* cuando no hay pago a plazos (cfr. PARRIS, 1986, pp. 14 y 18 y la *Section 2 SoGA*) o una *conditional sale* cuando sí los haya (cfr. PARRIS, 1986, pp. 54 y 57 y *The Insolvency Service*, «Identifying a supply: supplies of goods for consideration: transfer of title»). Según se advierte, la configuración de la venta con *RoT* en la que existen plazos resulta similar a la concepción española de la reserva de dominio que la identifica con una compraventa en la que se suspende la adquisición de la propiedad hasta el completo pago, que es la tesis actualmente asumida por la jurisprudencia mayoritaria (*vid.*, entre otras, las SSTS de 19 de octubre de 1982 [RJ 1982/5563], 28 de junio de 1986 [RJ 1986/8130], 19 de mayo de 1989 [RJ 1989/3778], 10 de diciembre de 1991 [RJ 1991/8926], 12 de marzo de 1993 [RJ 1993/1794], 17 de febrero de 2000 [RJ 2000/1338] y 4 de octubre de 2013 [RJ 2013/7053]; esta última como *obiter dicta*).

¹⁶⁵ La jurisprudencia relativa a la reserva de dominio es proclive a defender y proteger el «derecho expectante» del comprador. Así lo señalan, entre otras, las SSTS de 19 de mayo de 1989 [RJ 1989/3778], de 12 de marzo de 1993 [RJ 1993/1794], de 16 de julio

Un último apunte: en el supuesto de que el vendedor entre en concurso de acreedores –o en el procedimiento de insolvencia inglés– ambos ordenamientos reconocen al comprador el derecho de adquirir la propiedad de los bienes abonando lo correspondiente a aquél. Asimismo, el ordenamiento jurídico español permite no incluir el bien en sí mismo en la masa concursal del vendedor, al igual que tampoco se incluyen otros que quizás esté poseyendo pero no sean de su titularidad (cfr. art. 80 LC)¹⁶⁶. Cuando sea el comprador el que atraviese tal situación, en el Derecho inglés habrá de atenderse a la fase concreta en que se encuentre pues las soluciones son diversas: posibilidad de recuperar los bienes, existencia de una moratoria, etc.

4. CONCLUSIÓN

La necesidad de diversificar las garantías ha fomentado en España una mayor atención a las de carácter mobiliario. Así, de un tiempo a esta parte se ha venido incrementando el uso de la propiedad mobiliaria con tal función: mediante la reserva de dominio, el vendedor retiene tal título como garantía de pago. Esta figura resulta similar en cuanto a la finalidad a la *retention of title* del Derecho inglés que tiene tras de sí un intenso y extenso uso en la práctica durante décadas. Así, en parte, ambas pretenden proteger los dere-

de 1993 [RJ 1993/6450] o de 16 de marzo de 2007 [RJ 2007/1857]. *Vid.* también el artículo 1.121 del Código civil.

¹⁶⁶ El reconocimiento de un derecho de separación del comprador y del vendedor *ex artículo* 80 LC, así como la eventual derogación por la Ley Concursal del segundo párrafo del artículo 16.5 LVPBM es una cuestión polémica en la doctrina española. Sin intención de reproducir ahora los argumentos que sustentan las diversas opiniones, considero que a favor del reconocimiento del citado derecho respecto del comprador milita el argumento de la doble situación jurídico-real, así como la posibilidad de defensa de sus expectativas (cfr. art. 1.121 CC). En consecuencia, y a excepción del supuesto de incumplimiento de la obligación de pago con la subsiguiente resolución del contrato, habrá de considerarse indebida la inclusión del bien en su totalidad en la masa. Por otra parte, de ser el comprador el que está en concurso, la misma razón expuesta explica que el vendedor también goce del derecho de separación cuando la totalidad el bien se incluya en la masa concursal; de manera particular, cuando la reserva esté inscrita, el propio artículo 16.5.2 LVPBM impide la referida inclusión con base en la indicada inscripción registral. Ello expuesto, una segunda ventaja derivada de tal inscripción consiste en la aplicación de los artículos 90.1.4 y 90.2 LC cuando, tras el incumplimiento, el vendedor opte por exigir el cumplimiento: el crédito podrá ejecutarse sobre el bien vendido. Al margen de estos supuestos, de la inscripción de la reserva de dominio no parecen derivarse otras ventajas en el contexto del concurso. Sobre las consecuencias de la reserva mobiliaria no sujetas a la LVPBM y las de carácter inmobiliario en caso de concurso del vendedor o del comprador, *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2019, pp. 549-551. Y, más en general, sobre el derecho de separación en ambos casos o sobre la eventual derogación o no del artículo 16.5.2 LVPBM, *vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2006, pp. 164-170, MIQUEL, 2007, 593-594, QUICIOS MOLINA, 2009, pp. 121-122 y 148-150.

chos del suministrador de los bienes frente al eventual fallo en el pago del comprador; especialmente útil en caso en que este último devenga insolvente.

Ahora bien, del análisis jurídico de ambas figuras –la *retention of title* inglesa y la reserva de dominio española–, así como del contexto en que ambas se incardinan, se advierte que, compartiendo similar finalidad, los medios que arbitran son netamente diversos. El tipo de objeto que pueden incluirse en una compraventa con tal reserva, las modalidades de cláusula utilizadas para conceder tal garantía, el marco legal de referencia, la necesidad o no de registro y las razones que justifican tal modo de proceder, o, en fin, el distintivo papel del jurista inglés y el continental en la confección de un contrato, evidencian que ambos ordenamientos buscan finalidades similares pero por caminos muy diferentes; hecho que dificulta –aunque no impide de manera absoluta– la trasposición de las fórmulas y soluciones legales y jurisprudenciales de uno a otro. De todos modos, el examen comparado de los dos sistemas analizados muestra, en cualquier caso, la necesidad de introducir mejoras en ambos para ofrecer una mayor y mejor garantía a los intereses en juego, tanto del vendedor –al que mayoritariamente se defiende con la *RoT* en el Derecho inglés– como del comprador. Entre otras, a mi juicio, en el Derecho inglés sería oportuno establecer criterios que, en defensa de los derechos de las partes, mejoren la publicidad de las *RoT* sin que ello necesariamente pase por el registro de todos y cada uno de los contratos que la contengan, así como contar con pautas que resuelvan los problemas de identificación de los bienes en caso de mezcla o manufactura. Por otra parte, en el Derecho español no está de más una manifestación legal que despeje dudas sobre las cuestiones problemáticas –p. ej. la naturaleza de la reserva o el derecho de separación en caso de concurso– ni la introducción de un sistema algo más flexible al del registro, ni, en fin, la ampliación del espectro de bienes sobre los que versa la reserva en el contexto de la LVPBM, incluyendo, por ejemplo, los destinados a reventa o manufactura.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALGABA Ros, Silvia: «La compraventa de bienes inmuebles con reserva de dominio», en VV. AA. *Perspectivas actuales del Derecho de garantías* –coord. Cañizares Laso–, Pamplona, 2013, pp. 17-58.
- ATIYAH, P. S., ADAMS, John N., MACQUEEN, Hector: *The sale of goods*, 11.^a edición, Pearson Longman, Harlow, 2005.

- BEALE, Hugh: «*Registration and other perfection requirements*», en VV. AA., *The Law of Security and Title-Based Financing*, 3.^a edición, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 423-435.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Moneda y Crédito, Madrid, 1971.
- BLAGDEN COMMITTEE (BANKRUPTCY LAW AMENDMENT COMMITTEE): *REPORT OF THE COMMITTEE ON BANKRUPTCY LAW AND DEEDS OF ARRANGEMENT LAW AMENDMENT*, July, 1957, Cmnd. 221.
- BLANCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- BRADGATE, Robert: *Drafting standard terms of trading*, FT Law & Tax, Londres, 1995.
- BRIDGE, Michael: *Personal property law*, 4.^a edición, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- «*Introduction*», en VV. AA., *The Law of Security and Title-Based Financing*, 3.^a edición, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 3-16.
- BUSSANI, Mauro: «Los modelos de las garantías reales en *civil* y en *common law*. Una aproximación de Derecho comparado», en LAUROBA, M.^a E. y MARSAL, J., *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 237-252.
- CARO GÁNDARA, Rocío: «La reserva de dominio como garantía funcional del comercio internacional: su eficacia en España», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), n.^o 36, 2018, DOI: 10.17103/reei.36.08, pp. 1-46.
- CARTWRIGHT, John: *Introducción al Derecho inglés de los contratos* –trad. Murga Fernández, Juan Pablo y ed. Capilla Roncero, Francisco–, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- *Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure*, 4.^a edición, Sweet and Maxwell, 2017.
- CASAS VALLÉS, Ramón: «La reserva de dominio en la venta de inmuebles. Apuntes sobre su naturaleza jurídica a la vista de algunas sentencias del Tribunal Supremo», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 85, n.^o 3, 1986, pp. 605-648.
- CORK REVIEW COMMITTEE: *INSOLVENCY LAW AND PRACTICE*, June, 1982, Cmnd. 8558.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «El proyecto de Convención europea sobre la reserva de dominio simple», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1983, n.^o 556, 561-580.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «El pacto de reserva de dominio en el art. 4.1 de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 (A propósito de la STJCE de 26 de octubre de 2006)», *Noticias de la Unión Europea*, n.^o 290, 2009, pp. 3-15.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, tomo II-2, Madrid, Tecnos, 2013.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, tomo III, 5.^a ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, María de los Ángeles: «Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1989)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, n.^o 602, 9-42.
- ELSDON, Victoria y MCINTOSH, David: «*Retention of title clauses: the winner takes it all*», *Credit Control*, 2010, vol. 31-2, pp. 16-18.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2006.
- FINCH, Vanessa: «*Security Insolvency and Risk: Who Pays the Price?*», *Modern Law Review*, septiembre 1999, n.º 62-5, pp. 633-670.
- HALL, John: «*Protecting your interest through retention of title*», *Credit Control*, 2002, vol. 23-1, pp. 9-12.
- GALICIA AIZPURA, Gorka: *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Reus, Madrid, 2014.
- GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, Martín: «Reserva de dominio en venta a plazos de bienes muebles», en VV. AA., *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz* –dir. Carrasco Perera–, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 597-606.
- GARCÍA SOLÉ, Fernando: *Comentarios a la Ley de Venta a plazos de bienes muebles*, Civitas, Madrid, 1999.
- GOODE, Royston Miles: *Proprietary Rigths and Insolvency in Sale transactions*, 3.^a edición, Thomson Reuters-Sweet & Maxwell, Londres, 2010.
- GUEST, A. G.: «*Accession and Confusio in the Law of Hire Purchase*», *Modern Law Review*, 1964, vol. 27-5, pp. 505-520.
- GULLIFER, Louise y GOODE, Royston Miles: *Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security*, 6.^a edición, Thomson Reuters, Londres, 2017.
- GULLIFER, Louise: «*Sales on Retention of Title terms: is the English law analysis broken?*», *Law Quarterly Review*, 2017, vol. 133, pp. 244-268.
- «*Non-possessory security*» en VV. AA., *The Law of Security and Title-Based Financing*, 3.^a edición, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 159-260.
- LEGERÉN-MOLINA, Antonio: «Reserva de dominio y derechos del comprador», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 777, enero-febrero, 2020, pp. 261-305.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Comentario a la STS de 5 de mayo de 2005», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, n.º 70, enero-abril, 2006, pp. 427-455.
- «Eficacia, régimen concurrecial y realización de la reserva de dominio sobre bienes muebles», en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de garantía*, tomo II, 3.^a edición, 2015, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 435-513.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Tecnos, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ ROSADO, Javier: «Consideraciones en torno a modernas figuras de garantía: las reservas de dominio complejas», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 2003, pp. 461-506.
- *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, Madrid, 2005.
- MATTHEWS, Paul: «*Specificatio in the common law*», *Anglo-American Law Review*, 1981, vol. 10-2, pp. 121-128.
- MCCORMACK, Gerard: *Reservation of title*, Sweet & Maxwell, Londres, 1995.
- McGHEE, J. (ed): *Snell's Equity*, 33 edición, Sweet & Maxwell, Londres, 2015.
- MEEHAN, Lionel: «*The importance of perfection*», *Law Society Journal*, September, 2011, vol. 49(8), pp. 60-63.
- MIQUEL, José María: «La reserva de dominio», en VV. AA., *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*, Servicio de estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2007, pp. 523-599.

- MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel: *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.
- MONTES PENADÉS, Vicente Luis: «Comentarios al artículo 1.113 del Código civil», en VV. AA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, volumen I –dirigidos por Albaladejo–, Edersa, Madrid, 1989, pp. 988-1038.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: «La reserva de dominio. Naturaleza y efectos más importantes», en VV. AA., *La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles* –dir. Nieto Carol–, Valladolid, 2000, pp. 139-201.
- *Garantía de la venta a plazos y contrato de leasing conforme a la nueva LEC*, Madrid, La Ley, 2001.
- PANESAR, Sukhninder: *General principles of property law*, Longman, Harlow, 2001.
- PARRIS, John: *Effective retention of title clauses*, Collins, Londres, 1986.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales, Derecho hipotecario*, tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- 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*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- RODRIGUEZ-ROSADO, Bruno: «La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles», *Anuario de Derecho civil LXXIII*, 2020, fasc. II, pp. 491-558.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Madrid, Civitas, 1993.
- SAWER, Geoffrey: «Accession in English Law», *The Australian Law Journal*, 1935, 9, pp. 50-52.
- SEALY, L. S. y HOOLEY, R. J. A.: *Commercial Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: *Garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés. La figura del charge*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- SHEEHAN, Duncan: *The Principles of Personal Property Law*, 2.^a edición, Hart Publishing, Oxford, 2017.
- SINGLETON, Susan: *Retention of title: how to keep ownership of your goods and recover them when a buyer goes under*, Thorogood, London, 2010.
- THE INSOLVENCY SERVICE: report sobre «*Identifying a supply: supplies of goods for consideration: transfer of title*», <https://www.gov.uk/hmrc-INTERNAL-manuals/vat-supply-and-consideration/vatsc03120>
- report sobre «*Retention of title*», 2009, <https://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/casehelpmanual/R/RetentionOfTitle.htm>
- TITCHEN, Ken: «*United Kingdom*», en VV. AA., *Retention of title in and out of insolvency* –ed. Willems M.–, Globe Law and Business, Woking, 2015, pp. 335-352.
- Trott, Linky: «*Retention of title update*», *Credit Control*, 1998, vol. 19-5, pp. 7-10.
- WORTHINGTON, Sarah: *Personal Property: Text, Cases and Materials*, Hart, Oxford, 2000.

6. CASES LAW INGLESES CITADOS

- *Lupton v White* [1808] 33 E. R. 817.
- *Jeffries v Great Western Railway Co* [1856] 119 E. R. 680.
- *Spence v Union Marine Insurance Co Ltd* [1867-68] L. R. 3 C. P. 427.
- *Ramsay v Margrett* [1894] 2 QB 18.
- *Sandeman and Sons v Tyzak and Branfoot Steamship Co Limited* [1913] AC 680.
- *Rowland v Divall* [1923] 2 K. B. 500.
- *National Provincial and Union Bank of England v Charnley* [1924] 1 K. B. 431.
- *RV Ward Limited v Bignall* [1967] 2 All ER 449.
- *Shiloh Spinners Limited v Harding* [1973] AC 691.
- *Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Limited* [1976] 2 All ER 552.
- *Butler Machine Tool Co v Ex-Cell-o Corp. (England) Limited* [1979] 1 All ER 965.
- *Borden (UK) Limited v Scottish Timber Products Limited* [1979] 3 All ER 961.
- *Re Bond Worth Limited* [1979] 3 All ER 919.
- *Chase Manhattan Bank N. A. v Israel-British Bank (London) Limited* [1981] Ch 105.
- *Re Peachdart Limited* [1983] 3 All ER 204.
- *Hendy Lennox (Industrial Engines) Limited v Grahame Puttick Limited* [1984] 2 All ER 152.
- *Prangnell-O'Neill v Lady Skiffington* [1984] SLT 282.
- *Re Andrabell Limited* [1984] 3 All ER 407.
- *Clough Mill Limited v Martin* [1984] 3 All ER 982.
- *Four Point Garage Limited v Carter* [1985] 3 All ER 12.
- *John Snow and Co. Ltd. v D. G. B. Woodcroft and Co. Ltd.* [1985] BCLC 54.
- *Pfeiffer Weinkellerei-Weineinkauf GmbH & Co v Arbuthnot Factors Limited* [1988] 1 WLR 150.
- *Indian Oil Corporation v Greenstone Shipping Co SA (Panama)* [1988] 1 QB 345.
- *Armour and another v Thyssen Edelstahlwerke AG* [1990] 3 All ER 481.
- *Compaq Computer Limited v Abercorn Group Limited* [1991] BCC 484.
- *Ian Chisholm Textiles Limited v Griffiths* [1994] BCC 96.
- *Forsythe International (UK) Ltd. v Silver Shipping Co Ltd. (The Saetta)* [1994] 1 All ER 851.

- *Re Highways Foods International Ltd. Mills and Another v C Harris (Wholesale Meat) Ltd.* [1995] BCC 271.
- *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] AC 669.
- *Chaigley Farms Limited v Crawford, Kaye and Grayshire Limited* [1996] BCC 957.
- *Waverly Borough Council v Fletcher* [1996] QB 344.
- *Foskett v McKeown* [2001] 1 AC 102.
- *Chief Constable of Strathclyde v Sharp* [2002], SLT (Sh. Ct) 95.
- *Hachette UK Limited v Borders (UK) Limited* [2009] EWHC 3487 Ch.
- *Yearworth v North Bristol NHS Trust* [2009] EWCA Civ 37.
- *Bulbinder Singh Sandhu v Jet Star Retail Limited (in administration)* [2011] EWCA Civ 459.

7. RESOLUCIONES ESPAÑOLAS CITADAS

- STS de 1 de diciembre de 1909 [JC tomo 116, 543-551].
STS de 17 de mayo de 1974 [RJ 1974/3221].
STS de 19 de octubre de 1982 [RJ 1982/5563].
STS de 26 de marzo de 1984 [RJ 1984/1434].
STS de 28 de junio de 1986 [RJ 1986/8130].
STS de 19 de mayo de 1989 [RJ 1989/3778].
STS de 10 de mayo de 1990 [RJ 1990/3699].
STS de 18 de diciembre de 1990 [RJ 1990/10283].
STS de 10 de diciembre de 1991 [RJ 1991/8926].
STS de 12 de marzo de 1993 [RJ 1993/1794].
STS de 16 de julio de 1993 [RJ 1993/6450].
STS de 23 de febrero de 1995 [RJ 1995/1701].
STS de 3 de julio de 1996 [RJ 1996/5555].
STS de 12 de julio de 1996 [RJ 1996/5886].
STS de 28 de diciembre de 1999 [RJ 1999/9618].
STS de 17 de febrero de 2000 [RJ 2000/1338].
STS de 20 de junio de 2000 [RJ 2000/5294].
STS de 18 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8331].
STS de 16 de marzo de 2007 [RJ 2007/1857].
STS de 25 de junio de 2007 [RJ 2007/4672].
STS de 24 de julio de 2012 [RJ 2012/9334].
STS de 4 de octubre de 2013 [RJ 2013/7053].
RDGRN de 16 de marzo de 2004 [RJ 2004/2388].
RDGRN de 4 de diciembre de 2010 [RJ 2011/551].
RDGRN de 28 de noviembre de 2017 [RJ 2017/5680].
RDGRN de 10 de enero de 2018 [RJ 2018/47].

Los contratos incompletos como mecanismo de gestión de riesgos: tratamiento en los nuevos instrumentos de modernización del derecho de contratos*

AMANDA KALIL

Contratada predoctoral de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

RESUMEN

En los sistemas de derecho continental, para que el contrato sea válido y eficaz es indispensable la presencia de los elementos esenciales, entendidos como determinados aspectos que otorgan su existencia y validez, de modo que cuando concurre todo ello se haría referencia a un contrato jurídicamente completo. Pero en el tráfico jurídico hay situaciones que obligan al jurista a repensar el modelo clásico de contrato y encontrar una solución jurídicamente válida para las situaciones que se materializan en las transacciones. De esta forma surgió la figura del contrato incompleto, ampliamente discutido desde la perspectiva económica, pero que ahora viene abriéndose paso en el Derecho civil en el contexto de la modernización del derecho contractual. Los instrumentos de modernización abarcan un gran número de previsiones, si bien no obligatorias, que sirven y se aplican en el día a día de los contratos celebrados en Europa y también en el mundo, siendo una de estas previsiones la del contrato incompleto, entendido como el contrato que tiene términos en blanco. Este tipo contractual surge desde un matiz económico para gestionar los riesgos en las operaciones contractuales con grandes inversiones económicas, pero poco a poco, respaldado por los instrumentos de modernización del derecho contractual, se fortalece como expresión de la libertad contractual y como instrumento de asignación negativa de los riesgos.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2016/80035-P) La modernización del contrato de servicios en el Derecho privado: Del Código Civil a los nuevos instrumentos jurídicos del Derecho contractual europeo y las Directivas.

PALABRAS CLAVE

Contratos incompletos. Derecho contractual europeo. Instrumentos de modernización contractual. Riesgo contractual.

Incomplete contracts as a risk management mechanism: treatment in the new instruments of modernization of contract law

ABSTRACT

In the continental law systems, for the contract to be valid and effective, the presence of the essential elements, understood as certain aspects that grant its existence and validity, is indispensable, so that when all this occurs it would be done reference to a legally complete contract. However, in the contract law there are situations that require the jurist to rethink the classic model contract and find a legally valid for situations that materialize in transactions solution. Thus, the figure of incomplete contract emerged, widely discussed from an economic perspective, but now is making his way in the civil law in the context of the modernization of contract law. The instruments of modernization cover a large number of provisions, although not mandatory, that serve and apply in the day-to-day of contracts concluded in Europe and also in the world, one of these provisions being that of the incomplete contract, understood as the contract that has blank terms. This contractual type arises from an economic nuance to manage risks in contractual operations with large economic investments, but gradually, backed by the instruments of modernization of contractual law, it is strengthened as an expression of contractual freedom and as an instrument of negative allocation of the risks.

KEY WORDS

Incomplete contracts. European contract law. Contractual modernization instruments. Contractual risk.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Descripción definición del contrato incompleto.* II.1 Los fundamentos y causas del contrato incompleto. a) El contrato incompleto como genuina expresión de libertad contractual. b) La justificación del contrato incompleto.–III. *La gestión de los*

riesgos contractuales mediante el instrumento de contratos incompletos. III.1 El contrato como instrumento de asignación de riesgos. III.2 Mecanismo de gestión.–IV. *El problema del objeto del contrato en la tradición del civil law.*–V. *El contrato incompleto en los nuevos instrumentos de modernización del derecho contractual.* V.1 Principios de UNIDROIT (PICC). a) Contratos con términos abiertos. b) Contratos con precio abierto. V.2 Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL). V.3 Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR). V.4 El «principio de razonabilidad» como criterio de integración del contrato incompleto.–VI. *La «recepción» de la doctrina del contrato incompleto en el Derecho español.* VI.1 La propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos en España (PMCC).–VII. *Conclusiones.*– *Bibliografía.*– *Tabla de jurisprudencia citada.*

I. INTRODUCCIÓN

La noción de «inacabado contractual» tiene principalmente dos perfiles, uno económico y otro jurídico. Desde el punto de vista económico, son innumerables los trabajos al respecto y los diversos estudios sobre su concepto y su aplicación al tráfico jurídico mercantil. Sin embargo, desde la perspectiva jurídica y más específicamente desde el Derecho civil de contratos, aún es un campo en expansión que requiere de los juristas un análisis pormenorizado de esta figura en el actual contexto socioeconómico; por ello, la jurisprudencia española, de manera paulatina, considera la amplia posibilidad de actuación y teorización de los contratos incompletos, facilitando el surgimiento de planteamientos que trascienden las consecuencias esperadas por la teoría clásica del derecho contractual, alcanzando así nuevos postulados.

Los estudios relacionados con los contratos, propuesto a principio de los años 80 por Holmström presentaba una propuesta matemática que se convirtió en un modelo eficiente de contrato, proporcionando optimización de esfuerzos y reducción de costes para los agentes¹; por otra parte se produjeron importantes aportaciones de la mano de autores como Grossman (1986), Moore (1988, 1990) y Hart (1990), el cual centra sus estudios en el reconocimiento de las condiciones contextuales que están determinadas por las posibilidades reales para la redacción de contratos de manera que en su redacción se abra el espectro a la inclusión de toda posible situación que pueda suscitarse afectando el cumplimiento del contrato

¹ Para un estudio detallado de la propuesta, veáse HOLMSTRÖM, *Rev. Econ. Stud.*, 1982, p. 169.

en sí²; permitiéndoles alcanzar el galardón del Premio Nobel de economía de 2016 otorgado por la academia sueca; lo cual es, ante muchos, un merecido galardón para quienes a través de su teoría han desarrollado importantes aportaciones a la economía y también al derecho.

Partiendo de una teoría económica, analizar jurídicamente los contratos incompletos requiere abandonar algunas de las concepciones clásicas de la teoría del contrato y la rigidez del vínculo contractual, en aras de un Derecho de la contratación más moderno y eficaz. Por ello, en este trabajo intentaremos delimitar el concepto de contrato incompleto y analizar cómo este se manifiesta, sin el propósito de agotar la materia, más bien como una aproximación a los principales problemas jurídicos que plantea.

Para que podamos entender cómo el contrato incompleto puede manifestarse en nuestro sistema, es preciso comprender también sus definiciones, delimitaciones y principalmente cuál es su naturaleza. Por ello, trataremos de presentar esta figura para que tras el análisis realizado podamos alcanzar algún resultado. Una vez que tengamos claro la aparentemente novedosa figura del contrato incompleto, y hagamos una reflexión jurídica en materia contractual, trataremos de exponer cómo éste puede ser un eficaz gestor negativo de riesgos del contrato; pues de alguna manera los contratos se ven expuestos a condiciones contextuales variables.

En esta misma línea, en el contexto de la modernización del Derecho contractual los instrumentos que se han ido desarrollando a lo largo de los últimos veinte cinco años nos bridan un punto de apoyo importantísimo, ya que plasman la evolución social y económica contemporáneas y muestran la necesidad de un acuciante avance en el Derecho de la contratación que atienda a dicha evolución. Por ello, la figura del contrato incompleto gana contornos más significativos a la luz de los principales instrumentos de modernización.

Para este análisis, trataremos los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante, UNIDROIT) y los Principios del Derecho Europeo de Contratos (en adelante, PECL) y el Borrador del Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR), los cuales constituyen la culminación de principios de *soft law* a nivel internacional y europeo, respectivamente, que sirven como base hacia una unificación del Derecho contractual europeo³. Asimismo, también analizaremos la Pro-

² Para conocer los trabajos relacionados véase: GROSSMAN y HART, *J. Polit. Econ.*, 1986, p. 691; HART y MOORE, *Econometrica*, 1988, p. 755; HART y MOORE, *J. Polit. Econ.*, 1990, p. 1119.

³ Sobre los instrumentos de modernización véase: PÉREZ-VELÁZQUEZ, 2014, pp. 89-152.

puesta de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos (en adelante, PMCC)⁴.

Si bien está claro que los principios de *soft law* son textos normativos que no tienen fuerza imperativa, son principios que comparten el objetivo de internacionalización del Derecho contractual. En este contexto, resulta especialmente importante destacar que dichos textos suministran algunas reglas jurídicas novedosas cuyo estudio puede resultar significativo para el entendimiento del contrato incompleto.

En este trabajo se busca analizar y comentar las principales características del contrato incompleto –sin el propósito de agotar las cuestiones atinentes– para este fin, en primer lugar, se expondrán los aspectos referentes al contrato incompleto desde las teorías económicas del contrato y la distinción desde la óptica jurídica. En segundo lugar, se explorarán aspectos relacionados con la utilización del contrato incompleto con el fin de realizar una gestión negativa de los riesgos contractuales, en cuanto mecanismo novedoso de la praxis contractual que coadyuva en la realización de los contratos de larga duración o en las transacciones comerciales más complejas. Asimismo, en este apartado se destacarán los límites de la figura del contrato incompleto, por cuanto no es una figura que pueda ser utilizada ante cualquier circunstancia y frente a cualquier contratante.

En tercer lugar, para reforzar la idea de que los contratos incompletos no sólo son una realidad en el tráfico mercantil y que ganan fuerza en el mundo contractual en general, analizaremos el tratamiento que los mencionados instrumentos de modernización del Derecho contractual dispensan a este tema, lo que permitirá hacer una aproximación a la normativa de *soft law*. Por último, se realizará un estudio de las sentencias españolas en la que aparecen cuestiones relacionadas con el contrato incompleto, para concluir tratando la integración en el ordenamiento español de la mencionada figura.

II. DESCRIPCIÓN Y DEFINICIÓN DEL CONTRATO INCOMPLETO

La teoría del contrato incompleto, también denominada como «open term contract»⁵ o «relational contract»⁶, se aleja completa-

⁴ En este trabajo no se analiza la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980) por no tratarse de un instrumento de *soft law*, ya que este documento es un Tratado Internacional de carácter vinculante para los Estados firmantes y por tanto se incorpora al Derecho interno de cada país.

⁵ GERGEN, *Columbia L. Rev.*, 1992, pp. 997-1081.

⁶ MACNEIL, *Northwestern Univ. L. Rev.* 1978, pp. 854-905; GOETZ y SCOTT, *Virginia L. Rev.* 1981, pp. 1089-1150.

mente de la teoría contractual clásica⁷, y defiende como supuesto básico de su formulación que «ningún contrato establece todos los eventos que podrían interferir en la ejecución de las obligaciones»⁸ y por ello, todos los contratos son, en esencia, incompletos⁹.

De acuerdo con Hart¹⁰, los contratos son «forzosamente» incompletos debido a imprevistos que no pueden ser incorporados *ex ante* por las partes y que tampoco la ley puede «predecir». En el contexto de cambios tecnológicos, eventos inesperados y/o riesgos económicos masivos, surge la figura del contrato incompleto, adaptándose a las nuevas realidades económicas globales para, de este modo, crear un contrato más flexible¹¹.

Desde el punto de vista económico, la definición utilizada y reiterada por casi todos los estudios de la teoría económica del contrato¹² es la suministrada por los economistas Hart y Holmstrom, donde la idea principal es que el contrato no puede predecir todas las circunstancias del futuro¹³. Para esta teoría, como hemos mencionado, todo contrato es incompleto por el hecho de que no es posible prever todas las situaciones posibles de ganancias y pérdidas¹⁴, concluyendo que, en la práctica no existen contratos completos.

Partiendo de la idea desarrollada por los citados economistas, la teoría económica de los contratos desarrolló las condiciones necesarias para garantizar condiciones que permitieran celebrar contratos con mayor efectividad, en contextos de múltiples condiciones variables, como el cambio fluctuante en los precios o costes de una transacción, por lo que se ha avanzado en el desarrollo de un área de investigación con respecto a la teoría de los contratos bajo la figura del contrato incompleto, lo cual básicamente actúa como un elemento que permite cubrir una serie de condiciones que escaparían al contrato completo¹⁵. Podemos concordar con Gómez Pomar y Gili Saldaña cuando afirman que los contratos de distribución constituyen el mejor

⁷ Partiendo de la premisa que los contratos deben especificar, en un principio, todas las características físicas de una transacción, como fecha, local, precio y cantidades, en un contrato completo no habría necesidad de verificación o determinación adicional de los derechos y obligaciones de las partes durante su ejecución, ya que el instrumento contractual debe ser capaz de determinar todas las posibilidades de eventos futuros involucrados con el objeto de la contratación. No obstante, el contrato incompleto algunos aspectos contractuales pueden no figurar en el instrumento. Para una consulta breve de los elementos contractuales, véase DÍAZ GÓMEZ, 2019, pp. 63-78.

⁸ BELLANTUONO, 2000, p. 61

⁹ PINHEIRO Y SADDI, 2005, p. 117

¹⁰ HART, SHLEIFER Y VISHNY, *Quarterly Journal of Economics*, 1996, pp. 1126-1161

¹¹ Véase: BAKER Y KRAWIEC, *Florida State Univ. L. Rev.*, 2006, pp. 725-755. VALENTINO, *Rivista Di Diritto Privato*, 2008, pp. 509-545.

¹² En sentido económico remitimos, por todos, al trabajo realizado por el Catedrático de la Universidad de Lisboa, Fernando ARAÚJO, 2006.

¹³ CASTAÑO-MARTÍNEZ, *Boletín económico de ICE*, 2017, p. 69.

¹⁴ BELLANTUONO, 2000, p. 61

¹⁵ SERRANO MOYA, *Summa Iuris*, 2015, p. 157.

ejemplo de contratos incompletos, ya que, en el momento de su celebración, las partes no pueden prever ni especificar todos los comportamientos relevantes referentes al contrato y que la incertidumbre juega un papel decisivo sobre determinadas variables económicas¹⁶.

No obstante, desde la perspectiva jurídica hay importantes matizaciones, ya que entre los principales problemas jurídicos que surgen del contrato incompleto, nos encontramos con la ausencia de elementos esenciales¹⁷. El estudio jurídico del contrato incompleto fue desarrollado primeramente en la tradición civilista italiana, la cual hizo referencia al contrato incompleto como el contrato no perfeccionado por defecto de elementos constitutivos¹⁸, ya que los juristas entienden por contrato incompleto la situación en la que las partes no reglamentan explícitamente algún aspecto indispensable de la relación contractual, que está enmarcada en un panorama jurídico al que debe dar respuesta.

Por el contrario, según los economistas, el carácter incompleto del contrato se da con independencia de la existencia de lagunas en el contenido, ya que está relacionado con la imposibilidad de prever las consecuencias de todas las circunstancias futuras que pueden alterar el equilibrio contractual¹⁹. En resumen, un contrato completo jurídicamente puede resultar incompleto para la teoría económica y viceversa.

Hecha esta distinción básica sobre el propio concepto, es importante aclarar que en este trabajo nos centraremos en un análisis jurídico de esta figura contractual, con la mirada puesta en los aspectos que interfieren en la propia formación de la relación contractual, por tanto, aunque en este estudio nos referiremos al contrato incompleto desde el punto de vista económico, en contraposición a la jurídica, no nos adentraremos en los pormenores de la teoría económica del contrato, por cuanto esta materia excede el objeto de estudio de este trabajo.

Así las cosas, el contrato incompleto se podría definir como un contrato celebrado válidamente, eficaz, donde las partes intencionalmente deciden no estipular sobre una determinada cuestión, dejando de forma deliberada un término en blanco para su posterior negociación o determinación por un tercero. Esta modalidad se

¹⁶ GÓMEZ POMAR Y GILI SALDAÑA, *InDret*, 2010, p. 11.

¹⁷ La norma sobre los elementos esenciales están en el Código Civil desde 1889 y nunca ha sido reformada; por ello se corrobora que «su interpretación ha de amoldarse a los cambios que se han producido en el tráfico jurídico de bienes y servicios, unos cambios que en muchos casos son meramente económicos, consecuencia de las transformaciones operadas en el mercado que podemos identificar, por lo que aquí interesa, con la masificación de las relaciones económicas y la globalización de las mismas, además de la irrupción de las nuevas tecnologías de la comunicación». VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Artículo 1261» 2016, pár. 1.

¹⁸ FARINA, *RPD*, 2015, p. 114.

¹⁹ Para un estudio más profundo de las diferencias entre la visión económica y jurídica del contrato incompleto ver la obra de FICI, 2005.

justifica sobre todo en los contratos de larga duración y los contratos de ejecución continuada o diferida, ya que las partes prefieren un contrato flexible frente un contrato que presente una asignación del riesgo *ex ante*, rígida e inmutable²⁰.

Es cierto que esta específica técnica de contratación se aplica más profusamente en el ámbito mercantil, como consecuencia de la complejidad de ciertas transacciones comerciales y de la presencia de incertidumbres en el momento de celebrar el negocio jurídico en cuestión. Cuanto más complejo es el negocio, más probabilidad hay de ser un contrato incompleto²¹. La teoría clásica en la que los contratos a largo plazo deben ser rígidos es contrapuesta a la de un contrato incompleto, donde se permiten «cabos sueltos» o «huecos» que serán llenados en un momento ulterior al de la celebración del contrato, y tan solamente si ocurre alguna circunstancia que lo permita.

Tal como explica Araújo²², el «inacabado contractual» es la respuesta pragmática a un contexto económico y jurídico de imperfecciones y oscilaciones, fruto de la constatación de que tal vez no valga la pena alargar las negociaciones cuando las resultantes estipulaciones no erradicarán o no cubrirán de manera eficaz los riesgos correspondientes. En este sentido, Fici define el contrato incompleto como «un modelo alternativo de administración de riesgos, caracterizado por un procedimiento de decisión y asignación de riesgos a posteriori»²³. En el contrato incompleto, por ejemplo, el riesgo contractual por incumplimiento no se asigna inicialmente, sino que se determina el procedimiento para su gestión *ex post*.

Como ya se ha dicho, el contrato incompleto consiste en dejar abiertos determinados términos contractuales, por esta razón, consideramos que tal concepto se refiere fundamentalmente a la cuestión del riesgo que debe ser soportado por una de las partes ante el incumplimiento. Cuando se celebra el contrato se establece varias relaciones obligatorias en las que las partes ocupan posiciones polarizadas, pero deciden que no designarán quién asumirá el riesgo de las operaciones, ni siquiera ante la imposibilidad por causa sobrevenida no imputable a ninguna parte. A título de ejemplo: un contrato de compraventa de un coche de segunda mano donde las partes, personas físicas, pueden determinar que sólo se asignará el riesgo por pérdida fortuita de la cosa si este evento sucede, pero dejando ya establecido el procedimiento para tal asignación²⁴.

²⁰ GUERINONI, 2007, pp. 8 y ss.

²¹ SEGAL, *Rev. Econ. Studies*, 1999, p. 58.

²² ARAÚJO, 2007, p. 380.

²³ FICI, 2005, p. 2.

²⁴ Este trabajo se centrará en analizar cómo el contrato incompleto puede ser un instrumento de gestión del riesgo contractual, pero no entraremos en la teoría del riesgo, pues se trata de una materia que desborda el propósito del presente trabajo.

II.1 LOS FUNDAMENTOS Y CAUSAS DEL CONTRATO INCOMPLETO

a) El contrato incompleto como genuina expresión de la libertad contractual

El contrato incompleto encuentra su fundamento primigenio en el principio de libertad contractual²⁵, como expresión de la autonomía privada, entendida esta, como es sabido, como el poder que se reconoce a los particulares para establecer las reglas y normas que han de regir su ámbito personal o privado²⁶. Por ello, De Castro y Bravo definió este poder como «la médula del negocio jurídico»²⁷.

Como es sabido, las normas de derecho dispositivo ofrecen un modelo contractual considerado en principio como el normal, deseable por ambas partes, susceptible de eliminar los costes de negociación y previsión de todas las eventualidades futuras del contrato²⁸. Pero hay situaciones en que negociar todas las cláusulas sería demasiados costoso por no poder prever absolutamente todas las eventualidades posibles y al mismo tiempo garantizar la ejecución del contrato. En este contexto, adquiere pleno sentido la figura del contrato incompleto.

El meritado principio aparece en la inmensa mayoría de los Códigos Civiles del mundo y, de manera muy destacada, en el BGB, el cual está marcado por la libertad e igualdad de las partes contratantes²⁹, lo que abarca, entre otros aspectos, la libertad de determinar el contenido de un contrato. Entre los Códigos Civiles latinoamericanos más recientes destaca una reformulación del principio de libertad contractual en el Código Civil brasileño de 2002, cuyo artículo 421 reconoce la libertad contractual, pero limitada por la función social del contrato³⁰, destacando asimismo su artículo 425 en el que se reconoce el derecho de las partes a celebrar contratos atípicos. La libertad de pacto es reconocida como principio básico de la contratación en prácticamente todos

²⁵ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *RPD*, 1972, p. 871; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 145 y ss.

²⁶ DE CASTRO Y BRAVO, 1997 (rep. fasc. 1985), pp. 12-13.

²⁷ *Ibid.*, p. 31.

²⁸ BALLESTEROS GARRIDO, 1999, p. 22.

²⁹ MIQUEL-SALA, 2013, p. 287.

³⁰ Se entiende por función social el deseo de justicia social propio del Estado de Bienestar constitucional. Es una manifestación del fenómeno denominado publificación, socialización o constitucionalización del Derecho Privado. En un sentido interno, la relación contractual debe reflejar una adecuada justicia y equilibrio; en un sentido externo, debe evitar que el contrato perjudique intereses socialmente valiosos.

los códigos civiles de los ordenamientos jurídicos del *civil law* y también en sistemas de *common law*³¹.

En efecto, los tipos contractuales tradicionales ofrecidos por el ordenamiento jurídico se muestran, en la mayoría de los casos, insatisfactorios para la protección de los intereses de la autonomía privada en el ejercicio de sus actividades. Este problema ocurre principalmente en las operaciones económicas complejas que se alargan en el tiempo y se revisten de fuerte incertidumbre, con posibilidad de supervivencia de diversos riesgos económicos³².

El principal argumento a favor del contrato incompleto es, por tanto, la autonomía privada, entendida como la expresión máxima del poder de las partes para establecer reglas jurídicas vinculantes, con «fuerza de ley», y que sean acordes con sus necesidades. Así pues, se encuentra la asignación del riesgo, partiendo de la idea de máxima libertad de las partes para dar vida y disciplinar sus relaciones jurídicas. Existe entonces la posibilidad de establecer el contenido del contrato por el libre acuerdo de las partes, aunque varía según la naturaleza jurídica del contrato y del objetivo perseguido por las mismas.

La asignación de riesgos se inserta en la causa del negocio, es decir, en los efectos principales perseguidos por las partes con miras a la atención de sus pretensiones. En definitiva, hay que poner de relieve el reparto de los riesgos establecido por la voluntad negociadora, que traduce el equilibrio del negocio, impidiendo que el intérprete rehaga la valoración del riesgo ya efectuada por la autonomía privada.

Debo advertir que el contrato incompleto encuentra como límite infranqueable los contratos con consumidores y usuarios, no solo por su naturaleza imperativa³³, pero también porque el contrato incompleto vulnera todo un sistema protector, especialmente en la modalidad de precio abierto, ya que, de acuerdo con el texto refundido de la LGDCU³⁴, el empresario está obligado a informar del precio total nada más empezar una contratación con el consumidor, aunque en una fase de información precontractual es necesario informar el precio cierto³⁵. Por otro lado, la asignación de riesgos no puede ser gestionada cuando una de las partes no está en igualdad de condiciones, piénsese, por ejemplo, frente a la asimetría informativa que se encuentra el consumidor y que también se manifiesta en el momento de la celebración del contrato y durante la ejecución³⁶.

³¹ VAQUERO-LÓPEZ, 2013, p. 895.

³² Sobre los contratos de larga duración y la implicación del contrato incompleto, véase BONANNO SCHUNCK, 2016, pp. 45-53.

³³ MÍQUEL-SALA, 2013, p. 287.

³⁴ Artículo 20 y Artículo 60 de la LGDCU.

³⁵ FERRANTE, *InDret*, 2010. p. 13.

³⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ Y INFANTE RUIZ, 2019, pp. 31-32.

b) La justificación del contrato incompleto

Las dos principales razones por la que se celebra un contrato incompleto desde un punto de vista económico son los costes de la transacción³⁷ y la información asimétrica. En el primer supuesto, las partes optan por dejar las lagunas pues prefieren los beneficios derivados de la contratación que dejar de contratar por la incertidumbre³⁸. En el segundo supuesto, frente a una información asimétrica, las partes prefieren abstenerse de incluir una cláusula específica que se refiera al grado de información que pueda poseer exclusivamente una de las partes del contrato. Este interés económico conecta, además, con un interés jurídico. De este modo, las partes evitan que en el futuro el contrato sea impugnado por error por la parte que no dispone de la información específica³⁹.

Es importante mencionar que, de acuerdo con los economistas Philippe Aghion y Richard Holden⁴⁰, el contrato incompleto plantea graves problemas desde el punto de vista de la eficiencia económica y que frecuentemente las inversiones en relaciones contractuales incompletas pueden verse perjudicadas. Por estas razones, debe considerarse que las cuestiones económicas y de gestión empresarial implicadas en este modelo contractual son innumerales y merece un análisis más profundo y especializado.

Desde la óptica jurídica, la principal razón para la celebración de un contrato con ausencia de sus «elementos básicos» estriba en la limitación del conocimiento. En otras palabras, las partes tienen la voluntad de vincularse, sin embargo, un determinado aspecto de la relación está limitado por una falta de conocimiento acerca de las circunstancias futuras y aun así deciden vincularse sin la «completitud» contractual⁴¹.

b.1) LOS COSTES DE TRANSACCIÓN

Los costes de transacción, teoría desarrollada en los años 60 por Ronald Coase⁴², representa el complejo de costes necesarios para la

³⁷ GERGEN, 1992, p. 1006.

³⁸ SPIER, *The Rand J. Econ.*, 1992, p. 434.

³⁹ Sobre el error véase: MORALES MORENO, 1988. Sobre los deberes de información véase: DE LA MAZA GAZMURI, 2010.

⁴⁰ AGHION Y HOLDEN, *J. Econ. Perspect.*, 2011. p. 184.

⁴¹ El ejemplo más claro de este tipo son los contratos de prestación de servicio con precio abierto. Una persona quiere contratar los servicios de un profesional para reparar el coche, en la fase negocial ambos demuestran la intención de vincularse y pactan, aunque sin saber el precio, ya que el prestador solo puede determinar el precio una vez que termine la reparación. En este sentido véase: VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RdPat*, 2019, epígrafe RR4.1-4.11.

⁴² Para un estudio de la ley Coase y toda la problemática de los costes de la transacción, véase el trabajo de COASE, *J. Law Econ.*, 1960, pp. 1-44.

negociación, ejecución y fiscalización de un contrato⁴³. Los estudios de este autor visibilizaron una visión de mercado diferente, donde las empresas se posicionan como agentes especializados de contratación y no como agentes de producción⁴⁴. En este contexto, cuanto más complejo es un negocio más coste de transacción tendrá. Ello es así en razón a los costes de procurarse la información, riesgo de información asimétrica, elaboración de borradores, negociación, elaboración el contrato, renegociación, mantenimiento de las obligaciones, costes procedentes de inejecución del contrato, etc.

Desde esta perspectiva, la realización de un contrato completo demandaría un mayor coste y aun así tampoco sería un contrato capaz de prever todas las circunstancias futuras, y por esta razón, el contrato incompleto se presenta como alternativa para disminuir los costes de transacciones complejas, de larga duración o que necesitan informaciones derivadas de acontecimientos futuros. Cuanto mayor es la complejidad de las circunstancias futuras más difícil es la información que es necesario hallar para determinar una cláusula y por supuesto esta dificultad aumenta el coste de la transacción. Así se justifica la supresión de una tal cláusula que incrementaría ostensiblemente el valor de la transacción.

Esta es la principal razón por la cual, desde la óptica económica, se celebran contratos incompletos: es una respuesta a la imprevisibilidad del futuro y una manera de tornar el acuerdo menos perjudicial para las partes.

b.2) INFORMACIÓN ASIMÉTRICA

Otra razón sobre la existencia de «gaps» (brecha, laguna) en el contenido contractual es la asimetría en la información, es decir, una información que no es conocida por una de las partes, a menos que haya una revelación por quien posee la información. A título de ejemplo, el coste de producción de un determinado producto es de difícil comprobación por parte de comprador, sin que el vendedor lo revele.

Sin embargo, la sola apreciabilidad de una información asimétrica no justifica *per se* la naturaleza de los contratos incompletos. El contenido del contrato es ciertamente el producto de una negociación en la cual las partes intercambian y reúnen información para asignar de forma eficiente los recursos, de modo que la información asimétrica forma parte de las propias negociaciones, siendo una práctica recurrente en muchas de las grandes transacciones.

⁴³ GUERINONI, 2007, pp. 42-43.

⁴⁴ ZYLBERSZTAJN, RAC, 2002, p. 131.

Existe información asimétrica cuando una de las partes no cuenta con información relevante sobre las peculiaridades de la transición y la otra puede usar dicha información en su provecho. Sin embargo, para Scott y Leslie⁴⁵, la asimetría informativa no es sino la otra cara de la teoría de la imprevisión, ya que en ambos casos lo que está en juego son los eventos que hacen que el contrato sea más costoso para una de las partes de lo que ésta podría esperar. Una vez que se produce un caso de asimetría informativa, el coste se ha producido y la eficiencia de la estructura negocial ya está afectada; por ello, es importante que haya mecanismos que eviten la información asimétrica y que permitan encontrar soluciones que maximicen la eficiencia⁴⁶. Una de esas soluciones es utilizar el contrato incompleto ya que este tipo contractual permite no establecer todas las reglas aplicables a los cambios futuros.

Tanto los costes de transacción como las asimetrías en la información resultan ser elementos significativamente incidentales en la dinámica de mercado, con los cuales el ejercicio contractual está llamado a confrontarse cotidianamente. Razones de eficiencia económica impulsan en muchos casos a los contratantes a abandonar el proyecto de celebrar un contrato económico completo.

b.3) LIMITACIÓN DEL CONOCIMIENTO

Jurídicamente hablando, la principal explicación para el uso de términos abiertos en el contrato es la limitación del conocimiento y la dificultad de preparar y hacer cumplir los contratos que especifican con precisión el rendimiento sujeto a condiciones finamente dibujadas para hacer frente a una cantidad importante de riesgos conocidos⁴⁷.

Es deliberadamente incompleto un contrato cuyo contenido presenta una laguna en el momento de la celebración, desde el momento en que las partes deciden –por falta de un conocimiento concreto– postergar la decisión a un momento posterior o atribuir a un tercero la tarea de llenar el contenido⁴⁸. En el presente estudio se parte de la convicción de que la celebración de un contrato incompleto resulta una herramienta útil y efectiva en un contexto dominado por la incertidumbre⁴⁹; pues gracias a este las partes pueden pre-

⁴⁵ SCOTT Y LESLIE, 1993, p. 235.

⁴⁶ Véase: DE LA MAZA GAZMURI, 2010, pp. 502-503.

⁴⁷ POLINSKY, J. *Law, Econ. Organ.*, 1987, p. 41.

⁴⁸ FICI, 2005, p. 78.

⁴⁹ Por el contrario, cuando las partes firman un contrato completo, especifican sus derechos y obligaciones tanto para el presente como en el futuro, de modo que, salvo excepciones, no existe la posibilidad de alterar el programa prestacional previsto (*pacta sunt servanda*).

ferir posponer la negociación de elementos particulares al momento en el que cambien las circunstancias o al momento que se conozcan hechos que no eran conocidos en el momento de la estipulación⁵⁰.

La mayoría de los casos consisten en la indeterminación del objeto del contrato, aunque también podemos hablar en algunos de ellos de ausencia de causa. Los supuestos prácticos revelan que los contratos incompletos se caracterizan frecuentemente por «ausencia» del objeto cierto⁵¹. En la praxis jurídica, por la presencia de multitud de circunstancias, las partes no siempre están en condiciones de alcanzar un acuerdo contractual sobre todos los aspectos del contrato⁵², como pueden ser el precio, la responsabilidad por pérdida de la cosa o incluso las consecuencias tras el fallecimiento de la otra parte, pero mantienen la voluntad firme de celebrar el acuerdo.

Estas realidades de la contratación moderna, lleva a reflexionar sobre la posible validez jurídica del contrato incompleto, aunque falte un elemento esencial, y principalmente sobre si podemos utilizar el «inacabado contractual» como instrumento de asignación de riesgos. Así podemos preguntarnos: ¿el «gap» contractual puede servir para dejar abierta la responsabilidad en caso de incumplimiento? ¿Es posible hablar de distribución del riesgo a través de lagunas contractuales? A estas cuestiones intentaremos dar respuesta en el siguiente epígrafe.

III. LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS CONTRACTUALES MEDIANTE EL INSTRUMENTO DE CONTRATOS INCOMPLETOS

III.1 EL CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS

El problema del riesgo contractual se centra, básicamente, en los casos en que una obligación deviene imposible por causa no imputable a ninguno de los contratantes⁵³, cuando no hay posibilidad de satisfacer el conjunto de intereses previstos en el contrato.

⁵⁰ GUERINONI, 2007, p. 09.

⁵¹ Trataremos en el tema del objeto contractual en el apartado IV de este trabajo.

⁵² Estas circunstancias pueden generar la ausencia de determinación expresa del precio, ausencia de determinación indemnización, quién correrá los riesgos en la venta sobre documentos, rescisión del contrato en caso de enajenación, muerte del arrendatario, o depósito irregular, entre otras. Si un contrato jurídicamente completo no cuenta con una adecuada flexibilidad y adaptabilidad frente a eventos futuros, con un contrato jurídicamente incompleto las partes reducen los elementos de rigidez del acuerdo. FARINA, *RPD*, 2015, p. 119.

⁵³ BETTI, 1969, pp. 182-183.

Sólo entonces, se trata de establecer quién debe suportar el daño. El concepto técnico de riesgo, consagrado en el Código civil español, se centra en averiguar en qué momento hay transmisión del riesgo para determinar cuál de las partes deberá asumir la carga de la imposibilidad de cumplir la obligación.

Tomando como punto de partida que muchas relaciones jurídicas están intrínsecamente afectadas en la denominada «era del riesgo», los riesgos de las actividades económicas privadas han de ser gestionados por los diversos institutos jurídicos presentes en el ordenamiento para la promoción en concreto de los intereses dignos de protección. En este escenario, el contrato es, por excelencia, un instrumento de gestión de riesgos y, a su vez, como hemos dicho, la mayor expresión de la autonomía privada.

Para Bessone, continuamente se dan casos en los que, para delimitar el riesgo, es necesario un uso concienzudo de la técnica legal para observar el cumplimiento del contrato y se muestra la necesidad de establecer contratos que no encajan en ninguno de los tipos codificados. Según el mencionado autor, los negocios jurídicos realizados por los particulares tienen por objeto repartir los riesgos de una determinada actividad económica o del posible incumplimiento contractual, fijando así las respectivas responsabilidades futuras, ya que la delimitación de un riesgo se realiza en el momento de determinar el contenido del contrato⁵⁴.

Es por ello por lo que el Derecho dispositivo, con carácter general, atribuye al acreedor el riesgo en los casos de imposibilidad de cumplimiento sin culpa del deudor⁵⁵ por hecho sobrevenido y fortuito⁵⁶, pero admite que el propio contrato establezca que este riesgo corra a cargo del deudor, de manera que este no se libere de la responsabilidad pese a la imposibilidad sobrevenida y fortuita. De hecho, la idea de que nadie responderá por los sucesos que no hubieran podido preverse o los inevitables (art. 1105 CC)⁵⁷ cuenta con dos excepciones destacadas, por un lado, la previsión expresa en la ley y por otro, la propia previsión realizada por los particulares

⁵⁴ BESSONE, 1969, p. 3.

⁵⁵ La culpa del deudor se presume *iuris tantum*. De acuerdo con el artículo 1183 CC es el deudor incumplidor quien debe probar que ha actuado sin culpa, y que la destrucción o pérdida de la cosa debida se produjo por caso fortuito, incluyendo también, de acuerdo con la jurisprudencia, la fuerza mayor. Véase la Sentencia TS de 28 de enero de 1998.

⁵⁶ El tercer párrafo del artículo 1096 contempla efectivamente esa etapa que sigue al momento de exigibilidad de la obligación y que se prolonga en tanto el deudor no lleve a cabo el cumplimiento, pero en la medida en que su objetivo es asignar al deudor los riesgos que durante ese período planeen sobre la integridad de la cosa, presenta casi más conexiones con la norma del artículo 1094. En principio, el obligado a entregar una cosa sólo responde de los daños o pérdida que la misma experimente cuando éstos sobrevengan por su falta de diligencia. SÁNCHEZ ARISTI, 2013. [recuperado de *proview*]

⁵⁷ Véase los comentarios de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2016 [recuperado de *proview*].

en el momento de celebrar el contrato. Con ello, se deja un espacio para la libertad de las partes a la hora de establecer cuál será la responsabilidad en estos supuestos; por otro lado, la ley también establece casos en que el deudor corre con el riesgo de la obligación, como, por ejemplo, el deudor que incurre en mora en la entrega de la cosa responde incluso por su pérdida fortuita, aunque no haya mediado culpa de su parte (art. 1096.3 CC)⁵⁸.

La verificación del riesgo repercutirá así en la esfera jurídica de los contratantes, desencadenando las responsabilidades definidas en el contrato con un impacto en la relación contractual y económica de las partes. En otras palabras, el riesgo económico está íntimamente relacionado con la cuestión de la satisfacción económica de los contratantes, por la existencia de circunstancias previstas o previsibles (alea normal) o no previstas e imprevisibles o inevitables (alea extraordinaria) que, si bien no están sujetas al incumplimiento en sentido técnico, desorganizan la economía originaria de la transacción⁵⁹.

La asignación de riesgos deberá ser identificada en el caso concreto, de acuerdo con el específico interés de ambas partes. De este modo, es posible ampliar la responsabilidad de los contratantes, imputándoles un riesgo mayor que aquel comúnmente asumido en un determinado tipo contractual. Por ejemplo, en un contrato de obras, las partes pueden asignar al contratista la responsabilidad de las lluvias abundantes no previsibles y que generen retraso en el cronograma de la obra, independientemente de que tal supuesto pudiera ser considerado fuerza mayor; todo esto en base a la autonomía privada.

Los tipos contractuales que no disponen de criterios de reparto del riesgo previamente establecidos en la ley dan a las partes la posibilidad de modelar la asignación de riesgos del negocio, insertando en su causa un reparto específico de riesgos. A partir de la asignación de riesgos establecida por las partes, se define la reciprocidad contractual, es decir, la comutatividad o la corrección entre las prestaciones, la cual revela la ecuación económica deseada por los contratantes. Tal ecuación económica traduce cuál es la medida del sacrificio finalmente soportada por cada una de ellas⁶⁰.

En el momento de la asignación de riesgos las partes establecen las obligaciones y por tanto la reciprocidad del contrato⁶¹. De ahí

⁵⁸ Véase: INFANTE RUIZ, 2002, pp. 51-91.

⁵⁹ ALPA, BESSONE y ROPPO, 1982, pp. 63-66.

⁶⁰ CARRASCO PERERA, 2017, p. 932.

⁶¹ Sin embargo, la teoría del riesgo contractual no constituye un punto pacífico en la doctrina, ya que algunos argumentan que sólo se aplica cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente, es decir, contratos bilaterales, pero hay autores que afirman que la

que se afirme que el concepto de riesgo contractual se relaciona directamente con el concepto de equilibrio, teniendo en cuenta que las partes establecen el reparto de los riesgos como forma de definir el balance contractual. Al analizar la asignación del riesgo establecido por los contratantes, de acuerdo con la voluntad declarada, el intérprete deberá atender al tipo contractual y a la causa concreta del negocio para determinar si éste mantiene o no el equilibrio contractual.

Junto al tipo contractual, el intérprete, a efectos de identificación de la asignación de riesgos y de las correspondientes responsabilidades, debe considerar, además, la calidad de las partes, investigando la actividad normalmente desarrolladas por ellas, teniendo en consideración si es un experto o no, al objeto de atribuir la responsabilidad por el riesgo inherente a la actividad económica por él regularmente desarrollada. Asimismo, deberá observar si existe o no cláusula limitativa o de exclusión de responsabilidad, así como el sistema de responsabilidad previsto por las partes en virtud de la interpretación de contrato en la que, evidentemente, deberán primar tanto el criterio sistemático como el teleológico.

La asignación de riesgos en el contrato revela, por cuanto se ha dicho, el equilibrio económico del negocio planteado por los contratantes y mediante el cual pretenden concretar sus objetivos económicos. Dicho reparto de los riesgos se inscribe en la causa concreta del contrato, es decir, en los efectos esenciales que el negocio pretende realizar, en su función económica-individual, o función práctica-social, que expresa la racionalidad deseada por los contratantes, es decir, sus intereses en concreto.

El contrato cumple por tanto una función de asignación de riesgos que puede ser pactada en el momento de la celebración o no, ya que las partes pueden adoptar una estrategia contractual para evitar el deber de asignar inmediatamente los riesgos⁶² y especificar concretamente que la asignación se hará *a posteriori*, por lo que el momento de la asignación del riesgo no impide la perfección del contrato.

En estos supuestos, no hablamos de un contrato jurídicamente incompleto, ya que, la no asignación del riesgo por incumplimiento no se inserta en los elementos esenciales del contrato, por lo que, de cierto modo, todo contrato cumple una auténtica función de asignación de los riesgos que pueden ser pactadas en el momento de su celebración, con independencia de que exista o no lagunas contractuales.

teoría del riesgo contractual puede ser aplicada en todo contrato, incluso unilateral.
CARRASCO PERERA, 2007, p. 930.

⁶² FARINA, RPD, 2015, p. 128.

III.2 MECANISMO DE GESTIÓN

Como venimos mencionando, el contrato es un instrumento de gestión de riesgo del negocio celebrado, pero existen dos formas de gestión de riesgos en los contratos: la gestión positiva y la gestión negativa. Evidentemente, los riesgos que constituirán objeto de gestión por los particulares deben ser previsibles, de modo que se pueda atribuir a una de las partes los efectos de su verificación, pues si hablamos de riesgos imprevisibles no podemos hablar de gestión, ya que lo que no se puede prever no se puede gestionar⁶³.

Al ser repartido entre los contratantes, el riesgo previsible pasa a integrarse en el alea normal del contrato⁶⁴, éste se entiende como el riesgo inherente o derivado del contrato, el cual, aunque no integre su causa, mantiene relación con el mismo por representar el riesgo asumido por los contratantes⁶⁵. El alea en los contratos supone la aparición de hechos que, aunque previsibles, son futuros e inciertos que interfieren en su cumplimiento.

La existencia de un contrato, por regla general, implica siempre la previsión de determinados supuestos que llevarían al incumplimiento y la forma de resolverlos. Esta asignación de riesgos previamente establecida en el contrato, a nuestro entender, es máxima expresión de la autonomía de la voluntad de las partes y por eso se denomina gestión positiva de los riesgos. La gestión positiva, como hemos indicado anteriormente, se hace siempre en los contratos, directa o indirectamente, y no tiene implicación en los elementos esenciales; por ello, el contrato es completo, aunque no haga expresamente la asignación positiva, puesto que es la norma dispositiva la que gobernará el régimen contractual en estos casos.

En este sentido, la definición del alea normal opera en la concreta ordenación de los intereses contractuales, haciendo posible que un determinado evento previsible no se inserte en el alea normal y, por tanto, no figure como hecho previsto, objeto de gestión por las

⁶³ Por supuesto, la imprevisión puede suponer un riesgo económico, que no se encuentra explícitamente aceptado por las partes. A título de ejemplo, el cambio exorbitante del valor de mercado de determinada mercancía supone operar en el alea económico.

⁶⁴ Es importante destacar que entendemos «alea» como sinónimo de «riesgo». En nuestro ordenamiento jurídico, la palabra riesgo es mencionada en diferentes connotaciones. En general, la palabra conserva en dicha redacción un hábito subjetivista en el sentido de peligrosidad; por eso caben dos posibles soluciones: entender riesgo en sentido objetivo, esto es, como albur propiamente dicho, o bien reemplazar riesgo por alea.

⁶⁵ El riesgo jurídico, principal característica de los contratos aleatorios, incide sobre el *an* y el *quantum* de la prestación, puesto que éste consiste en la intención expresa de tener un riesgo, la intención de confirmar una relación jurídica donde varía la equivalencia económica del contrato bajo una aceptación explícita de que el resultado del contrato puede ser desequilibrado. Aquí no trataremos este tema y remitimos al trabajo de THOMAS PEZ, 2013.

partes. Por otro lado, las partes podrán ampliar el alea normal para incluir los acontecimientos previsibles que ordinariamente no se asocian a una determinada especie de negociación, lo que se considerarían hechos extraordinarios. Las partes, al distribuir los riesgos previsibles a partir de las cláusulas contractuales, proceden a la gestión positiva del riesgo. Dicha asignación de riesgos, que será identificada a partir de la voluntad declarada de los contratantes, establece el equilibrio económico del contrato. Esta ecuación económica, que fundamenta la reciprocidad entre las prestaciones, debe observarse tanto en la fase precontractual como en el curso de la relación contractual, en el cumplimiento de los principios y obligaciones de los pactos, y, por supuesto, representa el equilibrio del contrato.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al analizar la aplicación del cambio de circunstancia, habla precisamente del riesgo normal del contrato. Deja claro que es imprescindible saber cuáles son los riesgos asignados al cumplimiento del contrato, ya sea por su expresa previsión⁶⁶ o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de forma que para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, debe quedar excluido del riesgo normal inherente o derivado del contrato⁶⁷.

La jurisprudencia⁶⁸ se muestra bastante estricta a la hora de aceptar que un acontecimiento es lo suficientemente imprevisible, al tiempo que causante de una desproporción extraordinaria⁶⁹ entre las prestaciones de las partes, y por ello suele rechazar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*⁷⁰ considerándola como cláusula peligrosa y de admisión cautelosa, con fundamento técnico y derivado del criterio objetivo⁷¹. El alto Tribunal rechaza la aplicación de la cláusula cuando el riesgo del cambio de circunstancias en el contrato ha sido asumido por las partes, expresa o implícitamente, o bien cuando forma parte del alea normal del negocio que se ha celebrado.⁷²

Por otra parte, es igualmente importante destacar que la cuestión de la distribución del riesgo resulta de tanto interés que la

⁶⁶ STS 30 de junio de 2014.

⁶⁷ Para un estudio del tema véase: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 1996, pp. 669-686; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003; SALVADOR-CODERCH, *InDret*, 2009, p. 41; QUICIOS MOLINA, 2009, pp. 1374-1379; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RDC*, 2015, p. 72; LUNA YÉRGA y XIOL BARDAJÍ, *InDret*, 2015; ORDUÑA MORENO y MARTÍNEZ VELENCOZO, 2017.

⁶⁸ Véase las Sentencias del Tribunal Supremo del 16 de octubre de 1989, 23 de abril de 1991, 19 de noviembre de 1994, 29 de enero de 1996 y del 1 de marzo de 2007.

⁶⁹ STS del 18 de diciembre de 2008: «La ruptura del equilibrio contractual de la base del negocio, o la frustración o novación del contrato por causas que hagan imposible o gravoso su cumplimiento por una de las partes»

⁷⁰ SÁNCHEZ ARISTI, 2013. [recuperado de proview]

⁷¹ STS del 21 de mayo de 2009, 18 de enero de 2013 y del 30 de junio de 2014.

⁷² VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RPD*, 2015, p. 72.

propia PMCC, en su artículo 1213⁷³ relativo a la revisión del contrato por alteración sobrevenida, deja claro que deberá darse una especial atención a la distribución contractual o legal de riesgos⁷⁴. En conclusión, la asignación positiva de los riesgos es realizada dentro del propio negocio jurídico y simboliza el riesgo normal y previsible del contrato, valorando así la intención de las partes para determinar el grado de riesgo de cada contratante. Siendo esta asignación de vital importancia para analizar la alteración o no de las circunstancias.

Por otro lado, hay hipótesis en que no hablamos de riesgo de incumplimiento, sino de riesgos que pueden dar lugar al incumplimiento, por ello, los contratantes deciden no disponer determinado contenido del contrato para no vincular la solución a futuras contingencias en el momento de celebrar el contrato, dejando esa decisión para el futuro. Esta es la denominada gestión negativa, y es aquí, precisamente, donde tiene cabida la figura del contrato incompleto. Las partes dejan lagunas contractuales que solo serán colmadas posteriormente, siempre y cuando se produzca alguna circunstancia con implicación directa en el contrato; en este caso se habla de que el riesgo se asigna de manera negativa.

La «laguna», en el sentido aquí tratado, representa, precisamente, una decisión de los contratantes de «no decidir», quienes remiten la distribución de los efectos a un momento futuro con ocasión de su verificación. Las razones para tal opción pueden ser diversas, entre las principales: a) porque las partes desconocen ciertos aspectos del mercado; b) por la existencia de factores económicos que pueden afectar el negocio; c) o simplemente porque las partes prefieren no decidir sobre una asignación previa del riesgo contractual. No obstante, aun así, las partes optan por celebrar el contrato y vincularse firmemente.

En atención a los motivos citados, o cualquier otro análogo, las partes pueden entender que es más favorable para sus intereses celebrar un contrato incompleto, pues ello permite instaurar un vínculo jurídico definitivo, y postergar una decisión sobre el riesgo a un momento futuro. Sobre todo, en las operaciones económico-

⁷³ «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta 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, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quenga 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».

⁷⁴ SALVADOR-CODERCH, *InDret*, 2009, p. 41

cas complejas, marcadas por la duración en el tiempo y la incertidumbre de los resultados, los contratantes podrán celebrar un contrato, pero al mismo tiempo elegir no asignar ciertos riesgos económicos *ex ante*, por comprender que es la mejor solución en vista de sus intereses. En estos casos, las partes celebrarán un contrato incompleto, el cual representa una solución obligatoria, pero flexible, pues permite la apertura del reglamento contractual ante el implemento del riesgo, postergando para el momento futuro la decisión sobre la asignación de riesgos, según criterios ya contractualmente definidos.

Se dice que el reglamento contractual incompleto proporciona una «solución obligatoria», pues establece el procedimiento que las partes deberán seguir ante la ocurrencia del riesgo para distribuir las ganancias y las pérdidas económicas resultantes, y, al mismo tiempo, refleja una «respuesta flexible», ya que las partes amoldan el contrato al nuevo contexto instaurado con la verificación del riesgo⁷⁵. De este modo, el contrato incompleto se adapta a la nueva realidad contractual.

En el contrato incompleto las partes, deliberadamente, optan por dejar en blanco determinados elementos de la relación contractual como forma de gestión negativa del riesgo sobrevenido, que será determinado en el tiempo futuro, por la acción de las propias partes, de un tercero o mediante factores externos, según los criterios pactados, vinculado al procedimiento contractualmente previsto para tal integración. Esa es la función de la regulación contractual incompleta para gestionar los riesgos: permitir a las partes no asignar *ex ante* los riesgos que deriven de la variación del alea normal del contrato, remitiendo esta decisión al futuro, como solución que mejor que se adapta a los intereses de las partes. El rasgo distintivo de la causa del contrato incompleto es, por lo tanto, el de la gestión negativa del riesgo del contrato.

Por otro lado, el contrato incompleto, justamente por no contener la disciplina exhaustiva de los elementos de la relación contractual, exige de los contratantes unos patrones de cooperación más elevados que los exigidos en los contratos con una gestión positiva de los riesgos. Y es por ello por lo que el principio de buena fe y la búsqueda del equilibrio económico de los pactos tienen en este ámbito una incidencia especial.

Esta figura contractual puede manifestarse mediante diversas modalidades, una de ellas conocida en el *common law* es la modalidad contrato con precio abierto. Se trata de una figura muy utilizada con el propósito de anticiparse a los riesgos pérdidas econó-

⁷⁵ GRECO BANDERA, *RT*, 2016, p. 147.

micas, si bien también puede utilizarse ante la imprevisión en la cantidad o volumen de la prestación, las fechas de entrega y la calidad de los productos y servicios, etc.⁷⁶ Estos aspectos los veremos en el epígrafe V.

IV. EL PROBLEMA DEL OBJETO DEL CONTRATO EN LA TRADICIÓN DEL CIVIL LAW

Una vez analizados el concepto jurídico del contrato incompleto y sus principales causas y características, es posible constatar que el principal problema relativo a su validez jurídica, frecuentemente se encuentra en el objeto del contrato⁷⁷, lo que, indudablemente, nos lleva al planteamiento de las correspondientes cuestiones sobre el propio significado de objeto contractual, sin embargo, por cuanto no es la materia del presente trabajo, aquí no se estudiará el tema del objeto del contrato, sino tan solo se trazarán las líneas básicas con las que comprender la doctrina del contrato incompleto.

El concepto de objeto es diferente en cada ordenamiento jurídico y dentro de un mismo sistema pueden existir diferentes posturas. La categoría relativa al objeto del contrato es un producto histórico⁷⁸, que se formó a través de diversas evoluciones jurídicas y sociales en la ciencia civilista. En la doctrina italiana⁷⁹ hay una amplia discusión doctrinal basada en la redacción de su Código Civil, que emplea la palabra objeto para expresar diferentes conceptos, haciendo referencia a la prestación, al bien, al objeto de la obligación o al objeto de la prestación. Por otro lado, hay ordenamientos jurídicos⁸⁰ que definen expresamente que el objeto del contrato consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones, basados esencialmente en la doctrina de Pothier⁸¹.

En España, la doctrina civilista ha presentado algunas cuestiones que giran en torno a la precisión del legislador a la hora de referirse al objeto. Tal como ocurre en Italia, el Código civil español unas veces señala el objeto como las cosas o servicios a que se refiere el contrato, otras identifican el objeto con la prestación de

⁷⁶ PEEL, 2015, p. 61

⁷⁷ FARINA, RPD, 2015, p. 115.

⁷⁸ FIORI, RDP, 2007, p. 256.

⁷⁹ PIRAS, 1952, p. 75; CARIOTA FERRARA, 1948, p. 625; GALGANO, 2007, pp. 166-181.

⁸⁰ Artículo 1402 del Código Civil de Perú: «El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones».

⁸¹ POTIER, 1848, p. 32. *les contrats ont pour objet, ou des choses que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui donnera, et que l'autre partie promet de lui donner; ou quelque choses que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui fera, ou qu'on ne fera pas, et que l'autre partie promet de faire, ou de ne pas faire.*

dar, hacer o no hacer o las realidades materiales o jurídicas sobre las que recae el consentimiento⁸².

La redacción del Código Civil en materia del objeto del contrato, como es sabido, generó entonces tres teorías diferentes sobre el objeto; una primera que considera como objeto las cosas y servicios regulados en el contrato⁸³, tal y como identifica el artículo 1271 CC, si bien en esta formulación se queda fuera muchos negocios patrimoniales cuyo objeto no puede integrarse en alguna de estas nociónes⁸⁴; una segunda, que identifica el objeto como es las prestaciones de cada una de las partes, confundiendo así el objeto con los efectos del contrato; y, una tercera, de acuerdo con la cual se considera que el objeto es la obligación en sí mismo que el contrato constituye, modifica o extingue⁸⁵.

Para el profesor Díez-Picazo, las tres interpretaciones ofrecidas son insuficientes, ya que la primera no abarca todos los fenómenos contractuales que están contemplados en nuestro Derecho, como la cesión de créditos, la segunda confunde el objeto de la obligación con el objeto del contrato y la última porque el hecho de que el contrato constituya, modifique o extinga una obligación no es su objeto sino un efecto. En contraposición a estas teorías, el meritado autor ha defendido que el objeto del contrato es un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de los contratantes, para dicho autor debe concretarse en el término «bien»⁸⁶.

Ciertamente las diversas definiciones acerca del objeto responden a elaboraciones doctrinales, que en ocasiones se alejan de la realidad práctica, que no tienen en consideración que aquello que genera mayores dificultades en la praxis contractual es la propia exigencia de que el objeto sea un elemento esencial, y es por esta razón por lo que los PELC, el DCFR y la propia PPC han optado por no definir el objeto, favoreciendo así la contratación⁸⁷.

El examen del objeto en cuanto elemento esencial para la existencia o validez⁸⁸ del contrato permite formar un juicio sobre la posibilidad y licitud objetivas del mismo sin mayores problemas, pero en la práctica la cuestión del objeto determinado⁸⁹ se circunscribe especialmente al bien y al precio de las prestaciones que las partes asumen.

⁸² GARCÍA PÉREZ, *ADC*, 2017, p. 1091.

⁸³ MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 660.

⁸⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2016, pár. 1.

⁸⁵ Para el tema véase: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 229 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, 1997 (rep. fasc. 1985), pp. 192 y ss.

⁸⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, 2015, p. 33.

⁸⁷ VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2006, pár. 1.

⁸⁸ BLANDINO GARRIDO, 2012, p. 603.

⁸⁹ «Se entiende por objeto “determinado” aquél que consta individualizado, o sobre el que no se duda de su realidad objetiva, de su identidad, de manera que no genere confusión con otros distintos. No obstante, nuestro legislador admite también la existencia de

Llegados a este punto, es importante matizar que, aunque no podamos hacer un análisis más detallado de la materia del objeto del contrato⁹⁰, es importante destacar algunos puntos importantes sobre las implicaciones prácticas de una de sus características: la determinabilidad, ya que, en el Derecho contractual tradicional, es requisito esencial del contrato que las partes contratantes delimiten la conducta y el resultado de ella, para ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que la prestación debe ser determinada o determinable, es decir, si el contrato contiene disposiciones previas, criterios o pautas para determinar el objeto sin la necesidad de un nuevo acuerdo, el contrato es válido⁹¹.

Actualmente, en la mayoría de los sistemas jurídicos continentales modernos, los parámetros de certeza y determinación se encuentran integrados en el concepto de objeto del contrato y son imprescindibles para su existencia, pero los instrumentos más modernos acogen la idea que tal determinación y/o determinabilidad deja de constituir un elemento esencial del contrato⁹² para considerarse un elemento más en la formación y el contenido del contrato⁹³.

En este contexto, los contratos incompletos pueden considerarse entonces como instrumentos perfectamente válidos en base a esta nueva conceptualización que no exige el objeto del contrato como un requisito de validez autónomo⁹⁴, pasando a reconocer que la concreción del objeto sea en un momento diferente al de su formación o perfección. Esta teoría cambia el antiguo planteamiento de que el objeto del contrato debe estar cerrado su totalidad en el momento del perfeccionamiento del contrato, admitiendo que los parámetros de determinabilidad del objeto pueda definirse ulteriormente durante la vida del contrato.

Recientemente, destaca el tratamiento dispensado al tema del objeto del contrato por el Código Civil francés, en el marco del denominado «contenido del contrato», término que se introduce como novedoso en el *Code*, en virtud de la modernización del

D e r e c h o
objeto en el supuesto de “determinabilidad”, es decir, la situación en que, aunque no existe determinación inicial en el momento de perfección del contrato, cabe la determinación posterior sin necesidad de acudir a un nuevo acuerdo sobre el objeto entre los contratantes». CABANILLAS SÁNCHEZ, *ADC*, 2009, p. 516.

⁹⁰ Para un estudio detallado véase: DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 229-254.

⁹¹ SSTs, Civil, 09 de enero de 1995; 08 de marzo de 2002; 12 de noviembre de 2004 y 23 de febrero de 2007.

⁹² GARCÍA PÉREZ, *ADC*, 2017, p. 1092.

⁹³ FAJARDO FERNÁNDEZ, 2003, p. 408.

⁹⁴ Por otro lado, hay autores que se refieren al abandono de la categoría dogmática de los llamados «elementos esenciales» del contrato. MARCO MOLINA, *InDret*, 2015, p. 15.

de obligaciones operada por la Ordenanza Francesa n.º 2016-131, de 10 de febrero por la que se aprueba la reforma el Derecho de contratos; en ella se afirma que «el contenido del contrato es un término adoptado en una pluralidad de instrumentos europeos de armonización del Derecho de contratos y que la Subsección tercera pretende modernizar y adaptar a la evolución de la vida económica, las disposiciones del *Code* relativas al objeto del contrato»⁹⁵.

La nueva redacción del artículo 1163 del *Code Civil* prevé ahora explícitamente que la prestación –entendida esta como el objeto de la obligación– se considera «determinable» si se puede deducir del contrato, de los usos o de relaciones anteriores entre las partes, siempre y cuando, no sea necesario un nuevo acuerdo entre las partes para determinar la prestación⁹⁶. En relación con la determinación del precio, el artículo 1164 del *Code* prevé que, en determinados contratos se puede convenir que el precio de la prestación sea fijado unilateralmente por una de las partes, pero, al mismo tiempo, añade que, en caso de abuso, el juez podrá revisar el precio fijando uno nuevo, teniendo en cuenta los usos, el precio del mercado o lo que las partes esperan⁹⁷.

De igual modo, el Código Civil portugués en el artículo 883⁹⁸ sobre la compraventa y en el artículo 1211⁹⁹ sobre contrato de obra, contempla la posibilidad de celebrar el contrato aún sin la existencia de un precio cierto, estableciendo, ante esta eventualidad, un sistema de integración del contrato muy similar al previsto en los Principios de UNIDROIT que veremos a continuación.

Aunque la falta de concreción del objeto del contrato sea una cuestión que genera bastantes perplejidades a la doctrina tradicional, «el mercado ha demostrado que la indeterminación del precio no imposibilita que los contratantes hayan querido dar por concluido el acuerdo»¹⁰⁰, luego, el único requisito será el real interés de las partes, la intención negocial o la voluntad libre

⁹⁵ Exposición de motivos de la Ordenanza Francesa n.º 2016-131, de 10 de febrero por la que aprueba la reforma el Derecho de contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones, Título tercero, Capítulo segundo, Sección segunda, subsección tercera «Del contenido del contrato», artículos 1162 y ss. del *Code*.

⁹⁶ Véase: CHANTEPIE Y LATINA, 2018, pp. 346-359.

⁹⁷ DESHAYES, GENICON, Y LAITHIER, 2018, p. 309.

⁹⁸ Artículo 883 del código portugués: (*Determinação do preço*) I. *Se o preço não estiver fixado por entidade pública, e as partes o não determinarem nem convencionarem o modo de ele ser determinado, vale como preço contratual o que o vendedor normalmente praticar à data da conclusão do contrato ou, na falta dele, o do mercado ou bolsa no momento do contrato e no lugar em que o comprador deva cumprir; na insuficiência destas regras, o preço é determinado pelo tribunal, segundo juízos de equidade.*

⁹⁹ Artigo 1211: (*Determinação e pagamento do preço*) I. É aplicável à determinação do preço, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 883.

¹⁰⁰ GARCÍA PÉREZ, ADC, 2017, p. 1106.

de vicio. Es más, el artículo 1258 del Código civil español destaca el principio del consensualismo al establecer que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y que las lagunas se integrarán de acuerdo con la buena fe, los usos y la ley, lo que da cierto margen para la apreciación de la teoría del contrato incompleto¹⁰¹.

V. EL CONTRATO INCOMPLETO EN LOS NUEVOS INSTRUMENTOS DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL

Los nuevos instrumentos de modernización del Derecho contractual, en cuanto modelos normativos que recorren la armonización en materia de contratos, suministran reglas relevantes cuyo estudio se hace necesario para la comprensión de la doctrina del contrato incompleto. Llama especial atención que tal figura se asoma en algunas de sus reglas, especialmente en los Principios de UNIDROIT¹⁰² y, en menor medida, en los Principios del Derecho Europeo de Contratos¹⁰³ y en el Borrador del Marco Común de Referencia¹⁰⁴. Tales normas representan lo que la doctrina contemporánea denomina *soft law*, el cual, aunque no vinculante, entre otra cosas, consolida las prácticas comerciales desarrolladas en el marco internacional, estableciendo parámetros de actuación y que son fuente de interpretación en diversos ordenamientos jurídicos¹⁰⁵. Para diversos autores¹⁰⁶, los textos mencionados representan los nuevos instrumentos de modernización del Derecho Contractual y tienen una labor importantísima tanto en el mundo académico como en la práctica jurídica¹⁰⁷. En este orden de cosas, cabe advertir, pese a la enorme importancia del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, donde se contempla el expresamente el *Open Price*, que este instrumento jurídico no

¹⁰¹ Sobre este tema véase: DÍEZ GARCÍA Y GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013, pp. 897-1120.

¹⁰² Por todos véase: PERALES-VISCASILLAS, 2009, pp. 183-207

¹⁰³ Por todos véase: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, ROCA TRÍAS Y MORALES MORENO, 2002, pp. 1-93.

¹⁰⁴ Sobre el DCFR, consultar: INFANTE RUIZ, *InDret*, 2008; VAQUER-ALOY, 2009, pp. 239-265; EIDENMÜLLER *et al.*, *ADC*, fasc. IV, 2009.; BAR, *et al.* (eds.), 2010.

¹⁰⁵ Para un estudio de preliminar comparativo entre ambos textos, véase: FERRER VANRELL Y MARTÍNEZ-CAÑELLAS, 2009.

¹⁰⁶ CRESPO MORA, 2017, pp. 263-291; MORALES MORENO, 2012, pp. 331; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, ROCA TRÍAS Y MORALES MORENO, 2002; FERRER-VANRELL Y MARTÍNEZ-CAÑELLAS, 2009.

¹⁰⁷ Véase: OLIVA BLÁZQUEZ, 2016, pp. 55-88.; PÉREZ-VELÁZQUEZ, 2014, pp. 89-146.

será objeto de un estudio detallado en el presente trabajo por no ser instrumento de *soft law*, sin perjuicio de la realización de las correspondientes alusiones cuando tratemos del *Open Price*.

Por otra parte, también se estudiará si la figura el contrato incompleto tiene alguna cabida en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Por cuanto este anteproyecto de la comisión general de codificación representa hasta el momento un significativo intento de reforma del Derecho en España, la cual, como es sabido, tiene una notable influencia de los PECL¹⁰⁸.

V.1 PRINCIPIOS DE UNIDROIT (PICC)

Se trata de reglas generales de los acuerdos comerciales internacionales, aplicables en la hipótesis en que las partes elijan este instrumento para regir y disciplinar sus contratos. Los PICC son una suerte de reglas «suparanacionales», que no se identifican con el derecho interno de ningún país, y sí con la internacionalización del derecho. Dichos Principios asimismo están dirigidos a servir como una guía para la elaboración de contratos, ofreciendo un lenguaje jurídico neutral para las partes contratantes¹⁰⁹. Estos Principios también podrán actuar en los casos en que los contratantes excluyan sus respectivos ordenamientos jurídicos de origen y exista controversia. Por otra parte, también debe destacarse que pueden ser utilizados como auxilio del derecho nacional, así como representan un modelo de referencia para los legisladores nacionales e internacionales¹¹⁰.

La principal función de los Principios de UNIDROIT, según destaca Perales-Viscasillas¹¹¹, es la de ser un «Código General aplicable a todos los contratos mercantiles internacionales» pero al mismo tiempo también se tratan de unos principios que innovan y, por lo que a nuestra tema se refieren, brindan la posibilidad de incluir en ellos la figura del contrato incompleto, corroborándose así una realidad económica ya presente en el panorama internacional y que ahora viene a disponer de una previsión explícita.

¹⁰⁸ CRESPO MORA, 2017, pp. 264.

¹⁰⁹ Para un estudio de los Principios de Unidroit véase: OVIEDO ALBÁN, *RAJ*, 2002, pp. 96-125; MORÁN BOVIO, 2003; BONELL, 2006.

¹¹⁰ PERALES-VISCASILLAS, 2009, pp. 186.

¹¹¹ PERALES-VISCASILLAS, *RDM*, 1997, p. 225.

a) Contratos con términos abiertos

Los contratos con «términos abiertos» vienen siendo discutidos en la doctrina económica desde los años noventa¹¹², pero, como se ha indicado más arriba, debe subrayarse que en este ámbito estos contratos se caracterizan como aquellos en los que no se describen todas las posibles contingencias contractuales frente al modelo ideal del contrato planteado en el Derecho de contratos tradicional.

Ahora bien, dejando a un lado las consideraciones económicas, de las cuales algún aspecto se ha apuntado más arriba, y volviendo al ámbito jurídico puede destacarse que el contrato con términos abiertos es una genuina expresión de los contratos incompletos, hasta tal punto que la cuarta edición de los Principios de UNIDROIT¹¹³ de 2016, rigiéndose por la idea de dotar de un amplio margen de libertad a los contratantes, extiende esta libertad incluso a la facultad de formular cláusulas contractuales con el fin de no decidir sobre ciertos términos «esenciales».

En este sentido, no puede olvidarse que ya en la versión 2014 de los Principios de UNIDROIT se recogía la figura del contrato incompleto, ahora se añade la redacción actualizada del contrato con términos abiertos en el artículo 2.1.14¹¹⁴ (*Contract with terms deliberately left open*). Esta previsión, a nuestra juicio, supone la consideración expresa, al menos parcialmente, de la figura del contrato incompleto. Este precepto dispone que las partes puedan dejar deliberadamente un término para ser acordado en futuras negociaciones sin que la existencia del contrato se vea afectada por ello.

La disposición¹¹⁵ faculta la ejecución de un acuerdo incompleto, en el que los contratantes eligen intencionalmente firmar el negocio con cierto término contractual en blanco, que será acordado en futuras negociaciones o determinado por un tercero, sin que

¹¹² Los autores que utilizan «open terms contracts» para referirse a los contratos incompletos: GERGEN (1992); GOETZ y SCOTT (1989); AYRES, GERTNER y GAPS (1989); MACNEIL (1978).

¹¹³ Principios UNIDROIT, 4 ed. 2016.

¹¹⁴ (1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato. (2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad: (a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o (b) que la parte encargada de determinarlo no lo determine, o (c) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

¹¹⁵ Redacción conforme a cuarta edición en el año de 2016. Se modificó marginalmente el artículo 2.1.14 para agregar que la existencia del contrato no se afecta por el hecho de que las partes no lleguen a un acuerdo en relación con el aspecto dejado deliberadamente abierto, o que la parte o el tercero a quienes correspondía determinarlo no lo hagan, siempre y cuando existan medios alternativos para su determinación que sean razonables dadas las circunstancias y tomando en cuenta la intención común de las partes.

eso afecte a la existencia del contrato. De este modo, el contrato incompleto existe, es válido y eficaz, independientemente de la existencia de *gaps* o «lagunas».

La inclusión de la teoría del contrato incompleto en los Principios de UNIDROIT se justifica, una vez más, por el respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, ya que, en general, en los contratos de larga duración los contratantes no están en grado de determinar todos y cada uno de los elementos de la relación contractual en el momento de conclusión de la operación de que se trate, asignando a un tercero o a ellas mismas, en futuras negociaciones, la concreción del elemento que falta.

La identificación del contrato incompleto puede derivar de una cláusula expresa del contrato, o de la propia naturaleza o circunstancias del contrato en virtud de una interpretación del acuerdo entendido como un todo, así como del propio sentido del tipo del término dejado en blanco adquiera en el tráfico jurídico¹¹⁶.

Para ilustrar el tema podemos acudir a un ejemplo, que tomamos de los comentarios oficiales de los Principios de UNIROIT: «WX», una compañía, celebra un contrato detallado con «ZY», un operador de estación para el uso de una terminal de contenedores. El contrato determina el volumen mínimo anual de contenedores para carga y descarga y las tarifas a pagar, dejándose pendiente la determinación de la tarifa a pagar por contenedores adicionales para una vez que se llegue al volumen mínimo estipulado, y cuando llegue el momento de contratar contenedores adicionales¹¹⁷.

Este mismo precepto también contempla el supuesto en que las partes no se pongan de acuerdo ulteriormente sobre los criterios para llenar el elemento dejado en blanco. Así, mediante el recurso a las denominadas «obligaciones implícitas», si es el caso, el vacío podrá cubrirse por las obligaciones que razonablemente cabía esperar que estuvieran implícitas en contrato. Por otra parte, en el supuesto de que el vacío deba ser colmado por un tercero y éste no pueda hacerlo, las partes podrán indicar a otra persona que asuma esta función.

Asimismo, siguiendo el ejemplo anterior, si meses después la empresa «WX» se niega a cumplir, alegando que el acuerdo con «ZY» nunca llegó a ser vinculante porque la tarifa a pagar por los contenedores adicionales no había sido determinada, incurrirá en incumplimiento contractual, puesto que puede entenderse que la inclusión de los contenedores adicionales era una obligación implí-

¹¹⁶ Sobre la interpretación del contrato, véase por todos, LÓPEZ Y LÓPEZ, 2017.

¹¹⁷ Illustration 2: Article 2.1(14) UNIDROIT Principles 2016. (Publicación original en inglés).

cita en el contrato en cuestión, y el hecho de que tanto «WX» como «ZY» hayan comenzado a cumplir de inmediato con sus obligaciones refleja claramente que la intención de las partes fue la de celebrar un contrato vinculante.

La última parte del mencionado artículo (apartado 2C) establece que la existencia del contrato no queda afectada siempre que existan medios alternativos para su determinación que sean razonables dadas las circunstancias y tomando en cuenta la intención común de las partes. Así pues, si las partes no llegan sobre el término en blanco, ni tampoco el tercero, deberán tenerse en cuenta una serie de medios alternativos antes que dar por extinguido el contrato. Se trata pues de una clara manifestación del principio de favorecimiento de la formación del contrato. ¿Cuáles son esos medios alternativos? Los propios comentarios oficiales aluden a las reglas generales para integrar las lagunas¹¹⁸, enviando a la sección 1 del capítulo 5 sobre el contenido del contrato y a la sección 1 del capítulo 6 sobre el cumplimiento.

El artículo 5.1.6 PICC, por su parte, establece los mecanismos a seguir para fijar la calidad de la prestación cuando esta no ha sido precisada en el contrato, determinando que el deudor, según las circunstancias, deberá una prestación de una calidad razonable y nunca inferior a la calidad media.

Con relación al momento del cumplimiento, el artículo 6.1.1 PICC establece que si este no ha sido fijado o no es determinable deberá cumplirse en un plazo razonable¹¹⁹ después de su celebración. Por lo que se refiere al lugar de cumplimiento, el artículo 6.1.6 del mismo cuerpo legal, igualmente prevé los medios alternativos para colmar la laguna dejada por los contratantes, estableciendo dos criterios de acuerdo con el tipo de obligación que se trate: tratándose de una obligación pecuniaria deberá pagarse en el establecimiento del acreedor; tratándose de cualquier otra obligación, deberá cumplirse en el establecimiento del deudor.

No obstante, pueden darse otras situaciones, sobre todo en el ámbito de los contratos de larga duración, que determinen que estas disposiciones no resulten aplicables. Siendo este el caso, el término dejado deliberadamente abierto por las partes podrá deter-

¹¹⁸ Comentario 3: Artículo 2.1(14): *The alternative means of supplying the missing term will generally be application of the «gap-filling» provisions in Section 1 of Chapter 5 and Section 1 of Chapter 6, for example, by determining the price under Article 5.1.7(1) or by fixing the time for performance under Article 6.1.1 where those provisions can appropriately supply the relevant term. There may be situations, particularly in respect of long-term contracts, where those provisions may not be appropriate even where they cover the subject-matter of the missing term. In such situations, the term will be supplied by Article 4.8 or Article 5.1.2.*

¹¹⁹ INFANTE RUIZ, 2008. p. 88.

minarse, entonces, conforme al artículo 4.8 PICC¹²⁰, el cual recoge los criterios de integración del contrato frente a las lagunas contractuales, o también mediante el recursos al artículo 5.1.2 PICC¹²¹ relativo a las obligaciones implícitas.

Por cuanto puede deducirse de estas disposiciones y, en especial de la regla sobre los términos dejados en blanco (2.1.14 PICC), únicamente en el caso de inexistencia de medios alternativos para colmar el vacío se acudirá a decretar la extinción del contrato. Sobre este punto es importante decir que los Principios hablan de «extinción del contrato»¹²², es decir, de la causa de extinción que en nuestro Código Civil conocemos como la figura del mutuo disenso o desistimiento mutuo, pues este es considerado como un acuerdo de voluntades de las partes destinado a dejar sin efecto la relación obligatoria. No se trata pues, de una invalidez o de una ineficacia sobrevenida del negocio constitutivo, sino de una extinción de la relación contractual por voluntad de ambas partes¹²³.

En conclusión, los Principios de UNIDROIT presentan en esta materia una importante innovación, puesto que reconocen la validez del contrato celerado con cláusulas abiertas independientemente de que el contenido que falte se refiera al objeto propiamente dicho. Por esta razón, a nuestro modesto entender, puede afirmarse que los PICC consagran la figura del contrato incompleto.

b) Contratos con precio abierto

El análisis de los contratos con precio abierto surge necesariamente del concepto más general de *open terms*, por contraposición a los contratos tradicionales que podríamos denominar *fixed terms contracts*, contratos con términos cerrados. Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos de *common law*¹²⁴, el *open term* funciona como acaba de comentarse anteriormente. Se trata de contratos en

¹²⁰ Principios de UNIDROT, 4 ed. 2016: Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias. (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (a) la intención de las partes; (b) la naturaleza y finalidad del contrato; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común.

¹²¹ Principios de UNIDROT, 4 ed. 2016: Las obligaciones implícitas pueden derivarse de: (a) la naturaleza y la finalidad del contrato; (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; (c) la buena fe y la lealtad negocial. (d) el sentido común.

¹²² Principios de UNIDROT, 4 ed. 2016: El cumplimiento, el mutuo acuerdo, la recepción, la resolución, la nulidad y anulabilidad.

¹²³ Comentarios oficiales al artículo 2.1(14) Principios de UNIDROT, 4 ed. 2016.

¹²⁴ Véase: BEALE, BISHOP y FURMSTON, 2008. pp. 258-271; BEATON, BURROWS y CARTWRIGHT, 2016, pp. 64-73.

los que una parte de la prestación queda por definir¹²⁵. Siendo así, podemos decir que los contratos con precio abierto son una categoría específica dentro del más amplio *genus* de los contratos con términos abiertos¹²⁶.

Por cuanto se ha visto, además de la previsión contenida en el artículo 2.1.14, los Principios establecen en el artículo 5.1.7 la posibilidad de celebración de contrato con el precio en abierto (*open price contract*). Se trata de una práctica traída del Derecho anglosajón, pero que empieza a estar presente en algunos sistemas de *civil law*, como en el portugués¹²⁷ y el italiano¹²⁸, que lo admiten, si bien con ciertas matizaciones.

En este orden de cosas, puede afirmarse que los contratos con precio abierto son una genuina expresión del contrato incompleto, pues se trata de un contrato perfectamente válido y eficaz sin la determinación del objeto, lo que acontece, principalmente, por una decisión de gestión del riesgo económico. Las partes pueden optar por no estipular el precio y dejar la decisión pendiente de definición a un momento futuro, ya por la determinación unilateral, ya por un tercero, o bien por la aplicación de factores externos al contrato.

El artículo 5.1.7 PICC establece los medios alternativos para determinar el precio, considerando que las partes se remitieron al precio habitual existente en el momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un «precio razonable».

Tal y como puede leerse en el artículo 5.1.7 PICC, en la hipótesis de omisión de las partes en cuanto al precio y al criterio de su determinación, se aplicará el precio acordado por el mismo tipo de negocio en la época de la celebración del contrato, a menos que exista alguna indicación en el acuerdo en sentido contrario¹²⁹. Por otra parte, si el contrato resulta extremadamente específico, sin

¹²⁵ GERGEN, *Columbia L. Rev.*, 1992, p. 1000.

¹²⁶ GABUARDI, *Rev. CISG*, 2002-2003, p. 24.

¹²⁷ Véase artículo 883 y 1211 Código Civil portugués.

¹²⁸ Véase artículo 1474 Codice Civile (*Mancanza di determinazione espressa del prezzo*).

¹²⁹ Principios de UNIDROIT, 4 ed. 2016: Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable. (2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario. (3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una de las partes o de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable. (4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

correspondencia alguna en el mercado, se aplicará el precio razonable, el cual se someterá a la posible revisión por el juez. Además, si los contratantes dejan el precio pendiente de definición en un momento futuro por la actuación de solo una de las partes, esa actuación unilateral se someterá a control y podrá ser sustituida por otro precio razonable en las circunstancias del caso concreto.

De la misma forma, si el precio está sujeto a la determinación de un tercero y éste se niega a determinarlo, o no tiene competencia para hacerlo, se aplicará el precio razonable. El artículo 5.1.7 prevé, además, la hipótesis en que el precio se fije a partir del empleo de factores externos, como los índices de mercado publicados, precios de los productos similares o los valores de *commodities*, entre otros. Si el criterio elegido deja de existir o ya no es accesible, se utilizará el factor equivalente más próximo¹³⁰.

V.2 PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS (PECL)

Los PECL pretenden establecer una serie de criterios que sirvan de orientación en materia de determinación del objeto¹³¹, pero no ofrecen una regulación detallada sobre esta materia. Estos instrumentos se caracterizan en líneas generales por términos flexibles y abiertos, así como de cláusulas generales¹³² con el fin de servir de base y facilitar la armonización entre los diferentes sistemas jurídicos europeos¹³³. Si bien su ámbito de aplicación se circscribe inicialmente a la Unión Europea, es importante destacar que algunos países fuera de este ámbito territorial utilizan los PECL como fuente de interpretación¹³⁴.

Como es sabido, la elaboración de los PECL, tuvieron una notable influencia de los PICC¹³⁵, razón por la cual, existen impor-

¹³⁰ La regla contenida en el art. 5.1.7, se asemeja al art. 55 de Convención de Viena de 1980 (CISG), donde se atribuye flexibilidad al contrato al permitir que se adapte a los cambios de circunstancias que alcanzan los contratos de larga duración, atendiendo a las necesidades del comercio internacional. Sobre la CISG véase: OLIVA BLÁZQUEZ, 2002; SAN JUAN CRUCELÀEGUI y RUIZ PIÑERO, 2005; ESPUGUES MOTA, 2017, pp. 193-214.

¹³¹ ESPIAU ESPIAU, 2002, p. 227.

¹³² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, 2002, p. 79.

¹³³ LANDO Y BEALE, 2000, p. 24.

¹³⁴ La mención a los PECL en un voto particular de una sentencia del Tribunal Superior brasileño es un claro ejemplo: «Nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, elaborados pela Comissão para o Direito Europeu dos Contratos, ficou estabelecido que ‘as cláusulas do contrato devem ser interpretadas no sentido de que são lícitas e eficazes (art. 5:106)». (STJ Brasil, AREsp n.º 961865/2017).

También en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: «Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), artículo 6.111, integran el cumplimiento de las obligaciones [...]»

¹³⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, 2002, p. 81.

tantes similitudes entre ambos textos, especialmente en materia del contrato con precio abierto. Sin bien los PECL no contiene ninguna disposición, a diferencia de los Principio de UNIDROIT¹³⁶, sobre los términos en blanco¹³⁷, de su regulación sobre la modalidad del contrato con precio abierto sí puede inducirse que consideran, aunque cuando sea parcialmente, el contrato incompleto.

El artículo 6:104 PECL trata de la determinación del precio, estableciendo que, en caso de que las partes no hayan fijado el precio o su modo de determinación, valdrá el precio razonable. Tal artículo establece, a nuestro juicio, una especie *sui generis* de contrato incompleto, en la modalidad de determinación por factores externos, en el cual las partes establecen el negocio vinculante pero no prevén intencionalmente el precio ni el modo de determinarlo, de manera que el precio se fijará de acuerdo con lo que se considere razonable o normal para el tipo de contrato firmado.

Los PECL abandonan la línea tradicional y rigurosa de algunos ordenamientos, como por ejemplo el español, en los que el contrato con un elemento en blanco o incompleto es considerado invalido¹³⁸, por un sistema más flexible. Algunos autores afirman que tal regla existe para salvar el contrato ante una posible causa de nulidad¹³⁹. Los PECL proveen una regla expresa para el caso que en el contrato no se fije el precio ni establezca el método para determinarlo; remitiendo, de este modo, el precio razonable. Para la fijación del precio, en caso de que no haya consenso, se observarán los usos y otras prácticas llevadas a cabo por los contratantes para basarse en la determinación del precio, como fuente heterónoma de integración. Piénsese, por ejemplo, en el precio cobrado en anteriores contratos entre las partes¹⁴⁰, esta práctica sirve como fuente de integración.

El artículo 6:105 de los PECL admite la determinación por una de las partes, del precio o de parte del contenido contractual al acoger el contrato incompleto en su modalidad de determinación unilateral, pero al igual que los PICC, cuando una sola parte determine el precio, éste estará sometido a control y, en caso de que el precio se considere abusivo, el juez podrá reducirlo de forma equitativa o, viceversa, en caso de que el precio sea fijado por el deudor con un valor insuficiente, podrá aumentarlo hasta alcanzar un importe razonable.

¹³⁶ La principal diferencia entre los principios UNIDROIT y los PECL es el declarado carácter universal del primero, mientras el segundo está limitado a la Unión Europea.

¹³⁷ Creemos que la decisión de la Comisión Lando de no mencionar los contratos con términos dejados en abiertos, data venia, es una opción conservadora, vista al carácter controvertido de esta figura principalmente en los sistemas continentales.

¹³⁸ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RdPat*, 2019, epígrafe RR-4.7.

¹³⁹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, ROCA TRÍAS Y MORALES MORENO, 2002, p. 280.

¹⁴⁰ FERRANTE, *InDret*, 2010, pp. 142-143.

El artículo 6:106¹⁴¹ PECL reconoce finalmente el contrato incompleto en su modalidad de determinación por un tercero. El mencionado artículo regula la hipótesis en que, un tercero debe llenar la laguna referente al precio u otro elemento de la relación contractual pero no lo hace, supuesto en que el juez deberá designar a otra persona para que lo determine, excluyendo, a principio, la integración del precio a través de la decisión judicial¹⁴². El vacío dejado deliberadamente por las partes es una forma eficiente de asignación del riesgo y debe ser respetado alejando al máximo un mecanismo judicial de integración e interpretación. De hecho, el propio sistema procesal español, establece en su artículo 708 LEC¹⁴³ relativo a la indeterminación de algún elemento esencial del contrato, que el juez no puede integrar el contrato, solo puede ordenar que se emita una declaración de voluntad que lo integre, y si no se cumple, condenar por los daños y perjuicios¹⁴⁴.

Este artículo es de gran relevancia en la praxis negocial puesto que la concreción del precio o de cualquier cláusula contractual por tercero es una práctica recurrente en los contratos internacionales. El supuesto se revela útil en los casos en que el tercero sea experto en una determinada área del conocimiento o disponga de mejores condiciones técnicas para llenar el «vacío» contractual.

El primer apartado del mencionado artículo busca preservar el contrato en las hipótesis en que el tercero, una vez nombrado, no pueda o no quiera incumbirse de su encargo o lo haga de manera inocua. En este supuesto puede suponerse que las partes atribuyeron al juez el poder de sustituir el tercero, pero se admite prueba en contrario. Sin embargo, a su vez, si las partes establecieron que la obligación de un tercero es intransferible o personalísima, no será posible su sustitución, por lo que el contrato deberá ser resuelto si el tercero no cumple su obligación de colmar la laguna o el vacío contractual.

En la segunda hipótesis, si el precio u otro elemento definido por el tercero se revelan injustos, el juez podrá ajustar el precio o la cláusula contractual puesta en discusión de acuerdo con el criterio

¹⁴¹ Determinación por un tercero: (1) Cuando la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deje en manos de un tercero y éste no pudiera o no quisiera hacerlo, se presume que las partes han otorgado al juez o tribunal poder para designar a otra persona que se ocupe de ello.

(2) Si el precio o cualquier otro elemento fijado por un tercero resulta manifestamente irrazonable, lo así determinado se sustituirá por otro precio o elemento razonable.

¹⁴² VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RdPat*, 2019, epígrafe RR-4.7.

¹⁴³ [...] Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si ésta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

¹⁴⁴ GARCÍA PÉREZ, *ADC*, 2017, p. 1091.

de la razonabilidad. La intervención judicial solo se producirá si la valoración del tercero se considera injusta, supuesto en el que el juez la sustituirá de acuerdo con aquello que pueda considerarse razonable. La opción utilizada por los PECL se distancia de la adoptada por los Principios de Unidroit y denota una clara influencia de la práctica judicial del *common law*¹⁴⁵.

V.3 BORRADOR DEL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR)

Los Libros II y III del DCFR contienen reglas sobre la teoría del negocio jurídico y la parte general del Derecho de obligaciones¹⁴⁶. La gran mayoría de estas reglas se traen de los PECL¹⁴⁷, por lo que se refiere al *open price contract*, la fórmula empleada por el DCFR es idéntica a la de los PECL. Al igual que los PECL tampoco se recoge una regla sobre los contratos con términos en blanco, a diferencia de los Principios de UNIDROIT.

Así las cosas, el DCFR opta por seguir la línea ya indicada en los instrumentos de modernización anteriores de no exigir la determinación del precio para que el contrato sea concluido válidamente, siempre y cuando no exista duda de que las partes pretendían estar obligadas por el contrato¹⁴⁸.

El DCFR¹⁴⁹, al ocuparse del contenido y efectos de los contratos, establece que cuando el precio no venga fijado en el contrato deberá establecerse el precio normalmente aplicado en circunstancias parecidas y solamente en su defecto, el precio razonable. Aquí nuevamente se observa –insistimos– que el negocio es vinculante y, por tanto, el contrato es perfectamente válido, aunque el precio o el método para su determinación no se encuentren fijados de antemano¹⁵⁰.

¹⁴⁵ MARCHAL ESCALONA, 2016, pár.31.

¹⁴⁶ «También es digno de mención que tanto el libro II como el III comienzan con una parte general, que contiene los conceptos y principios generales (libertad de contratar, libertad de forma, buena fe), pero también un cierto popurrí de normas sobre diversas cuestiones jurídicas, que no contaban con un claro encaje sistemático en otro lugar (contratos mixtos, obligaciones condicionadas y a término, modificación contractual, desaparición de la base del negocio)». EIDENMÜLLER, ADC, 2009, p. 1467.

¹⁴⁷ INFANTE RUIZ, 2002, p. 39.

¹⁴⁸ Este artículo no se aplica cuando las partes no llegaron a un acuerdo y por tanto no han celebrado un contrato.

¹⁴⁹ II.-9:104: Determinación del precio: cuando el importe a pagar como precio del contrato no venga fijado por las cláusulas acordadas entre las partes, por alguna norma legal o por los usos o prácticas, el precio a pagar será el aplicable normalmente, en circunstancias parecidas en el momento de la celebración del contrato y, si ninguno de dichos precios resulta disponible, un precio razonable.

¹⁵⁰ Si puede hacer un estudio más detenido sobre los contratos con precio abierto: ILLESCAS ORTIZ y PERALES-VISCASILLAS, 2003, pp. 141 y ss; FERRANTE, 2013, pp. 201-220;

Tal precepto corrobora, a nuestro juicio, la tesis que viene defendiéndose a lo largo de este trabajo, esto es, la validez y eficacia de los contratos que no estén completos. Esta visión del DCFR abandona la tradición de los ordenamientos continentales los cuales consideran que el precio es un elemento esencial del contrato y que su ausencia supone que el contrato sea nulo¹⁵¹. Incluso, la jurisprudencia francesa¹⁵² dejó claro en 1995 que un contrato en el que el precio no sea ni determinado ni determinable puede ser válido, considerando que la determinación final del precio no es un problema de formación del contrato sino de su ejecución. Esta doctrina y jurisprudencia es la que finalmente ha sido recogida en la reforma del *Code* de 2016, limitando la indeterminación inicial del precio a determinados tipos contractuales.

Ahora bien, esta jurisprudencia sólo hace referencia a los contratos de servicios y de trato sucesivo, sin que sea posible utilizarla como ejemplo para defender el *open price* en compraventa¹⁵³, usando como principal argumento el artículo 1583 del Código Civil Francés¹⁵⁴ donde se establece que cosa y precio deben calificarse como elementos objetivos del consentimiento en la compraventa¹⁵⁵. Por tanto, para la compraventa sigue rigiendo la regla del El DCFR, en su artículo II-9:105, ya más allá de la tradición francesa y, incluso prevé que el precio puede ser determinado por una de las partes en la compraventa, siendo una redacción idéntica a la presentada en el artículo 6:105 de los PECL¹⁵⁶. De momento, esta previsión del binomio PECL-DCFR en incompatible con el Derecho español y francés, por cuanto el artículo 1449 del Código civil español y el artículo 1591 del *Code*¹⁵⁷ prohíben la fijación unilateral del precio¹⁵⁸.

No obstante, la limitación del mencionado artículo debe juzgarse atendiendo a la autonomía de la voluntad, los tribunales presuponen que las partes han querido referirse al precio normalmente

ROGEL VIDE, 2013; MARCHAL ESCALONA, 2016, epígrafe 34; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RdPat*, 2019, epígrafe RR-4.1-4.11;

¹⁵¹ BLANDINO GARRIDO, 2012, p. 603.

¹⁵² Véase: *Société Cie Française de téléphone Confratel c/sté Bechtel France; SNC Le Montparnasse c/sté GST-Alcatel Bretagne; SA Cie Atlantique de téléphone c/SA Sumaco*

¹⁵³ FERRANTE, 2013, pp. 32 y 33.

¹⁵⁴ Article 1583 del *Code*: *Ile est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.*

¹⁵⁵ DESHAYES, GENICON, Y LAITHIER, 2018, p. 307.

¹⁵⁶ FERRANTE, *InDret*, 2010, p. 6.

¹⁵⁷ Article 1591 del *Code*: *e prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.*

¹⁵⁸ «[...] arbitrariedad en la determinación del precio, lo que conduce a la nulidad del contrato de compraventa por infracción del artículo 1449», RODRÍGUEZ MORATA, 2013. [recuperado de *proview*].

practicado por el vendedor¹⁵⁹. Así las cosas, «si una de las partes se reservó a su arbitrio el precio, y en el momento de la venta la otra parte acepta, el contrato será válido»¹⁶⁰.

Las disposiciones citadas se encuentran en el capítulo sobre el contenido y los efectos del contrato, es decir, la parte general, aplicándose en principio a cualquier tipo contractual. Sin embargo, debe resaltarse que sólo se aplicará el artículo II-9:104 cuando no exista duda de que las partes pretendían estar obligadas por el contrato, pese a que algún elemento de él no está determinado suficientemente¹⁶¹. Los comentarios oficiales del DCFR explican cuál es la aplicación más común de la referida disposición, como es el caso de los contratos de prestación de servicios de profesionales, donde no es habitual conocer el precio siempre por adelantado¹⁶².

Hemos de mencionar que las pequeñas diferencias que encontramos en la redacción del DCFR en comparación con los PECL se encuentran con relación al índice de determinación del precio supletorio, es decir, cuando las partes no decidan. Según el texto del DCFR, cuando el artículo se aplique, el precio a pagar será el precio normalmente cobrado en circunstancias comparables y solo si no existe tal precio, entonces deberá pagarse un precio razonable¹⁶³, a diferencia de los PECL que aplican directamente el *reasonable price*. Esta diferencia, dando preferencia al precio de mercado, demuestra que los principios UNIDROIT tuvieron influencia en la redacción del Marco Común de Referencia a la hora de optar por un criterio de determinación de precio mixto¹⁶⁴.

V.4 EL «PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD» COMO CRITERIO DE INTEGRACIÓN DEL CONTRATO INCOMPLETO

La razonabilidad también está muy presente en todas las etapas de la relación contractual; «lo razonable» contribuye innegablemente a la buena conducta entre los contratantes, una cierta deontología fundada sobre la eficacia, la cooperación y la lealtad¹⁶⁵. El término razonable aparece hasta 80 veces en los Principios de UNIDROIT, 82 veces en los PECL y en el DCFR la referencia a

¹⁵⁹ STS 13 de abril de 1982.

¹⁶⁰ PACHECO JIMÉNEZ, 2012, p. 558.

¹⁶¹ Comentario A de artículo II-9:104 CFR.

¹⁶² Comentario C del artículo II-9:104 CFR.

¹⁶³ Comentario D del artículo II-9:104 CFR.

¹⁶⁴ «La opción del criterio mixto es la más aconsejable, dado que permite determinar el precio con mayor precisión eliminando las dificultades probatorias e inseguridades existentes en las otras fórmulas». MARCHAL ESCALONA, 2016, pár. 34.

¹⁶⁵ FORTIER, *Journal du Droit International*, 1996, p. 322.

«razonable» se hace al menos 200 veces, consagrando así la idea de que los contratos están limitados por la «razonabilidad».

El comportamiento contrario a la buena fe configura un ejercicio irrazonable del propio derecho en cuanto que es insensible a los intereses de la contraparte y la interpretación según buena fe no es algo distinto de la interpretación razonable, pues supone tener en cuenta la confianza de una parte en las declaraciones y en los comportamientos de la otra. De hecho, la definición de razonable presentada en los PECL se basa principalmente en la buena fe.

De este modo el artículo 4.1 de los Principios de UNIDROIT prevé que, si no puede ser determinada la común intención de las partes, el contrato debe ser interpretado según el significado que personas razonables de la misma calidad de las partes habrían atribuido a la convención en las mismas circunstancias. De manera semejante se posiciona el artículo 1:302 PECL, «razonable» es lo que cualquiera persona de buena fe y en la misma situación debería considerar como razonable¹⁶⁶.

Para algunos autores el precepto más significativo respecto a la buena fe se encuentra en el mandato del artículo 1:106 de los PECL, cláusula familiar a los ordenamientos del *civil law*, según la cual en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones cada parte contractual debe comportarse de acuerdo con los mandatos de la buena fe y la negociación leal¹⁶⁷.

El DCFR prefiere eliminar la alusión a la buena fe y utilizar el término «lo razonable», pero, esta decisión, indudablemente marcada por una influencia anglosajona, en nuestra opinión, no cambia el alcance de los efectos de los contratos, una vez que aun en el Derecho Inglés, donde no existe un mandato directo de buena fe a las partes¹⁶⁸, la incorporación de la buena fe se hace desde la perspectiva de la ejecución del contrato. De esta forma, creemos que la buena fe deberá permanecer a la hora de integrar un contrato incompleto, puesto que el criterio de razonabilidad está intrínsecamente ligado a la buena fe contractual, sea ésta manifestada a través del deber de colaboración, como una directriz de comportamiento, o en la interpretación del contrato y en su ejecución.

El cambio que se percibe en el DCFR con la supresión del término «buena fe» solo existe si se entiende que buena fe y razonabilidad son conceptos opuestos¹⁶⁹ sin vínculo alguno entre ellos,

¹⁶⁶ La PMCC no sigue la línea de la razonabilidad, y mantiene en su artículo 1245 que las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

¹⁶⁷ ZIMMERMANN, 2017, p. 153.

¹⁶⁸ «El derecho inglés aún no reconoce explícitamente un requisito primordial de buena fe en los contratos, pero en ocasiones recurre a este enfoque». ADAM y BROWNWORD, 2007, p. 114.

¹⁶⁹ SHULTE-NOLKE, 2012, p. 98.

donde «lo razonable» se resume a un estándar judicial y «buena fe» a un concepto ético. Creemos que la distinción de conceptos es un debate importante, pero que lleva al mismo camino y al mismo resultado práctico. Aunque se pueda discutir si, con el fin de conseguir la armonización, hay o no una supresión de identidad jurídica del *civil law*¹⁷⁰, preponderando así los términos de tradición angloamericana, creemos que el Derecho existe para solucionar problemas prácticos, del tráfico jurídico, y eso se consigue utilizando tanto la razonabilidad como la buena fe.

VI. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL CONTRATO INCOMPLETO EN EL DERECHO ESPAÑOL

En la jurisprudencia española puede encontrarse innumerables casos en lo que se ha tratado la cuestión del *open price contract*, aunque el precio sea para la mayoría de los juristas un elemento esencial, la jurisprudencia interpreta la validez del contrato según el tipo contractual, aceptándolo en los contratos de servicios¹⁷¹ y rechazándolo en la compraventa¹⁷². De este modo, por ejemplo, el Tribunal Supremo, apartándose de las normas del Código Civil¹⁷³, considera que en el contrato de servicio el precio no es elemento determinante de su existencia, aceptándose que el juez asuma la función de interpretar el contrato y fijar el precio que no fue expresamente indicado por las partes¹⁷⁴. En este sentido, la Sentencia del del de 7 marzo de 2018, al decidir sobre el contrato de arrendamiento de servicios de abogado donde la parte actora razonaba vulneración del principio de «precio cierto»¹⁷⁵, entiende que, aunque la existencia del precio cierto constituye elemento estructural del contrato y que las partes deben acordar el precio, «en su defecto, habrá

¹⁷⁰ TORRELLES-TORREA, 2017, p. 190.

¹⁷¹ STS del 4 de julio de 1984: «no es indispensable la fijación de ese elemento al tiempo de la celebración del contrato de arrendamiento de servicios, normalmente determinable por la costumbre o con arreglo a la equidad y sobre todo acudiendo a las pautas orientadoras que proporcionan las tarifas corporativas».

STS del 5 febrero 1983: «la falta de fijación de antemano del precio, en el contrato de prestación de servicios, obliga a su determinación pericial o con arreglo al uso y costumbre, razonamiento que en nada afecta a la facultad de su determinación, atribuida a la Sala y que ésta realiza aceptando como equitativos».

¹⁷² STS 22 de diciembre de 2000 y 23 de febrero de 2007.

¹⁷³ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *RdPat*, 2019, epígrafe RR-4.4.

¹⁷⁴ STS 24 de abril de 2008: «La función del juzgador en orden a la determinación del precio no fijado expresamente por las partes en un contrato de arrendamiento de servicios profesionales de la abogacía es una función interpretativa, dirigida al conocimiento de cuál ha sido la verdadera intención común, aunque no explicitada, de los contratantes sobre este elemento esencial del contrato referente al precio contractual».

¹⁷⁵ STS 7 de marzo de 2018.

fijación por jurisdiccional, atendiendo en este caso a las pautas que fija la jurisprudencia»¹⁷⁶. El posicionamiento del Supremo cuando hablamos de contrato incompleto por interminación del precio (*open price*) en los contratos de compraventa establece un enfoque rígido y clásico en cuanto a la necesidad imperiosa del objeto del contrato de ser determinado o como mínimo determinable, sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes¹⁷⁷, «pues la certeza del precio es requisito esencial a la propia naturaleza de los contratos»¹⁷⁸. Para el Tribunal Supremo, sin precio, el contrato no existe¹⁷⁹.

Siguiendo la línea marcada por el TS, la Sentencia del 25 de octubre de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y así con todas las sentencias, al resolver un caso sobre contrato de servicios de abogados con precio abierto, afirmando que, aunque la certeza o certidumbre del precio sea un requisito del contrato de servicios, su fijación puede tener lugar al inicio de la relación, en el curso de su ejecución o a la finalización del contrato¹⁸⁰. Dándose por válido el contrato que *a priori* no determinaba el precio de los honorarios de abogados. La sentencia en cuestión utiliza los PECL para afirmar que cuando no se haya fijado el precio o el medio para determinarlo se entiende que las partes han acordado un precio razonable, o sea, descarta la vía del precio de mercado en las mismas circunstancias que contemplan los principios de UNIDROIT y aplica directamente el precio razonable.

La gran mayoría de las Sentencias del TS relativas a la fijación del precio en los contratos de servicios, se refieren a prestaciones de servicios de abogados, y en este ámbito el TS asienta como doctrina reiteradamente que «aunque la existencia de un precio cierto sea elemento necesario para la validez del contrato de arrendamiento de servicios y, también, por ello, del contrato de arrendamientos de servicios profesionales por abogado, esta exigencia se cumple no solo cuando el precio se pactó, expresamente, sino, también, cuando es conocido por costumbre o uso frecuente en el lugar en que se prestan los servicios»¹⁸¹.

Por lo que se refiere al contrato de compraventa, el Tribunal Supremo español manifestó desde hace años en la Sentencia del 2 de noviembre de 1995 y sigue reiterando, como en las Sentencias del 22 de diciembre de 2000 y del 14 de diciembre de 2006¹⁸² que

¹⁷⁶ STS, Civil, 30 de abril de 2004.

¹⁷⁷ STS, 14 de junio de 1996.

¹⁷⁸ STS, 10 de febrero de 1992.

¹⁷⁹ STS, 10 de noviembre de 1988.

¹⁸⁰ STS 20 de noviembre de 2003.

¹⁸¹ STS, Civil, 19 de enero de 2005.

¹⁸² «Si bien no resulta preciso para la validez del contrato que el precio se fije cuantitativamente en el momento de su celebración, pues basta que pueda determinarse con

no es necesario que se fije el precio en el momento del contrato, pues cabe negociar con precios indicativos siempre que pueda concretarse conforme a las estipulaciones convenidas por los interesados. Sin embargo, no debe quedar en blanco, ni afectado de plena unilateralidad absoluta. Esta jurisprudencia, a nuestro entender, demuestra que el Tribunal Supremo prima por la conservación del contrato, pero no renuncia a la tradicional doctrina francesa sobre el objeto del contrato, donde sin precio no hay compraventa¹⁸³.

En esta línea, la SAP de Pontevedra de 30 de septiembre de 2011, entendió que la falta de un elemento esencial en el contrato de compraventa torna el contrato ineficaz. Al analizar un contrato de compraventa de un local comercial donde no había ninguna prueba que permitiese conocer el precio del contrato, expresó que «nunca llegó a alcanzarse un consentimiento común sobre su exacto importe», y mantuvo la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del contrato, condenando a la demandada a reinstaurar sus prestaciones. Para la Audiencia «falta el elemento esencial del precio cierto, lo que determina la ineficacia de la compraventa, pues sabido es que, en nuestro sistema, –a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos o en textos internacionales o proyectados–, no se admite el precio abierto o indeterminado»¹⁸⁴. En la fundamentación, para concluir, razona que «la razón de dicha restitución deriva de la falta de causa de una entrega procedente de un contrato incompleto, que por falta de un elemento esencial devino ineficaz».

Por otro lado, comienza a vislumbrarse la recepción de los instrumentos de modernización en los Tribunales españoles para resolver cuestiones relacionadas con el *open price* en la compraventa. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 8 de julio de 2011¹⁸⁵ no llama especialmente la atención. En el caso en

referencia puntual y concreta, conforme establece el artículo 1447, no debiendo por tanto quedar en blanco ni afectado de plena unilateralidad conforme al artículo 1449».

¹⁸³ BARRET, 2007, p. 4.

¹⁸⁴ SAP Pontevedra, Sección 1.^a, 30 de septiembre de 2011.

¹⁸⁵ Audiencia Provincial de Murcia de 8 de julio de 2011: «Realmente tal exigencia de que la determinación esté ligada a un criterio objetivo está en la línea marcada por los textos de derecho internacional en materia de compraventa, que establecen criterios de determinación residuales que hacen referencia a la posibilidad de determinación objetiva (así, tanto el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptado en Viena el 11 de abril de 1980 (RCL 1991, 229 y RCL 1996, 286), como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, incluyen normas de determinación residual del precio que se remiten a criterios objetivos como el precio de mercado, el precio generalmente cobrado, o el precio “razonable”. En la misma línea se pronuncian los textos jurídicos que reflejan los intentos de armonización en materia de derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Unión Europea, los Principios de Derecho Contractual Europeo –Principles of European Contract Law, PECL, con sus siglas en inglés– primero, publicados en el año 2000 y, basado en ellos el actual Marco Común de Referencia –Common Frame of Reference o CFR, con sus siglas en inglés, y más exactamente el borrador, *Draft*–). Aunque tales nor-

cuestión, la Audiencia Provincial analiza una compraventa mercantil donde la demandada alegaba que no se pactó el precio de la venta de limones, decidió que podía admitirse la formación del precio *per relationem* y que al quedar suficientemente acreditada la existencia del contrato, siendo la cuestión básica a resolver la determinación del precio de la compraventa pactado por las partes, valiéndose para ello de la Convención de Viena, como los Principios de UNIDROIT, los PECL y el DCFR y determina el precio de comercialización (precio de mercado).

Si por un lado es verdad que las sentencias españolas aún no se han pronunciado sobre el concepto del contrato incompleto en concreto, al menos no conforme se defiende en este trabajo, en varias ocasiones se ha analizado casos donde el contrato incompleto era el protagonista, por ello, concluimos que, es cuestión de tiempo que los Tribunales españoles se pronuncie sobre la posibilidad de incorporar los contratos incompletos, especialmente el artículo 2.1.14 de los Principios UNIDROIT, en el tráfico jurídico español.

VI.1 PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN ESPAÑA (PMCC)

La Comisión General de Codificación, afortunadamente, elaboró un texto de modernización de Código civil español, cual fue aceptado por el Ministerio de Justicia Español y de ello publicada en 2009 la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.

El cambio de paradigma en el Derecho privado contractual español empieza por la ausencia de un artículo similar al actual 1261, pues en materia de teoría general del contrato, la Propuesta prescinde¹⁸⁶ de los elementos clásicos –consentimiento, objeto y causa como elementos esenciales del contrato¹⁸⁷. Es cierto que mantiene la tradición de Pothier de la causa, en la que no hay contrato sin esta, o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral, y que exista consentimiento, pero sobre el objeto solamente menciona que deben estar suficientemente determinado su alcance

mas parten de un modelo distinto de contrato (*open contract*) y, sobre todo, están previstas para ordenamientos en los que existen criterios de determinación residual del precio, sin embargo, nuestro ordenamiento comparte la orientación en cuanto a tener en cuenta siempre un criterio objetivo».

¹⁸⁶ FERRÁNDIZ GABRIEL, *BMJ*, 2011, p. 4.

¹⁸⁷ Temas en los que los autores de las bases consideraron que se debían seguir los principios consagrados por las legislaciones modernas. Exposición de motivos de la PMCC.

y cumplimiento, abriendo de este modo la posibilidad de celebrar contratos incompletos.

Siguiendo la línea de los principios UNIDROIT, la PCMM establece en su artículo 1242¹⁸⁸ que el contrato es eficaz, aunque la partes hayan dejado algún término en blanco, pero añade que deben estar de acuerdo con los elementos esenciales¹⁸⁹. En este punto hay que reconocer que el término «estar de acuerdo» no significa establecer previamente y se podría interpretar más extensivamente. A nuestro juicio, es posible realizar una lectura del artículo 1242 PMCC a la luz de los textos en los que se inspira, como, por ejemplo, los Principios de UNIDROIT y reconocer la eficacia del contrato con términos abiertos, aunque este término sea sobre el objeto, desde que las partes «estén de acuerdo» con ello. Está claro que cabe un posicionamiento más restrictivo, es decir, las partes pueden dejar términos en blanco siempre y cuando no sean sobre el objeto, la causa y el consentimiento. Aquí dejamos la discusión para un momento posterior de la doctrina.

Por otra parte, entre otras novedades, la PMCC incluye un nuevo artículo 1277¹⁹⁰, sobre la determinación del precio, dando por válido el contrato, aunque las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación. En relación con la opción de la Comisión General de Codificación de comenzar el capítulo sobre el contenido de los contratos dejando claro que los contratos pueden tener un precio abierto, puede vislumbrarse como, a nuestro modesto entender, una primera aparición de la figura del contrato incompleto en nuestro país.

¹⁸⁸ Artículo 1242: No impedirá la perfección de un contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores.

¹⁸⁹ Para un estudio detallado de los elementos esenciales, véase: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 169-285; VALPUESTA FERNÁNDÉZ, 2001, pp. 230-248.

¹⁹⁰ Artículo 1277: 1. No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado. Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atenido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios. 2. Cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiere o no pudiere hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones. Si en la determinación del tercero hubiera una significativa falta de observancia de los criterios a los que hubiera debido atenerse, se estará a lo que los Tribunales decidan. 3. Cuando el precio u otra circunstancia del contrato hayan de ser determinados por referencia a un factor que al tiempo de la celebración del contrato hubiere dejado de existir o no fuere accesible a las partes, quedará sustituido por el equivalente o subsidiariamente por el que resulte más similar con las adaptaciones necesarias en este último caso.

Adoptar el contrato con precio abierto significa modificar profundamente nuestro sistema jurídico de referencia y dotar al juez de un poder interpretativo de la voluntad de las partes mucho más decisivo, puesto que deberá analizar el caso tanto en sus términos generales y en sus elementos subjetivos¹⁹¹. Por todo ello, es posible afirmar, siguiendo García Pérez, que «el objeto persiste como pilar estructural del contrato, pero su absoluta precisión deja de serlo»¹⁹².

VII. CONCLUSIONES

Si bien la categoría de los «contratos incompletos» no representa una novedad en la praxis contractual, sólo recientemente ha empezado a ser estudiada doctrinalmente. Este impulso es patente a partir de su entrada, al menos parcialmente, en los modernos instrumentos de armonización del derecho de contratos, en especial los Principios de UNIDROTI (sobre todo, en la última versión de 2016).

Esta realidad permite una reflexión sobre la posible función de esta categoría contractual como instrumento de gestión de riesgos contractuales a través de los denominados «vacíos» o «gaps» contractuales. Pese a las dificultades iniciales para atender a esta figura en los ordenamientos del *civil law*, en este trabajo se ha intentado demostrar que es posible cambiar el paradigma y considerar que, cuanto el «vacío contractual» es dejado deliberadamente por las partes contratantes, se trata de una forma eficiente de asignación del riesgo contractual. No existiendo reparos provenientes de la ley, la moral o el orden público la doctrina del contrato incompleto se muestra como expresión más de la autonomía de la voluntad. Nos encontramos ante una práctica acorde a los usos negociales y prácticas comerciales.

En los tiempos actuales, el propio instrumento contractual se utiliza, cada vez más, como un mecanismo jurídico que permite disciplinar los riesgos económicos previsibles y relativos a las operaciones negociales de trato sucesivo. En este contexto, la utilización o gestión de las lagunas contractuales por los propios contratantes se muestra como un recurso muy efectivo para la gestión de los riesgos, hasta el punto de que bajo el esquema de la «doctrina del inacabado contractual» el equilibrio de las partes puede medirse, redimensionarse o establecerse en función de una asignación

¹⁹¹ FERRANTE, *InDret*, 2010, p. 223.

¹⁹² GARCÍA PÉREZ, *ADC*, 2017, p. 1082.

eficiente. En otras palabras, el contrato incompleto como categoría permite se proporcione un marco adecuado a las partes contratantes para reflexionar o repensar los problemas que pueden acaecer o no en el futuro del contrato, sin necesidad de recurrir a los mecanismos tradicionales del Derecho contractual como las obligaciones condicionales o la interferencia en la eficacia de las obligaciones.

Entendemos, en consecuencia, una vez analizado el concepto de contrato incompleto, que la figura encuentra hoy en día cierta disciplina, aunque mínima, tanto en los Principios de UNIDROIT, como –pero en menor medida– en los Principios del Derecho Europeo de Contratos y el Borrador de Marco Común de Referencia de Derecho Privado.

En definitiva, la admisibilidad de la práctica de los contratos incompletos fomenta indudablemente el tráfico jurídico e incentiva las transacciones internacionales complejas, tendiendo como principales aliados el principio de conservación de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, si bien su recepción plena en los sistemas jurídicos continentales, requiere repensar la clásica doctrina de los elementos esenciales del contrato y en última instancia meditar sobre la necesidad de un cambio de paradigma de los sistemas de *civil law* en materia de formación de los contratos.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM, Jonh N. y BROWNWORD, Roger: *Understanding Contract Law*. 5 ed. Thomson, London, 2017.
- AGHION, Philippe y HOLDEN, Richard: «Incomplete Contracts and the Theory of the Firm: What Have We Learned over the Past 25 Years?» *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 25, n. 2, Spring 2011. pp. 181-197. Recuperado de www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.25.2.181.
- ALPA, Guido, BESSONE, Mario y ROPPO, Enzo: *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Jovene, Napoli, 1982.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ARAÚJO, Fernando: *Teoria econômica do contrato*. Almedina, Coimbra, 2007.
- AYRES, Ian y GERTNER, Robert: «Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre reglas supletorias», *Themis: Revista de Derecho*. n.º 47, 2003, pp. 95-222.
- BAKER, Scott y KRAWIEC, Kimberley: «Incomplete Contracts in a Complete Contract World», *Florida State University Law Review*, Vol 33, 2006, pp. 725-755.
- BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio: *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 17-29.
- BAR, et al. (eds.): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full edition, Oxford, 2010.

- BARRET, Olivier: «Vente (Structure)» en *Encyclopédie Dalloz*, Civil, X, Dalloz, París, 2007. p. 4
- BEALE, Hugh, BISHOP, W. D., FURMSTON, Michael P.: *Contract: cases y Materials*. 15 ed. Oxford University Press, Oxford. 2008, pp. 258-271.
- BEATSON, Jack, BURROWS, Andrew y CARTWRIGHT, John: *Anson's Law of Contract*. 30.ed Oxford University press, Oxford, 2016, pp. 64-73 y 696-714.
- BELLANTUONO, Giuseppe: *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Cedam, Padova, 2000.
- BESSONE, Mario: *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969.
- BETTI, Emilio: *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia: «Contenido y efectos de los contratos» en *Derecho europeo de los contratos*: libros II y IV del marco común de referencia. Tomo I Atelier, 2012, pp. 573-694.
- BONANNO SCHUNCK, Giuliana: *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*, Almedina, São Paulo, 2016.
- BONELL, Michael Joachim: *UNIDROIT Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the Principles Commercial Contracts*, Brill, Nueva York, 2006.
- BOSH CAPDEVILA, Esteve (dir): Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 183-207.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (coord): «Sentencias», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. I, 2009.
- CÁMARA ÁGUILA, Pilar «Comentario al artículo 1629» en *Comentarios al Código Civil* (4.^a ed.). Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
- CARIOTA FERRARA, Luigi: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., 1948.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*. Aranzadi, Navarra, 2017.
- CASTAÑO-MARTÍNEZ, María Soledad: «Análisis de la Teoría de los Contratos Completos e Incompletos», *Boletín económico de ICE*, n.^o 3083, 2017, pp. 63-76.
- CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias: *Le nouveau droit des obligations et des contrats*. 2 ed. Dalloz, París, 2018, pp. 346-359.
- COASE, Ronald: «The problem of social cost», *Journal of Law y Economics*, Vol. 3, 1960, pp. 1-44.
- CRESPO MORA, María Carmen: «La modernización del contrato de servicios en el Derecho español: Estudio de la propuesta de la Comisión General de Codificación» en *Estudios Jurídicos: Liber Amicorum en honor de Jorge Caffarena*, Colegio de Registradores, Madrid, 2017, pp. 263-291.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1997 (rep. fasc. 1985).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo: *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas, Madrid, 2010.
- DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas y Laithier Yves-Marie: *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. 2.^a ed. Lexis-Nexis, París, 2018, pp. 302-308.
- DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús. «El contrato: concepto y requisitos» en *Derecho civil Patrimonial I*, 3.ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 55-81.
- DÍEZ GARCÍA, Helena y GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Interpretación e integración del contrato» en *Tratado de contratos*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 897-1120.

- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «La cláusula rebus sic stantibus», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 26, 1996, pp. 669-686.
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Tomo I, 6 ed., Arazandi, Navarra, 2007.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistemas de Derecho civil*. Tomo I, Vol. II, 11 ed. Tecnos, Madrid, 2015.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, ROCA TRÍAS, Encarnación y MORALES MORENO, Antonio: *Los principios del derecho europeo de los contratos*. Civitas, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: «Artículo 1105» en *Código Civil Comentado*. Volumen III [Libro IV-De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)]. 2 ed., Civitas, Madrid, 2016.
- EIDENMÜLLER, Horst, et al: «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo: cuestiones valorativas y problemas legislativos», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. IV, 2009.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo» en *Bases de un derecho contractual europeo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 217-243.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos: «Compraventa internacional de mercaderías: la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías» en *Derecho del comercio internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 193-214.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Forma, objeto y causa/consideration» en *Derecho privado europeo*. Colex, Madrid, 2003, pp. 399-433.
- FARINA, Marco: «Integración del contrato incompleto en el ordenamiento italiano», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n. 29, 2015, pp. 113-139.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «La formación del contrato en la Propuesta para la Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV. N.º 2131, 2011, pp. 1-18.
- FERRANTE, Alfredo: «Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción del precio: ¿son compatibles en el Draft Common Frame Reference», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n 1/2010.
- *Open Price y compraventa*. Aranzadi, Navarra, 2013.
- FERRER VANRELL, María Pilar y MARTÍNEZ-CAÑELLAS, Anselmo: *Principios de Derecho contractual europeo y principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*. Dykinson, Madrid, 2009.
- FICI, Antonio: *Il contratto incompleto*. Giappichelli, Torino, 2005.
- FIORI, Roberto: «El problema del objeto del contrato en la tradición civil», *Revisita de Derecho Privado*, n.º 12-13, 2007, pp. 205-260.
- FORTHIER, Vicente: «Le raisonnable dans le contrat du commerce international», *Journal du Droit International*, v. 123, n.º 2, 1996, pp. 315-379.
- GABUARDI, Carlos: «Open Price Terms in the CISG, the UCC and Mexican Commercial Law», *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003* (pp. 23-25). United Kingdom: Kluwer Law International Publication.
- GALGANO, Francesco: *Corso Di Diritto Civile-II Contratto*. Cedam, Padova, 2007, pp. 166-181.
- GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor: «El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC)», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXX, 2017, fasc. III, 2017.

- GERGEN, Mark: «The Use of Open Terms in Contract», *Columbia Law Review*, v. 92, n. 5, 1992, pp. 997-1081.
- GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert: «Principles of Relational Contracts», *Virginia Law Review*. V. 67, n. 6, 1981, pp. 1089-1150.
- GÓMEZ, Fernando y GANUZA, Juan José: «La teoría económica del contrato recibe el Nobel», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 4/2016.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 1/2010.
- GRECO-BANDERA, PAULA: «Os contratos incompletos e a soft law», *Revista dos Tribunais*. Año 105, V. 966, 2016, pp.145-166.
- GROSSMAN, Sanford y HART, Oliver: «The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration», *Journal of Political Economy*, 1986, Vol. 94, n. 4, pp. 691-719.
- GUERINONI, Ezio: *Incompletezza e completamento del contratto*. Giuffrè, Milán, 2007.
- HART, Oliver y MOORE, John: «Incomplete Contracts and Renegotiation», *Econometrica*, Vol. 56, n. 4, 1988, pp. 755-785.
- «Property Rights and the Nature of the Firm», *Journal of Political Economy*, Vol. 98, n.º 6, 1990, pp. 1119-1158.
- HART, Oliver, SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Robert W.: «The Proper Scope of Government: Theory and an application to prisons», *Quarterly Journal of Economics*. Volumen 112, n. 4, 1996, pp. 1126-1161.
- HOLMSTRÖM, Bengt: «Managerial Incentive Problems: A Dynamic Perspective», *Review of Economic Studies* (1982), p. 169.
- HORNERO MENDES et al (ed.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*. Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 55-88.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES-VISCASILLAS, Pilar: *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Ed. Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 2003, pp. 141 y ss.
- INFANTE RUIZ, Francisco: *La responsabilidad por daños: Nexo de causalidad y «causas hipotéticas»*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 51-91.
- *Contrato y término esencial*. La Ley, Madrid, 2008.
- «Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n.º 2/2008.
- INFANTE RUIZ, Francisco y OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n.º 3/2009.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «La libertad contractual», *Revista de Derecho Privado*. Vol. 56, n.º 9, 1972, pp. 871-894.
- LANDO, Ole (ed.): *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International. La Haya, 2000, pp. 1-93.
- LANDO, Ole y BEALE, Hugh: *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Combined and Revised, Kluwer Law International, The Netherlands, 2000.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel y INFANTE RUIZ, Francisco: «Los fundamentos actuales del Derecho de obligaciones y contratos» en *Derecho civil Patrimonial I*. 3 ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 25-53.
- LUNA YERGA, Álvaro y XIOL BARDAJÍ, María: «Rebus sic stantibus: ¿un paso hacia atrás?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2/2015.

- MACNEIL, Ian R.: «Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law», *Northwestern University Law Review*. V. 72, n. 6, 1978, pp. 854-905.
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel: «Requisitos de validez del contrato en el Derecho Uniforme», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año n.º 84, n.º 708, 2008, pp. 1741-1782.
- MARCHAL ESCALONA, Nuria: «La determinación del precio en los contratos internacionales» en: Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional. Aranzadi, Navarra, 3 ed., 2016, epígrafe 34.
- MARCO MOLINA, Juana: «El proceso de formación o conclusión del contrato», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3/2015.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Requisitos Esenciales Del Contrato» en *Tratado de Contratos. Tomo I*, 2 ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013, pp. 659-667.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «El concepto de contrato y su formación en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Actualidad civil*, n.º 5, 2013.
- MIQUEL-SALA, Rosa: «El derecho contractual alemán» en *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional. Tomo I*. Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 285-311.
- MORALES MORENO, Antonio: *El error en los contratos*. Ceura, Madrid, 1988.
- Claves de la armonización del Derecho de Contratos» en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado: Estudios en Conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, Derecho Patrimonial, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 331.
- MORÁN BOVIO, David: *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2003.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: *Compraventa Internacional de Mercaderías* (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.: *La Moderna Configuración de la Cláusula «Rebus Sic Stantibus»: (tratamiento Jurisprudencial y Doctrinal de La Figura)* Civitas, Madrid, 2013.
- OVIEDO ALBÁN, Jorge: «Los principios Unidroit para los contratos internacionales», *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, año 16, n.º 11, 2002, pp. 96-125.
- PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves: «La determinación del precio: fijación unilateral por una de las partes del contrato de compraventa» en *Nuevas perspectivas del derecho contractual*. Bosch, Barcelona, 2012, pp. 551-561.
- PEEL, Guenter: *Treitel: The Law of Contract*. 14 Ed. Thomson Reuters, London, 2015.
- PERALES-VISCASILLAS, Pilar: «El derecho uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)», *Revista de Derecho Mercantil*, número 223, 1997, pp. 221-297.
- «Los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales» en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 183-207.
- PÉREZ-VELÁZQUEZ, Juan Pablo: *El proceso de modernización del derecho contractual europeo*. Dykinson, Madrid, 2014.
- PEZ, Thomas: *Le risque dans les contrats administratifs*. LGDJ, Paris, 2013.
- PINHEIRO, Armando Castellar y SADDI, Jairo: *Direito, economía e mercados*. Elsevier, Rio de Janeiro, 2005, pp. 117-235.
- PIRAS, Salvatore: *Osservazioni in materia di teoria generale del contratto. I. la struttura*, Milano, 1952, p. 75.

- POLINSKY, A. Mitchell: «Fixed Price Versus Spot Price Contracts: A Study in Risk Allocation», *The Journal of Law, Economics, y Organization*. V. 3 (1), 1987, pp. 27-46.
- POTHIER, Robert Joseph: *Traité des obligations, de la prestations des fautes*, Volume 2, Paris, 1848.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Resolución por alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato» en *Tratado de contratos, tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1374-1379.
- RODRÍGUEZ MÓRATA, Federico A.: «Comentario al artículo 1449» en *Comentarios al Código Civil* (4.^a ed.). Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
- ROGEL VIDÉ, Carlos: *El precio en la compraventa y su determinación*, Reus, Madrid, 2013.
- SALVADOR-CODERCH, Pablo: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 4/2009. pp. 1-49.
- SAN JUAN CRUCELÀEGUI, Javier y RUIZ PIÑERO, Fernando Luis: *Contrato de compraventa internacional de mercaderías: Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*. 7 ed., Civitas, Madrid, 2005.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Comentario al artículo 1091» en *Comentarios al Código Civil* (4.^a ed.). Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
- «Comentario al artículo 1096» en *Comentarios al Código Civil* (4.^a ed.). Editorial Aranzadi, Navarra, 2013.
- SCHWARTZ, Kenneth: «Open Price contracts and specific performance under the UN Sales Convention and the U. C. C.», *Miami International and Comparative Law Review*, 2015.
- SCOTT, Robert E. y LESLIE, Douglas L.: *Contract Law and Theory*. The Michie Co., 2 ed, 1993.
- SEGAL, Ilya: «Complexity and renegotiation: A foundation for incomplete contracts». *The Review of Economic Studies*, vol. 66, n.^o 1, 1999, pp. 57-82.
- SERRANO MOYA, Edgard David: «Contratos incompletos», *Summa Iuris*, vol. 2, n.^o 1. 2014, pp. 155-170.
- SHULTE-NOLKE, Hans: «Commentario al art. 5 (Reasonableness)» en *Common European Sales Law (CESL) Commentary*. Baden-Baden, München, Portland, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2012, pp. 97-102
- SPIER, Kathryn E: «Incomplete Contracts and Signaling», *The Rand Journal of Economics*, Vol 23, 1992, pp. 432-443. Recuperado de: <https://dash.harvard.edu/handle/1/10611780>.
- TORRELLES-TORREA, Esther: «El criterio de la razonabilidad: un elemento requiriador del contrato» en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Dykinson, Madrid, 2017, pp. 175-196.
- TORRES GARCÍA, Teodora: «La autonomía privada: luces y sombras» en *Derecho de obligaciones y contratos*. Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 63-96.
- VALENTINO, Daniela: «Il contratto “incompleto”», *Rivista Di Diritto Privato*. vol. 3, 2008, pp. 509-545.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: «Artículo 1271» en *Código Civil Comentado*. Volumen III [Libro IV-De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)]. 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2016.
- «Artículo 1261» en *Código Civil Comentado*. Volumen III [Libro IV-De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)]. 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2016.

- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario y VERDERA SERVER, Rafael (dir.), *Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- VAQUER-ALOY, Antoni (dir), «El Marco Común de Referencia» en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239-265.
- VAQUERO-LÓPEZ, Carmen: «Autonomía de la voluntad y normas imperativas», en *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional*. Aranzadi, Navarra. 2013, pp. 893-934.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «El «vaivén» de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula «rebus sic stantibus», *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 4, 2015, pp. 65-94.
- «La determinación del precio en el contrato de servicios», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n.º 48, 2019, pp. RR-4.1-4.11
- ZIMMERMANN, Reinhard: *Derecho Privado Europeo*. Astrea, Buenos Aires, 2017.
- ZYLBERSZTAJN, Decio: «A organização ética: um ensaio sobre as relações entre ambiente económico e o comportamento das organizações», *Revista de Administração Contemporânea*. V. 6, n.º 2, ISSN 1415- 6555, 2002, pp. 123-143.

TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunales españoles

Tribunal, Sala, fecha	Ar.	Magistrado ponente	Partes
STS, Civil, 5 de febrero de 1983.	RJ 860.	Rafael Casares Córdoba.	I.N.P c. D. Florián R. N.
STS, Civil, 4 de julio de 1984.	RJ 3797.	Jaime de Castro García.	D. Juan J. C. C. y D. Diego M. M c. Casa C., S. A.
STS, Civil, 10 de noviembre de 1988.	RJ 8427.	Eduardo Fernández-Cid de Temes.	D. Eulogio G. D. c. D. Félix S. M.
STS, Civil, 16 de octubre de 1989.	RJ 6927.	Pedro González Poveda.	Naviera Aznar, S. A. c. Banco Hipotecario de España, S. A.
STS, Civil, 23 de abril de 1991.	RJ 3023.	Pedro González Poveda.	D. Félix A. A. c. Cooperativa de Viviendas Virgen del Pilar.
STS, Civil, 10 de febrero de 1992.	RJ 1200.	Alfonso Villagómez Rodil.	Villa Rosa, S. A. c. D. Carlos L. M. y D.ª María Isabel C. P.
STS, Civil, 19 de noviembre de 1994.	RJ 8539.	Jaime Santos Briz.	Electra Aduriz, S. A. c. Hidroeléctrica Ibérica Iberduero.

Tribunal, Sala, fecha	Ar.	Magistrado ponente	Partes
STS, Civil, 02 de noviembre de 1995.	RJ 8073.	Alfonso Villagómez Rodil.	Unión Latina, SA <i>c.</i> Don Juan G. L. y D. ^a Rosa B. M.
STS, Civil, 29 de enero de 1996.	RJ 737.	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.	D. ^a Vicenta, don Manuel F. M. G. y otros <i>c.</i> Paraíso Films Producciones SA.
STS, Civil, 14 de junio de 1996.	RJ 4772.	Antonio Gullón Balles-teros.	D. José B. R. y otros <i>c.</i> Banco Comercial Español.
STS, Civil, 28 de enero de 1998.	RJ 357.	Xavier O'Callaghan Muñoz.	La Vasco Navarra, SA, <i>c.</i> D. Francisco de Asís A. A.
STS, Civil, 22 de diciembre de 2000.	RJ 10135.	Pedro González Poveda.	D. Rosendo P. G. y D. ^a María del Carmen P. G <i>c.</i> D. ^a María José M. H.
STS, Civil, 08 de marzo de 2002.	RJ 1914.	Clemente Auger Liñán.	D. Francisco A. C. <i>c.</i> D. ^a Sofía C. M.
STS, Civil, 20 de noviembre de 2003.	RJ 8081.	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.	Bami, SA, Inmobiliaria de Construcciones y Terrenos <i>c.</i> D. Cornelio y D. ^a Rosa.
STS, Civil, 12 de noviembre 2004.	RJ 6900.	Pedro González Poveda.	D. Gustavo y D. ^a Verónica <i>c.</i> D. Domingo.
STS, Civil, 30 de abril de 2004.	RJ 1677.	Jesús Corbal Fernández.	D. ^a Margarita <i>c.</i> D. Juan Alberto.
STS, Civil, 19 de enero de 2005.	RJ 518.	Clemente Auger Liñán.	Montero-Aramburu y Asociados S. C. P <i>c.</i> Grupo Cruzcampo S. A.
STS, Civil, 14 de diciembre de 2006.	RJ 9106.	Alfonso Villagómez Rodil.	Smith and Peterson, SL, <i>c.</i> D. Ángel Jesús y D. ^a Marcelina.
STS, Civil, 23 de febrero de 2007.	RJ 1475.	Jesús Corbal Fernández.	D. Alfredo y D. ^a Flor <i>c.</i> Berriaga, SA.
STS, Civil, 1 de marzo de 2007.	RJ 1618.	Vicente Luis Montes Penades.	Tabladilla, S. L <i>c.</i> Antares Andalucía, S. A.
STS, Civil, 24 de abril de 2008.	RJ 2679.	José Antonio Seijas Quintana.	Banco Europeo de Finanzas, SA, <i>c.</i> Bufete José M. ^a Armero y Cía. S. R. C.

Tribunal, Sala, fecha	Ar.	Magistrado ponente	Partes
STS, Contencioso, 18 de diciembre de 2008.	RJ 2009/240.	Bandrés Sánchez-Cruzat.	Telefónica Móviles España, SA, c. Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de información. D. Rubén, D. Silvio, D. Valentín, D. Jose Enrique y D. Jose Manuel c. D. Narciso y D. Abilio.
STS, 21 de mayo de 2009.	RJ 3187.	Francisco Marín Castán.	Frugima, S. A. T. c. Egamur, S. L.
SAP Murcia, Civil, Sección 4. ^a , 8 de julio de 2011.	JUR 318920.	María Carmen Plana Arnaldos.	
SAP Pontevedra, Sección 1. ^a , 30 de septiembre de 2011.	JUR 357378.	Jacinto José Pérez Benítez.	D. Héctor, Landelino y Lorenzo c. Clima Estrada S. L.
STS, Civil, 18 de enero de 2013.	RJ 1604.	José Ramón Ferrández Gabriel.	D. ^a y D. Isidro c. «Hogar y Jardín SAL.
TSJ Navarra, de 25 de octubre de 2013.	RJ 1561.	Francisco Javier Fernández Urzainqui.	D. Adriano y de Héctor Nagore S. L c. «MDV 95 D. L.».
STS, Civil, 07 de marzo de 2018.	RJ 72702.	Francisco Javier Arroyo Fiestas.	D. Alejandro c. D. Jesús Carlos.

Tribunales extranjeros

País	Referencia
Brasil.	Superior Tribunal de Justiça do Brasil. AREsp n. ^o 961865 MG 2016 /0203844-6. Ponente: Marco Buzzi. DJ 02/03/2018.
Brasil.	Superior Tribunal de Justiça do Brasil. AREsp n. ^o 1244217 ES 2011/0050344-6. Ponente: Raul Araújo. DJ 25/09/2017.
Colombia.	Corte Suprema de Justicia. Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01. 21/02/12. Ponente: William Namén Vargas.
Francia.	Société Cie Française de téléphone Confratel c/. Société Bechtel France. Cour de cassation -. Assemblée plénière. Audience publique du vendredi 1 décembre 1995. N. ^o de pourvoi: 91-15999.

País	Referencia
Francia.	SNC Le Montparnasse c/sté GST-Alcatel. Bretagne Cour de cassation - Assemblée plénier. Audience publique du vendredi 1 décembre 1995. N.º de pourvoi: 93-13688.
Francia.	SA Cie Atlantique de téléphone c/SA Sumaco. Cour de cassation - Assemblée plénier Audience. Publique du vendredi 1/12/1995. Pourvoi: 91-15578.

BIBLIOGRAFÍA

Libros *

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

BECH SERRAT, Josep: *El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 408 pp.

El Profesor Bech Serrat aborda en esta monografía un tema complejo del Derecho Patrimonial, presentando el estado doctrinal y jurisprudencial actual sobre la materia, y ofreciendo a continuación una construcción coherente de lo que debe ser el enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato, preocupándose, primero, de separar conceptualmente la figura de otras con las que resultaría fácil confundirlas, y luego, deteniéndose en todos y cada uno de los elementos definidores de este tipo de enriquecimiento, que darían lugar a la restitución correspondiente.

El manejo del Profesor Bech tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, aportan a la obra (y demuestran del autor) un bagaje y un marco de trabajo que aseguran el rigor y el interés de las afirmaciones que el autor sostiene. Seguramente detrás de esto está la razón por la que las conclusiones que el Profesor Bech presenta a lo largo de su monografía vayan surgiendo con total naturalidad, e incluso al lector poco familiarizado con la materia le puedan parecer sencillas u obvias conclusiones que, en realidad, nada tienen ni de lo uno ni de lo otro.

En la primera parte del estudio, Bech ofrece una interesante presentación del estado de la cuestión, tanto doctrinal como jurisprudencial, en el ámbito español y en el comparado. En ella, parte de la posibilidad de construir un sistema de enriquecimiento injustificado conceptualmente independiente (aunque en la práctica no excluyente) del cuasicontrato del cobro de lo indebido, y de los efectos restitutorios que el Código dispone en sede de nulidad/anulabilidad del contrato. Dos son las ideas fundamentales en torno a las que gira este planteamiento, y de los que, en buen parte, derivan las demás ideas que sirven al autor para articular el esquema lógico de su construcción: en primer lugar, la necesidad de hacer girar las pretensiones por enriquecimiento injusto sobre la idea del «enriquecimiento fáctico» por el valor que le reclamado recibe a través del reclamante; y en segundo lugar, la necesidad de independizar el enriquecimiento que haya de ser objeto de la pretensión, de cualquier

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

idea de error en el reclamante, o de la pretendida función solutoria que pudiera estar presente en la conducta del mismo. De aquí se derivan otras consecuencias, como son la posibilidad de articular una pretensión *ad hoc* de enriquecimiento injusto que no necesita ser analizada *de lege ferenda* desde el sistema causalista de transmisión de la propiedad (que tantos problemas ha supuesto, al menos, desde el conocido trabajo de Núñez Lagos del año 1934); o la independencia de la acción de enriquecimiento de las acciones de nulidad o anulabilidad, de manera que éstas pueden ejercitarse por separado, o acumularse con la restitutoria del enriquecimiento.

Con más detalle, a la hora de analizar la *condictio indebiti* como base sobre la que construir la categoría de enriquecimiento injustificado en el marco contractual, no puede obviarse que la regulación del cobro/pago de lo indebido como fuente *cuaasicontactual* de obligaciones, parte del mismo esquema principal sobre el que se construye lo que podríamos llamar «teoría general de las obligaciones»: la relación obligatoria en sí misma, como vínculo entre deudor y acreedor, o lo que es igual, la relación jurídica en su concepción unilateral. La traslación del esquema del cobro de lo indebido, como base de la restitución de enriquecimientos producido en el marco de una relación bilateral (onerosas) que es el supuesto común, no puede hacerse sino con unos correctivos que, en realidad, aconsejan adoptar otro punto de partida para la elaboración de una propuesta regulativa de la cuestión. Lo demuestra, por ejemplo, la remisión que el artículo 1898 hace a las reglas de la posesión en cuanto a la liquidación de las mejoras y gastos, lo que, en palabras de Bech, son reglas «muy poco apropiadas para dar respuesta a la transmisión de valor producido en un contexto contractual».

En este sentido, el análisis del Derecho comparado que el Profesor Bech realiza, resulta, no sólo en general muy conveniente, sino en particular pone de relieve la insuficiencia conceptual de la *condictio indebiti* como referente conceptual del enriquecimiento injustificado en el ámbito contractual, al menos en un doble aspecto: 1) en los contratos sinalagmáticos, el *accipiens* puede considerarse tan causante del enriquecimiento como el *solvens*; y 2) en la mayoría de las ocasiones, no tiene sentido aplicar la idea de buena o mala fe, que se emplea en la *condictio indebiti* como elemento modulador de la posición jurídica del *accipiens*, en el que recibe una prestación en el marco de un contrato que luego se declara nulo, o que se resuelve por incumplimiento.

El análisis que en nuestro Derecho se ha hecho del enriquecimiento injustificado en el ámbito contractual ha estado condicionado, en opinión de Bech, por dos factores:

1) En primer lugar, los trabajos codificadores y particularmente la influencia que ejercieron las ideas de García Goyena a la hora de articular las consecuencias restitutorias a lo largo del todo el texto codificado, a veces en las *condiciones* ya conocidas y tipificadas en el Derecho previo (como sucede al regular la *restitutio in integrum* en el caso de contratos celebrados con menores), y otras veces en el pretendido principio (*regula iuris*) conforme a la cual es injusto enriquecerse a costa de otro. Esta circunstancia pone de manifiesto la escasa atención que el Codificador, al aceptar este planteamiento, prestó a la construcción conceptual del enriquecimiento injusto como institución *ad hoc* sobre la que fundamentar pretensiones restitutorias específicas.

2) En segundo lugar, las tesis doctrinales que pretendieron fundamentar en el artículo 1901 del Código Civil una *condictio sine causa generalis*, sobre la cuestionable base de que la segunda parte del precepto consagra la obliga-

ción restitutoria en todo caso de aquel que no puede probar el título por el que retiene, cuando en realidad esta obligación restitutoria no tiene su principal argumento en la falta de prueba del demandado de restitución de su causa retentiva, sino en la prueba positiva por el demandante del error con que hizo la atribución. La prueba del demandado de que retiene con causa, no se dirige más que a eliminar el error como elemento constitutivo de la *condictio indebiti*, y no es suficiente en términos argumentativos para encontrar en el precepto una hipotética *condictio sine causa generalis*.

Curiosamente, como nos hace ver el autor, esto ha provocado que el armazón lógico argumental del enriquecimiento injustificado haya salido del artículo 1901 del Código Civil, para ocupar toda la regulación del cuasicontrato del cobro de lo indebido (incluido el art. 1901), lo que seguramente ha conducido a confundir la parte con el todo, y lo que en opinión de Bech es aún peor, estudiar el todo (enriquecimiento injustificado) a través de la parte (pago de lo indebido), confusión que se hace especialmente patente cuando el autor analiza el requisito del error exigido en el artículo 1895 del Código Civil como elemento del cobro de lo indebido, pero la práctica jurisprudencial obvia cuando aplica los artículos 1895 y siguientes en clave de «enriquecimiento injusto».

Esto conduce al autor a proponer «la plena autonomía de la acción de enriquecimiento», y a rechazar «englobar la figura dentro de los cuasicontratos en general, o al cobro de lo indebido en particular». El cobro de lo indebido debe seguir cumpliendo su función como mecanismo recuperatorio que debe ponerse al servicio de aquel que realiza por error un pago, con el fin de recuperar ese pago; la acción de enriquecimiento distinta y acumulable a la acción por pago/cobro indebido, tiene un objeto distinto: la transmisión de *un valor*, que es distinto (aunque no excluyente) de la recuperación de lo que fue objeto del pago erróneo. Como Bech señalará más adelante en una parte posterior de su trabajo, «[e]l sujeto reclamado se enriquecerá no simplemente porque ha recibido dinero, bienes o servicios, sino porque ha recibido su valor. Será la transmisión de un valor lo que permitirá en su caso reclamar una restitución por enriquecimiento», de modo que todo enriquecimiento fáctico puede explicarse como el ahorro del gasto en que, en términos objetivos y de mercado, hubiese tenido que incurrir el reclamado para obtener lo que realmente recibió.

Junto con la necesaria independencia conceptual del cobro de lo indebido, Bech defiende también la misma independencia respecto de la nulidad/anulabilidad contractual y de las reglas restitutorias allí previstas. Esto conlleva a su vez la posibilidad de construir una acción *ad hoc* por enriquecimiento injusto cuyo objeto y finalidad es eliminar el enriquecimiento fáctico, de hecho, verdaderamente recibido por el valor adquirido, y no reponer a los contratantes a la situación previa a la celebración del contrato nulo o anulado por la inexistencia sobrevenida de causa transmisiva. Esto tiene interesantes consecuencias de orden procesal: el enriquecimiento, por sí mismo, debe poder constituir objeto procesal autónomo, por bien que éste se haya producido como consecuencia de un contrato nulo o anulable, sin necesidad de ejercitarse la acción declarativa o constitutiva de nulidad como presupuesto restitutorio, y sin que (así parece desprenderse de las palabras de Bech en página 144), por tanto, una eventual desestimación de una previa acción de nulidad o de anulación, impida el posterior ejercicio de la acción de enriquecimiento.

El Profesor Bech, una vez ha encontrado el espacio que debe ocupar, atendido a su función, el enriquecimiento injustificado en el marco de los contratos, y en especial, lo ha independizado del pago de lo indebido y del

régimen de las nulidades contractuales, pasa a analizar los elementos constitutivos de la pretensión restitutoria por enriquecimiento.

En primer lugar, y como elemento principal y definidor de la pretensión restitutoria, debe haberse producido un *enriquecimiento*, entendido éste, como ya hemos tenido ocasión de mencionar, como enriquecimiento *fáctico*, esto es, la obtención de una mejora patrimonial que, en términos objetivos de mercado, hubiese supuesto al enriquecido un desembolso que, sin embargo, no ha tenido que realizar habida cuenta de la actuación del demandante. Este punto de partida evita considerar necesariamente el enriquecimiento como una *adquisición* por parte del reclamado, y alejarse así de la *condictio indebiti* como modelo de articulación de la acción de enriquecimiento; y evita concebir la acción de enriquecimiento como subsidiaria de la *condictio indebiti*, o de la reivindicatoria, con las que son, eso sí, acumulables.

Continúa el Profesor Bech su construcción afirmando que el enriquecimiento que es objeto de la acción no ha de ser el reflejo de un correlativo empobrecimiento del demandante (en contraste con lo que habitualmente sostiene la doctrina, por influencia de la *condictio indebiti*), ni en cuanto a la necesidad causal (que el enriquecimiento sea consecuencia de un empobrecimiento), ni a la existencia siquiera del empobrecimiento en el demandante, puesto que la acción debe dirigirse a conjurar el enriquecimiento, no el empobrecimiento. En este sentido, el autor propone como criterios para identificar el origen del enriquecimiento (y con ello, la legitimación pasiva de la acción) en el marco del contrato a la luz de dos indicadores, referidos ambos al sujeto reclamado que equilibran bien el libre consentimiento y la autonomía privada: 1) cuando el enriquecimiento ha sido obtenido a solicitud del enriquecido, o a través de una conducta del demandante que el demandado hubiera podido fácilmente evitar o excluir; y 2) cuando el enriquecimiento ha sido obtenido desde el demandante, por apropiación del valor por el demandado (supuesto éste en cuya órbita se incardinan los supuestos de cobro por parte de las entidades bancarias de intereses remuneratorios cuya cuantía viene fijada en términos mínimos por cláusulas suelo nulas por faltas de transparencia). Estos indicadores son aplicables tanto a las hipótesis de enriquecimiento directo como indirecto (esto es, cuando el sujeto reclamado no ha tenido relación contractual con el reclamante): si el reclamado no solicitó, ni impuso, ni se apropió del valor dado por el reclamante, no tendrá acción directa frente al reclamado por causa de enriquecimiento: la ausencia de estos requisitos, en definitiva, impide que pueda establecerse la relación jurídica restitutoria.

Explicado qué haya de entenderse por enriquecimiento, el Profesor Bech se centra en el carácter *injustificado* del enriquecimiento que la acción pretende eliminar, y en contraste con el requisito anterior, el carácter «*injustificado*» exige centrar la atención en el sujeto «reclamante», afirmando que el enriquecimiento que experimenta el reclamado será «*injustificado*» cuando el reclamante vea frustrado el propósito que perseguía en el momento de transmitir el valor [propósito que, lógicamente, no se trata de los meros «motivos» impulsivos de la prestación, sino «en unos términos que son relevantes para el Ordenamiento Jurídico» (p. 234)], prescindiéndose así, por tanto, del requisito del error en el demandante, origen del valor transmitido; pero prescindiéndose también de un hipotético juicio de valor que merezca la actuación de los demandantes/demandados (ilicitud de sus actos), lo que ha de ser irrelevante para apreciar la restitución por enriquecimiento, sin perju-

cio de que esa valoración pueda ser en su caso constitutiva de pretensiones que serán acumulables a la restitución del enriquecimiento.

A partir de la idea anterior, el Profesor Bech llega a importantes conclusiones, fundamentales en su construcción: 1) la total independencia funcional de la acción de enriquecimiento respecto del carácter sobrevenido o genético de la ineffectividad contractual (de modo que es igualmente aplicable, ya se trate de liquidar un contrato incumplido o un contrato nulo); y 2) se refuerza la idea que ya había expresado antes, consistente en la independencia de la acción de nulidad/anulación y la restitutoria del enriquecimiento: para ésta basta que el fin perseguido por el reclamante se haya frustrado, independientemente de que se obtenga la anulación del contrato/desaparición del título justificativo causal de las prestaciones previstas o ejecutadas. Ahora bien: la independencia de la acción de enriquecimiento respecto de la nulidad/anulación no puede llevar a afirmar que aún cabe la acción de enriquecimiento cuando el reclamante de enriquecimiento ha confirmado el contrato cuya anulación sólo él podía exigir, puesto que ello es incompatible con sostener que se ha frustrado para el reclamante el fin que perseguía con la transmisión del valor (lo que es radicalmente distinto a exigir como presupuesto de la acción de enriquecimiento, la anulación efectiva del contrato anulable).

En cuanto a la forma en que opera la «restitución» del enriquecimiento, y la medida (*quantum*) del mismo, el autor llega a interesantes conclusiones:

1) La restitución *in natura*, en cuanto sea posible, ha de ser la forma restitutoria preferente. Pero debe evitarse cualquier consideración jurídico – real de la pretensión restitutoria de la acción de enriquecimiento como tal, al margen de que la pueda tener la acción a al que, en su caso, pueda complementar (v. gr., acción de nulidad).

2) Que la prestación recibida no sea restituible *in natura* no impide que pueda hablarse de enriquecimiento restituible en la medida en que el reclamado haya obtenido una prestación evaluable en términos de mercado, que permita apreciar la medida del ahorro de gasto que el reclamado ha experimentado. De esta forma son «restituibles» el valor de uso de los bienes, la liberación de una obligación, o los servicios puros.

3) Debe descartarse en cualquier caso el doble límite que tradicionalmente se ha venido defendiendo, para calcular el *quantum* restitutorio por enriquecimiento en el marco de un contrato (esto es, el menor de los valores entre el enriquecimiento obtenido por el demandado y el empobrecimiento sufrido por el demandante). La nulidad restitutoria debe ser el valor recibido por el demandado, en términos de mercado (ahorro), o quizás mejor, en los términos de la comutatividad del contrato, puesto que el remedio restitutorio no puede emplearse para neutralizar la comutatividad aceptada por los contratantes en aquel exceso que hay que restituir.

4) La buena o mala fe del reclamado debe ser un elemento que, a lo sumo, module su posición jurídica, pero no deben considerarse como elementos constitutivos o impedidores de la pretensión (sin perjuicio de que la buena fe pueda activar, en su caso, un supuesto de adquisición *a non dominio*), y nunca, desde luego, para entender que la restitución que deba el enriquecido deba ser mayor por el solo hecho de su mala fe.

Finaliza el Profesor Bech su estudio abordando el fenómeno del «desenriquecimiento» como supuesto extintivo de la pretensión restitutoria. En forma coherente con la idea de enriquecimiento fáctico que el autor maneja a lo largo de la obra, considera preciso que el enriquecimiento cuya restitución

se pretende por el reclamante siga presente en el reclamado al tiempo de la reclamación. A tal fin, es irrelevante que lo obtenido por el reclamado exista aún en su patrimonio, sino que el enriquecimiento sea identificable, aunque ahora, desde un punto de vista contable en el patrimonio del reclamado se haya utilizado, por ejemplo, para saldar deudas, o adquirir bienes distintos. Pero esto no significa que la medida del enriquecimiento restituible deba realizarse mediante el expediente comparativo de las situaciones patrimoniales del reclamado antes del enriquecimiento y después: como apunta Bech, «si el consumo, gasto o disposición se hubiese realizado en todo caso, no operará el cambio de posición y, por tanto, tal consumo, gasto o disposición no actuará como causa del desenriquecimiento. De ahí que no sea suficiente que el sujeto reclamado pruebe que ha dispuesto del enriquecimiento» (página 373).

El desenriquecimiento debe impedir la consecuencia restitutoria en los casos en que el reclamado sea de buena fe, incluso cuando el desenriquecimiento se haya producido después de la reclamación, pero antes de que haya transcurrido un plazo razonable para que el reclamado atienda a la restitución.

Termina el autor su monografía con una relación bibliográfica y jurisprudencial, que pone de manifiesto un esfuerzo investigador, que ha dado como resultado una obra que, por su facilidad de lectura, por el rigor teórico que contiene, y por su aplicación práctica, merece estar en la biblioteca de cualquier estudioso del Derecho.

Ángel JUÁREZ TORREJÓN
Profesor Ayudante Doctor
Universidad Carlos III de Madrid

FERNÁNDEZ CABANAS, Juan José: *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios. El régimen de los artículos 1907 y 1909 del Código Civil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 476 pp.

I. El libro de Juan José Fernández Cabanas tiene su origen en la tesis doctoral que, con el mismo título, defendió en febrero de 2019, en la Universidad de Almería. Esta génesis define la estructura y sistemática del libro, con un primer capítulo dedicado a los antecedentes históricos y legislativos de la responsabilidad por ruina de edificio, y un apartado final que sintetiza las principales conclusiones del estudio. Del mismo modo, explica que la exposición de muchas cuestiones se estructure a partir de divisiones tales como, «posición doctrinal», «posición jurisprudencial» y «nuestra posición»; o bien «posición doctrinal mayoritaria», «posición doctrinal minoritaria» y «nuestra opinión». En el trabajo, Juan José Fernández Cabanas realiza un loable esfuerzo para intentar ofrecer, *de lege lata*, una interpretación coherente y sistemática de los artículos 1907 y 1909 CC, cuyos textos no resultan fáciles de acomodar. Este esfuerzo lleva al autor a proponer definiciones –a veces alternativas y otras complementarias– a las que vienen ofreciendo la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, sobre conceptos tales como «edificio», «ruina», «plazo legal» o «defecto de construcción». En ocasiones, el resultado resulta plausible. En otras, la interpretación propuesta se antoja algo forzada, y uno se pregunta si, más que *de lege lata*, una propuesta *de lege ferenda* permitiría al autor superar con mayor facilidad la difícil tarea de encajar ambos preceptos. El libro está bien escrito, las ideas se exponen con

claridad, y se distingue perfectamente lo que son opiniones doctrinales, la exposición de las elaboraciones jurisprudenciales y la opinión propia del autor, que construye y fundamenta con solvencia.

Desde el punto de vista metodológico, el trabajo comienza con un estudio histórico de las reglas contenidas en los artículos 1907 y 1909 del Código Civil. A medida que se adentra en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad, el autor opta por describir las líneas generales de algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, principalmente de los derechos francés, italiano, portugués y, más ocasionalmente, el alemán, sin extraer, sin embargo, grandes consecuencias de ello. En algún momento, el trabajo también se refiere a los *Principles of European Tort Law* (PETL), en cuyos textos apoya algunos argumentos dirigidos a justificar la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva a la responsabilidad por ruina de edificio, a pesar de reconocer que los PETL no contienen ninguna regla específicamente dedicada a los daños causados por defectos constructivos. Siendo ello así, tal vez habría resultado de mayor utilidad acudir a los textos del Marco Común de Referencia (DCFR), cuyo artículo VI.-3:202 sí contempla un régimen especial de responsabilidad objetiva por los daños derivados de una «condición insegura de un edificio», que ofrece criterios interesantes, tanto para reinterpretar algunos de los presupuestos de los artículos 1907 y 1909 CC, como para plantear un régimen unitario de *lege ferenda*.

II. El libro comienza con un capítulo 1 dedicado a los «antecedentes históricos y legislativos» de los artículos 1907 y 1909 CC, cuyo punto de partida sitúa el autor en el Derecho romano, con la creación de la *cautio damni infecti*, como instrumento para hacer frente a unos daños no cubiertos por la *lex Aquilia*. Esta última limitaba su ámbito de aplicación a los daños materiales que hubiese causado la persona «con su propio cuerpo» (*damnum corpore datum*) y directamente sobre el objeto dañado (*corpori datum*), por lo que no resultaba aplicable a los daños causados por cosas inanimadas como los edificios. Como explica el autor, la *cautio damni infecti* constituye una promesa que prestan el propietario, el titular de un derecho real sobre un inmueble o el autor de una obra, al vecino que teme un daño futuro debido al estado defectuoso (*vitium*) del fundo, casa o la misma obra. Si, una vez prestada la *cautio*, se materializase el daño dentro del plazo acordado o señalado por el pretor, el estipulante podrá ver indemnizado el daño mediante la *actio ex stipulatu*. Para su aplicación, la *cautio* precisaba de tres presupuestos de hecho y dos de derecho. Presupuestos de hecho eran la existencia de un temor fundado de producción de un daño por motivo de un concreto *vitium*; que el daño se tradujera en la lesión de un derecho; y la ausencia de fuerza mayor. En cuanto a los presupuestos de derecho, el primero consistía en el carácter subsidiario de la *cautio*, en tanto que era posible acudir a ella solo si no existía –o resultaba insuficiente– otro remedio jurídico alternativo que posibilitase resarcir el daño, o éste resultaba insuficiente. El segundo era el carácter objetivo de la *cautio*, que operaba por la simple existencia del *vitium* (elemento objetivo), siendo irrelevante la culpa del obligado. Sin embargo, una de las principales limitaciones de la *cautio* era que su eficacia quedaba restringida al titular del dominio sobre el inmueble vecino (que, con el tiempo, se amplió a cualquiera que acreditase un interés o fuese responsable de la cosa amenazada, aunque no fuese su dueño), dejando fuera a terceros ajenos al inmueble. Volviendo al presente, reflexiona el autor que la función preventiva del Derecho administrativo, junto con la existencia de normas específicas en los códigos que ya se ocupan de la responsabilidad civil por los daños

causados por ruina de edificios, ha hecho que los ordenamientos actuales se hayan ido alejando de la formulación originaria de la *cautio damni infecti* en el Derecho romano, aunque es posible encontrar todavía rastros de ella en disposiciones como el artículo 590 CC o el artículo 351 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra.

La idea de la culpa como presupuesto de la obligación de actuar por parte del dueño del edificio se acoge por primera vez en Las Partidas, no solo en su aspecto preventivo (imponiendo al dueño el deber de conservar y mantener los edificios de manera que evite causar daños), sino también, una vez producido el daño, condicionando las consecuencias jurídicas al hecho de que la actuación del dueño o de quien ejecutó las obras hubiese resultado subjetivamente reprochable. Se trata de una doble faceta, preventiva y resarcitoria, que se constata igualmente en la regulación actual de nuestro Código Civil, al comparar, por ejemplo, los artículos 389 o 590 CC, con los artículos 1907 y 1909 CC. La culpa, entendida como inacción del propietario frente al estado ruinoso de la construcción, se consolida como fundamento del sistema de responsabilidad por daños causados por la ruina de edificios en las obras de Jean DOMAT y François BOUJON, en el período previo a la codificación francesa. Y así se recoge en el artículo 1386 *Code Civil* (actual art. 1244 *Code*), que condicionaría la responsabilidad del propietario al hecho de que la ruina tenga su origen en una de las dos causas: o bien en la falta de mantenimiento del edificio, o bien en la existencia de un vicio en la construcción (*Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction*). Para Fernández Cabanas, el hecho de predeterminar el sujeto responsable (el propietario) resulta en cierto modo contradictorio con un régimen culpabilístico, por lo que, más que predeterminar a un responsable, lo que hace la ley es identificar un «culpable predeterminado». En opinión del autor, es probable que «el motivo de esta disfunción se encuentre en la formulación conjunta de dos parámetros irreconciliables. Por una parte, asumiendo el individualismo propio de su época y anhelando configurar un sistema de responsabilidad irrefutable por cuanto sustentado en la moralidad, el codificador quiso hacer responder tan solo al autor culpable del daño. Por otra parte y, al mismo tiempo, intuyendo la evidente dificultad con que se encontraría la víctima a la hora de probar la falta de mantenimiento o el vicio de construcción constitutivos de la culpa o negligencia, quiso favorecerla predeterminando un concreto sujeto responsable, que fue el propietario, a quien debieron considerar el mejor garante (págs. 83-84).

Sin embargo, desde el momento de su aprobación y hasta la actualidad, el artículo 1386 *Code Civil* experimentó una evolución radical, impulsada por una interpretación doctrinal y jurisprudencial enormemente favorable a la protección de las víctimas, que ha ido en paralelo a la configuración del artículo 1384. I *Code Civil* como régimen general de responsabilidad objetiva por hecho de las cosas. De tal modo que, mientras que el apartado primero del artículo 1384 *Code Civil* se concebía como régimen general aplicable al *gardien* por los daños causados por hecho de las cosas, el único campo en el que la norma no resultaba aplicable era el relativo a los daños causados por la ruina de edificio. Para estos supuestos se reservaba la aplicación del artículo 1386 *Code Civil*. A partir de la importante sentencia de la *Chambre Civil* de la *Cour de Cassation*, de 15 de abril de 1964, el Alto Tribunal francés reconoció que el artículo 1386 *Code Civil* establecía un verdadero régimen de *responsabilité de plein droit* del propietario del edificio. Y la más

reciente sentencia de la misma *Cour de Cassation, Chambre Civil*, de 23 de marzo de 2000, concluyó que esa responsabilidad del propietario, basada en al artículo 1386 *Code Civil*, no excluía la responsabilidad (también objetiva) del *gardien* no propietario, de acuerdo con la regla general del apartado primero del artículo 1384 *Code Civil*.

La parte final del capítulo 1 expone el tratamiento de la responsabilidad por ruina de edificio en el período codificador español, hasta llegar al redactado actual de los artículos 1907 y 1909 CC. El primer texto que se ocupó de la cuestión fue el Proyecto de Código Civil de 1836, cuyo artículo 1864 estaba perfectamente alineado con su precedente francés («El propietario de un edificio es responsable de los perjuicios que cause por su caída o por la de alguna parte de él, cuando este acontecimiento sucediese por defectos en su construcción o por falta de reparaciones necesarias»). Por su parte, el artículo 1903 del Proyecto de 1851 es el primero que distingue en función del sujeto potencialmente responsable. Así, el primer apartado del precepto establecía que «[E]l propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si acaeciese aquélla por falta de reparaciones necesarias». Por su parte, el apartado segundo se refería a la responsabilidad del arquitecto: «[S]i el daño resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto que dirigió la obra, y dentro del tiempo legal que fija el artículo 1532». El Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888 mantuvo en su artículo 18 el doble régimen de responsabilidad: la responsabilidad del propietario del edificio por falta de las reparaciones necesarias, y la del arquitecto (al que suma, también, al constructor) por defecto de construcción. Y de ahí se llega al texto de los artículos 1907 y 1909 CC, que conservan el doble régimen de responsabilidad, del propietario de un edificio –el primero– «por los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias». Y del arquitecto, o en su caso, del constructor y «dentro del tiempo legal», «si el daño (...) resultare por defecto de construcción».

III. El capítulo 2 de la obra se dedica al análisis de la expresión «ruina de todo o parte del edificio». Para ello, se ocupa, en primer lugar, de la noción de «edificio», para pasar después a la discutida cuestión relativa al concepto de «ruina». Resulta interesante la exposición de las nociones de edificio y ruina en los derechos alemán y austriaco (más someras) y, particularmente, en el derecho francés, italiano y portugués. Tras ello, el autor aborda la construcción de estos conceptos en el ordenamiento español. Por lo que respecta a la noción de edificio, destaca Juan José Fernández Cabanas que tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas tienden a apoyarse en un concepto amplio, basado en la expresión «cualquier género de construcción» del artículo 389 CC, o incluso en la amplitud de la expresión «obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo» del artículo 250.1.6 LEC, al referirse a la tramitación en juicio verbal de las demandas que pretendan la «demolición o derribo» de los elementos citados «en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande». Para el autor, estas referencias tienden a diluir cualquier diferenciación entre edificio (especie) y construcción (género), y eso constituye una dificultad cuando se contrastan con los textos, por ejemplo, de los artículos 391 y 1907 CC, que se refieren únicamente a «edificio», con aparente exclusión de cualquier otro género de construcción. Además, una aproximación tan amplia permite incluir en la definición una variedad tan amplia de construcciones «que nada tienen que ver con los edificios, ni atienden a la *ratio legis* que ha animado históricamente al legislador a determinar un régimen preventivo y resarcitorio que acoja esta especial clase de cosas». Final-

mente, considera el autor que la referencia general a «cualquier clase de construcción» tampoco permite identificar debidamente qué partes o elementos agregados al principal han de considerarse igualmente «parte del edificio» en el sentido del artículo 1907 CC. Además, la idea de vincular esas definiciones al concepto jurídico de bien inmueble plantea disfunciones en relación con los bienes inmuebles por destino, cuya consideración puede acabar dependiendo de la voluntad del dueño, toda vez que existen cosas que, siendo jurídicamente bienes muebles (como las viviendas prefabricadas desmontables), encajarian mejor en el mismo régimen especial de responsabilidad por los daños causados por ruina de edificios.

Frente a estas dificultades, Juan José Fernández Cabanas propone una definición de edificio que puedan compartir los artículos 1907 y 1909 CC, basada en la idea de «unión o trabazón artificial, espacial y temporalmente estable, de diversos materiales o elementos, adheridos al suelo con vocación de permanencia en el espacio y en el tiempo». La idea de permanencia no debe entenderse en un sentido amplio, sino referido «a la vida útil o a la permanencia prevista de un determinado elemento en un determinado lugar». Por lo demás, esta definición trata de salvar la dificultad que plantea la expresión «todo o parte del edificio», en la medida que incluye tanto el edificio como un todo (edificio en tanto que cosa compuesta), partes del edificio, así como otros elementos que, «incorporados en algún tiempo y forma al principal, resultan merecedores de ser considerados como parte de ese edificio».

En cuanto a la noción de «ruina», también pone de manifiesto Fernández Cabanas la tendencia de nuestra doctrina y la jurisprudencia a desarrollar un concepto lo bastante amplio como para extenderlo «hasta donde la praxis judicial ha requerido». Ello se hace a partir de la interpretación jurisprudencial (amplia) de la noción de ruina prevista en el artículo 1591 CC, que se traslada después al ámbito de los artículos 1907 y 1909 CC. De ahí deriva la distinción, no contemplada por el legislador, entre ruina potencial y ruina funcional, con la que no se pretende sino «dar al término ruina el mayor alcance posible». Frente a esta expansión, un sector de la doctrina se ha venido pronunciando a favor de una interpretación restrictiva de la noción de ruina en los artículos 1907 y 1909 CC, exigiendo que el mal estado del edificio derive en una caída o, cuando menos, en un desplazamiento de los materiales. Sin olvidar quienes plantean la necesidad de huir de una interpretación conjunta de la noción de ruina en los artículos 1591, 1907 y 1909 CC, y más todavía tras la entrada en vigor de la LOE, pues puede ocurrir que «imperfecciones corrientes o defectos de terminación y acabado, que no son vicios ruinógenos en la LOE, sí pueden estar incluidos en el artículo 1907» (Del Olmo García)¹.

De nuevo, este panorama lleva al autor a plantear una acepción propia de ruina, que intente conjugar las dos acepciones que suele tener el concepto de ruina, también en el derecho comparado. Por un lado, la que se refiere al estado objetivamente defectuoso del edificio (estado de ruina). Por otro, el que se refiere a la «acción dañosa del edificio por motivo de su mal estado» (hecho del edificio). De este modo, se entenderá que existe «ruina de todo o parte del edificio» –y, por consiguiente, resultarán aplicables los artículos 1907 y 1909 CC– siempre que «un edificio o parte de éste cause un daño a un tercero, y en el origen de ese daño se encuentre un mal estado material o un funcio-

¹ Pedro DEL OLMO GARCÍA, «Comentario a los arts. 1907 a 1910 CC», en Ana Cañizares Laso *et al.* (Dir.), *Código Civil Comentado*, vol. V, libro IV, 2.^a ed., Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, p. 1408.

namiento defectuoso o anormal del edificio o de cualquiera de sus partes». A los efectos de esta definición, que trata de ser lo suficientemente amplia como para abarcar la dispar problemática existente en la práctica, lo determinante es que el daño resulte de encontrarse el edificio en mal estado, tanto material como funcional, siendo también irrelevante que el defecto fuese visible o imperceptible para el sujeto responsable. Con esta definición, el autor trata de sustraerse a las limitaciones que derivan de los múltiples enfoques adoptados por la doctrina y por la jurisprudencia. En esta voluntad de superar las dificultades planteadas por las nociones de ruina, vicio o defecto en los distintos ordenamientos jurídicos, la intención del autor coincide con la que llevó a los redactores del artículo VI.-3:202 DCFR a abandonar el empleo de estas nociones tradicionales y buscar un concepto alternativo que fundamentase la responsabilidad objetiva por los daños causados por inmuebles. Y este concepto consistió en la existencia de una «condición insegura del inmueble», entendida como falta de seguridad esperada en el edificio. La noción, inspirada en la definición de producto defectuoso contenida en la Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos (defectuoso es aquel producto que «no ofrece la seguridad legítimamente esperada, teniendo en cuenta todas las circunstancias»), es lo suficientemente amplia y flexible como para facilitar la aplicación del supuesto de hecho contenido en la norma. Al mismo tiempo, concede a los tribunales un amplio margen para su aplicación. Desde este punto de vista, tal vez un análisis cabal de los trabajos del DCFR en esta materia, así como de los comentarios al citado artículo VI.-3:202 DCFR, tal vez podrían aportar al trabajo de Juan José Fernández Cabanas argumentos complementarios interesantes.

IV. El capítulo 3 trata de discernir el alcance de las expresiones «falta de las reparaciones necesarias» del artículo 1907 CC, y «defecto de construcción» del artículo 1909 CC. El tratamiento conjunto de ambos elementos tiene sentido, en la medida que uno y otro comparten la característica de ser el elemento de ilicitud de cada uno de los respectivos regímenes de responsabilidad. Sin embargo, la interpretación que de ellos hace la doctrina difiere. Mientras que el primero («falta de las reparaciones necesarias») suele leerse en términos de responsabilidad por culpa (no es el caso del autor), la exigencia de que el daño haya sido causado por un «defecto constructivo», desvinculado de cualquier factor subjetivo, conduce a una lectura del precepto en términos de responsabilidad objetiva de los profesionales de la construcción.

Juan José Fernández Cabanas opina, en cambio, que el régimen de responsabilidad por ruina de edificio debería tener naturaleza objetiva y, por tanto, ajeno a la culpa. Y ello, tanto en relación con el propietario como respecto de los agentes de la edificación. La dificultad a la que se enfrenta esta posición es, sin embargo, la lectura que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia hace del supuesto contemplado en el artículo 1907 CC como un régimen de responsabilidad por culpa. La necesidad de probar la falta de las reparaciones necesarias, entendida como una omisión de la diligencia exigible al propietario –señala el autor– lleva a «los jueces a realizar esfuerzos argumentativos baldíos para acreditar una culpa en muchas ocasiones inexistente, en el ánimo de dar satisfacción a las víctimas inocentes». Otras veces, los tribunales acuden al mecanismo a la presunción *iuris tantum* de culpa para facilitar la tarea probatoria a la víctima demandante. Esta constatación conduce al autor a intentar conjugar una definición de los conceptos de «falta de las reparaciones necesarias» y de «defecto de construcción» que puedan ser coherentes entre sí, como vía para alcanzar el objetivo interpretativo que

persigue: llegar a una comprensión integrada de los artículos 1907 y 1909 CC en términos de responsabilidad objetiva, tanto para el propietario como para los profesionales de la construcción.

Para superar el escollo que representa la interpretación dominante del artículo 1907 CC como un régimen de responsabilidad por culpa, el autor plantea «reconstruir» la expresión «falta de las reparaciones necesarias», a partir de la idea de que la ruina que da lugar a la responsabilidad en ambos preceptos tiene que tener su origen necesariamente en una causa interna (endógena) al edificio, pues parece evidente que la responsabilidad se excluye cuando la ruina tiene un origen exógeno (fuerza mayor externa, culpa exclusiva de la propia víctima, etc.). Conforme a ello, opina Fernández Cabanas, cualquier daño originado por la ruina de un edificio cuya causa tenga una génesis interna al edificio mismo (causa endógena), habrá de poder subsumirse en uno u otro artículo. Si por «defecto de construcción» en el sentido del artículo 1909 CC se entiende «todo defecto endógeno y originario que presenta el edificio o cualquier parte de éste, capaz de determinar su ruina», donde «originario» significa cualquier vicio, defecto o anomalía cuyo origen se encuentra en cualquiera de las distintas fases del proceso constructivo, entonces cabe concluir que «toda causa endógena de la ruina que no pueda ser considerada «defecto de construcción», debe encontrar acogida en el ámbito de aplicación del artículo 1907 CC bajo la denominación genérica de «falta de reparaciones necesarias». Para Fernández Cabanas, esta lectura se justifica a partir de su convencimiento de que «García Goyena, al implementar la división de esta responsabilidad entre dos sujetos responsables (el propietario, por una parte, y el arquitecto o constructor, por otra) no quiso acoger en nuestro régimen de responsabilidad por ruina de los edificios (arts. 1907 y 1909 CC) un ámbito de aplicación más reducido que el que presenta su antecedente francés, dirigiendo el resto de supuestos al artículo 1902 CC».

Bajo mi punto de vista, esta posición del autor –que puede compartirse *de lege ferenda*– choca con la literalidad del texto del artículo 1907 CC, que no distingue según que la causa de la ruina tenga un origen interno o externo, sino que requiere tan solo que la ruina sobrevenga «por falta de las reparaciones necesarias». El autor es consciente de ello y reconoce que su posición es contraria a la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, mas ello no le impide sostener que, una vez probado que el daño ha sido causado por la ruina de todo o parte de un edificio, «el propietario quedará obligado a responder, *ex lege*, a salvo que pueda demostrar, en su descargo: a) que la ruina del edificio causante del daño se debió únicamente a una causa exógena a este; b) que la ruina del edificio se debió únicamente a un defecto de construcción, dentro del tiempo legal» (págs. 334-335). Y que «de nada habría de servir al propietario aportar pruebas de su diligencia o de su ausencia de culpa (...) pues habrá de responder igualmente, frente a la víctima, por el daño causado» (pág. 432). Como digo, a mi juicio, el principal problema de este enfoque es que el texto actual del artículo 1907 CC sigue vinculando la responsabilidad del propietario al requisito de la «falta de las reparaciones necesarias», y este requisito parece exigir algo más que la simple presencia de un defecto de construcción. Con independencia, incluso, de si se hace de él una lectura en términos de responsabilidad por culpa o se contempla –como me parece posible- como un elemento de antijuridicidad, ajeno a cualquier reproche subjetivo.

V. En el capítulo 4, el autor analiza el artículo 1909 CC y se adentra en el significado de la expresión «dentro del tiempo legal»: «[S]i el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el

tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal». Según explica Fernández Cabanas, la razón de ser de este plazo hay que buscarla en la voluntad de excluir la responsabilidad del propietario cuando la ruina pueda atribuirse a los agentes del proceso constructivo, lo que explica la referencia en el artículo 1909 CC al «defecto constructivo» y al «tiempo legal». Antes de la entrada en vigor de la LOE, no había duda de que «el tiempo legal» a qué se refería el precepto era el plazo decenal de producción de la ruina del artículo 1591. I CC. Con la entrada en vigor de la LOE se admite que el «tiempo legal» del artículo 1909 CC se refiere también a los plazos de garantía de diez, tres y un año, previstos en el artículo 17.1 LOE, según la naturaleza de los vicios o defectos de la edificación. El autor coincide con la mejor doctrina al afirmar que la expresión «tiempo legal» no puede referirse al plazo de prescripción del artículo 1968.2 CC, pues ello equivaldría a imponer –en palabras de Díez-Picazo– «una perpetuación de la responsabilidad del arquitecto y del contratista»². Además de que la remisión a los plazos de garantía viene avalada por el precedente del artículo 1903.2 del Proyecto de Código Civil de 1851, que expresamente se refería al «tiempo legal que fija el art. 1532» (que fue el que dio lugar al artículo 1591 del actual Código Civil, el cual ya se refería al plazo de garantía de los diez años).

Sin embargo, Fernández Cabanas se aparta de la posición dominante en lo relativo a si lo que tiene que materializarse dentro de los plazos legales de garantía es tan solo la ruina o también el daño. Frente a la opinión de la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, en el sentido de que lo que tiene que producirse dentro del «tiempo legal» de garantía es tan solo la ruina, pero no el daño, que puede materializarse con posterioridad a dicho plazo, considera el autor que no cabe aplicar el artículo 1909 CC cuando el daño se ha producido más allá del tiempo legal a que se refiere el propio artículo, aun cuando la ruina haya tenido lugar dentro del plazo de garantía. Dos son las razones que aporta el autor a favor de esta interpretación. La primera la vincula a su particular interpretación del sistema de responsabilidad del artículo 1909 CC, al que confiere tan solo un carácter de excepción frente al régimen de responsabilidad extracontractual del propietario por la ruina de su edificio *ex* artículo 1907 CC. Según Fernández Cabanas, una vez transcurridos los plazos legales a que se remite el artículo 1909 CC, el propietario «vendrá obligado a responder frente a la víctima, y ya no solo por la falta de las reparaciones necesarias, sino por cualquier defecto endógeno del edificio, incluidos los defectos de construcción». La segunda razón que aporta el autor es que si el tiempo legal tan solo se refiriese a la fecha de aparición de la ruina pero no al momento de producción del daño, ello podría llevar, en ciertos casos, a hacer responder a los agentes de la edificación «de forma prácticamente indefinida en el tiempo». Sin embargo, esta interpretación plantea dificultades importantes. Se trata de una interpretación que, más allá de la ruina originada por la falta de las reparaciones necesarias, también impone responsabilidad al propietario por los defectos de construcción imputables a los profesionales de la construcción, una vez han transcurrido el «tiempo legal» del artículo 1909 CC. Y esta interpretación resulta difícil del acomodar con el texto del artículo 1907 CC, que no contempla otra posibilidad.

² Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, Tomo V, *La Responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 394.

bilidad de hacer responder al propietario mas que cuando la ruina «sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias». No se alcanza a ver en la letra del precepto base alguna que permita ampliar más allá el alcance de la responsabilidad del propietario.

Relacionada con esta última cuestión, existe todavía otra, sobre la que creo que merece la pena reflexionar. Se trata de la cuestión relativa al *dies a quo* del plazo de prescripción del artículo 1968.2 CC, una vez manifestada la ruina y producido el daño. En opinión del autor, el inicio del cómputo del plazo de prescripción «no podrá superar, en ningún caso, el período de un año (art. 1968.2 CC) desde la finalización de dicho plazo de garantía. Es decir, que el plazo de prescripción de la acción empezará a contar, como muy tarde, en el mismo momento en que concluya el plazo de garantía a que se remite el artículo 1909 CC. A partir de ese momento, la víctima tan sólo dispondrá de acción contra el propietario del edificio, ex artículo 1907 CC, quien habrá de actuar como garante del resarcimiento de la víctima, y los agentes de la edificación (y sus respectivas compañías aseguradoras) sabrán que no van a poder ser demandadas por su actuación profesional una vez transcurrido dicho lapso temporal (es decir, el tiempo en que dure el período de garantía más de un año)» (págs. 216-217). De nuevo, me parece que la voluntad de limitar temporalmente la responsabilidad de los profesionales de la edificación y trasladarla, lo antes posible, al propietario, conduce a una interpretación forzada del sistema. Tanto más, teniendo en cuenta que el texto del artículo 1968.2 CC es claro al respecto, al indicar que el cómputo del plazo de prescripción se inicia desde «el conocimiento por el perjudicado del daño». El daño pues, tiene que haberse producido y el perjudicado haber tenido la posibilidad de conocerlo. Mientras no hay daño, no puede comenzar a correr el plazo de prescripción del año previsto en el artículo 1968.2 CC. Por lo demás, la interpretación propuesta tampoco encaja con el texto del artículo 18 LOE que, al establecer el *dies a quo* del plazo de prescripción para reclamar los daños causados en la edificación, tampoco lo hace por remisión a la finalización de los tres plazos de garantía previstos en la misma LOE, sino por remisión al momento «en que se produzcan los daños». En definitiva, frente a la claridad de los textos legales, no logro atisbar ningún otro argumento suficientemente convincente que justifique una interpretación distinta del inicio del cómputo del plazo de prescripción en aquellos casos en los que la acción se dirija contra los agentes de la edificación ex artículo 1909 CC.

VI. El capítulo 5 plantea el debate sobre la compatibilidad o incompatibilidad de los régímenes previstos en los artículos 1907 y 1909 CC. En él, se exponen las distintas posiciones mantenidas por la doctrina y la jurisprudencia. La posición mayoritaria en la doctrina, apoyada por la jurisprudencia dominante, defiende que cuando la ruina se ha producido únicamente por defectos constructivos y dentro del tiempo legal, la responsabilidad debe recaer exclusivamente sobre el correspondiente agente de la edificación conforme a lo dispuesto en el artículo 1909 CC. No existe posibilidad de que el tercero dañado pueda dirigirse, al mismo tiempo, contra el propietario. Como sintetiza bien Yzquierdo Tolsada³, la responsabilidad de constructores y arquitectos «no se añade a la del propietario, sino que la sustituye. No es tampoco que responda el propietario, con ulterior posibilidad de repetición. De la ruina que no deriva de falta de reparaciones sino de vicios constructivos responden quienes estén detrás de tales vicios, siempre que concurren los requisitos del art. 1909».

³ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontratual. Parte General*, 5.^a, Madrid, Dykinson, 2019, p. 424.

Frente a esta posición, otro sector de la doctrina reconoce que la víctima puede dirigirse, indistintamente, contra los agentes de la edificación, contra el propietario o contra ambos, pudiendo, en su caso, el propietario, ejercer después la correspondiente acción de repetición contra el profesional de la edificación (Albaladejo, O'Callaghan, Santos Briz). Una tercera posición reconoce todavía la posible compatibilidad entre las acciones de los artículos 1907 y 1909 CC, si se cumplen los respectivos presupuestos de responsabilidad previstos en cada uno de ellos. Es decir, cuando habiendo causado la ruina del edificio un defecto constructivo imputable a los agentes de la edificación, y habiendo podido realizar el propietario las reparaciones necesarias para evitar la ruina del edificio, sin hacerlas, es posible entonces ejercitarse la demanda, al mismo tiempo, frente al propietario, conforme al artículo 1907 CC, y frente a los agentes de la edificación, con base en el artículo 1909 CC (Del Olmo, Astúa González, Martín-Casals/Solé Feliu).

La posición que defiende Fernández Cabanas al respecto es deudora de su concepción global de los artículos 1907 y 1909 CC. Cabe recordar que, en su opinión, el artículo 1907 CC atribuye directamente al propietario la responsabilidad por los daños causados por la ruina de edificios, siempre que la ruina tenga una causa endógena. Al mismo tiempo, considera que el artículo 1909 CC tiene un carácter de excepción a la responsabilidad del propietario, solo en aquellos casos en los que la ruina se deba a un defecto de construcción y dentro del tiempo legal. De ello deduce que el propietario tiene la condición de garante principal del resarcimiento del daño sufrido por la víctima en todos aquellos casos en los que la ruina tiene un origen interno (art. 1907 CC), salvo prueba de que la ruina se debió a un defecto de construcción y dentro del tiempo legal, en cuyo caso la posición de garante se desplaza a los correspondientes agentes de la edificación *ex artículo 1909 CC*, con la consiguiente liberación del propietario. «Una vez transcurrido el tiempo legal, cede dicha excepción y el propietario habrá de responder de todo daño causado por la ruina de sus edificios debida a una causa endógena al edificio» (pág. 430). Como he comentado antes, me parece que el principal inconveniente de esta posición se encuentra en la atribución de una responsabilidad (objetiva) al propietario por los defectos constructivos imputables a los agentes de la edificación, incluso en ausencia de prueba relativa a la falta de las reparaciones necesarias, lo que difícilmente cuadra con el texto vigente del artículo 1907 CC.

En coherencia con esta visión, que contempla los artículos 1907 y 1909 CC como «un sistema completo, capaz de dar solución a todos los daños causados a un tercero por la ruina de un edificio, siempre que ésta se deba a una causa endógena al mismo», considera el autor que una vez transcurrido el tiempo legal del artículo 1909 CC, la responsabilidad se traslada al propietario del edificio, sin que «los agentes de la edificación puedan ser demandados por los daños causados por la ruina de los edificios debida a defectos de construcción, a partir del tiempo legal, ni siquiera con base en el artículo 1902 CC, al funcionar [el artículo 1909 CC] como *lex special* para este concreto supuesto» (pág. 245). En esta cuestión, el autor se alinea con la opinión de diversos autores (Díez-Picazo, Albaladejo, Gómez de la Escalera), y en contra de otro nutrido sector (Yzquierdo Tolsada, Ruiz-Rico Ruiz, Cavanillas Múgica, Cadarso Palau, entre otros), que se decanta más bien por defender la necesidad de mantener la aplicación del régimen general de la responsabilidad por culpa del artículo 1902 CC a los agentes de la edificación, una vez superado el «tiempo legal» a que se refiere el artículo 1909 CC.

VII. Aunque la cuestión ha ido emergiendo en capítulos anteriores, es en el capítulo 6 donde el autor se ocupa específicamente del fundamento de la responsabilidad contemplada en el artículo 1907 CC. Ya se ha comentado que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias se inclinan por pensar que el precepto establece un régimen de responsabilidad por culpa, en el que la culpa (entendida como no adopción de las reparaciones necesarias) se presume *iuris tantum* a partir de la prueba de la ruina del edificio. Otros autores, en cambio, tienden a hacer una lectura del régimen del artículo 1907 CC en términos de responsabilidad objetiva, responsabilidad quasi-objetiva o responsabilidad por riesgo, sin que la diferencia entre estas categorías se muestre de forma nítida. Tal vez lo que, en algunas de estas últimas opiniones se quiere decir, es que, en el fondo, el mero hecho de probar que se omitieron las reparaciones necesarias no equivale necesariamente a culpa (entendida ésta en el doble sentido de infracción objetiva de un estándar de conducta y, al mismo tiempo, de reproche subjetivo de la conducta), sino simplemente a conducta antijurídica (infracción objetiva del estándar de conducta). Siguiendo a Lacruz, afirma el autor que «la falta de reparaciones necesarias es un estado objetivo fácil de comprobar (...) mientras que en la negligencia se halla implicada una apreciación moral de la conducta humana». Pienso que resultaría interesante profundizar en esta idea y vincularla a aquellos regímenes de responsabilidad objetiva basados en la existencia de algún elemento de antijuridicidad en el sistema, como es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad (objetiva) del fabricante por productos defectuosos en el que, el «defecto» podría constituir el elemento básico de antijuridicidad sobre el que pivota el régimen de responsabilidad, sin necesidad de indagar en la conducta subjetiva del fabricante. La misma lectura podría hacerse con respecto a la noción de «defecto constructivo» en el marco del régimen de responsabilidad objetiva del artículo 1909 CC; o bien del requisito de «condición insegura del inmueble», como presupuesto del régimen de responsabilidad objetiva de la «persona que ejerce un control» sobre un inmueble, en el marco del artículo VI.-3:202 DCFR. La diferencia básica entre estos sistemas y el régimen de responsabilidad del propietario en el artículo 1907 CC es que, en aquéllos, el defecto se predica de un objeto (producto, edificio o inmueble), mientras que en éste, la falta de las reparaciones necesarias no puede dejar de aludir a la conducta de quien tenía el deber de realizarlas. Por lo demás, este enfoque, que podría llegar a justificar una lectura del requisito de la falta de las reparaciones necesarias en términos ajenos a un régimen de responsabilidad por culpa, no sirve para justificar una responsabilidad objetiva del propietario *ex artículo 1907 CC* por meros defectos de construcción, en ausencia de prueba de la omisión de las reparaciones necesarias.

VIII. Bajo el título «circunstancias que pueden incidir en la responsabilidad del propietario», el capítulo 7 del libro se refiere a los hechos que, en el marco del artículo 1907 CC, puede oponer el propietario del edificio para evitar la responsabilidad. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en nuestro país, la configuración del régimen del precepto como un supuesto de responsabilidad por culpa permite sostener que el propietario evitará la responsabilidad si demuestra que actuó de forma diligente al adoptar las reparaciones necesarias para evitar la ruina del edificio. Tampoco responderá si acredita que la ruina se debió a fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o a la culpa (exclusiva) de la víctima. En opinión de Fernández Cabanas, la interpretación conjunta de los artículos 1907 y 1909 CC lleva a afirmar que el propietario responderá, salvo que pueda demostrar: a) que la ruina del edificio causante del daño se debió únicamente a una causa exógena

a éste; b) que la ruina del edificio se debió únicamente a un defecto de construcción, dentro del tiempo legal, en cuyo caso la responsabilidad se traslada a los agentes de la edificación *ex artículo 1909 CC*. Además, la comprensión del artículo 1907 CC como un supuesto de responsabilidad objetiva, lleva al autor a la inevitable consecuencia de rechazar que el propietario pueda exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de su diligencia o de su ausencia total de culpa. En cuanto a la distribución de la carga de la prueba, defiende Juan José Fernández Cabanas que corresponde a la víctima demostrar la realidad del daño y la ruina del edificio, así como el nexo de causalidad entre ambos, mientras que al propietario le correspondería probar que la causa de la ruina no le es atribuible. Por esta misma razón, y por la posición de garante que el legislador asigna al propietario, éste será responsable cuando la causa de la ruina resulte desconocida (págs. 336-337).

El autor aborda después la problemática relativa a la concurrencia de la responsabilidad del propietario *ex artículo 1907 CC* con otras causas relevantes en la producción (o incremento) de la ruina del edificio. En el supuesto de que la causa externa que concurre con la actuación del propietario sea una fuerza mayor, el autor propone la responsabilidad del propietario por la totalidad del daño, siendo indiferente si el evento externo antecedió a la falta de las reparaciones necesarias del propietario, o si se suma a una situación de ruina preexistente en el edificio. Por otra parte, el hecho de configurar el régimen del artículo 1907 CC como un supuesto de responsabilidad objetiva lleva al autor a excluir el caso fortuito como supuesto exoneratorio, en tanto que «pertenece por derecho propio al ámbito de protección del artículo 1907 CC; es más, estamos convencidos de que puede afirmarse que es uno de los casos típicos en el régimen de esta responsabilidad» (págs. 343-344). La conducta negligente de la propia víctima y la conducta concurrente de un tercer conductorán también a la exoneración del propietario, en la medida en que se erijan en causas exclusivas del daño, mientras que cuando concurran con la responsabilidad del propietario, cada uno responderá por la parte que le corresponda, en la medida en que resulten jurídicamente relevantes. Ello se traducirá en una minoración de la responsabilidad del propietario.

Finalmente, el autor se plantea la eventual concurrencia de la responsabilidad del propietario *ex artículo 1907 CC* con la de los agentes de la edificación por un defecto de construcción (art. 1909 CC). Cuando así ocurra, cada uno de ellos responderá «en proporción a la contribución causal de cada uno de ellos en el resultado dañoso». No se pronuncia explícitamente el autor sobre si la responsabilidad frente a la víctima tiene carácter solidario, aunque esta solución se deduce del hecho de que admite la acción de repetición del propietario contra los correspondientes agentes de la construcción «si el propietario fuese el único demandado por la víctima y resultase condenado por todo el daño» (pág. 354).

IX. El octavo y último capítulo que aborda el libro tiene como objeto el análisis de los sujetos responsables, tanto en el marco del artículo 1907 CC, como del artículo 1909 CC. En cuanto al primero, constata el autor que la doctrina española se muestra favorable a extender la aplicación del precepto, más allá del propietario, a otros sujetos distintos a él, o bien porque su posición se asimila a la del propietario, o bien –y ésta es la posición mayoritaria– porque, cuando el deber de realizar las reparaciones necesarias recae sobre una persona distinta al propietario, es ésta quien debe asumir la condición de sujeto responsable del artículo 1907 CC. Por el contrario, parece que la posición dominante en la jurisprudencia tiende a centrar la responsabilidad en el propietario de todo o parte del edificio, reconduciendo la responsabilidad de aquellas personas dis-

tintas a él que asumen funciones de mantenimiento o reparación a la regla general de la responsabilidad por culpa prevista en el artículo 1902 CC. En esta misma línea se posiciona el autor, si bien con argumentos distintos, basados en la concepción del artículo 1907 CC como un régimen de responsabilidad objetiva del propietario, cuyo fundamento se encuentra en la relación jurídica que detenta respecto del edificio con la ruina, y en el hecho de que el legislador no hizo extensiva al poseedor la responsabilidad que establece el precepto (como sí hizo, por ejemplo, en los casos de los arts. 1905 o 1910 CC). De este modo, cualquier tercero no propietario que tuviese funciones de mantenimiento o conservación sobre el edificio, podrá llegar a responder, pero con base en la regla general de la responsabilidad por culpa del artículo 1902 CC. Por supuesto, nada impide a la víctima dirigirse, a la vez, contra el propietario, *ex artículo 1907 CC*, y contra al tercero que incumplió el deber de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de mantenimiento y conservación, conforme al régimen de responsabilidad por culpa del artículo 1902 CC. Quedan, no obstante, supuestos dudosos, como el del titular de un derecho de superficie, a quien habrá que considerar responsable *ex artículo 1907 CC* en tanto que propietario de lo construido, salvo en el caso de que el derecho de superficie se hubiese constituido por tiempo determinado, una vez transcurrido el cual el propietario del suelo deviene propietario de la edificación, siendo entonces éste quien va a tener la condición de responsable. Del mismo modo, plantea dificultades el derecho de usufructo, en la medida que el artículo 500 CC impone sobre el usufructuario la obligación de hacer las reparaciones ordinarias sobre las cosas dadas en usufructo, mientras que las de carácter extraordinario son de cuenta del propietario (art. 501 CC). Mientras que en la doctrina existen opiniones divergentes, Fernández Cabanas se inclina por hacer responder frente a la víctima únicamente al nudo-propietario, aunque la posesión del edificio recaiga sobre otra persona. La razón es que los deberes que la ley impone al poseedor usufructuario no pueden oponerse a la víctima extracontractual, aunque pueden servir para sustentar la posterior acción de repetición del nudo propietario frente al usufructuario. La misma solución defiende el autor para los derechos de uso y habitación.

Por último, en el caso del propietario-arrendador de un edificio, a quien el arrendatario no informa sobre la necesidad de hacer las reparaciones necesarias, Fernández Cabanas coincide con la doctrina mayoritaria al imponer sobre el propietario la responsabilidad basada en el artículo 1907 CC, sin perjuicio de la posterior acción de repetición que pueda ejercer contra el arrendatario que no le avisó. De nuevo, la explicación se encuentra en la imposibilidad de oponer a terceros los acuerdos contractuales internos del propietario con el arrendatario, de modo que es el propietario quien sigue siendo el responsable *ex artículo 1907 CC*.

Por lo que se refiere a los sujetos responsables del artículo 1909 CC, el precepto tan solo menciona al arquitecto y al constructor, aunque la doctrina y la jurisprudencia interpretan el precepto de forma expansiva, en la misma línea a lo que acontece en relación con el artículo 1591 CC. En este sentido, se admite la responsabilidad *ex artículo 1909 CC* de arquitectos técnicos y aparejadores, ingenieros, proyectistas y otros profesionales de la construcción. Tras la entrada en vigor de la LOE, se planteó si el artículo 1909 CC debía extenderse a todos los sujetos que ostentan la condición de agente de la edificación en el sentido de los artículos 8 y ss de la LOE. En esta cuestión –pienso que con razón– el autor se posiciona a favor de aquellos autores que limitan la responsabilidad a aquellos agentes de la LOE que hayan tenido una intervención directa en el proyecto o en la ejecución de las obras (proyectista, director de obra, director de ejecu-

ción de la obra, así como el constructor o, en su caso, los subcontratistas); es decir, aquéllos a quienes pueda atribuirse el defecto constructivo a qué se refiere el artículo 1909 CC, mas no a aquéllos que nada han tenido que ver con el proyecto o con la ejecución material de la obra, como es el caso de las entidades y laboratorios de control, o los suministradores de productos o materiales. La duda principal se suscita en relación con la figura del promotor, en especial, el promotor-vendedor, que en el marco de la LOE (y también del art. 1591 CC), acaba cumpliendo una función de garante al responder solidariamente con los demás agentes (art. 17.3 LOE) frente a los adquirentes de los inmuebles. Si bien no existe unanimidad al respecto, tiene sentido la posición de aquellos autores (junto a los que se alinea el autor) que excluyen del ámbito de aplicación del artículo 1909 CC al promotor. La función de garante del promotor tiene pleno sentido desde la lógica contractual que inspira el artículo 17.3 LOE o el artículo 1591 CC (el promotor es quien transmitió el inmueble al demandante, o a quien se lo vendió a él), pero resulta más difícil de explicar desde la óptica extracontractual, cuando el dañado es un tercero no adquirente.

X. Para concluir, merece la pena señalar que Juan José Fernández Cabanas reúne la doble condición de arquitecto técnico y jurista, a lo que cabe sumar su condición de profesional del sector inmobiliario. Su inquietud académica lo condujo a abordar la redacción de una tesis doctoral –que es el origen del libro que el lector tiene entre manos–, que consigue aunar las características profesionales del autor con su interés por la materia. Todo ello se refleja perfectamente en un libro que, como señala en su prólogo el profesor Álvaro Núñez Iglesias, aporta «una solución sistemática, a la vez inédita y atrevida» de los artículos 1907 y 1909 del Código Civil, y que constituye un «estudio renovado y profundo de la responsabilidad por ruina de edificio». El libro está bien documentado y se lee con fluidez. Por un lado, ofrece al lector una descripción detallada de la evolución histórica y del estado actual de la cuestión, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, de la regulación sobre la responsabilidad por ruina de edificio en el Código Civil. Por otro lado, el autor va más allá y presenta una propuesta propia de interpretación conjunta de los artículos 1907 y 1909 del Código, a partir de la cual proporciona respuestas a las cuestiones que la doctrina y la jurisprudencia vienen planteándose en relación con ambos preceptos. Se comparta o no la propuesta de partida, uno no puede sino agradecer una aportación que, más allá de informar, obliga al lector a reflexionar y que contribuye a enriquecer el debate científico sobre una materia escasamente tratada por nuestra doctrina.

Josep SOLÉ FELIU
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Girona

DE TORRES PEREA, José Manuel: *El nuevo estatuto jurídico de los animales en el derecho civil: de su cosificación a su reconocimiento como seres sensibles*, Reus, Madrid, 2020, 217 pp.

La obra objeto de esta reseña tiene por objeto la consideración y regulación jurídica de los animales en el Derecho civil. Todos conocemos que desde Roma los animales han sido considerados como cosas muebles, semovientes, sin que dicha consideración haya variado. No obstante, socialmente, cada vez

se alzan más voces para cambiar dicha consideración, por entender que los animales no pueden seguir siendo cosas, sino algo diferente, puesto que sufren e incluso sienten. La tendencia a proteger a los animales de la mano del hombre, dadas las atrocidades y malos tratos sufridos, ha provocado movimientos sociales importantes que han llevado a la reforma legal de sus normas en muchos países de nuestro entorno, impulsados por la propia Unión Europea. Incluso, España tiene una proposición de Ley en marcha que tiende a su reforma en el ámbito civil.

El autor, Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad de Málaga, profesor de Torres Perea, viendo estos cambios jurídicos se plantea si es o no acertado realizarlo en España y cómo debería ser dicho cambio. Para ello, lo primero que se cuestiona es determinar si el animal puede ser o no asimilado al ser humano por sus características y, a partir de aquí, examinar qué tipo de reforma debería realizarse. No obstante, hay que señalar, que no se limita al estudio jurídico del tema, sino que para determinar la consideración o no de los animales como seres con un estatus jurídico cercano al de los humanos, entra en el estudio de teorías filosóficas y biológicas complejas pero necesarias para poder realizar un estudio jurídico y determinar cómo debe realizarse la reforma.

Antes de señalar las consecuencias a las que llega y explicar las aportaciones de este trabajo, creo que debemos en un breve análisis de su contenido. Estructuralmente, el trabajo consta de una introducción, cuatro capítulos y una conclusión final. En su Introducción, el profesor de Torres comienza por advertir al lector como su trabajo es atrevido y su punto de partida es determinar el objeto de estudio señalando lo que nos asemeja y nos diferencia a los hombres de los animales. Para conseguir este punto de partida, necesariamente debe detenerse en la consideración de los animales desde varias perspectivas: filosófica, biológica, psicológica y social. Tras esto, entrará en el estudio jurídico y el posible desarrollo de un estatuto jurídico de los animales.

Señalado su objetivo, comienza con un primer capítulo titulado ¿Qué nos asemeja o nos distingue de los animales? En este primer capítulo, de contenido netamente filosófico, el autor analiza las diferentes corrientes filosóficas y su análisis del ser humano y se centra en las corrientes humanistas cuyo núcleo es la dignidad humana. En un principio, el alma sería el elemento diferenciador entre hombre y animal para pasar, con Kant, a ser la razón, como el elemento que otorga una especial dignidad a la persona como sujeto de derechos a diferencia de los animales. Ciertamente, hay corrientes posteriores, que superan el humanismo y apuestan por la ciencia y la tecnología, como el poshumanismo y el transhumanismo. Estás corrientes niegan una especial dignidad al hombre, que es considerado como un eslabón más en la escala evolutiva, equiparando con ello al ser humano con los animales.

En todo caso señala de Torres que desde Darwin el llamado «excepcionallismo» humano ha quedado desacreditado y cada vez resulta más evidente que respecto a los animales nos separan cualidades de grado y no rasgos exclusivos. Este distinto enfoque que nos ofrece la biología, provoca que desde la filosofía se haya replanteado el concepto tradicional de dignidad humana, e incluso que desde ciertos foros se haya defendido la existencia de una dignidad animal y la consiguiente atribución de derechos. Este reconocimiento de una dignidad animal vendría unido a la constatación científica del hecho de que los animales puedan tener conciencia, capacidad de sufrimiento y, de ser así, en qué grado. Ciertamente, desde Bentham en el siglo XVIII se reconoce capacidad de sufrimiento al animal, en cuanto siente el dolor físico,

ahora se investiga si determinadas especies de animales también pueden experimentar dolor psíquico.

Ante esta situación, entramos en el capítulo 2: «¿Es la dignidad el concepto delimitador? ¿Pueden tener dignidad los animales?». El autor aquí se mueve entre lo jurídico y lo científico. Comienza delimitando el papel de la dignidad en toda esta materia. Partiendo de que es un concepto polisémico, deja claro que el animal no es un sujeto de derecho. De hecho, tanto en la Unión Europea, ya desde la Resolución de 21 de enero de 1994 sobre bienestar animal, como en distintas regulaciones jurídicas de nuestro entorno, como en Suiza, se recoge en la ley el concepto «dignidad animal». Sin embargo, en el propio Código Civil suizo regula el nuevo estatuto jurídico de los animales señalando la aplicación subsidiaria del derecho de cosas. Por tanto, cuando estas leyes refieren el concepto «dignidad» aplicado a los animales, debe tener un significado distinto a cuando se aplica a seres humanos. Por ello, y teniendo en cuenta los últimos avances científicos, el autor considera que junto al concepto dignidad humana, podría introducirse en los textos jurídicos el concepto «dignidad animal» entendidos ambos como conceptos distintos. De hecho, este concepto de dignidad implicaría la facultad del animal a llevar una vida propia de su especie, en la línea con lo que se denomina «bienestar animal». Se trata de un concepto de dignidad cercano a la teoría de las capacidades que predica en Premio Nobel Amartya Sen pero aplicado a los animales tal como hace su discípula Martha Nussbaum.

En todo caso, el profesor de Torres considera que lo que no sería viable sería equiparar la dignidad humana a la animal pues esto último nos llevaría a una crisis humanista, que pondría en jaque nuestro propio sistema político, pues ¿Dónde colocar los derechos humanos si su base es la dignidad? Ante ello, se considera que la dignidad es un concepto polisémico, y que así entendido se podría atribuir en un cierto grado a los animales. Tampoco comparte plenamente concepción kantiana, pues cabe preguntarse si la excepcionalidad humana puede justificarse simplemente por el hecho de tener una capacidad de razón avanzada. Termina este capítulo poniendo de manifiesto las carencias que el pensamiento filosófico sigue presentando a la hora de justificar la especialidad humana y las relaciones entre el hombre y los animales. En este punto hace referencia a Schopenhauer así como a la filosofía oriental que encuentra en la «compasión» la medida y fundamento para encauzar las relaciones del ser humano con su entorno y muy especialmente los animales, compasión entendida como la no tolerancia del sufrimiento ajeno. Fundamento que no encontramos igualmente extendido en la filosofía occidental.

En línea con lo anterior, comenzamos con el capítulo 3 «¿Qué trato merecen los animales?». Moviéndose entre la filosofía, la ciencia y el derecho, por un lado, parte del hecho de el concepto de dignidad de Kant está superado y hay que revisarlo para determinar lo que es; por otro, de la constatación científica de que hay animales con sistema nervioso evolucionado que pueden sentir; para terminar preguntándose ¿Cómo y en qué extensión deben quedar protegidos los animales?

A lo largo del XIX se protegía el sufrimiento animal como medio de proteger a la propia naturaleza humana. Ahora se trata de proteger al animal dándole un trato adecuado, lo que no implica otorgarlos derechos, ni elevarlos a la categoría de personas, sino que se busca determinar los deberes del hombre para con los animales. En este punto, destaca como en el extremo de la defensa animal está la lucha del movimiento animalista radical que lucha por abolir la cautividad y el cese de toda experimentación con animales. Frente a él, el

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 13, califica el animal como ser sensible y obliga a los Estados miembros a procurar su bienestar. En esto se está hoy en la mayoría de los países, por el bienestar animal. El bienestar animal es una nueva faceta de protección de los animales que trata de lograr que éstos tengan calidad de vida conforme a sus necesidades ecológicas. Es cierto que la explotación animal afecta al hábitat humano y que la investigación animal les crea, a los animales, un sufrimiento pero ambos se justifican por los beneficios que se obtienen de ellos, deben limitarse el sufrimiento al mínimo. En este punto es interesante el análisis que hace de la tesis de las 3 «R». Mayor problema tiene justificar determinados supuestos de costumbre popular que causan también sufrimiento como el circo o los toros. El autor, posicionándose en esta línea, entiende que lo mejor para proteger a los animales es darles una existencia aceptable pero no considerarlos personas y ahí debe estar la regulación en un futuro.

Finalmente, en su capítulo IV entra en el estudio jurídico de la consideración de los animales, concretamente, en el Derecho civil. Parte de la necesidad de superar la configuración de los animales como cosas muebles, semovientes del Código civil atendiendo a los artículos 13 y 191.3.^º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Hasta ahora, el ámbito jurídico que se ha preocupado con mayor detenimiento del estudio de los animales es el Administrativo, dado que el anclaje constitucional se hacía a través del medio ambiente. Sin embargo, en el ámbito Civil esta materia no ha sido aún abordada, por ello defiende la necesidad de una Ley estatal de mínimos de bienestar animal que acompañe la modificación del Código civil, ley estatal que convergerá con las diferentes Leyes autonómicas con competencia en el tema (art. 149.1.23 y 45 CE). Esa ley, que conformaría el estatuto jurídico animal debe tener 3 premisas: 1. Todo hombre tiene deberes con los animales; 2. La pertenencia a una especie no permite negar derechos a otros individuos diferentes; 3. Los animales, a diferencia de otros seres vivos, sufren.

Partiendo de estas 3 premisas, surge un problema: ¿Cómo enfocar el estatuto jurídico? Hay varias posturas:

– Protección animal sin reconocimiento de derechos, tal y como se hace con la flora o el medio ambiente. No cabe equiparar animales y personas porque hay diferencias notables en las cualidades de grado. El respeto al bienestar animal deriva de la connatural compasión humana, el animal no tiene autoconciencia para tener un propósito de vida. Esta protección podría estar sometida a una regulación sectorial como en la Unión Europea o bien a máximas del utilitarismo moderno: reducir el sufrimiento animal.

– Protección animal con atribución de derechos innatos e inalienables por su dignidad. El animal tiene derecho a llevar una vida propia de su especie. No obstante, científicamente no todos los animales podrían tener derechos. Para distinguir los que tienen derechos de los que no hay varios criterios: a) Por la capacidad de experimentar sufrimiento emocional (animales con corteza prefrontal); por el estrés; b) Por la capacidad de autoconciencia o autorreconocimiento (primates y urracas); c) Por la cercanía en la escala evolutiva en los mamíferos con sistemas nerviosos (cabrían distintas especies: delfines, cetáceos; elefantes, etc.); d) Por la extensión de los derechos innatos de la persona a todos los mamíferos capaces de sentir dolor; e) Por la atribución de derechos a todos los animales iguales a las personas.

Todas estas dificultades se deben a la dificultad de desconectar el derecho subjetivo de tener dignidad. Habría que construir algo diferente para la protección animal.

En el ámbito europeo, ya se han realizado reformas sobre la consideración animal en el Derecho civil. Así, el autor analiza el Derecho civil de los Países Nórdicos y de Reino Unido como los países pioneros y manifiesta como en Europa hay dos modelos: Los que simplemente niegan el carácter de cosa a los animales (Austria, Alemania, Suiza y Chequia) y los que presentan un posicionamiento positivo, no meramente negacionista, como Francia o Portugal. En España es necesaria una modificación del Código civil, siguiendo las reformas del Código penal y del Derecho Administrativo para crear un estatuto jurídico animal en concordancia con el mandato del artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De hecho, actualmente, existe la Proposición de Ley 122/000134, de 2017, que sigue el modelo portugués al considerar el animal como ser vivo sensible al que debe procurarse el bienestar animal y que, en caso de laguna, se le aplica la regulación de las cosas (art. 333), proposición que debido a la inestabilidad legislativa de los últimos tiempos aún no ha podido ser aprobada. En este capítulo, el autor analiza las normas del Código que van a quedar modificadas con esta reforma, detallando su contenido como la denominación del libro II: «De los animales, los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones» y el título I: «De la clasificación de los animales y bienes». En este título quedan afectados los artículos 333, 334, 6.º, 431, 432, 438, 465. Semánticamente también se modifican los artículos 346, 355, 357 y 499. También se modifica el libro III, en los artículos 610, 611 y 615. También, el libro IV queda modificado en materia de saneamiento: artículo 1484, 2.º respecto a los vicios ocultos de animal vendido así como el 1492 y 1493. No obstante, critica el olvido del legislador de los artículos 1491, 1494 a 1499. Actualmente, existen muchas disputas sobre los animales de compañías en casos de crisis del matrimonio o de pareja. La proposición prevé la reforma del Código civil en este ámbito y se modifica el artículo 90 incluyendo un nuevo apartado, C, con los animales de compañía y el artículo 103, 2.º en cuanto a medidas provisionales sobre los animales. Aquí el autor, destaca como la resolución de todas las polémicas judiciales con animales depende del concepto de animal de compañía que se adopte, y que es diferente al de animal doméstico que vive en la casa, concepto recogido del Convenio Europeo de 1987, lo importante no es la especie del animal sino su función en la familia. Un animal de una misma especie, por ejemplo un pastor alemán, puede merecer un distinto grado de protección jurídica según sea la función que ejerza, así por ejemplo no es lo mismo si su labor es de pastoreo de rebaño, si vive en estado salvaje o si es un animal de compañía que vive en un hogar familiar.

La proposición del Ley también modifica otras normas como la Ley Hipotecaria, cuyo artículo 111 determina que los animales no son hipotecables salvo pacto. Pero, se ha olvidado la reforma del artículo 1864 CC o del artículo 52 Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. También se modifica el artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohibiendo el embargo de animales de compañía, olvidando la reforma del artículo 727 sobre depósito de animales. El autor propone también integrar en la proposición una posible sucesión del animal de compañía mediante un fideicomiso de residuo, ante la imposibilidad de aplicar la figura norteamericana del Pet Trust.

Ante todo esto, el autor señala que es necesario desarrollar un estatuto jurídico del animal cuya protección se extienda a diferentes ámbitos, más

ambicioso que la proposición dado que ésta sólo descosifica al animal, si bien reconoce el poco margen del legislador ante el debate científico y el escaso debate jurídico. Actualmente, hay varias posturas sobre la colocación del estatuto animal: a) Colocación en el libro 2.^º del Código civil diferenciando los animales de las cosas, reconociendo dignidad al animal distinta a la dignidad humana sin ser sujeto de derecho; b) Colocación entre los libros 1 y 2: sería una posición intermedia. Habría animales con derechos y otros sin derechos. ¿Cuáles?; c) Colocación en el libro I: posición radical otorgando al animal derechos y dignidad como sujeto de derecho igual que la persona. Para el profesor de Torres, debe crearse una categoría nueva, distinta a la persona y la cosa, una categoría especial.

Finalmente, nos da pautas para el nuevo estatuto jurídico animal, en el que se debe garantizar el cumplimiento de los deberes del hombre con los animales para evitarles sufrimiento y procurarles una vida próspera. Estas pautas son las siguientes: 1. Coordinación de toda la regulación jurídica de los animales: constitucional, administrativa, penal, etc. 2. Falta conocimiento científico para calificar al animal como sujeto de derecho. 3. Debe dotarse de protección general al animal sintiente con normativa sectorial que regule la explotación y bienestar animal, atendiendo a su función y no a su especie. 4. La relación hombre-animal debe condicionarse por circunstancias fácticas, no morales. 5. En la relación hombre-animal hay 3 categorías según el tipo de animal: a) Máximo compromiso para animales de compañía; b) Protección de animales salvajes en sus hábitats; y, c) Controlar la movilidad y acceso de los animales liminales.

La conclusión final del profesor de Torres Perea es que, ante el amplio abanico de opciones legislativas para proteger a los animales, debe comenzarse por sancionar la descosificación y debatir profundamente atendiendo a los criterios científicos. El Proyecto de Ley aún en tramitación ha llegado tan lejos como podía; el siguiente paso sin duda será regular un estatuto jurídico propio para los animales, distinto al de persona y distinto al de cosas, sin embargo el avance del conocimiento científico aún no está a la altura suficiente para poder proveer al legislador y jurista de herramientas definitivas para la elaboración de dicho estatuto. Por tanto, entramos en un periodo de debate, en el que los juristas debemos trabajar conjuntamente con biólogos y filósofos para poder construir dicho estatuto sobre bases firmes y ciertas. Mientras tanto, la aprobación del proyecto de ley anunciado será un avance significativo, para acabar con este olvido de 2000 años de la realidad animal por parte del Derecho civil. La protección jurídica del animal debe integrarse por las normas europeas y nacionales (administrativa, penal y civil) mediante un estatuto jurídico del animal que respete su naturaleza como ser sintiente. Sin duda la apelación a la «compasión» como justa medida para regular el trato de los hombres hacia los animales, sería una herramienta efectiva si viviéramos en una sociedad lo suficientemente avanzada. Sin embargo, estamos lejos de ello, y en este punto, algunas sociedades y filosofías orientales, están mucho más evolucionadas que la nuestra.

Como el lector puede comprobar, de lo dicho hasta aquí, estamos ante una obra que nos permitirá observar con perspectiva histórica la polémica de las relaciones entre humanos y animales y la protección jurídica de estos últimos, una polémica tan vieja como la propia humanidad. Además, por primera vez, se comienza un libro jurídico sobre animales con un estudio sobre la consideración del animal, tanto en el ámbito filosófico como científico, lo que nos permite tener un mayor conocimiento de las capacidades y cualida-

des de los animales. Pero, como el propio autor reconoce, es difícil tomar una postura definitiva sobre el tema y habrá que estar a lo que el legislador decida a la vista de los avances científicos y las distintas posturas filosóficas. Sin duda, se presenta un debate jurídico-científico acalorado donde claramente ha de influir la presión social del momento sobre la protección del animal.

La obra del profesor de Torres, además de presentarnos los distintos problemas en torno a la conceptuación de los animales, las razones de su protección y su posible dignidad como sujeto de derecho, a lo largo de los siglos, nos muestra el fenómeno desde el punto de vista comparado, para lo que utiliza con gran maestría bibliografía no sólo española y continental, sino también anglosajona y nos detalla las polémicas entre los autores ingleses y norteamericanos y su influencia en Europa.

Junto a la rigurosidad del tratamiento de los problemas, es de destacar la soltura y el dominio con los que el autor utiliza los conceptos y va enlazando las distintas posturas, poniéndolas en relación a la hora de dar respuesta a las diferentes hipótesis que presenta. Ello dota a la obra de gran uniformidad y coherencia, lo que se agradece por el lector, que en ocasiones, con tantos conceptos filosóficos y científicos, puede llegar a confundirse.

Finalmente, no sólo expone la situación del Derecho español, sino que nos aporta, desde un punto de vista crítico, también soluciones de *lege ferenda*. Ve bien en su mayor parte la proposición de ley de protección animal de 2017, pero manifiesta sus defectos y lagunas, lo que debería ser atendido por el legislador a la hora de discutirlo en las Cortes.

En conclusión, se puede afirmar, que estamos ante una obra que merece ser tenida en cuenta por las autoridades a la hora de enfrentarse al debate sobre la regulación jurídica que deben tener los animales y su consideración como objeto o sujeto de derecho. Pero también es una buena obra para aquellos profesionales que pretendan estudiar o conocer la situación legal actual de los animales en España y las deficiencias jurídicas existentes, así como las discordancias entre las diferentes normas. La importancia de la protección animal es hoy en día un objetivo fundamental de cualquier sociedad, y el legislador español es uno de los que todavía no se ha puesto a ello de forma íntegra y básica, mediante la regulación del Código civil, por lo que con esta obra podemos conocer y tener los datos suficientes para fijar cómo hacerlo y qué normas debemos cambiar.

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

Revistas españolas

Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (Catedrático de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ (Profesor Ayudante Doctor, acreditado a Profesor Contratado Doctor, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Davinia CADENAS OSUNA (Investigadora postdoctoral Juan de la Cierva-formación, Acreditada a Profesora Contratada Doctora, Universidad de Málaga)

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte General. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. 4. Arrendamientos. 5. Responsabilidad civil. 6. Derechos reales. 7. Propiedad horizontal. 8. Propiedad intelectual e industrial. 9. Derecho inmobiliario registral. 10. Derecho de familia. Matrimonio y régimen económico-matrimonial. 11. Patria potestad y filiación. 11. Alimentos. 12. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Derecho de sociedades. 2. Contratación mercantil y títulos-valores. 3. Derecho concursal. 4. Derecho bancario y bursátil. 5. Derecho de la competencia. 6. Derecho de seguros.–III. *Derecho y nuevas tecnologías. Derecho digital.*–IV. *Derecho de los consumidores.*–V. *Derecho urbanístico.*–VI. *Derecho del medio ambiente.*–VII. *Derecho procesal.*–VIII. *Derecho de la Unión Europea.*–IX. *Derecho comparado.*–X. *Varia.*

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

CADORNA GUASH, Olga: «Semblanza del Derecho civil de las Comunidades Autónomas», en *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-33.

GARCÍA RUBIO, María Paz: «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat», en *RDC*, vol. 6, núm. 4, 2019, pp. 1-43.

LLAMAS POMBO, Eugenio: «Una mirada al viejo Código Civil desde el posthumanismo y la globalización», en *PDD*, núm. 141, 2019.

TENA PIAZUELO, Isaac: «Los intentos actuales para recodificar el Derecho privado español», en *RGLJ*, núm. 4, 2019, pp. 571-590.

DERECHO DE LA PERSONA

ALÍA ROBLES, Avelina: «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», en *AC*, núm. 2, 2020.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Datos personales: apuntes sobre la autorización para su recogida y tratamiento, la impugnación del consentimiento prestado y la reclamación por daños sufridos a consecuencia del mismo», en *RdPat*, núm. 51, 2020.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «La transexualidad, hoy: un ejemplo de interpretación sociológica o evolutiva (Comentario a la Instrucción de la DGRYN de 23 de octubre de 2018 y a su posible legitimación constitucional desde la STC 99/2019, de 18 de julio)», en *RDP*, núm. 2, 2020, pp. 69-117.

CLIMENT GALLART, Jorge Antonio: «La videovigilancia encubierta en los puestos de trabajo, a la vista de la STEDH en el caso López Ribalda y otros contra España», en *RDNT*, núm. 52, 2020.

CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 13-90.

DE LA IGLESIAS MONJE, María Isabel: «Apunte jurisprudencial sobre la curatela en supuestos de incapacidad parcial», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1141-1153.

FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis: «La protección de datos y la función pública notarial», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 109-235.

MARCHESE, Alberto y VESTO, Aurora: «El “testamento vital” en el Derecho italiano: aspectos normativos y cuestiones morales», en *RDP*, núm. 2, 2020, pp. 41-67.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Derecho a la propia imagen versus libertad de información en redes sociales: la STC 27/2020, de 24 de febrero», en *AC*, núm. 4, 2020.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: «Los derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad», en *RDP*, núm. 5, 2019, pp. 3-46.

NAVAS NAVARRO, Susana: «Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado “testamento digital”», en *RDP*, núm. 1, 2020, pp. 59-88.

NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: «Menor de edad e inteligencia artificial avanzada. Nuevos desafíos jurídicos», en *AC*, núm. 12, 2019.

PALLARÉS NEILA, Javier: «La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica», en *AC*, núm. 3, 2020.

PAU PEDRÓN, Antonio: «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», en *RDC*, vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 3-29.

PEREIRA PÉREZ, Joanna: «La “autorregulación de la protección” y la nueva configuración de las medidas preventivas en la reforma proyectada para el Código civil español», en *RDP*, núm. 1, 2020, pp. 89-113.

PLAZA PENADÉS, Javier: «Reflexiones sobre la nueva normativa de protección de datos de California», en *RDNT*, núm. 52, 2020.

SÁNCHEZ POS, Antonio: «El control judicial periódico de los internamientos no voluntarios (1)», en *AC*, núm. 3, 2020.

SILLERO CROVETTO, Blanca: «La rectificación registral del sexo y nombre de niñas, niños y adolescentes trans: presente y futuro», en *RDC*, vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 141-172.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «La aplicación práctica de la cláusula de vencimiento anticipado: STS de 11 de septiembre de 2019. Final del recorrido», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 650-673.

ALONSO BUZO, Roberto: «Otras cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario: Mapa de la abusividad y de la transparencia: cláusula sobre el cómputo de interés a 360. Cláusula de consentimiento para la consideración de título ejecutivo de cuantas copias autorizadas o testimonios solicite el banco», en *AC*, núm. 4, 2020.

ALONSO PÉREZ, María Teresa y CALDUCH GARGALLO, Manuel: «La aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios jurídicos», en *RDP*, núm. 1, 2020, pp. 3-20.

AZOFRA VEGAS, Fernando: «La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 717-780.

BARCELÓ COMpte, Rosa: «La ¿nueva? perspectiva sobre la rescisión por lesión en el Código civil de Cataluña», en *RJC*, núm. 3, 2019, pp. 607-630.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel: «Obstáculos a la eficacia del régimen sancionador en materia de condiciones generales y cláusulas predispuestas», en *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-28.

DURÁN VARGAS, María Salud y BLANCO GONZÁLEZ, Gabriel: «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 *AC*, núm. 4, 2020.

ESTEVE PARDO, María Asunción: «Culpa e incumplimiento contractual: del Código Civil al moderno derecho de contratos: especial referencia a los contratos de prestación de servicios», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 91-126.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Problemática de la falta de inscripción del título del vendedor en las compraventas inmobiliarias», en *AC*, núm. 12, 2019.

- «El derecho de retención sobre la finca arrendada en el juicio de desahucio por impago de rentas», en *AC*, núm. 1, 2020.
- GARCÍA MICO, Tomás Gabriel: «Comentario a las conclusiones del abogado general Szpunar sobre la cláusula IRPH», en *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-16.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El Nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», en *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-7.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 530-543.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar: «Condiciones generales de contratación, servicios digitales, consumidor», en *AC*, núm. 12, 2019.
- IZQUIERDO GRAU, Guillem: «La posible abusividad de la cláusula de afianzamiento solidario con renuncia expresa de los derechos de excusión y de división», en *RDP*, núm. 4, 2019, pp. 51-67.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Breve introducción a la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 3127-3154.
- «El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019», en *RCDI*, núm. 777, pp. 589-621.
- LEGERÉN-MOLINA, Antonio: «Reserva de dominio y derechos del comprador», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 261-305.
- LI, Yun: «La suspensión del cumplimiento: comparación entre la excepción por inseguridad (o la excepción por incertidumbre), la exceptio non adimpleti contractus y el incumplimiento anticipado», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 225-252.
- LOZANO GAGO, María de la Luz: «La STS de 11 de septiembre de 2019: vencimiento anticipado y seguridad jurídica. ¿Ordenando el caos? Luces y sombras», en *AC*, núm. 11, 2019.
- MARTÍN FUSTER, Jesús: «El Control judicial de cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias», en *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-25.
- MARTÍN FUSTER, José Manuel: «La usura y su apreciación de oficio», en *AC*, núm. 2, 2020.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La cesión de créditos y los problemas de legitimación activa en la reclamación al deudor», en *AC*, núm. 1, 2020.
- «Responsabilidad de la entidad bancaria por las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas para uso residencial: distinción entre avalista y receptora de cantidades: Comentario a la STS 653/2019, de 10 de diciembre (JUR 2019, 341287)», en *RdPat*, núm. 51, 2020.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. y GALLEGOS FERNÁNDEZ, Luis Antonio: «Contratos automatizados, cadenas de bloques y registros de la propiedad», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 851-957.

MÉNDEZ TOJO, Ramón: «El contrato de préstamo hipotecario denominado en divisas o “hipoteca multidivisa”: un nuevo revés judicial a la banca», en *AC*, núm. 3, 2020.

MOLINS SANCHO, Francisco: «El contrato de mantenimiento de ascensores: análisis de la STS de 17 de septiembre de 2019 acerca de la duración excesiva del contrato», en *RDC*, vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 173-213.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1386-1404.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «El negocio jurídico fiduciario y la Dirección General de los registros y del notariado en Resolución de 13 de junio de 2018», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 505-515.

PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «IRPH y caos aplicativo: un comentario a la STJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, Asunto Gómez del Moral Guasch», en *AC*, núm. 3, 2020.

PÉREZ VALLEJO, Ana María: «Swap de inflación: déficit informativo e incorrecto asesoramiento. Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios (ex art. 1101 CC): Comentario a la STS núm. 303/2019, de 28 de mayo (RJ 2019, 2167)», en *RdPat* núm. 51, 2020.

RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores», en *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 1-86.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Nulidad por abusiva de la cláusula “no show” del contrato de transporte aéreo de pasajeros», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 3093-3107.

— «Nulidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 564-575.

SALVADOR CODERCH, Pablo y GARCÍA MICÓ, Tomás Gabriel: «Concepción contextual de la buena fe contractual», en *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 1-28.

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Condiciones generales de contratación en los servicios digitales: adaptación a la nueva normativa comunitaria», en *AC*, núm. 12, 2019.

VIGIL FERNÁNDEZ, Carlos: «Contratos para la comunicación en redes sociales», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 959-1010.

ARRENDAMIENTOS

ARGELICH COMELLES, Cristina: «Una reformulación comparada del arrendamiento de vivienda: la oportunidad perdida del Real Decreto-ley 7/2019», en *AC*, núm. 1, 2020.

BETHENCOURT RODRÍGUEZ, Geraldine: «La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 3040-3060.

FERRER RIBA, Josep: «¿Está obligado al pago de la renta el arrendatario que ejercita el retracto judicialmente?», en *AC*, núm. 3, 2020.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «¿Es válida la adenda de prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda con pacto de incremento de renta?», en *AC*, núm. 11, 2019.

- «Cláusula rebus sic stantibus y arrendamiento de local de negocio. La posible suspensión del contrato», en *AC*, núm. 4, 2020.
- «La eficacia extintiva de la notificación de resolución del contrato de arrendamiento de vivienda por no uso», en *AC*, núm. 2, 2020.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Ejecución hipotecaria y arrendamiento de vivienda tras los Reales Decretos-leyes 21/2018 y 7/2019», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1319-1345.

MOLINA ROIG, Elga: «La regulación del sistema de contención de rentas a la luz del Decreto Ley 9/2019», en *AC*, núm. 11, 2019.

- «Doble obligación de ofrecer un alquiler social», en *AC*, núm. 4, 2020.

PÉREZ VALLEJO, Ana María: «Validez y eficacia de arrendamiento de bien ganancial otorgado sin la intervención de los partícipes en la comunidad posganancial y hereditaria», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1239-1264.

RESPONSABILIDAD CIVIL

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «La responsabilidad civil en la violencia de género», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 3108-3126.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Daños en el derecho de familia: la ocultación de la paternidad no biológica del hijo», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1154-1204.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «La ocultación de la madre de sus dudas sobre la paternidad y el daño moral», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 465-478.

FERRARI PUERTA, Alberto José: «Acoso escolar y responsabilidad civil extracontractual», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1013-1061.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen: «Las vías para reclamar ante una negligencia médica. Especial consideración a la doctrina de la STS, Sala 1.^a, de 5 de junio de 2019, sobre la acción directa en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración», en *RDC*, vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 31-68.

GIL ARAGÓN, Luis: «Responsabilidad en el uso de inteligencias artificiales», en *PDD*, núm. 141, 2019.

MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad del consorcio de compensación de seguros por daños causados por riesgos extraordinarios», en *PDD*, núm. 141, 2019.

MONTERROSO CASADO, Esther: «El deber de diligencia exigible en la responsabilidad civil del abogado: la ausencia de ejercicio de la acción en el plazo legal», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 576-588.

PERANDONES ALARCÓN, María: «Prueba de la culpa versus prueba de la diligencia: de nuevo sobre la responsabilidad civil objetiva, a propósito de la STS 294/2019, de 27 de mayo», en *AC*, núm. 3, 2020.

PÉREZ CUESTA, Rocío: «Del método de las “condenas cruzadas” en los daños personales, al “resarcimiento fraccionado” en los daños materiales: Evolución de la doctrina del TS en los daños recíprocos sin culpa probada», en *AC*, núm. 11, 2019.

RAMOS GUTIÉRREZ, Mercedes: «Acciones de protección ante daños a la memoria defuncta», en *PDD*, núm. 141, 2019.

DERECHOS REALES

FERNÁNDEZ DE LA VEGA, Pablo: «Problemas que plantea la titulización del crédito hipotecario respecto a la legitimación para accionar en juicio», en *AC*, núm. 12, 2019.

GARCÍA MAYO, Manuel: «La intransmisibilidad como rasgo esencial de los derechos reales de uso y habitación», en *RDP*, núm. 5, 2019, pp. 47-75.

MARAÑÓN ASTOLFI, María: «La prenda en garantía de créditos futuros: Comentario a la STS de 30 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3681)», en *RdPat*, núm. 51, 2020.

MAS BADÍA, María Dolores: «Los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: una propuesta de regulación sistemática en el Código Civil», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 127-191.

MILLÁN SALAS, Francisco: «Los derechos de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Rústicos», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1205-1238.

MORETÓN SANZ, María Fernanda: «Créditos hipotecarios de consumidores y Ley 15/2019: uso residencial, subrogación y acta de información precontractual», en *RdPat*, núm. 51, 2020.

PROPIEDAD HORIZONTAL

BAREA MONCHOLI, Rosa Desamparados: «Vecinos morosos y monitorio: especial referencia a los obligados al pago y embargo preventivo: STS, Sala 1.^a, de lo Civil, de fecha de 22 de abril de 2015 (1)», en *AC*, núm. 2, 2020.

BETHENCOURT RODRÍGUEZ, Geraldine: «La comunidad de propietarios ante el fenómeno del alquiler vacacional», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 3040-3060.

MAGRO SERVET, Vicente: «Responsabilidad y obligaciones ante daños causados por falta de conservación y reparación de elementos comunes de uso privativo», en *AC*, núm. 11, 2019.

NASARRE AZNAR, Sergio Simón y MORENO, Héctor: «Los efectos de diez años de crisis en las comunidades de propietarios», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1065-1100.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN, Javier: «El límite de copia privada. Evolución histórica y construcción actual», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 109-138.

GIMENO BEVIÁ, Vicente: «Los vinos de pago: marco jurídico y conflicto entre denominación de origen y marcas registradas», en *RDM*, núm. 315, 2020.

MORÁN MARTÍNEZ, Liudmila: «La anotación en sede de propiedad industrial: realidad en Cuba», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 211-235.

ORDELÍN FONT, Jorge Luis y VARELA MAYOR, Arletys: «Peculiaridades del registro de los derechos de autor: su relación con el requisito de la originalidad», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 237-267.

OROZCO GONZÁLEZ, Margarita: «Problemática de la responsabilidad penal en los derechos de explotación económica del autor: el caso “Seriesyonkis”», en *AC*, núm. 4, 2020.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «La libertad de creación: apuntes sobre una libertad relativamente desconocida», en *RJNot*, núm. 314, 2019, pp. 29-92.

TATO PLAZA, Anxo: «Libertad de expresión y prohibición de registro de marcas contrarias al orden público o a las buenas costumbres», en *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 1-27.

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (III): el principio de inscripción gráfica», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 195-244.

FEMENÍA LÓPEZ, Pedro José: «Legitimación activa en la declaración de obra nueva», en *RDP*, núm. 6, 2019, pp. 3-37.

GARCÍA VILA, José Antonio: «La protección registral del cessionario de crédito hipotecario», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 279-348.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «El Registro de Bienes Muebles en España: contribución a la financiación de la propiedad privada (incipiente)

- temente introducida en Cuba», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 61-99.
- MARTÍNEZ BARREIRO, Jhosvany y GAYOSO ROSABAL, Regino Antonio: «El Registro de la Propiedad Inmobiliaria, un instrumento indispensable en el desarrollo inmobiliario urbano», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 157-182.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. y GALLEGOS FERNÁNDEZ, Luis Antonio: «Contratos automatizados, cadenas de bloques y registros de la propiedad», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 851-957.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: «El Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de la “blockchain”», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 2905-2941.
- RAGA SASTRE, Nuria: «Retos del Registro de la Propiedad en materia de protección de datos y nuevas tecnologías», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 269-303.
- SABENE, Sebastián E.: «Desafíos actuales de los registros inmobiliarios: modernización, servicio público eficiente y seguridad jurídica», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 341-369.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen: «Del derecho a la intimidad, la protección de datos personales y la publicidad inmobiliaria registral», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 371-385.

DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

- ALARCÓN PALACIOS, Yadira Elena: «Capitulaciones y rupturas de pareja en Colombia: una revisión de la autonomía privada y sus límites frente al desarrollo en España, Estados Unidos e Inglaterra», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 45-108.
- MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario: «Los efectos del afianzamiento de un préstamo en la sociedad de gananciales: en especial la fianza del préstamo hipotecario», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 2805-2850.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Sobre la determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en los supuestos de separación de hecho», en *AC*, núm. 3, 2020.
- PÉREZ VALLEJO, Ana María: «Validez y eficacia de arrendamiento de bien ganancial otorgado sin la intervención de los partícipes en la comunidad posganancial y hereditaria», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1239-1264.
- SALAR SOTILLOS, María José: «¿Familia o familias? Diversificación de la institución familiar (1)», en *AC*, núm. 12, 2019.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «El matrimonio de las personas con discapacidad. Reflexiones críticas sobre las últimas reformas del artículo 56.2.º del Código civil», en *RDP*, núm. 1, 2020, pp. 21-57.

PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «La administración ordinaria de los bienes de los hijos: su actualización en la propuesta de Código Civil», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 2751-2782.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 479-529.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Maternidad subrogada: cuestiones éticas y registrales que suscita la gestación por sustitución y la inscripción del nacimiento en el supuesto de gestación mediante vientre de alquiler», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 379-434.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «La supresión de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos y pupilos: ¿Un craso error del legislador?», en *RDC*, vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 103-139.

ALIMENTOS

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «La nula atención de los hijos hacia sus padres ¿excusa para extinguir el derecho de alimentos de padres a hijos?», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 2987-2998.

MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «Discutible aplicación de la doctrina del retraso desleal en un caso de alimentos», en *RDP*, núm. 2, 2020, pp. 21-39.

SÁNCHEZ LINDE, Mario: «La extinción de la obligación de alimentos por causa imputable al alimentista», en *AC*, núm. 1, 2020.

DERECHO DE SUCESIONES

ARNAU RAVENTÓS, Lídia: «Les Formes de l'acceptació del títol successori», en *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 1-34.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El divorcio o cese de la convivencia y su relevancia sobre la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja de hecho», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 2999-3039.

BOTELLO HERMOSA, Pedro: «La importante modificación que propone en el derecho sucesorio español el anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 2783-2804.

— «La nueva tangibilidad cuantitativa de la legítima estricta propuesta por el Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Legislación de Reforma de la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad», en *RDP*, núm. 4, 2019, pp. 33-50.

- CARBAJO GONZÁLEZ, Julio: «Vigencia actual de las sustituciones pupilar y ejemplar», en *RDP*, núm. 6, 2019, pp. 39-77.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «El testamento mancomunado. Análisis comparado de los ordenamientos forales y regulación en la propuesta de Código civil de la APDC», en *RDP*, núm. 5, 2019, pp. 77-109.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, María del Carmen: «La legítima en el Derecho sucesorio español y sus consecuencias, a debate», en *RDP*, núm. 2, 2020, pp. 3-20.
- CORVO LÓPEZ, Felisa María: «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», en *RDC*, vol. 6, núm. 4, 2019, pp. 135-170.
- CREMADES GARCÍA, Purificación: «Sustitución fideicomisaria y patrimonio empresarial», en *RDP*, núm. 4, 2019, pp. 69-108.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Antonio: «Alteración sobrevenida de las cualidades subjetivas del instituido heredero, o del nombrado como legatario, como posible causa de ineffectuación del llamamiento sucesorio testamentario en el ámbito registral: Comentario a la doctrina “resistente” de la DGRN posterior a las Sentencias del TS de 26 y 28 de septiembre de 2018», en *RdPat* núm. 51, 2020.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «El artículo 831 del Código Civil», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 237-262.
- GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel: «Reglas de administración del paquete accionarial adquirido por una sucesión mortis causa: a propósito de la STS núm. 383/2016, de 6 de junio», en *AC*, núm. 11, 2019.
- GONZÁLEZ VALVERDE, Antonio: «En torno a la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad o comunidades ordinarias», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 781-850.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «Las disposiciones testamentarias condicionales y modales: cuando el testador quiere “afinar” su voluntad», en *RDP*, núm. 5, 2019, pp. 111-146.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «El nuevo derecho civil foral sucesorio: la codificación navarra, aragonesa y gallega y la ineffectuación “ope legis” de disposiciones testamentarias hechas en favor de la ex pareja, sea matrimonial o de hecho y se haya producido disolución del vínculo o la separación sea fáctica», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 3061-3092.
- «Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriencia de heredero testamentario», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 544-563.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado “testamento digital”», en *RDP*, núm. 1, 2020, pp. 59-88.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: «Estudio de las nuevas causas de indignidad sucesoria introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *AC*, núm. 12, 2019.

OTERO CRESPO, Marta: «La sucesión en los “bienes digitales”. La respuesta plurilegislativa española», en *RDC*, vol. 6, núm. 4, 2019, pp. 89-133.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Un paso más hacia la flexibilización de las causas de desheredación del Código Civil (Comentario a la STS 104/2019, de 2 de febrero)», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 517-528.

TENA PIAZUELO, Isaac: «La sucesión por testamento mancomunado o de hermandad en el nuevo derecho civil vasco», en *RDC*, vol. 6, núm. 4, 2019, pp. 45-88.

DERECHO MERCANTIL

DERECHO DE SOCIEDADES

ALCOVER GARAU, Guillermo: «El concepto jurisprudencial de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución de las que son responsables solidarios los administradores de las sociedades de capital ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Comentario crítico a las sentencias del Tribunal Supremo 225/2019, de 10 de abril, y 420/2019, de 15 de julio», en *RDS*, núm. 58, 2020.

— «La cercenación del alcance del derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada ejercido durante la junta general realizada por la jurisprudencia menor», en *RDM*, núm. 315, 2020.

BAGO ORIA, Blanca: «El socio que no lo era y los dividendos encubiertos. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de octubre de 2019», en *RDS*, núm. 58, 2020.

BEDNARZ, Zofia: «El uso de la tecnología blockchain en las sociedades cotizadas: la implicación de los accionistas», en *RDS*, núm. 58, 2020.

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «El carácter dispositivo del nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: principales consecuencias», en *RDM*, núm. 315, 2020.

FACHAL NOGUER, Nuria: «El derecho de separación como mecanismo de protección del socio: propuesta para combatir las situaciones de abuso», en *RDM*, núm. 314, 2019.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La prevención registral del riesgo de confusión entre marca renombrada y denominación social. Un examen crítico de la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley de Marcas», en *RDM*, núm. 315, 2020.

— «Las sucursales (de sociedades): qué son y para qué sirven», en *RDS*, núm. 58, 2020.

FERNÁNDEZ-TRESGURRES GARCÍA, Ana: «La digitalización y movilidad de sociedades en Derecho Europeo», en *RDS*, núm. 58, 2020.

- FLAQUER RIUTORT, Juan: «Plataformas de intercambio de opinión: libertad de expresión y derecho a la información “versus” derecho de salida del empresario titular de negocio», en *RDM*, núm. 315, 2020.
- GÁLLEGOS LANAU, María: «Remedios ante el incumplimiento de los deberes de información pública digital de la sociedad cotizada», en *RDBB*, año 38, núm. 156, 2019, pp. 41-72.
- GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: «Cuestiones sobre la función y responsabilidad de las comisiones de auditoría, en materia de información financiera», en *RDS*, núm. 58, 2020.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La empresa familiar: su protocolo y el registro mercantil», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 263-278.
- GUASCH MARTORELL, Rafael: «La difícil comprensibilidad y justificación de la regulación dualista del derecho de información del socio en las sociedades de capital no cotizadas», en *RDM*, núm. 315, 2020.
- HUALDE LÓPEZ, Ibon: «La suspensión cautelar de acuerdos sociales impugnados», en *RDS*, núm. 58, 2020.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «II Congreso de Actualidad Mercantil. Novedades sobre contratos financieros y sobre conflictos societarios», en *RDS*, núm. 58, 2020.
- MORENO SERRANO, Enrique: «Consulta pública de la CNMV para modificar determinadas recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 58, 2020.
- PALANCA RECH, Jacobo: «Nuevo procedimiento de comunicación de información por las sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 58, 2020.
- PEINADO GARCÍA, Juan Ignacio: «La diligencia y la responsabilidad solidaria de los administradores por la no disolución de la sociedad como consecuencia de pérdidas», en *RDM*, núm. 314, 2019.
- PÉREZ GUERRA, Carmen: «La CNMV deja sin efecto los criterios sobre la operativa discrecional de autocartera aprobados en el año 2013», en *RDS*, núm. 58, 2020.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Acción individual de responsabilidad de administradores e ilícito orgánico (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2019)», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 15-28.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Asistencia financiera y ampliaciones de capital», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1346-1368.
- «Preaviso y buena fe en la separación *ad nutum* en las sociedades profesionales», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 622-637.
- SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín: «La particular encrucijada de la disolución por no adaptación a la Ley de sociedades profesionales: a propósito de la resolución de la DGRN de 12 de junio de 2019», en *RDS*, núm. 58, 2020.

SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «La responsabilidad patrimonial de los administradores de las sociedades de capital: reciente evolución jurisprudencial», en *RDS*, núm. 58, 2020.

VAQUERIZO ALONSO, Alberto: «Validez de la garantía prestada por una sociedad anónima, declarada posteriormente en concurso de acreedores, en relación con la adquisición del control por un consejero-trabajador. A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, de 28 de febrero de 2019», en *RDM*, núm. 314, 2019.

CONTRATACIÓN MERCANTIL Y TÍTULOS-VALORES

CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: «Novedades sobre la jurisdicción competente en los contratos internacionales de transporte aéreo de pasajeros –Reglamento Bruselas I-BIS y Convenio de Montreal–», en *RdPat*, núm. 51, 2020.

GÓMEZ, Mateo C. Juan: «Acción cambiaria: la polémica de la ausencia de *contemplatio domini*», en *AC*, núm. 4, 2020.

LA CASA GARCÍA, Rafael: «Cuestiones controvertidas recientes en torno al régimen cambiario de las excepciones», en *RDM*, núm. 314, 2019.

LORENTE MARTÍNEZ, Isabel: «Compraventa internacional de mercaderías y litigación internacional. Conceptos clave en el art. 7.1. b) guion primero del Reglamento Bruselas I-BIS», en *RdPat*, núm. 51, 2020.

NOVOA RODRÍGUEZ, Adriana: «Modificación de la Circular 1/2017 de la CNMV sobre los contratos de liquidez para facilitar su uso», en *RDS*, núm. 58, 2020.

PARRA MADRID, Agustín: «Smart Contracts-Fintech: Reflexiones para el debate jurídico», en *RDNT*, núm. 52, 2020.

PÉREZ VALLEJO, Ana María: «Swap de inflación: déficit informativo e incorrecto asesoramiento. Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios (*ex art. 1101 CC*): Comentario a la STS núm. 303/2019, de 28 de mayo (RJ 2019, 2167)», en *RdPat* núm. 51, 2020.

RODRÍGUEZ CACHÓN, Teresa: «Condiciones de eficiencia contractual bajo la economía de los costes de transacción», en *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-35.

DERECHO CONCURSAL

ALCOVER GARAU, Guillermo: «El concepto jurisprudencial de perjuicio de la acción de reintegración concursal y el pago de deudas vencidas: Comentario crítico de la sentencia del Tribunal Supremo [1.^a] 629/2012, de 26 de octubre», en *ADCon*, núm. 49, 2020, pp. 233-250.

CARPUS CARCEA, Mihaela: «Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: un enfoque medido para armonizar el equilibrio», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 293-297.

- CHILLIDA PEINADO, Juan Antonio: «Personas mayores y enajenación de viviendas sociales, ventas a fondos de inversión y concurso de acreedores de las sociedades municipales de la vivienda: las consecuencias de la crisis económica y la tenue respuesta de las Administraciones», en *RDU*, núm. 333, 2019, pp. 19-78.
- CUENA CASAS, Matilde: «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019: propuestas de transposición al derecho español», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 39-69.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (eu) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia», en *ADCon*, núm. 49, 2020, pp. 7-64.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley concursal», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 71-95.
- FLORES SEGURA, Marta: «Los efectos del Brexit sobre el reconocimiento en España de los procedimientos de insolvencia del Reino Unido», en *ADCon*, núm. 49, 2020, pp. 191-210.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara: «Reestructuración transfronteriza en la UE: el reglamento europeo de insolvencia y la directiva de reestructuración preventiva», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 29-38.
- GÓMEZ BERNARDO, Natalia: «Los protocolos concursales en el Reglamento 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimiento de insolvencia», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 247-252.
- HUALDE LÓPEZ, Ibon: «Auto de declaración de concurso: medidas cautelares patrimoniales coetáneas y posteriores», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 97-123.
- JANGER, Edward J.: «Las enmiendas al concurso de pequeñas empresas en Estados Unidos: ¿un modelo para la reforma global?», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 273-281.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael y MARTÍN ARMENDÁRIZ, Juan: «La constancia del crédito y su insinuación intempestiva en el proceso concursal: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo [1.^a] de 22 de mayo de 2019», en *ADCon*, núm. 49, 2020, pp. 233-250.
- LOLLI, Andrea y PAOLUCCI, María Ginebra: «Los administradores de las sociedades anónimas y la prevención de la crisis en el Código de la crisis y de la insolvencia italiano», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 307-316.
- LÓPEZ, Pablo: «Algunos aspectos procesales del informe de calificación de la administración concursal», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 253-267.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora y FLORES SEGURA, Marta: «La confusión de patrimonios en los procedimientos de insolvencia: Consolidación sustitutiva y mecanismos alternativos», en *ADCon*, núm. 49, 2020, pp. 65-106.
- MARTÍNEZ-GIJÓN, Pablo: «Excepciones a la subordinación de los créditos titulados por personas especialmente relacionadas con la sociedad con-

- cursada y grupos de sociedades (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1] de 1 de marzo de 2019)», en *RDM*, núm. 314, 2019.
- MOYA BALLESTER, Jorge: «El tratamiento del crédito público en el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo [1.^a] de 22 de julio de 2019», en *ADCon*, núm. 49, 2020, pp. 285-304.
- NIEMI, Johanna y HUPLI, Tuomas: «El procedimiento de insolvencia de emprendedores: el ejemplo finlandés», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 283-292.
- ORTIZ MÁRQUEZ, Marta Rocío: «Las modificaciones estructurales realizadas antes de la declaración de concurso», en *ADCon*, núm. 49, 2020, pp. 107-142.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Resolución bancaria versus liquidación concursal: recapitalización interna y valoración de la diferencia en el trato», en *RDM*, núm. 314, 2019.
- QUINTÁNS-EIRAS, María-Rocío: «Reflexiones sobre el concurso de entidades aseguradoras», en *ADCon*, núm. 49, 2020, pp. 145-190.
- RECAMÁN GRAÑA, Eva: «Hacia una determinación del comportamiento debido por los administradores en la reestructuración», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 127-143.
- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «El cuestionado devengo de intereses moratorios de créditos concursales con garantía real (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.^a] de 11 de abril de 2019)», en *RDM*, núm. 314, 2019.
- SÁNCHEZ MÉNDEZ, Luis: «Lecciones aprendidas de las principales reestructuraciones llevadas a cabo en España durante los últimos años», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 233-245.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús: «Contratos de suministro (agua, gas natural y electricidad) y procedimientos concursales: crítica de un sistema de exorbitancias civiles», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 217-231.
- SENDRA ALBIÑANA, Álvaro: «La exoneración del pasivo insatisfecho y el crédito público», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 181-193.
- SENENT MARTÍNEZ, Santiago: «Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 167-177.
- VAQUERIZO ALONSO, Alberto: «Validez de la garantía prestada por una sociedad anónima, declarada posteriormente en concurso de acreedores, en relación con la adquisición del control por un consejero-trabajador. A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, de 28 de febrero de 2019», en *RDM*, núm. 314, 2019.
- VERMEILLE, Sophie: «La Directiva europea sobre insolvencia: ¿una oportunidad para que Francia se centre a largo plazo?», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 299-306.

ZAMORA GONZÁLEZ, Ángel; PINO LÓPEZ, David y VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María: «Sacrificio desproporcionado e impugnación de acuerdos homologados de refinanciación: jurisprudencia española y directiva europea sobre reestructuración temprana», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 145-166.

DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

ALONSO LEDESMA, Carmen: «La reforma de los mercados financieros: la reforma bancaria en particular», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 271-304.

CAMPINS VARGAS, Aurora: «Las entidades de crédito y su eventual calificación como administradoras de hecho fundamentada en los “Covenants” de los acuerdos de refinanciación», en *RDBB*, año 38, núm. 156, 2019, pp. 9-40.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ Y GÓMEZ ACEBO, Alejandro: «El *private enforcement* en la protección del inversor minorista: de la aplicación de la doctrina del error-vicio en la contratación de productos financieros a una acción de daños específica», en *RDM*, núm. 315, 2020.

GÁLVEZ CRIADO, Antonio: «El seguro de vida e invalidez vinculado a un préstamo hipotecario y la designación del prestamista como un beneficiario», en *RDBB*, año 38, núm. 156, 2019, pp. 147-184.

LAGOS RODRÍGUEZ, Begoña: «Responsabilidad bancaria por el incumplimiento de la obligación de custodia en el robo de la caja de seguridad: especial atención a la declaración de la víctima en nuestra doctrina y jurisprudencia», en *RDBB*, año 38, núm. 156, 2019, pp. 107-146.

LEÓN SANZ, Francisco José: «La reforma del sistema financiero», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 305-332.

MORALES BARCELÓ, Judith: «II Congreso de Actualidad Mercantil. Novedades sobre contratos financieros y sobre conflictos societarios», en *RDS*, núm. 58, 2020.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1386-1404.

PULGAR EZQUERRA, Juana: «Resolución bancaria versus liquidación concursal: recapitalización interna y valoración de la diferencia en el trato», en *RDM*, núm. 314, 2019.

ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «La transformación del tradicional sistema de pagos: los nuevos terceros proveedores tras el RDL 19/2018», en *RDBB*, año 38, núm. 156, 2019, pp. 73-106.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Nulidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 564-575.

VALENCIA LAFUENTE, Paula: «Encaje legal actual y propuestas de regulación de las ofertas iniciales de criptomonedas (ICOs)», en *RDBB*, año 38, núm. 156, 2019, pp. 205-240.

VERCHER MOLL, Francisco Javier: «La externalización de funciones en las entidades de crédito, en las empresas de servicios de inversión y en las entidades de pago y de dinero electrónico», en *RDBB*, año 38, núm. 156, 2019, pp. 185-204.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

ANTÓN JUÁREZ, Isabel: «La coordinación tendente a ofrecer una imagen única de marca en el supuesto de marcas fragmentadas: ¿Otra razón para permitir el comercio paralelo en el EEE?», en *RDCD*, núm. 25, 2019.

BANDRÉS GUERRERO, Julián: «La publicidad engañosa en la televisión comercial en España», en *RDCD*, núm. 25, 2019.

CARRASCO PERERA, Ángel: «El cártel de los camiones: presunción y prueba del daño», en *RDCD*, núm. 25, 2019.

DE ÍSCAR DE ROJAS, Paula: «La aplicación del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal a la regulación de la profesión de enólogo», en *RDCD*, núm. 25, 2019.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Pedro: «Las conductas de bid rigging y la aplicación de la per se rule en el derecho antitrust español: La difícil defensa jurídica de los sujetos acusados de coludir en una licitación pública», en *RDCD*, núm. 25, 2019.

GONZÁLEZ PACHÓN, Laura: «El cártel del dinero: Algunas cuestiones suscitadas a propósito diones de la Comisión europea de 16 de mayo de 2019 en relación con práctie dos Deciscas anticompetitivas en el mercado de divisas», en *RDCD*, núm. 25, 2019.

PEÑAS MOYANO, Benjamín: «El carácter “selectivo” de las ayudas públicas incompatibles con el mercado interior: recientes aportaciones de la jurisprudencia comunitaria respecto de su significado», en *RDCD*, núm. 25, 2019.

PETIT LAVALL, María Victoria: «Distribución y restricción de ventas on line», en *RDCD*, núm. 25, 2019.

DERECHO DE SEGUROS

GÓMEZ SANTOS, María: «Big data y discriminación de precios en el sector asegurador», en *RDM*, núm. 314, 2019.

MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad del consorcio de compensación de seguros por daños causados por riesgos extraordinarios», en *PDD*, núm. 141, 2019.

SIERRA NOGUERO, Eliseo: «Obligación de indemnizar y acción directa frente al asegurador “P and I”», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1294-1318.

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. DERECHO DIGITAL

CLIMENT GALLART, Jorge Antonio: «La videovigilancia encubierta en los puestos de trabajo, a la vista de la STEDH en el caso López Ribalda y otros contra España», en *RDNT*, núm. 52, 2020.

GARCÍA HERRERA, Vanessa: «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible “contraprestación” en el suministro de contenidos y servicios digitales», en *AC*, núm. 1, 2020.

GIL ARAGÓN, Luis: «Responsabilidad en el uso de inteligencias artificiales», en *PDD*, núm. 141, 2019.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos y GARCÍA MICÓ, Gabriel Tomás: «Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies», en *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 1-11.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar: «Condiciones generales de contratación, servicios digitales, consumidor», en *AC*, núm. 12, 2019.

LÓPEZ BAELO, Raúl: «El impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Hacia una reconfiguración de derechos», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 225-252.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «Las plataformas digitales vinculadas a la economía colaborativa: de la simple intermediación a la prestación del servicio subyacente», en *RDP*, núm. 6, 2019, pp. 79-116.

MAGRO SERVET, Vicente: «Casuística práctica de la prueba digital en el proceso civil y penal», en *AC*, núm. 1, 2020.

MARTÍNEZ OTERO, Juan María: «Nuevas formas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de internet», en *RDM*, núm. 314, 2019.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Derecho a la propia imagen versus libertad de información en redes sociales: la STC 27/2020, de 24 de febrero», en *AC*, núm. 4, 2020.

NÚÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: «Menor de edad e inteligencia artificial avanzada. Nuevos desafíos jurídicos», en *AC*, núm. 12, 2019.

OTERO CRESPO, Marta: «La sucesión en los “bienes digitales”. La respuesta plurilegalista española», en *RDC*, vol. 6, núm. 4, 2019, pp. 89-133.

PARRA MADRID, Agustín: «Smart Contracts-Fintech: Reflexiones para el debate jurídico», en *RDNT*, núm. 52, 2020.

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Condiciones generales de contratación en los servicios digitales: adaptación a la nueva normativa comunitaria», en *AC*, núm. 12, 2019.

- SERRANO OLIVARES, Raquel y SABATÉ CANELLES, Mireia: «Los derechos a la desconexión digital y al registro de la jornada», en *RJC*, núm. 3, 2019, pp. 631-654.
- TORNOS MAS, Joaquín: «Dret i innovació tecnològica. El cas Uber versus taxi», en *RJC*, núm. 3, 2019, pp. 655-708.
- VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga», en *RDNT*, núm. 52, 2020.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Técnicas de resolución de disputas en línea y mediación electrónica para superar la brecha digital y evitar el epostracismo profesional», en *RDNT*, núm. 52, 2020.
- VIGIL FERNÁNDEZ, Carlos: «Contratos para la comunicación en redes sociales», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 959-1010.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

- CANO ESCOBAR, Juan: «Acciones colectivas y extensión de cosa juzgada a consumidores y usuarios», en *RJC*, núm. 3, 2019, pp. 723-748.
- HUALDE MANSO, María Teresa: «El Consumidor ignora el contenido de su contrato», en *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-58.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «Créditos hipotecarios de consumidores y Ley 15/2019: uso residencial, subrogación y acta de información precontractual», en *RdPat*, núm. 51, 2020.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «De nuevo sobre la fianza y consumidores», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 3155-3170.
- RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores», en *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 1-86.

DERECHO URBANÍSTICO

- ALEMANY GARCÍAS, Juan: «El derecho de reversión en la expropiación forzosa: ¿un derecho del particular o una forma de sancionar a la administración ante su pasividad?», en *RDU*, núm. 334, 2019.
- «La naturaleza jurídica de las cuotas de urbanización», en *RDU*, núm. 332, 2019, pp. 19-48.
- BAUDET NAVEROS, José Ramón: «La disyuntiva de la evaluación ambiental estratégica entre la legislación básica y el nuevo ordenamiento urbanístico canario», en *RDU*, núm. 334, 2019.

- BRUFAO CURIEL, Pedro: «Las nuevas competencias administrativas sobre dominio público hidráulico estatal de obras públicas en los tramos fluviales urbanos», en *RDU*, núm. 332, 2019, pp. 153-178.
- CARUZ ARCOS, Eduardo: «La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre la “desconsolidación” del suelo urbano en actuaciones de renovación, regeneración o rehabilitación urbana», en *RDU*, núm. 335, 2020.
- CEBALLOS AYUSO, Miguel Ángel: «Las actuaciones de interés social en la Comunidad Autónoma de Castilla y León: fundamentos y efectos terri-tirales y jurídicos», en *RDU*, núm. 336, 2020.
- DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, Eduardo y GONZÁLEZ, Isabel: «Las técnicas de clasificación del suelo urbano en los pequeños municipios de la España vaciada: una lectura crítica», en *RDU*, núm. 335, 2020.
- FAJARDO SPÍNOLA, Luis Domingo Antonio: «La calidad normativa del pla-neamiento», en *RDU*, núm. 334, 2019.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «A vueltas con el problema de la disciplina urbanística en los pequeños municipios: el modelo de los orga-nismos autonómicos (y locales) de protección de la legalidad urbanística como opción (razonable y operativa) a seguir para tratar de superar tan completo problema», en *RDU*, núm. 334, 2019.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Responsabilidad patrimonial de la administración por anulación de licencias», en *RDU*, núm. 335, 2020.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «Fincas parcialmente incluidas en un ámbi-to reparcelatorio: su fraccionamiento y la enajenación de aprovechamien-tos o cuotas indivisas», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 3171-3185.
- «El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria», en *RCDI*, núm. 778, 2020, pp. 1369-1385.
- LASO BAEZA, Vicente: «La resolución municipal para la constancia registral de la situación urbanística de la obra antigua», en *RCDI*, núm. 777, 2020, pp. 638-649.
- MARCO DE LA HOZ, Álvaro: «El principio de subrogación legal urbanística en las transmisiones inmobiliarias», en *RDU*, núm. 333, 2019, pp. 123-169.
- ORTIZ RAMÍREZ, Jorge: «La grave inseguridad jurídica derivada de la decla-ración judicial de nulidad de los planes generales de ordenación urbana, y posibles reformas que restablezcan la seguridad jurídica en el urbanis-mo», en *RDU*, núm. 335, 2020.
- PASCUAL MARTÍN, Jesús Ignacio: «La institución de la policía urbana como origen y causa de los límites del derecho de propiedad: reseña histórica», en *RDU*, núm. 333, 2019, pp. 79-122.
- RANDO BURGOS, Esther: «El rol de la ciudad media en el marco de las políti-cas europeas de ordenación del territorio: su articulación en el modelo territorial andaluz», en *RDU*, núm. 332, 2019, pp. 111-152.

RICO LENZA, Juan: «¿Es la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico en suelo lucrativo en la gestión, una confiscación?», en *RDU*, núm. 332, 2019, pp. 49-75.

ROMERO JIMÉNEZ, Ginés: «El ordenamiento legislativo adecuado para la regulación y autorización del derecho a edificar vinculado con los usos agropecuarios», en *RDU*, núm. 332, 2019, pp. 77-110.

RUIZ BURSÓN, Francisco Javier: «Aspectos registrales de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, de reforma de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía», en *RCDI*, núm. 776, 2019, pp. 2853-2902.

SERNA BARDAVÍO, Daniel: «Juntas de compensación y contratación pública: análisis de la cuestión desde la figura del poder adjudicador», en *RDU*, núm. 336, 2020.

SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «Crítica al incoherente e injusto sistema legal de valoraciones del suelo», en *RDU*, núm. 336, 2020.

SUAY OJALVO, Francisco: «La modificación de la regulación de suelo rústico por el Decreto 86/2018, de 20 de noviembre, de medidas para facilitar la actividad urbanística de la ciudadanía y los pequeños municipios de Castilla-La Mancha», en *RDU*, núm. 336, 2020.

DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

BAUDET NAVEROS, José Ramón: «La disyuntiva de la evaluación ambiental estratégica entre la legislación básica y el nuevo ordenamiento urbanístico canario», en *RDU*, núm. 334, 2019.

BORRÀS PENTINAT, Susana: «Los derechos de la Naturaleza en Europa: hacia nuevos planteamientos transformadores de la protección ambiental», en *RDCE*, año 24, núm. 65, 2020, pp. 79-120.

CELI FRUGONI, Alina: «Prevención y represión de los crímenes ambientales globales», en *RDA*, núm. 44, 2019, pp. 191-206.

COSTA FREIRIA, Rafael y CARDOSO FERNANDES REI, Fernando: «Derecho de las energías renovables en Brasil: regulación y políticas públicas de los biocombustibles», en *RDA*, núm. 44, 2019, pp. 53-71.

DE LUIS GARCÍA, Elena: «El acceso a la justicia ambiental: retos para una tutela efectiva», en *RDU*, núm. 333, 2019, pp. 171-200.

DOPAZO FRAGÚO, Pilar: «Contratos de energía y PPAs (Power Purchase Agreements)», en *RDA*, núm. 44, 2019, pp. 73-115.

GRANDEZ BARRÓN, Percy: «La reparación del daño ambiental en el Perú», en *RDA*, núm. 44, 2019, pp. 265-319.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «En el origen de Primavera Silenciosa: el caso de las fumigaciones de Long Island», en *RDU*, núm. 336, 2020.

PINO MIKLAVEC, Noemí: «Panorama de las energías renovables para la generación de energía eléctrica en Argentina», en *RDA*, núm. 44, 2019, pp. 117-158.

REAL FERRER, Gabriel: «La complejidad de las decisiones ambientales», en *RDA*, núm. 44, 2019, pp. 11-18.

SCANLAN, Melissa K.: «Cambio climático, cambio de sistema y el camino a seguir», en *RDA*, núm. 44, 2019, pp. 21-51.

ZAMBRANO YÉPEZ, René: «Determinación y exigibilidad de la responsabilidad ambiental en el Ecuador», en *RDA*, núm. 44, 2019, pp. 207-263.

DERECHO PROCESAL

BAREA MONCHOLI, Rosa Desamparados: «Vecinos morosos y monitorio: especial referencia a los obligados al pago y embargo preventivo: STS, Sala 1.^a, de lo Civil, de fecha de 22 de abril de 2015 (1)», en *AC*, núm. 2, 2020.

CANO ESCOBAR, Juan: «Acciones colectivas y extensión de cosa juzgada a consumidores y usuarios», en *RJC*, núm. 3, 2019, pp. 723-748.

CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: «Novedades sobre la jurisdicción competente en los contratos internacionales de transporte aéreo de pasajeros –Reglamento Bruselas I-BIS y Convenio de Montreal–», en *RdPat*, núm. 51, 2020.

DE LUIS GARCÍA, Elena: «El acceso a la justicia ambiental: retos para una tutela efectiva», en *RDU*, núm. 333, 2019, pp. 171-200.

FRIGOLA ESPONELLÀ, Berta: «L'eficàcia del recurs d'apellació civil. Estudi de camp a l'Audiència Provincial de Barcelona», en *RJC*, núm. 3, 2019, pp. 749-764.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen: «Las vías para reclamar ante una negligencia médica. Especial consideración a la doctrina de la STS, Sala 1.^a, de 5 de junio de 2019, sobre la acción directa en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración», en *RDC*, vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 31-68.

GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, María José: «El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia Associaçā Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP)», en *REDE*, núm. 72, 2019, pp. 75-95.

GARCÍA-VARELA IGLESIAS, Román: «La mediación: origen, regulación actual y futuro», en *AC*, núm. 11, 2019.

GIANNINI, Leandro J.: «El acceso a los Tribunales Supremos y los filtros a la admisión de recursos: un análisis comparado», en *RJC*, núm. 3, 2019, pp. 585-606.

LANGELAAN OSSET, Francisco de Borja: «Consideraciones normativas sobre las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque a la luz de la jurisprudencia de las audiencias provinciales», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 163-189.

LÓPEZ, Pablo: «Algunos aspectos procesales del informe de calificación de la administración concursal», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 253-267.

LORENTE MARTÍNEZ, Isabel: «Compraventa internacional de mercaderías y litigación internacional. Conceptos clave en el art. 7.1. b) guion primero del Reglamento Bruselas I-BIS», en *RdPat*, núm. 51, 2020.

MAGRO SERVET, Vicente: «Casuística práctica de la prueba digital en el proceso civil y penal», en *AC*, núm. 1, 2020.

MARTÍNEZ DEL TORO, Susana: «La ejecución de los desahucios tras el convalecido Real Decreto-Ley 7/2019», en *AC*, núm. 3, 2020.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La cesión de créditos y los problemas de legitimación activa en la reclamación al deudor», en *AC*, núm. 1, 2020.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Breve comentario al Auto de 30 de mayo de 2018 dictado por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que resuelve conflicto negativo de competencia territorial respecto a la reclamación por retraso en un vuelo efectuada por una compañía mercantil cesionaria de los derechos indemnizatorios del pasajero, y que ha puesto fin a las dudas competenciales que se venían planteando», en *AC*, núm. 12, 2019.

MONTESINOS PADILLA, Carmen: «La jurisdicción universal en regresión: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 140/2018, de 20 de diciembre», en *REDE*, núm. 72, 2019, pp. 97-126.

PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «Remate y adjudicación inmobiliaria: el artículo 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a examen», en *AC*, núm. 11, 2019.

— «La ejecución por saldo de operaciones: liquidación y fehaciencia», en *AC*, núm. 2, 2020.

— «Recurso de revisión y tasación de costas: alcance y delimitación», en *AC*, núm. 1, 2020.

PÉREZ VALLEJO, Ana María: «La coordinación de parentalidad en derecho comparado y su incorporación al sistema judicial español», en *RDP*, núm. 4, 2019, pp. 3-32.

RAMOS GUTIÉRREZ, Mercedes: «Acciones de protección ante daños a la memoria defuncti», en *PDD*, núm. 141, 2019.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «La formación de guardacostas libios: hacia un modelo de sinergia de políticas en la gestión integrada de fronteras marítimas europeas», en *RDCE*, año 23, núm. 64, 2019, pp. 859-895.

BORRÀS PENTINAT, Susana: «Los derechos de la Naturaleza en Europa: hacia nuevos planteamientos transformadores de la protección ambiental», en *RDCE*, año 24, núm. 65, 2020, pp. 79-120.

- CACHO SÁNCHEZ, Yaelle: «El procedimiento de sentencia piloto a examen: ¿sus efectos sobre el sistema europeo de protección de derechos humanos son transformadores, beneficiosos o perversos?», en *RDCE*, año 24, núm. 65, 2020, pp. 121-163.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel: «La protección de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea», en *RDCE*, año 24, núm. 65, 2020, pp. 11-31.
- CARPUS CARCEA, Mihaela: «Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: un enfoque medido para armonizar el equilibrio», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 293-297.
- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: «Novedades sobre la jurisdicción competente en los contratos internacionales de transporte aéreo de pasajeros –Reglamento Bruselas I-BIS y Convenio de Montreal–», en *RdPat*, núm. 51, 2020.
- CLIMENT GALLART, Jorge Antonio: «La videovigilancia encubierta en los puestos de trabajo, a la vista de la STEDH en el caso López Ribalda y otros contra España», en *RDNT*, núm. 52, 2020.
- CUENA CASAS, Matilde: «La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019: propuestas de transposición al derecho español», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 39-69.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo: «Régimen jurídico de los gasoductos transfronterizos en la Unión Europea», en *REDE*, núm. 72, 2019, pp. 9-42.
- DEL VAL TALENS, Paula: «Tutela laboral europea de los administradores sociales», en *RDS*, núm. 58, 2020.
- ESPALIÚ BERDUD, Carlos: «Los buques de la operación Sophia en el dique seco: elementos de un revés para la Política Común de Seguridad y Defensa», en *RDCE*, año 23, núm. 64, 2019, pp. 829-858.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana: «La digitalización y movilidad de sociedades en Derecho Europeo», en *RDS*, núm. 58, 2020.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley concursal», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 71-95.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara: «Reestructuración transfronteriza en la UE: el reglamento europeo de insolvencia y la directiva de reestructuración preventiva», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 29-38.
- GÓMEZ BERNARDO, Natalia: «Los protocolos concursales en el Reglamento 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimiento de insolvencia», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 247-252.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El Nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», en *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-7.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos: «Retribución de administradores consideraciones sobre “say on pay” y “pay ratio rule” a la luz de la Directiva (UE) 2017/828», en *RDS*, núm. 58, 2020.

HERRERO MORANT, Rebeca: «Nueva Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las trasformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas», en *RDS*, núm. 58, 2020.

LÓPEZ ESCUDERO, Manuel: «Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE», en *RDCE*, año 23, núm. 64, 2019, pp. 787-825.

LORENTE MARTÍNEZ, Isabel: «Compraventa internacional de mercaderías y litigación internacional. Conceptos clave en el art. 7.1. b) guion primero del Reglamento Bruselas I-BIS», en *RdPat*, núm. 51, 2020.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «La STJUE de 14 de mayo de 2019, “CCOO/Deutsche Bank” (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales», en *RDCE*, año 23, núm. 64, 2019, pp. 929-961.

ONANDIA CAÑAS, Ignacio: «La acción colectiva en la Unión Europea: ¿es posible encajarla en el Reglamento de Bruselas 1 bis?», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 297-321.

PALOMINO LOZANO, Rafael: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la religión y las creencias», en *RDCE*, año 24, núm. 65, 2020, pp. 35-77.

PEÑAS MOYANO, Benjamín: «El carácter “selectivo” de las ayudas públicas incompatibles con el mercado interior: recientes aportaciones de la jurisprudencia comunitaria respecto de su significado», en *RDCD*, núm. 25, 2019.

PÉREZ TROYA, Adoración: «La Directiva sobre transformación, fusiones y escisiones transfronterizas: una primera aproximación, con particular referencia a la tutela de los socios», en *RDS*, núm. 58, 2020.

PUIG BLANES, Francisco de Paula: «Aproximación al tratamiento de la sustracción internacional de menores en el Reglamento UE 2019/1111», en *AC*, núm. 4, 2020.

ROCA FERNÁNDEZ, María José: «La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho español: procedimiento y control», en *REDE*, núm. 72, 2019, pp. 43-71.

RODRÍGUEZ PRIETO, Victoria: «La Asociación Oriental en su décimo aniversario: asimetrías en el impacto normativo de la Unión Europea», en *RDCE*, año 23, núm. 64, 2019, pp. 899-925.

RUBINO, Vito: «The “indirect” or “conceptual” evocation of a protected designation of origin and its practical and juridical effect after ECJ case Queso Manchego», en *RDCE*, año 23, núm. 64, 2019, pp. 963-979.

SÁNCHEZ FRÍAS, Alejandro: «Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales

como motivo de no ejecución de la euroorden: un análisis de la Sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño», en *RDCE*, año 24, núm. 65, 2020, pp. 167-187.

SENENT MARTÍNEZ, Santiago: «Hacia un nuevo sistema de exoneración de deudas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 167-177.

VALLES CAVIA, José Antonio: «La adquisición de la condición de parlamentario europeo y el alcance temporal y material de su inmunidad: A propósito de la sentencia del TJUE en el asunto Junqueras Vies», en *RDCE*, año 24, núm. 65, 2020, pp. 189-215.

VERMEILLE, Sophie: «La Directiva europea sobre insolvencia: ¿una oportunidad para que Francia se centre a largo plazo?», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 299-306.

ZAMORA GONZÁLEZ, Ángel; **PINO LÓPEZ**, David y **VALPUESTA GASTAMINZA**, Eduardo María: «Sacrificio desproporcionado e impugnación de acuerdos homologados de refinanciación: jurisprudencia española y directiva europea sobre reestructuración temprana», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 145-166.

DERECHO COMPARADO

AL RACHED, Hani: «Protección de los menores no acompañados (menas) en el Derecho Internacional, con especial atención a la situación de los niños sirios», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 9-43.

ALARCÓN PALACIOS, Yadira Elena: «Capitulaciones y rupturas de pareja en Colombia: una revisión de la autonomía privada y sus límites frente al desarrollo en España, Estados Unidos e Inglaterra», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 45-108.

BARBA, Vicenzo: «Las intervenciones del Legislador italiano en relación con los aspectos de Derecho civil para hacer frente a la emergencia del COVID-19», en *RDC*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 75-87.

— «Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias», en *RDC*, vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 69-101.

BUESO GUILLÉN, Pedro José: «Reino Unido. Publicación de un Código de Buen Gobierno Corporativo para Cooperativas», en *RDS*, núm. 58, 2020.

BIHNIAK, Oleksandr V.: «Topical issues of protection of intellectual property in the CIS», en *RDC*, vol. 6, núm. 4, 2019, pp. 171-189.

CASTRO CASTELO, Adriana y **LEÓN GARCÍA**, David: «Retos de cara a la informatización de los registros inmobiliarios en Cuba», en *RCDI*, núm. Extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 33-43.

- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro Rodrigo, «El impacto del COVID-19 en los contratos. El caso chileno: Medidas excepcionales y Derecho común», en *RDC*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 135-148.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta: «Retos de la modernización de los registros públicos en Cuba: ¿integración, unificación o conectividad de datos?», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 45-59.
- FERNÁNDEZ SAHAGÚN, María Soledad: «Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Sociedades Industriales y de Previsión de 2018 en Irlanda», en *RDS*, núm. 58, 2020.
- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, María José: «El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia Associaçā Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP)», en *REDE*, núm. 72, 2019, pp. 75-95.
- GIANNINI, Leandro J.: «El acceso a los Tribunales Supremos y los filtros a la admisión de recursos: un análisis comparado», en *RJC*, núm. 3, 2019, pp. 585-606.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «El Registro de Bienes Muebles en España: contribución a la financiación de la propiedad privada (incipientemente introducida en Cuba)», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 61-99.
- GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Daliani Mileni y GÓMEZ GONZÁLEZ, Lianet: «Valoración económica de aportaciones de bienes intangibles en las sociedades anónimas en Cuba», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 101-124.
- GONZÁLEZ QUEVEDO, Joanna *et al.*: «La hipoteca inmobiliaria en Cuba: reformulaciones de pasado y futuro», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 125-156.
- GRANDEZ BARRÓN, Percy: «La reparación del daño ambiental en el Perú», en *RDA*, núm. 44, 2019, pp. 265-319.
- JANGER, Edward J.: «Las enmiendas al concurso de pequeñas empresas en Estados Unidos: ¿un modelo para la reforma global?», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 273-281.
- LEDESMA LOIS, Florencia: «Análisis de las medidas adoptadas en México frente a la pandemia COVID-19: Una mirada a la materia contractual», en *RDC*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 159-176.
- LEHMANN, Matthias: «Las medidas legislativas alemanas relacionadas con la crisis del COVID-19 en el ámbito del Derecho civil», en *RDC*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 3-7.
- LEIN, Eva: «Las medidas inglesas relacionadas con la crisis del COVID-19 en el ámbito del Derecho civil», en *RDC*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 103-108.
- «Las medidas legislativas suizas relacionadas con la crisis del COVID-19 en el ámbito del Derecho civil», en *RDC*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 129-133.

- LOLLI, Andrea y PAOLUCCI, María Ginebra: «Los administradores de las sociedades anónimas y la prevención de la crisis en el Código de la crisis y de la insolvencia italiano», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 307-316.
- MACCORMACK BEQUER, Maritza: «Los registros en materia agraria en Cuba», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 183-210.
- MARCHESE, Alberto y VESTO, Aurora: «El “testamento vital” en el Derecho italiano: aspectos normativos y cuestiones morales», en *RDP*, núm. 2, 2020, pp. 41-67.
- MASIDE PÁRAMO, Enrique: «Apuntes sobre el sistema registral cubano», en *RCDI*, núm. extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 19-30.
- MATEO Y VILLA, Íñigo: «Medidas en materia de Derecho civil por el COVID-19 en Austria», en *RDC*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 9-14.
- NIEMI, Johanna y HUPLI, Tuomas: «El procedimiento de insolvencia de emprendedores: el ejemplo finlandés», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 283-292.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «La respuesta del Derecho de obligaciones y contratos francés ante la pandemia de COVID-19», en *RDC*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 47-74.
- PÉREZ PUEYO, Anunciación: «Publicación en el Reino Unido del nuevo “the UK Stewardship Code 2020”», en *RDS*, núm. 58, 2020.
- PINO MIKLAVEC, Noemí: «Panorama de las energías renovables para la generación de energía eléctrica en Argentina», en *RDA*, núm. 44, 2019, pp. 117-158.
- PINTO OLIVEIRA, Nuno: «COVID-2019, Contratos de crédito, Contratos de arrendamiento y Contratos de viajes del Sector turístico en Portugal», en *RDC*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 89-102.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «Reflexiones sobre la nueva normativa de protección de datos de California», en *RDNT*, núm. 52, 2020.
- RAZVAN, Dinca, «El impacto de la crisis sanitaria de COVID 19 en el Derecho contractual rumano», en *RDC*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 109-128.
- SAAVEDRA CALDERÓN, José Antonio: «La publicidad registral desde la perspectiva peruana», en *RCDI*, núm. Extra 775, Dedicado a: 500 aniversario de la fundación de La Habana (Cuba), 2019, pp. 319-339.
- VARGAS BRAND, Isué Natalia: «Las medidas colombianas para mitigar los efectos del COVID-19 en materia civil», en *RDC*, vol. 7, núm. 2, 2019, pp. 149-157.
- VERMEILLE, Sophie: «La Directiva europea sobre insolvencia: ¿una oportunidad para que Francia se centre a largo plazo?», en *RDCP*, núm. 32, 2020, pp. 299-306.
- ZAMBRANO YÉPEZ, René: «Determinación y exigibilidad de la responsabilidad ambiental en el Ecuador», en *RDA*, núm. 44, 2019, pp. 207-263.

VARIA

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan: «Reforma fiscal, equidad y progresividad», en *AFCUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 211-238.

BIGLINO CAMPOS, M. Paloma: «La reforma de las elecciones: cambios en el sistema y en el procedimiento», en *AFCUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 147-161.

CERRADA LORANCA, Carlos: «Reflexiones sobre el error en el derecho penal español», en *RGLJ*, núm. 4, 2019, pp. 511-522.

DE CONTRERAS Y SARO, José: «La privación de la merced nobiliaria y el Real Cuerpo de la Nobleza de Madrid», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 93-108.

ERCILLA GARCÍA, Javier: «Aproximación Jurídica a las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAOs)», en *RDNT*, núm. 52, 2020.

FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual: «Comentarios a la proposición de Ley 122/134 de 13 de octubre de 2017: el tratamiento jurídico de los animales», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 349-378.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «“De senectute”: hablando de un congreso notarial», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 19-27.

— «Dictamina que algo queda: cuatro dictámenes», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 493-501.

GIL GARCÍA, Genoveva: «La economía colaborativa en el sector del transporte y del alojamiento: una aproximación desde el Derecho Tributario», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 139-161.

GUERRERO JIMÉNEZ, Luis Ernesto: «La denegación del derecho a la deducción de las cuotas soportadas y la responsabilidad del adquirente como medidas en la lucha contra el fraude en el IVA», en *RGLJ*, núm. 4, 2019, pp. 523-570.

LASCURAÍN DE MORA, Silvia: «¿Mandato de resocialización o derecho fundamental a la resocialización? Una lectura crítica de la jurisprudencia constitucional», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 191-223.

LINAGE CONDE, Antonio: «Sobre los santos patronos del notariado y sus celebraciones», en *RJNot*, núm. 108-109, 2019, pp. 435-489.

MERCADER UGUINA, Jesús R.: «Reformas laborales en tiempos de digitalización y cambio tecnológico», en *AFCUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 165-181.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: «Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica», en *Indret*, núm. 4, 2019, pp. 1-55.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: «Balance de la Constitución Española de 1978», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 39-48.

MURIEL LORENZO, Félix: «La función de la declaración de lesividad en el cauce revisor del art. 107 LPACAP», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 269-296.

NIETO, Alejandro: «Sobre la dudosa posibilidad y escasa utilidad de definir el derecho», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 25-35.

OLIVEIROS ROSELLÓ, María Jesús: «La valoración de bienes inmuebles (1)», en *AC*, núm. 2, 2020.

PÉREZ OLIVA, Milagros: «Reformas políticas y renovación ética», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 335-346.

RUESGA BENITO, Santos M.: «¿Qué hay detrás de las realidades y los proyectos de reforma de los sistemas públicos de pensiones?», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 183-208.

SOLIZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: «La reforma territorial del Estado constitucional», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 49-64.

TENA SANZ, Eduardo: «Líderes políticos y voto: el caso de Pablo Iglesias y Podemos», en *RJUAM*, núm. 39, 2019, pp. 323-345.

URREA SALAZAR, Marín Jesús: «Las crisis familiares en el sistema español de Derecho Internacional Privado: ¿coherencia o barroquismo?», en *AC*, núm. 2, 2020.

UTANDE SAN JUAN, José María: «Retos del sistema de financiación autonómica», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 239-268.

VELASCO CABALLERO, Francisco: «Reformas de la Administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del Derecho administrativo», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 107-143.

VILLORA, Manuel: «Reformas de la Administración: entre la acumulación y la paradoja», en *AFDUAM*, núm. 23, Dedicado a: Reformas necesarias: un nuevo impulso a la modernización del Estado, 2019, pp. 67-105.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM
PDD	Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDCD	Revista de Derecho de la competencia y la distribución
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret www.indret.com

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Catedrático de Derecho civil, Universidad Carlos III de Madrid)**

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTIZ (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid), 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), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid), Jose María MARTÍN FABA (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), Ricardo PAZOS CASTRO (Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid), 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. Derecho de la persona. 2. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 3. Derechos reales. Derecho hipotecario. 4. Derecho de familia. 5. Derecho de sucesiones.

DERECHO CIVIL**DERECHO DE LA PERSONA**

1. La colocación de cámaras disuasorias como intromisión ilegítima al derecho a la intimidad.—El derecho a la intimidad permite a su titular resguardar un ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una mínima calidad de vida. Cada persona tiene derecho a llevar su propia existencia como ella la entienda, con el mínimo de interferencias exteriores, pudiendo imponer a los demás el deber de abstenerse de intromisiones en ese espacio de privacidad. La constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales está condicionada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Para que una medida restrictiva de un derecho fundamental sea acorde con dicho principio, debe cumplir tres requisitos: 1) que tal medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); 2) que sea necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); 3) que sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Para determinar si una intromisión en la intimidad es legítima o no, debe comprobarse que el afectado no haya adoptado pautas de comportamiento que permitan entender que consintió el público conocimiento de tales aspectos privados, pues la esfera de la intimidad personal está en directa relación con la acotación que de la misma realice su titular, a quien únicamente corresponde esta delimitación. (**STS de 7 de noviembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El demandante es propietario de una fina rústica con vivienda. La demandada es una mercantil propietaria de una finca, colindante con la anterior, que soporta una servidumbre de paso para el acceso de personas, vehículos y animales a través de un camino. En fecha no determinada, la mercantil instaló en la fachada dos cámaras de seguridad que tenían una función disuasoria y no eran aptas para grabar, almacenar ni reproducir imágenes. Por cómo se orientaron, al menos una de las cámaras generaba la apariencia de que podía captar imágenes no sólo del camino de acceso y de las entradas y salidas de la finca del demandante, sino también del jardín de su vivienda.

El actor interpuso demanda de protección de su derecho a la intimidad, alegando: 1) que las cámaras enfocaban las entradas y salidas de su finca; 2) que no existían razones de inseguridad, riesgo o emergencia que justificaran su instalación ni su orientación, que no respetaba el principio de proporcionalidad, al someter al demandante a una situación de vigilancia permanente que lesionaba su intimidad y su imagen. Solicitó que se declarase la intromisión ilegítima, que se condenara a la demandada a reorientarlas o, de no ser posible, a retirarlas. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, argumentando: a) la falta de aptitud de las cámaras para captar y grabar imágenes; b) su función disuasoria; c) la distancia entre 70 y 100 metros a la finca del actor imposibilitaba

que la cámara pudiera captar imágenes referentes a su vida íntima en el interior de la vivienda o de la finca.

El demandante interpuso recurso de apelación, insistiendo en sus alegaciones de primera instancia y destacando que era irrelevante que las cámaras no fueran reales, dado que ni el demandante ni su familia podían llegar a saberlo y su intranquilidad era la misma. La Audiencia Provincial estimó el recurso, señalando que: 1) toda persona tiene derecho a gozar de una tranquilidad razonable y, precisamente porque el demandante no podía saber si las cámaras eran falsas, su falta de aptitud para grabar no las hacía menos aptas para afectar a su tranquilidad; 2) el hecho de que los dispositivos objeto del procedimiento sean falsos no enerva la realidad de una intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad personal y familiar del actor porque en el contenido de esos derechos se encuentra incluida indudablemente la apariencia razonable de que éstos no están en peligro constante de ser lesionados.

La demandada interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Alega: a) que no se produjo ninguna intromisión en la intimidad del demandante, en la medida en que las cámaras no grababan en ningún momento; b) que los tribunales, a la hora de enjuiciar la posible vulneración de un derecho fundamental, deben atender a su dimensión objetiva y prescindir de las apreciaciones del titular en cuanto a los límites del derecho vulnerado (la tranquilidad necesaria para gozar de un derecho fundamental como parte de la garantía constitucional). El Alto Tribunal desestima el recurso de casación, entendiendo que las cámaras coartan la libertad del demandante en su esfera personal y familiar, pues éste se siente observado, hasta el extremo de no compartirse igual que como lo haría antes de conocer la existencia de las cámaras. Según el Tribunal Supremo, el derecho del actor a la tranquilidad de su vida privada comprende también el de no tener que soportar una incertidumbre permanente acerca de si la cámara orientada hacia su finca es o no operativa, pues su apariencia externa le impide comprobarlo y, en cambio, la demandada siempre tendría la posibilidad de sustituir la cámara no operativa por otra que funcionara.

NOTA.—Sobre la instalación de cámaras de seguridad y su afectación al derecho a la intimidad, *vid.* también las SSTC 209/1988, de 27 de octubre; 231/1988, de 1 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 99/1994, de 11 de abril; 143/1994, de 9 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 98/2000, de 10 de abril; 1233/2008, de 16 de enero de 2009; y 799/2010, de 10 de diciembre. En relación con los requisitos necesarios para que una medida restrictiva de derechos fundamentales supere el juicio de proporcionalidad, *vid.* las SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; y 37/1998, de 17 de febrero. (S. L. M.)

2. El conflicto entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información.—El derecho a la propia imagen es un bien de la personalidad y un derecho fundamental, reconocido en el artículo 18.1 CE, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o

excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta. Por su parte, la libertad de información, reconocida en el artículo 20.1.d) CE, ampara la actuación del periodista y del medio de comunicación que proporciona información veraz sobre hechos de interés general o personas de relevancia pública.

Como todos los derechos fundamentales, el derecho a la propia imagen y la libertad de información no son derechos absolutos. En caso de conflicto entre ellos, será necesario hacer un ejercicio de ponderación para determinar cuál debe prevalecer. Los derechos reconocidos en el artículo 18 CE sólo han de sacrificarse en la medida en que resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática. El artículo 8.2.a) LO 1/1982 señala que el derecho a la propia imagen no impedirá la captación, reproducción o publicación de la imagen por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. A este respecto, la libertad de información no justifica que se puedan utilizar imágenes que carezcan de cualquier conexión con los hechos noticiales y cuya difusión no haya sido consentida expresamente. En particular, no ampara la publicación, sin consentimiento expreso del afectado, de una fotografía obtenida del perfil de éste en sus redes sociales, pues éstas no tienen la consideración de lugar abierto al público a los efectos del artículo 8.2.a) LO 1/1982. Tampoco el hecho de que se pueda acceder libremente a la fotografía del perfil constituye el consentimiento expreso que prevé el artículo 2.2 de dicha norma como excluyente de la licitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación. (**STS de 19 de diciembre de 2019; no ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 19 de noviembre de 2016, un diario digital publicó un reportaje firmado por el periodista H, sobre la detención e ingreso en prisión de J, acusado de mantener relaciones sexuales con menores de edad. El reportaje se ilustraba con una fotografía del demandante, que sujetaba con sus brazos unos cachorros de perro, ante una vivienda, que fue obtenida en la cuenta que J tenía en una red social, a la que se tenía libre acceso por tratarse de un perfil público. J interpuso una demanda contra el periodista y contra la editora del diario, en la que solicitó que se declarara que la publicación de su fotografía en el reportaje constituyó una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen y que se condonara a los demandados a indemnizarla en 20.000 euros, a retirar el artículo en cuestión de la página web y a publicar la sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial consideraron que la publicación de la fotografía del demandante, sin su consentimiento, constituía una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, si bien redujeron la indemnización a 10.000 euros. La Audiencia Provincial declaró que el actor no era un personaje público, por lo que no era aplicable la excepción del artículo 8.2.a) LO 1/1982.

Los demandados interpusieron recurso de casación, alegando la infracción del artículo 20.1.d) CE. Señalan que la sentencia recurrida ha realizado una ponderación incorrecta entre el derecho fundamental a la propia imagen y la libertad de información. La publicación de la fotografía estaría amparada por el artículo 8.2.a) LO 1/1982, pues el demandante es una persona que tiene relevancia y notoriedad pública sobrevenida por estar acusado de hechos delictivos muy graves. Además, el suceso objeto de la información (la detención e ingreso en prisión del demandante) presenta interés informativo y la fotografía fue obtenida en el perfil público del demandante, al que tenía acceso cualquier persona. El Alto Tribunal desestima el recurso, entendiendo que, aunque la persona detenida bajo la acusación de un delito tan grave adquiere una relevancia pública sobrevenida, tal circunstancia no justifica cualquier difusión de su imagen pública. Explica el Tribunal Supremo que la reproducción de la imagen del acusado de la comisión de un delito en el acto del juicio, entrando en el edificio del tribunal, en el curso de la reconstrucción judicial de los hechos y en circunstancias similares, puede considerarse como accesoria de la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público, acomodada a los cánones de la crónica de sucesos y, por tanto, acorde con los usos sociales (art. 2.1 LO 1/1982). Sin embargo, no sucede lo mismo cuando la imagen se obtiene de una red social y difundida sin su consentimiento, sin relación con los hechos cuya relevancia pública justifica la emisión de la información. Por tanto, no cualquier difusión pública de su imagen puede considerarse amparada en la libertad de información del artículo 20.1.d) CE.

NOTA.—Sobre el conflicto entre los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen y la libertad de información, *vid.* las SSTC 171/1990 de 12 de noviembre y 121/2002, de 20 de mayo. Respecto al uso en medios de comunicación de fotografías publicadas en redes sociales por el afectado, *vid.* también la STS de 15 de febrero de 2017. (*S. L. M.*)

3. Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima. La libertad de información no justifica la publicación de una fotografía del afectado que no guarda ninguna conexión con la noticia difundida.—Aunque una persona detenida bajo la acusación de un delito tan grave como es el de abusos sexuales a menores adquiere una relevancia pública sobrevenida, al menos momentánea, tal circunstancia no justifica cualquier difusión de su imagen pública. La función que la libertad de información desempeña en una sociedad democrática justifica que se informe sobre tal hecho (la detención e ingreso en prisión de la persona acusada de la comisión de dichos delitos), y que en esa información se incluya información gráfica relacionada con los hechos acaecidos, como pueden ser las imágenes de la detención del acusado, su entrada en el juzgado o su entrada en la prisión, pues su relevancia pública sobrevenida se ha producido en relación con los mismos. Pero no justifica que pueda utilizarse cualquier imagen del afectado, y en concreto, imágenes del acusado que carezcan de cualquier conexión con los hechos noticiales y cuya difusión no haya consentido expresamente.

Redes sociales. Página web de libre acceso. No tiene la consideración de «lugar abierto al público» a los efectos del artículo 8.2.a) de la Ley

Orgánica 1/1982. Ni tampoco implica el consentimiento expreso del afectado que prevé el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982.—En la STS 91/2017, de 15 de febrero, declaramos que la libertad de información no justificaba la publicación, sin consentimiento expreso del afectado, de una fotografía obtenida de su perfil, pues cuenta abierta en una red social en internet no tiene la consideración de «lugar abierto al público», a efectos de aplicar el art. 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982. Tampoco el hecho de que se pueda acceder libremente a la fotografía del perfil de dicha cuenta constituye el «consentimiento expreso» que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona, como se dijo en esa misma sentencia. Tal como se afirmó entonces, la finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con aquél, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación (**STS de 19 de diciembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Un periódico local publicó un reportaje sobre la detención e ingreso en prisión de una persona acusada de mantener relaciones sexuales con menores de edad, con alguno de los cuales había tenido contacto profesional en su condición de psicólogo. El reportaje se ilustraba con una fotografía del protagonista de la noticia, donde aparecía sujetando con sus brazos unos cachorros de perro ante una vivienda. La imagen publicada fue obtenida, por el medio informativo, de la cuenta de Internet del acusado de pederastia a la que se tenía libre acceso por tratarse de un perfil público. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideraron que la publicación de la fotografía, obtenida de su perfil de la cuenta abierta en una red social, sin el consentimiento del demandante, constituía una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia reproduce la doctrina jurisprudencial que ha venido dictando el Tribunal Supremo para resolver el conflicto entre los derechos fundamentales a la propia imagen y la libertad de información. En concreto, se pronuncia sobre la protección del derecho a la propia imagen de un particular en relación con la publicación, en un periódico local, de una fotografía que previamente había sido subida por el afectado a una cuenta de acceso libre en una red social en Internet. En esta sentencia el Tribunal Supremo, citando la STS 91/2017, de 15 de febrero, vuelve a concluir que en estos casos hay intromisión ilegítima porque el consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social, no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta. No nos encontrariamos ante el «consentimiento expreso» que exige la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. Una cuenta abierta en una red social existe para la comunicación de su titular con terceros y permite la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al con-

tenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación. No obstante, esta doctrina ha sido matizada en la STS 476/2018, de 20 julio, en la que se discutía sobre la utilización por un particular en una cuenta de Twitter de unas imágenes que se hallaban disponibles al público en Internet. En este caso, se trataba de una imagen del afectado captada en eventos públicos, en compañía de otras personas y con el consentimiento del mismo. Por otra parte, la imagen se había publicado previamente en cuentas de Facebook, Instagram o Twitter sin que el interesado hubiera formulado objeción alguna. En esta ocasión, el Tribunal Supremo afirmó que la inclusión de una imagen en un tuit equivale en buena medida a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en que tal imagen se halla, lo que puede considerarse como una «consecuencia natural» de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Los «usos sociales» legítimos de Internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien «retuiteando» el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un «link» o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirán el carácter ilegítimo de la pretendida intromisión, conforme al artículo 2.1 Ley Orgánica 1/1982 (*Vid. IZQUIERDO TOLSADA, M. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018). Twitter y las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen que resultan ilegítimas en el derecho a la intimidad», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 10, 2018, p. 224).* (C. O. M.)

4. Transsexuales. Menores. Registro Civil. Modificación del sexo y del nombre.—La solicitud de rectificación de la mención del sexo, y, consiguientemente, del nombre (para acomodarlo al sexo), en las personas transexuales ha sido abordada por esta Sala en numerosas resoluciones, dictadas a lo largo de muchos años. Ya en los años ochenta, la Sala consideró que la mención del sexo de las personas transexuales contenida en el Registro Civil debía ser modificada dando preferencia a los aspectos psíquicos y psicosociales sobre los puramente cromosómicos o gonadales, si bien ciñó la aplicación de esta doctrina al caso de personas transexuales sometidas a la cirugía de reasignación de sexo, como se hizo en la sentencia de 3 de marzo de 1989. A partir de la sentencia 929/2007, de 17 de septiembre, la jurisprudencia de esta Sala dejó de exigir la operación quirúrgica de reasignación sexual para admitir la pretensión de rectificación de la mención del sexo y el nombre en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil. Esta línea jurisprudencial se consolidó en sentencias posteriores como las SSTS 158/2008, de 28 de febrero, 182/2008, de 6 de marzo, 183/2008, de 6 de marzo, 731/2008, de 18 de julio, 465/2009, de 22 de junio. También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en particular la sentencia de 10 de marzo de 2015, ha restado valor al requisito de la operación quirúrgica para el reconocimiento de la transexualidad de la persona por parte de los poderes públicos. Asimismo, el

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión (SSTJUE de 7 de enero de 2004 y 27 de abril de 2006), siguiendo la jurisprudencia sentada por el TEDH.

El examen de la jurisprudencia de esta Sala, del TJUE y del TEDH, permite obtener algunas conclusiones, que pueden sintetizarse de este modo: i) Se trata de una materia en la que las consideraciones de la ciencia médica, las percepciones sociales y el tratamiento jurídico dado por las legislaciones y los tribunales se encuentra en constante y acelerada evolución. ii) En el reconocimiento de la identidad de género a las personas transexuales debe primar el aspecto psicológico y psicosocial sobre el puramente cromosómático, gonadal e incluso morfológico. iii) No puede condicionarse el reconocimiento de la identidad de género de la persona transexual a su sometimiento a una operación quirúrgica de reasignación de sexo, esterilización o terapia hormonal. iv) Debe abandonarse la consideración de la transexualidad como una patología psiquiátrica necesitada de curación. v) Ha de facilitarse a las personas transexuales el cambio de la mención del sexo y el nombre en la inscripción de nacimiento y demás documentos de identidad mediante procedimientos rápidos y eficaces. vi) Ha de protegerse la intimidad y dignidad de la persona transexual, y evitar que se vea sometida a situaciones humillantes, de modo que cuando tenga que identificarse en ámbitos como el escolar, el laboral, en sus relaciones con las autoridades públicas, etc, no quede de manifiesto su condición de persona transexual, permitiendo que sea la persona transexual quien decida sobre el conocimiento que los demás puedan tener de esa circunstancia, minimizando de este modo que pueda ser víctima de reacciones hostiles en su entorno. vii) Este tratamiento jurídico de la transexualidad es consecuencia directa del principio de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y tienen también anclaje en diversos principios y derechos reconocidos en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, en el modo en que han sido interpretados por en TEDH y las diversas instituciones previstas en estos tratados y acuerdos para el control de las vulneraciones y la supervisión del respeto a los derechos en ellos reconocidos.

Los menores no son ajenos a la problemática de las personas transexuales. En ellos, a los problemas que atañen a las personas transexuales en general se añaden los que son inherentes a la etapa de la infancia y la adolescencia. Si el demandante hubiera alcanzado la mayoría de edad, la solución a su pretensión de cambio en la mención del sexo en su inscripción de nacimiento, y correlativo cambio de nombre, no hubiera presentado especiales dificultades. El problema que se plantea en este litigio es que el demandante es menor de edad. Cuando presentó la demanda tenía doce años y algunos meses de edad y cuando se redacta esta resolución ya ha cumplido 17 años. El artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, prevé que “[t]oda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo”. Esta mención a la mayoría de edad ha llevado al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial a negar la legitimación del demandante para solicitar el cambio en la mención registral del sexo, aun cuando su capacidad procesal estuviera integrada al comparecer representado por sus padres. El demandante propuso que se hiciera una interpretación de este precepto legal, conjuntamente con el artículo 92 LRC de 1957, vigente cuando se realizó la solicitud, que permita garantizar sus derechos fundamentales, en concreto, el

respeto de su dignidad como persona y del libre desarrollo de su personalidad, su integridad física y moral y su derecho a la intimidad y a la salud. En la deliberación del recurso, consideramos que si, para resolver el recurso de casación, realizara una interpretación del precepto legal como la propugnada por el recurrente, podría estar invadiendo el ámbito institucional de decisión propio del Tribunal Constitucional. Pero también albergamos mayoritariamente dudas sobre la constitucionalidad de la restricción de derechos fundamentales del menor transexual que podía suponer su exclusión, en todo caso, del círculo de legitimados para solicitar la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Por tal razón, procedimos a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Éste ha resuelto la cuestión de inconstitucionalidad en la sentencia 99/2019, de 18 de julio. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional ha declarado: «Consecuentemente, el Tribunal aprecia que la restricción legal enjuiciada, en su proyección respecto de los menores de edad con “suficiente madurez” y que se encuentren en una “situación estable de transexualidad”, circunstancias que se valoran en los requisitos previstos en el artículo 4 y que no han sido cuestionados en el auto de planteamiento, representa un grado de satisfacción más reducido del interés superior del menor de edad perseguido por el legislador. Mientras tanto, por el contrario, en estos casos se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad. En estas circunstancias, además, los perjuicios que estamos considerando se revelan de mayor intensidad por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno –i.e. cambio de nombre, pero no de sexo– para las situaciones de transición. De este modo, el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida que se aplica también a los supuestos normativos indicados en el auto de planteamiento, sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con “suficiente madurez” y en una “situación estable de transexualidad” y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad. [...] La inconstitucionalidad del artículo 1.1 de la Ley 3/2007 lo es en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad». A la vista del fallo del Tribunal Constitucional, la cuestión fundamental para decidir sobre la legitimación activa es valorar si el menor de edad demandante tiene suficiente madurez y se encuentra en una situación estable de transexualidad. En lo relativo a la madurez del menor, habrá de entenderse en el sentido en que ha sido definida por el Comité de Derechos del Niño de la ONU, en la Observación General núm. 12 (2009). Será necesaria en todo caso la audiencia del menor demandante para confirmar que es su voluntad solicitar el cambio de la mención registral del sexo. En esa audiencia del menor, el tribunal también deberá comprobar su madurez, de un modo menos exhaustivo mientras más cercano a la mayoría de edad se encuentre el demandante, que actualmente tiene ya 17 años. También servirá para evaluar la situación estable de transexualidad, junto con el examen de la documentación aportada con la demanda. La apreciación de la madurez suficiente y de la situación estable de transexualidad del menor demandante, requisitos exigibles para otorgarle

legitimación, es una cuestión de hecho, que por tanto ha de realizarse en la instancia. No son suficientes para apreciar tal madurez, ni la persistencia de una situación estable de transexualidad, las manifestaciones que sobre este particular han realizado sus padres, representantes legales, en diversos escritos, el último de ellos al realizar alegaciones tras la sentencia del Tribunal Constitucional, al encuadrarse esta cuestión en el supuesto de hecho del artículo 162 CC. Por tal razón, al no ser posible en el recurso de casación el enjuiciamiento de las cuestiones de hecho (más aún cuando se hace preciso la práctica de diligencias tales como la audiencia del menor por el tribunal) ni de las cuestiones de derecho que no han sido enjuiciadas, en puridad, por ninguna de las dos instancias, al haber considerado que el demandante carecía de legitimación activa, el pronunciamiento de esta sala debe limitarse a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, tras realizar la audiencia del menor, las resuelva en sentencia, una vez que se ha declarado que la minoría de edad del demandante no le priva de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo si tiene suficiente madurez y una situación estable de transexualidad, y que no haber estado sometido a tratamiento durante al menos dos años antes de la presentación de la demanda no le impide obtener la rectificación solicitada. (**STS de 17 de diciembre de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Eulogio y Elena, como representantes legales de Águeda, interpusieron demanda de juicio ordinario contra el Ministerio Fiscal, en la que solicitaba se dictara sentencia: «[...] en la que se declare que debe rectificarse la inscripción de nacimiento del demandante en el Registro Civil, en el sentido de figurar en ella en lugar del sexo Mujer el de Hombre, y en vez del nombre de Águeda el de Juan Pablo, modificación que tendrá lugar en el Registro Civil (Huesca) en el que figura inscrito el demandante así como los demás efectos inherentes a dicha modificación [...].».

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

Contra la anterior sentencia interpusieron los demandantes recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial.

Los demandantes interponen recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

5. Influencia de la tasación efectuada por una sociedad en la nulidad, por error, de un contrato de préstamo hipotecario.—La suscripción de un contrato de préstamo hipotecario con una entidad financiera para la adquisición, por compraventa, de un bien inmueble que viene precedida de su tasación por parte de una sociedad especializada y vinculada a la prestamista comporta que, si se anula por error esencial la compra con base en el informe efectuado por la sociedad de tasación, la nulidad afecte igualmente al préstamo. Se explica esta consecuencia, porque (i) son negocios coligados y a los que subyace un mismo fin económico, pues sin el préstamo no resulta

posible abonar el precio del inmueble que se adquiere; (ii) ambos se realizan en unidad de acto; y (iii) el banco no es inmune a la negligencia en la tasa-ción que efectúe una sociedad de la que debe responder y que fue impuesta por el mismo banco. (**STS de 16 de enero de 2020**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El 22 de diciembre de 2006, A suscribió con Minastal, S. L.: dos contratos de promesa bilateral de comprar y vender sobre dos naves industriales. Dichos inmuebles, adquiridos por el demandante se iban a integrar en un polígono industrial compuesto por un total de cuarenta y siete naves de las que finalmente sólo se construyeron siete. Tres años después, el 27 de marzo de 2009, una vez obtenido el certificado final de obra, se otorgó la correspondiente escritura pública de compraventa. Con el objeto de financiar parte de la operación, el demandante firmó un préstamo hipotecario con Banco Santander por importe de 590.000 euros. Previamente dicha entidad había instado y obtenido la preceptiva tasación por parte de la Sociedad Integral de Valoraciones, S. A. (Sivasa), que se integra dentro de su grupo empresarial.

Entendía A que las naves industriales resultaron totalmente inútiles para su destino ya que solo contaban con la energía eléctrica proveniente del contador provisional de la obra, es decir, no contaban con un suministro individualizado y definitivo; añadió que las estaciones transformadoras que constaban en el proyecto básico no habían sido instaladas, incumpliendo con ello no solo el citado proyecto sino también los términos de la licencia de obras, indicando que tuvo constancia de tales circunstancias cuando pretendió su posterior transmisión. A juicio de A estas circunstancias eran conocidas por la vendedora. Asimismo, A estimaba que concurrió una conducta dolosa de la sociedad de tasación, que no mencionó tales circunstancias, por lo que sostuvo también la responsabilidad civil objetiva de Banco Santander, respecto de la actitud imprudente de la sociedad de tasación a él vinculada. A interpuso demanda contra Banco Santander pretendiendo la nulidad de los contratos de promesa y compra, así como de un préstamo hipotecario; todo ello con indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de los contratos de promesa y compraventa. Igualmente declaró la nulidad del contrato de préstamo hipotecario, firmado el 27 de marzo de 2009 entre el demandante y Banco Santander; y condenó a Minastal Grup, S. L. a abonar a la demandante la cantidad de 1.195.412,40 euros, incrementados en el interés legal del dinero desde el 28 de marzo de 2013.

De otro lado, condenó a Banco Santander y a Sivasa a satisfacer el pago del capital e intereses abonados por el demandante.

Contra dicha resolución se interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron resueltos por la Audiencia Provincial de Barcelona. En lo que interesa, la resolución estimó en parte el recurso del Banco y Sivasa, añadiendo a la condena la obligación del demandante de restituir el importe del préstamo hipotecario, con cancelación de la hipoteca.

Frente a esta sentencia, A interpuso recurso de casación. (*A. I. R. A.*)

6. Nulidad parcial de contrato de préstamo por error vicio del consentimiento (art. 1303 CC): imposibilidad de declarar la nulidad de la cláusula que contiene un *swap* por ser un derivado financiero implícito del contrato de préstamo, que forma parte inescindible de éste y sin el cual no podría determinarse el tipo de interés aplicable.—Cuando el derivado financiero implícito sea parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo, el incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera no puede justificar la nulidad parcial del contrato por error en el consentimiento. Sino, en su caso, la nulidad total del contrato, puesto que el interés pactado del préstamo, como elemento esencial, debía fijarse de acuerdo con aquel derivado financiero (SSTS de 9 de enero de 2019 y 8 de junio de 2017, que cita la de 1 de julio de 2016). En consecuencia, no procede declarar la nulidad parcial del contrato de préstamo, en cuanto sin el *swap* se desnaturalizaría el contenido de lo pactado hasta el punto de no saberse cuál sería el tipo de interés aplicable. (**STS de 20 de noviembre de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fleitas.]

HECHOS.—Una entidad mercantil interpuso demanda frente a una entidad bancaria solicitando, con carácter principal, la declaración de nulidad de un contrato marco de operaciones financieras y de un derivado implícito de un contrato de préstamo, consistente en una permuta financiera (*swap*), más las consecuencias económicas de aquella nulidad. Subsidiariamente, planteó una acción de enriquecimiento injusto y acción de negligencia en el cumplimiento de los deberes de información de la entidad bancaria. En primera instancia la demanda fue desestimada íntegramente, pronunciamiento que sería revocado por la Audiencia Provincial declarando la nulidad del derivado financiero por error en el consentimiento. La entidad demandada recurrió en casación amparándose en tres motivos. En el primero alegó infracción del artículo 1266 CC y jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la imposibilidad de declarar la nulidad parcial de contratos de préstamo por vicio del consentimiento recayente en las cláusulas relativas a derivados implícitos. En el segundo, vulneración del artículo 1303 CC en la determinación de las consecuencias de la declaración de nulidad de las referidas cláusulas. Y en el último motivo, esgrimió la infracción del artículo 1266 CC por inexistencia de vicio del consentimiento de naturaleza esencial y excusable. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Reiterada es la doctrina del Alto Tribunal que anula los contratos de permutes financieras por existencia de error en el consentimiento, al tratarse de un producto de difícil comprensión (SSTS de 3 y 4 de febrero de 2020, entre las más recientes). Sin embargo, de acuerdo con la sentencia comentada y las que cita, cuando el contrato de *swap* se integra en el clausulado de un contrato de préstamo, el error sobre tal contrato inserto no provocará la nulidad parcial del préstamo, sino de su totalidad, al no poder pervivir sin el tipo de interés determinado por aquel derivado. Sin embargo, estimamos que de concurrir un error sobre el derivado financiero podría declararse su nulidad y subsistir el resto del contrato de préstamo sustituyendo el tipo de interés que resultaba de aquél por el EURIBOR. Se trataría de aplicar un criterio análogo a la STJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18).

que, aunque dictada en materia de protección de consumidores, permite la sustitución del tipo de interés pactado por otro índice legal, habilitando al juez nacional a ello en caso de apreciar la nulidad de la cláusula del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios, por no superar el control de transparencia. No obstante, en el caso resuelto por la sentencia extractada la parte demandante se limitó a solicitar la declaración de nulidad parcial sin concretar qué tipo de interés sería el aplicable. (*F. S. N.*)

7. *Dies a quo* en el ejercicio de la acción de anulación por error de un contrato de compraventa de consumación instantánea.—Tratándose de un contrato de trácto único, la consumación a efectos del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de anulación por error en el consentimiento comienza a correr desde el momento en que el comprador paga el precio y se le entrega el bien (art. 1301 IV CC). Para estos contratos no cabe aplicar la misma doctrina desarrollada por la Sala 1.^a para los contratos de trácto sucesivo o que prolongan sus efectos económicos a lo largo del tiempo (sobre todo, en casos de adquisición de productos financieros complejos: swaps o bonos estructurados), que situaba el momento de la consumación —no en el de la perfección— sino en el del agotamiento o extinción del contrato. (**STS de 17 de diciembre de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 14 de diciembre de 1999 A adquirió por subasta el cuadro titulado «*Gitana*», firmado por el pintor Isidro Nonell y fechado en 1904. La subasta era realizada por Caja Madrid. A pagó la suma de 97.601,34 euros. Más adelante, en octubre de 2014, al decidir venderlo, A descubrió que el cuadro adquirido no era original del autor, sino que se trataba de una imitación efectuada por un desconocido. A demandó a Caja Madrid aduciendo error esencial en el consentimiento, afirmando que el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulación debía comenzar a correr desde el momento en que tuvo noticia de la falsedad del cuadro, y no antes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de caducidad invocada por la demandada.

A interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial estimó tanto el recurso como la demanda. Consideró el tribunal que no había obstáculo para aplicar la jurisprudencia sobre el *dies a quo* de la acción de nulidad en el consentimiento en la adquisición de productos financieros complejos a otros casos de error. Según esta doctrina, el cómputo del plazo de 4 años para anular el contrato comienza a correr desde que el cliente es consciente del error (normalmente cuando se le aplican liquidaciones negativas).

La demandada interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, que lo estimó.

NOTA.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre productos financieros complejos y error ha interpretado en los últimos años el artículo 1301 CC junto con el artículo 1969 CC, a fin de situar el inicio del plazo en el momento en que el cliente tomaba conocimiento del error o el dolo. Esta interpretación —a todas luces extensiva— se basaba en la complejidad de los contratos y en el hecho de que el

Código civil no los tuvo en mente en el momento de su promulgación (art. 3 CC). El problema es que se trata de una interpretación *contra legem*, ideada para proteger a los inversores que contrataron con entidades financieras, ya que no parece que el artículo 1301 IV CC haya querido situar *dies a quo* en un momento tan posterior. Nuestro Código civil no recoge la regla que sí contienen instrumentos de *soft law*, los cuales colocan el inicio del cómputo del plazo en el conocimiento y no en otro momento objetivo, como pueda ser la consumación (cfr. art. 4:113 PECL). A ello responder, precisamente, que el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad sea largo (4 años), ya que cuando se fijan plazos más cortos, se suelen colocar un *dies a quo* subjetivo. La resolución del caso es adecuada, aun cuando el demandante pretendiese –no sin razón– beneficiarse también de la misma doctrina que se les viene aplicando a los inversores.

Ha comentado esta resolución, respecto del error y sus plazos, CAÑIZARES LASO, A., «Un cuadro firmado por Isidro Nonell», *Almacén de Derecho*, 5 de febrero de 2020. (A. I. R. A.)

8. Condiciones generales de la contratación. Cláusula suelo. Control de incorporación. Control de transparencia. Diferencias. Empresarios.—El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contracción (LCGC), se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el artículo 5, para establecer los requisitos de incorporación; y en el artículo 7, para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato. En la práctica, como ya señalaron las sentencias de esta sala 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero, se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 LCGC, y si se supera es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los artículos 5.5 y 7 LCGC. El primero de los filtros mencionados, el del artículo 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo (a la que sigue, entre otras, la sentencia 314/2018, de 28 de mayo) consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión. El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula. En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Pues bien, la cláusula suelo litigiosa sí supera el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y ser gramaticalmente comprensible, dada la

sencillez de su redacción. La sencillez y claridad exigible a la cláusula depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual. Como hemos declarado en otras ocasiones «la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida» (SSTS 688/2015, de 15 de diciembre, 402/2017, de 27 de junio, y 322/2018, de 30 de mayo). Si hay que prever unas condiciones para las distintas fases del contrato o hacer previsiones para el caso de que dejen de publicarse los índices de referencia, etc., no puede exigirse la sencillez y claridad de las condiciones generales de otros contratos más simples (por ejemplo, algunas compraventas). La exigencia de claridad y sencillez en las condiciones generales no puede determinar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad, salvo casos patológicos de complejidad innecesaria buscada para provocar confusión en el adherente. Lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.

Lo que la sentencia recurrida hace no es realmente un control de incorporación, sino un control de transparencia, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, pues al incidir en que la cláusula está enmascarada entre un conjunto de cláusulas diversas, lo que dificultaría su efectivo conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente, o a la falta de información previa, o a la insuficiencia de las advertencias notariales por no incorporar a la escritura la oferta vinculante, a lo que se está refiriendo es a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Esto es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia. Como ha afirmado reiteradamente esta Sala, el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE de 21 de marzo de 2013, 30 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015 y 23 de abril de 2015), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas. Como venimos diciendo hasta la saciedad, el control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Pero, como igualmente hemos dicho de forma reiterada, el control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. La jurisprudencia de esta sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia, que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor. En efecto, el ya referido control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores. Este Tribunal ha

sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero; 314/2018, de 28 de mayo, y otras posteriores. Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos. Y es en el marco de este control de transparencia material en el que cobra una relevancia determinante la adecuada y completa información precontractual así como la oferta vinculante puesta a disposición del adherente, dada la relación de asimetría convencional que se produce en la negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere compensar dicha asimetría con una información y garantías precontractuales que permitan al consumidor acceder a una comprensión real de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo y la economía del contrato, en concreto su incidencia en el precio a pagar por los consumidores. Constituye, en este sentido, un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial, que se manifiesta entre otras en las SSTS 727/2018, 20 de diciembre; 9/2019, de 11 de enero; 93/2019, de 14 de febrero; 128/2019, de 4 de marzo; 188/2019, de 27 de marzo; 209/2019, de 5 de abril y 188/2019, de 27 de marzo. En este caso, la sentencia recurrida parte del hecho de que el préstamo objeto del litigio se otorgó exclusivamente para financiar la adquisición de una licencia municipal de taxi, por lo que, según se afirma en la misma sentencia, tal circunstancia «excluye la consideración de consumidor de los demandantes». Conclusión que comparte esta Sala por ser conforme con su doctrina jurisprudencial reiterada sobre esta materia, fijada de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. Como hemos declarado en las sentencias 230/2019, de 11 de abril y 533/2019, de 10 de octubre, los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora han sido resumidos recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, al decir: «El concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, 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. Por consiguiente, 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 como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional. 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». Y como ha dicho esta Sala en la citada sentencia 533/2019, de 10 de octubre, desde ese punto de vista, en la fecha que se concertó el contrato, era irrelevante que la empresa de la que era titular el demandante fuera pequeña o que la ejercitara a título personal y no bajo un amparo societario. La exclusión de la cualidad de consumidor en el demandante hace improcedente la realización de los controles de transparencia material, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (SSTS 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017,

de 23 de noviembre; 414/2018, de 3 de julio; y 230/2019, de 11 de abril, entre otras). (**STS de 15 de enero de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 11 de octubre de 2007 los prestatarios suscribieron una escritura de préstamo con garantía hipotecaria con una entidad, por importe de 170.000 euros, con cláusula de intereses variables, en la que se incluyó una cláusula suelo del 3,00 %. Los prestatarios interpusieron una demanda contra la entidad, interesando la declaración de nulidad de la cláusula suelo y, por otro lado, un pronunciamiento de condena a la demandada a restituir las cantidades que el actor hubiera abonado indebidamente en aplicación de la misma, más los correspondientes intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda.

Recurrida la anterior sentencia por los prestatarios, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación.

La entidad interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

9. Obligaciones subordinadas. Incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores. Responsabilidad civil contractual. Cuantificación de la indemnización de daños y perjuicios. Aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno*: valor de la inversión menos el precio de venta de las acciones obtenidas en el canje y los intereses percibidos por el producto litigioso.—La Sala Primera del Tribunal Supremo reitera su doctrina según la cual en la liquidación de los daños indemnizables debe computarse, junto a los daños sufridos por el perjudicado, la eventual obtención de ventajas por este. En materia de pérdidas de capitales invertidos, el daño causado por el asesoramiento defectuoso 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 inversores. El daño es, pues, el resultante de la producción recíproca de daño y lucro, de suerte que la obligación de indemnizar se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial. (**STS de 16 de enero de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—B. y L. A., interpusieron una demanda contra una entidad bancaria alegando la responsabilidad civil contractual de aquella por incumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento e información, al recomendárselas invertir en obligaciones subordinadas. Consecuentemente, solicitaban que se indemnizaran los daños y perjuicios padecidos que cifraban en 17.938,26 euros, esto es, el valor de la inversión (80.000 euros) menos la cantidad recuperada tras la venta de las acciones que obtuvieron en el canje obligatorio, tras la intervención del FROB (62.061,74 euros).

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero redujo la partida indemnizable al comprender que entendió que, a la cantidad inicialmente invertida había, que descontarle no solo la suma

recuperada tras el canje obligatorio y venta, sino también los rendimientos obtenidos de las subordinadas. Los demandantes recurrieron dicha resolución en apelación, siendo su recurso estimado. El Tribunal Supremo conoce del recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria, en el que solicita que también se detraigan de la partida del daño indemnizable los rendimientos obtenidos por los inversores, lo cual es estimado por la Sala Primera.

NOTA.– La Sala Primera del Tribunal Supremo viene siguiendo este criterio desde su STS de 30 de diciembre de 2014. (*A. A. O.*)

10. Garantía de las cantidades entregadas por los compradores a cuenta del precio durante la construcción de viviendas (Ley 57/1968): responsabilidad de la entidad bancaria avalista no condicionada por los límites cuantitativos del aval, ni por el ingreso de las cantidades en una concreta entidad bancaria.–La responsabilidad de la entidad avalista por las cantidades entregadas a quienes promuevan la construcción de viviendas se extiende a todas ellas, sin que deban respetarse los límites cuantitativos del aval, pues la Ley 57/1968 no establece límites y exige la cobertura de la totalidad de las cantidades anticipadas por el comprador a cuenta del precio (SSTS de 3 de julio de 2013, 20 de enero de 2014, 30 de abril de 2015, 9 de marzo y 8 de abril de 2016, 4 de julio y 18 de julio de 2017 y 28 de mayo de 2019). Asimismo, la entidad avalista responde aunque la cuenta bancaria identificada como especial en los contratos de compraventa, y en la que se hayan efectuado los ingresos, pertenezca a otra entidad bancaria, pues la primera puede conocer la cuantía de las entregas a cuenta del precio con haber requerido al promotor copia de los contratos (SSTS de 9 de marzo y 29 de junio de 2016 y 4 de julio de 2017). (**STS de 10 de diciembre de 2019;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.–Suscripto un contrato de compraventa de vivienda en construcción, la promotora no culminó la edificación, por lo que el adquirente interpuso demanda frente a la entidad avalista solicitando su condena al pago de las cantidades anticipadas a la promotora (72.230 €) más intereses. Sin embargo, tal suma se había ingresado en una cuenta titularidad de la promotora, abierta en otra entidad bancaria, y además el aval individual poseía un límite cuantitativo de 1.500 €. La entidad avalista opuso estas dos circunstancias, siendo desestimada íntegramente la demanda por el Juzgado de Primera Instancia. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial revoca aquel pronunciamiento y declara responsable a la entidad avalista de la totalidad de las cantidades entregadas por el comprador. Ésta interpone recurso de casación fundado en la infracción del artículo 1-2.^a de la Ley 57/1968 y en contravención de la doctrina contenida en las SSTS de Pleno, de 21 de diciembre y 16 de enero de 2015 y 9 de marzo de 2016. A juicio de la entidad avalista dicha doctrina habría resultado vulnerada al no ser depositaria de cantidad alguna, y para responder como entidad depositaria, e incluso como avalista, resulta imprescindible haber tenido conocimiento de los anticipos realizados mediante su ingreso en una cuenta de la promotora abierta en ella. El Tribunal Supremo no 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, aplicable al caso resuelto por razones temporales, fue derogada por la disposición derogatoria tercera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, añadida a su vez por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Esta última norma modificó la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, que actualmente regula la materia. Particularmente la letra a) de su apartado Dos-2, establece claramente la extensión del aval a «la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa». (F. S. N.)

11. Garantía de las cantidades entregadas por los compradores a cuenta del precio durante la construcción de viviendas (Ley 57/1968): responsabilidad de la entidad avalista con base en póliza de afianzamiento colectivo, sin precisarse la emisión de avales individualizados.—Extensión de su responsabilidad a la totalidad de las cantidades anticipadas por los compradores que figuren en los contratos de compraventa.—La responsabilidad de la entidad avalista frente a los adquirentes de viviendas en construcción por las cantidades entregadas a cuenta del precio, nace de la póliza de afianzamiento colectivo suscrita por la promotora respecto de la promoción inmobiliaria en su conjunto, sin requerirse la emisión de avales individuales a favor de cada comprador (STS de 23 de julio de 2015, 24 de octubre de 2016 y 4 de julio de 2017). Esta responsabilidad tan solo precisa la realización de entregas a cuenta del precio previstas en el contrato de compraventa y que el promotor haya incumplido la obligación de entrega de la vivienda. Por ello, alcanza incluso a las cantidades no ingresadas en cuenta bancaria alguna de la promotora, con tal de que figuren en el contrato como sumas percibidas, dado que la entidad avalista puede conocerlas requiriendo de aquélla copia del contrato (STS de 29 de junio de 2016). La extensión de la garantía a las cantidades entregadas en efectivo está fuera de toda duda de acuerdo con la DA primera, letra b), de la LOE, en su redacción aplicable al caso por razones temporales (**STS de 8 de enero de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Suscritos cuatro contratos compraventa de viviendas en construcción, la promotora no culminó la edificación, por lo que los compradores interpusieron una demanda colectiva frente a dos entidades avalistas de tal agente de la edificación, solicitando su condena al pago de las cantidades anticipadas a cuenta del precio más intereses. De modo subsidiario, dado que la promotora no había facilitado avales individuales, solicitaron la condena a su entrega. Los otorgantes de dos de los cuatro contratos de compraventa habían anticipado una parte del precio mediante transferencia bancaria y otra en efectivo, concretamente la cuantía de 3.000 € que se hizo constar como recibida en tales contratos. Las entidades avalistas se opusieron a responder de esta última cantidad, siendo estimada íntegramente la demanda por el Juzgado de Primera Instancia. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial excluye de la condena las cantidades anticipadas en metálico, al no figurar su

ingreso en cuenta bancaria alguna de la promotora. Contra esta sentencia los renombrados compradores interpusieron recurso de casación fundado en la infracción de los artículos 1, 3 y 7 de la Ley 57/1968 y de la doctrina contenida en las SSTS de 7 de mayo de 2014 y 29 de junio de 2016, alegando que la responsabilidad de las entidades avalistas no depende del ingreso de los anticipos en una cuenta bancaria, sino de que se correspondan con pagos previstos en el contrato de compraventa, copia de los cuales pudieron haber requerido aquéllas. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La sentencia extractada se fundamenta en la redacción de la DA primera de la LOE aplicable al caso por razones temporales. Concretamente, en su versión vigente con anterioridad a la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, norma que derogó la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. La aludida versión de la disposición adicional primera, en su letra b), extendía expresamente la garantía tratada a «las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario». Aunque dicha precisión haya desaparecido en la actual redacción de dicha disposición (fruto de la señalada Ley 20/2015), estimamos subsistente tal extensión de la responsabilidad, pues la norma en sus apartados Uno-1 y 2, utiliza expresiones omnícomprendivas, tales como «cantidades entregadas» y «cantidades aportadas por los adquirentes». Como bien aclara la sentencia comentada, cuando el Alto Tribunal ha excluido de la responsabilidad del avalista los pagos en efectivo, ha sido por no constar en el contrato (véase STS de 29 de junio de 2016, que absolvió a la entidad avalista del pago de unas sumas entregadas en efectivo al no figurar en el contrato de compraventa, y condenó al abono de otras anticipadas igualmente en efectivo, pero sí contempladas en el contrato). (F. S. N.)

12. Concurrencia de la causa de ingratitud prevista en el artículo 648.2.^º CC como fundamento del ejercicio de la acción de revocación de donaciones.—No cabe apreciar la causa de revocación prevista en el artículo 648.2.^º CC si los delitos por los que el donatario presenta denuncia contra el donante son semipúblicos; esto es, requieren la presentación de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Respecto de estos delitos, el ministerio fiscal solo puede denunciar cuando la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, para proteger su interés (art. 296.1 CP).

Tampoco cabe apreciar dicha causa de revocación de donaciones cuando en la vía penal se confirme el sobreseimiento libre de los donantes en atención a la imposibilidad de ejercer acción penal por los delitos patrimoniales contra los parientes a que se refiere el artículo 103.2 LECrim. Esto se justifica en que si quien trata de ejercitarse la acción penal carece de legitimación para ello, no cabe interpretar que exista imputación de delito alguno.

Únicamente deja de ser precisa la denuncia del agraviado «cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas» (art. 296.1 CP). Todo ello con independencia de que los delitos

denunciados contra los donantes puedan afectar al patrimonio del donatario denunciante. (**STS de 5 de noviembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—A, B, C, D y E ejercitan acción de revocación de donaciones por causa de ingratitud prevista en el artículo 648.2 CC contra W, su padre.

La demanda es desestimada por no tener encaje en el supuesto de revocación por ingratitud la denuncia formulada por W contra A, B, C, D y E por delitos semipúblicos. A mayor abundamiento, dichas donaciones no pueden ser consideradas como tal al no apreciarse ánimo de liberalidad, resultando asímismo irrelevante si son consideradas donaciones puras o simples o donaciones remuneratorias.

La sentencia de primera instancia es recurrida en apelación. Partiendo del carácter tasado de las causas de ingratitud y de su necesaria interpretación restrictiva, el recurso fue desestimado, bajo la interpretación de que la causa de ingratitud prevista en el artículo 648.2 CC se refiere a la comisión de delitos que dan lugar a procedimientos incoados de oficio, respecto de los cuales se puede formular acusación pública.

A, B, C, D y E interponen recurso de casación, que es desestimado.

NOTA.—En la explicación de la revocación de donaciones por causa de ingratitud prevista en el artículo 648.2 CC, García Goyena argumentó que cuando nos encontramos ante «delitos, cuya persecución debe instaurarse por el ministerio público, y puede serlo por acción popular, no está bien al donatario perseguir, sino más bien compadecer a su bienhechor»; y, aun en ese caso, la imputación de un delito al donatario no es causa de revocación por ingratitud si el delito se ha cometido contra el propio donatario porque «el derecho de vindicarse a sí mismo, o a las personas, cuya defensa le está encomendada por la ley, es anterior y preferente a todo otro derecho». (T. R. C.)

13. Ejercicio del retracto legal por el arrendatario mediante la subrogación en la deuda hipotecaria que grava la finca retraída sin contar con el consentimiento del acreedor hipotecario.—De lo dispuesto en el artículo 1205 CC, con carácter general, y en el artículo 118 LH, en particular, para la deuda garantizada con hipoteca, la adquisición de una finca hipotecada no comporta que el adquirente asuma la deuda garantizada y que el primitivo deudor quede liberado frente al acreedor.

Incluso en el caso de que comprador y vendedor pacten que el primero asume la deuda pendiente, tal pacto produce efectos entre ellos, pero el vendedor sigue estando obligado frente al acreedor, a no ser que este último consienta su liberación.

Y así, con carácter general, si la finca retraída está gravada con una hipoteca, la sola voluntad del arrendatario de ejercer el retracto mediante la subrogación en la hipoteca no puede liberar al comprador retraído de su condición de deudor hipotecario. Para ello sería preciso el consentimiento del acreedor hipotecario.

El derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato (art. 1521 CC) no implica la facultad unilateral del retrayente a subrogarse en la deuda garantizada por la hipoteca sin el consentimiento del

acreedor hipotecario, pues no está prevista una subrogación *ex lege* en la deuda. Sin el consentimiento del acreedor no hay subrogación hipotecaria ni, por tanto, la voluntad del retrayente de subrogarse en la hipoteca puede cumplir la función que persigue el reembolso (art. 1518 CC) de dejar indemne al comprador retraído. (**STS de 15 de enero de 2020; ha lugar.**) [Ponente Excma. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El Sol compra a Fegar una finca que esta había arrendado a Noelia. Además, con el consentimiento de CaixaBank —acreedora hipotecaria—, El Sol se subrogó en la deuda de Fegar frente a CaixaBank.

Noelia, en su condición de arrendataria, y una vez que se le había notificado la venta a los efectos del artículo 25 de la LAU, se dirige a la compradora El Sol para comunicarle su voluntad de adquirir la finca por el mismo precio que pagó mediante la subrogación en la hipoteca actual vigente que grava el inmueble indicado.

Al no recibir respuesta, Noelia interpone demanda contra El Sol, solicitando se declare haber lugar al ejercicio del derecho de adquisición preferente por el arrendatario de la vivienda mediante la subrogación en la deuda hipotecaria que grava la finca retraída.

La demanda es estimada, por lo que se declara que Noelia tiene derecho a retraer la vivienda, subrogándose en el lugar de El Sol, en el mismo precio y condiciones en que se verificó la transmisión. Correlativamente, El Sol es condenada a otorgar a favor de Noelia la correspondiente escritura de retroventa.

La sentencia es recurrida en apelación. El recurso es desestimado.

El Sol interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero es desestimado, y el segundo, estimado, dado que ni CaixaBank ha dado su consentimiento para que la arrendataria retrayente se convierta en deudora hipotecaria en sustitución de El Sol ni existe norma que imponga ese cambio de deudor *ex lege*.

NOTA.—El consentimiento del acreedor hipotecario es preciso porque se crea un nuevo vínculo en el que el nuevo deudor responderá con todos sus bienes, presentes y futuros. A la idea tradicional de que al acreedor no le resulta indiferente la persona del deudor, ni siquiera cuando existe una hipoteca, debe añadirse ahora, desde una perspectiva más amplia, que las actuales exigencias legales de concesión de crédito de forma responsable imponen a las entidades financieras la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario. (*T. R. C.*)

14. Contrato de obra. Responsabilidad por vicios de la construcción.— Solidaridad impropia.— La reclamación dirigida contra el promotor y/o contratista no interrumpe la prescripción respecto de los otros agentes de la edificación.—No puede considerarse interrumpida la prescripción por la reclamación extrajudicial dirigida contra la promotora y contratista, el 9 de noviembre de 2007; pues como ha declarado con reiteración la jurisprudencia, en los casos de solidaridad impropia, la interrupción de la acción con respecto a uno de los deudores solidarios no afecta a los otros, salvo aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción (SSTS de

Pleno de 14 de mayo de 2003, 25 de noviembre de 2016 y 14 de marzo de 2019). Se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 CC, 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 sentencia 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) aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (STS de 17 de septiembre de 2015, y las que cita).

Responsabilidad del arquitecto por vicios del suelo. Diferencias entre las obligaciones profesionales del arquitecto director y del arquitecto técnico o aparejador.—La responsabilidad exigible a los arquitectos derivaría de la inobservancia de las obligaciones que les corresponden como directores de la obra. Mientras, el arquitecto técnico es el director de la ejecución material de la construcción y, en tal sentido, participa en la dirección de la obra, y como técnico que es debe conocer las normas tecnológicas de la edificación, advertir al arquitecto de su incumplimiento y vigilar que la realidad constructiva se ajuste a su *lex artis*. Le corresponde pues la vigilancia directa e inmediata y control de la ejecución material de las obras (SSTS de 27 de abril de 2009 y 7 de enero de 2015). Es obligación fundamental del arquitecto el examen previo del suelo, por lo que es fuente de su responsabilidad los vicios en el estudio del terreno, en el que se va a asentar la obra, así como la falta de previsión de la cimentación adecuada por omisión de los estudios geológicos necesarios. Sin embargo, en el presente caso tiene su causa en una deficiente compactación del terreno en los alrededores de las edificaciones, al llevarse a efecto con material de desecho de obra que, al tratarse de un vicio de ejecución, es responsabilidad del contratista, y, en su caso, del aparejador, que no ha sido demandado en este proceso. Por tanto, corresponde a los aparejadores y arquitectos técnicos la ejecución y vigilancia de las órdenes dadas por la dirección de la obra, procurando la perfecta realización de los trabajos, y el empleo de los materiales adecuados por parte del contratista; y acreditado que los trabajos de compactación adolecen de notorias imperfecciones, estos defectos no fueron constatados ni denunciados por los aparejadores, de suerte que, aunque la compactación sea una actividad propia del contratista, se produce la solidaridad con este último, dada la imposible separación nítida de esa responsabilidad y puede, por tanto, ser reclamada de modo solidario en aras de la seguridad jurídica y de la satisfacción de los derechos de los perjudicados (SSTS de 27 de enero de 1988, 3 de abril de 1995 y 24 de septiembre de 2004, entre otras). (**STS de 15 de enero de 2020;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los actores, adquirentes de un conjunto de viviendas en una pequeña urbanización de Paterna (Valencia), demandaron conjuntamente a la promotora vendedora, al constructor, así como a los arquitectos directores de la obra. No fue demandado el arquitecto técnico encargado de la dirección de la ejecución de aquélla. Se solicitaba la condena solidaria de todos ellos a consecuencia de una serie de defectos de diversa índole, unos de terminación, otros de habitabilidad y algunos otros de estructura. El Juzgado de Primera Instancia estimó que la acción para reclamar la reparación o indemnización de los daños había prescrito. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia consideró que no se había producido dicha extinción. El Tribunal Supremo, dio lugar al recurso de casación de los arquitectos al considerar que, respecto de los defectos de acabado, eran tan evidentes que el inicio del cómputo tuvo lugar con la venta de las viviendas a los actores y, en consecuencia, había operado la prescripción extintiva; y en cuanto a otros defectos (hundimiento del suelo por defectuosa compactación del terreno en los alrededores de las edificaciones, así como el deficiente estado de la calle de acceso a las viviendas) estimó que eran imputables al control de la ejecución material de la obra, propia de los aparejadores o arquitectos técnicos, pero no a la alta dirección facultativa de aquélla. Mantuvo, no obstante, la condena solidaria por el defecto consistente en el defectuoso sistema de evacuación de aguas, al entender que constituía una imprevisión del proyecto no prescrita.

NOTA.—En la sentencia se aborda nuevamente la cuestión relativa a la no interrupción de la prescripción respecto de los agentes de la edificación cuando existe, con el promotor y constructor, la llamada «solidaridad impropia»; de manera que para los técnicos seguirá corriendo el plazo extintivo pese a haberse interrumpido con respecto a aquellos otros agentes. Esta doctrina, iniciada a partir de la STS de 14 de marzo de 2003, ha recibido fuertes críticas, especialmente en cuanto supone una eliminación directa del artículo 1.974 CC en materia de edificación [REGLERO CAMPOS, F. «Los sistemas de responsabilidad civil», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, vol. I. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 1284]. Un interesante análisis sobre la posibilidad de establecer una presunción de conocimiento por parte de los agentes y, en consecuencia, extender la interrupción de la prescripción también respecto de los arquitectos y aparejadores, puede verse en SANTANA NAVARRO, F. L., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Marcial Pons. Madrid, 2018, pp. 169 a 172. Por otra parte, la cuestión relativa a la responsabilidad derivada de la defectuosa compactación del terreno no ha sido siempre pacífica. En el ámbito de las audiencias ha sido frecuente considerarla un vicio de ejecución imputable exclusivamente al constructor. No obstante, el Tribunal Supremo se decanta mayoritariamente por hacer responsables tanto al constructor como al aparejador o arquitecto técnico, quien habría faltado a los deberes de control y vigilancia de la correcta ejecución de los trabajos [un estudio actualizado y pormenorizado de esta cuestión se encuentra en PUCHE RAMOS, A., *La responsabilidad civil de los aparejadores y arquitectos técnicos*, J. M. Bosch, Barcelona, 2019, pp. 100 a 103]. (L. A. G. D.)

15. Condiciones generales de la contratación. Nulidad de cláusulas abusivas: inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.—De la literalidad del artículo 22 LCGC parece deducirse que habrá de ser en ejecución de la sentencia firme recaída en un procedimiento sobre nulidad o no incorporación de condiciones generales, cuando el letrado de la administración de justicia habrá de procurar la inscripción registral del pronunciamiento acordado. Sin embargo, nada impide que el Tribunal incluya dicha orden en su resolución, ni que lo haga en segunda instancia, pues ello ni mejora ni empeora la situación jurídica del predisponente, puesto que, en todo caso, lo hubiera acordado o no el tribunal en la sentencia de apelación, el pronunciamiento judicial debería tener acceso al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, por mandato legal, una vez que la sentencia hubiera quedado firme (STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre).

Atribución de los gastos notariales y registrales en los préstamos hipotecarios.—Las SSTS del Pleno 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero, ante la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios por su atribución indiscriminada al consumidor, establecen lo siguiente: 1.º La Comisión de apertura, corre a cargo del deudor, al no ser ajena al precio del préstamo, al igual que el interés remuneratorio, pues son partidas de dicho precio, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo. Al formar parte del precio del contrato, la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que se considera superado en el caso concreto. Es común que el consumidor conozca su existencia y que la entidad financiera lo publique e informe, siendo pagadera al principio. 2.º El pago de las escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo hipotecario será por mitad, pero la escritura de cancelación de la hipoteca corresponderá al prestatario. Las copias de estas escrituras serán de cuenta de quien las solicite. 3.º Los gastos del Registro de la Propiedad derivados de la inscripción de la garantía hipotecaria los soportará el prestamista, pero los de cancelación los asumirá el prestatario. 4.º Los gastos de gestoría se abonarán por mitad. 5.º Por último, en cuanto al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, para operaciones previa al Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo. El Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, modifica el sujeto pasivo, que pasa a ser el prestamista. Pero ello solo es aplicable a las operaciones escrituradas desde el 10 de noviembre de 2018, sin que el Real Decreto-ley contenga regulación retroactiva alguna.

Abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios: criterios.—Conforme a la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y en los tres AATJUE de 3 de julio de 2019, las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario sin modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo y sin posibilidad real de que el consumidor evite su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, son abusivas, porque no respetan los estándares mínimos que ha fijado el TJUE y la propia Sala Primera en sentencias anteriores (STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre).

Efectos.—Además, en aplicación de las pautas facilitadas por el TJUE para determinar si es posible la subsistencia del contrato, declaramos que el préstamo hipotecario es un negocio jurídico complejo, cuyo fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De este modo, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente difícil, por lo que, en principio, la supresión de la cláusula que sustenta esa garantía causaría la nulidad total del contrato.

Posibilidad de que subsista el contrato.—Ahora bien, esa nulidad total expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, como la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria o el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa. Para evitar estas consecuencias, el TJUE ha admitido que la cláusula abusiva se sustituya por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al artículo 693.2 LEC previo a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

No obstante, la STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre, entiende que los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia. Para ello servirá como criterio orientativo de primer orden el artículo 24 LCCI.

Incumplimiento por el prestatario de un solo plazo.—Una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Por tanto, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en tales casos es nula e inaplicable tal y como está redactada.

Sin perjuicio de que, al margen de lo previsto en la cláusula, puedan ser aplicables las consideraciones expuestas en la STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre, en el supuesto de que la entidad prestamista, en caso de incumplimiento de sus obligaciones de pago por el prestatario, instara en el futuro el vencimiento anticipado del contrato, no con fundamento en la cláusula, sino en la ley. (**STS de 12 de noviembre de 2019;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En 2007, Nemesio y Casilda suscribieron con una entidad bancaria un préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 54.000 €, a interés variable y a devolver en un plazo de treinta años, mediante 360 cuotas mensuales. Los primeros demandaron mediante una acción individual de nulidad de diversas condiciones generales de la contratación contenidas en el préstamo.

La sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo y de las condiciones generales de gastos a cargo de la parte prestataria; de intereses de demora; de vencimiento anticipado por la entidad de crédito; de venta extrajudicial de las fincas hipotecadas, a tenor de lo establecido en el artículo 129 LH; y de cesión del crédito hipotecario, cuando lo estimase conveniente la entidad bancaria sin necesidad de dar cono-

cimiento a la parte prestataria, quien renuncia al derecho que al efecto le concede el artículo 149 LH. La audiencia confirmó esta sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada.

NOTA.—Tras la entrada en vigor el 16 de junio de 2019 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo, que tienen carácter imperativo, se hará del siguiente modo: El prestatario asumirá los gastos de tasación del inmueble, mientras que el prestamista asumirá los de gestoría, los aranceles notariales de la escritura del préstamo hipotecario y los de inscripción, así como el impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Los aranceles notariales relativos a las copias de la escritura los satisfará quien las solicite [véase el art. 14.1e) LCCI]. Según la disposición adicional octava «el notario autorizante de una escritura de préstamo sujeto a la presente Ley entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de aquella», a cuyo efecto deberá constar en la escritura una dirección de correo electrónico del prestatario.

La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado es una cuestión casuística en la que habrá que ponderar cuántas mensualidades se han dejado de abonar en relación con la vida del contrato, así como las posibilidades de reacción del consumidor, lo que debe juzgarse acudiendo al artículo 24 LLCI. A partir de aquí, se ofrecen unas pautas según la fecha en la que se haya declarado el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, permitiendo un posterior procedimiento ejecutivo con fundamento no en la cláusula abusiva, sino en aquella ley. Así, SANTANA NAVARRO, F., *El préstamo simple o mutuo: su posible resolución por incumplimiento* (art. 1124 CC), inédito. (I. D.-L.)

16. Préstamo hipotecario con consumidores. Nulidad de cláusulas abusivas: Atribución de los gastos notariales y registrales en los préstamos hipotecarios.—Las SSTS del Pleno 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero, ante la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios por su atribución indiscriminada al consumidor, establecen lo siguiente: 1.^º La Comisión de apertura, corre a cargo del deudor, al no ser ajena al precio del préstamo, al igual que el interés remuneratorio, pues son partidas de dicho precio, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo. Al formar parte del precio del contrato, la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que se considera superado en el caso concreto. Es común que el consumidor conozca su existencia y que la entidad financiera lo publicite e informe, siendo pagadera al principio. 2.^º El pago de las escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo hipotecario será por mitad, pero la escritura de cancelación de la hipoteca corresponderá al prestatario. Las copias de estas escrituras serán de cuenta de quien las solicite.

3.º Los gastos del Registro de la Propiedad derivados de la inscripción de la garantía hipotecaria los soportará el prestamista, pero los de cancelación los asumirá el prestatario. 4.º Los gastos de gestoría se abonarán por mitad. 5.º Por último, en cuanto al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, para operaciones previa al Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo. El Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, modifica el sujeto pasivo, que pasa a ser el prestamista. Pero ello solo es aplicable a las operaciones escrituradas desde el 10 de noviembre de 2018, sin que el Real Decreto-ley contenga regulación retroactiva alguna.

Abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios: criterios.—Conforme a la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y en los tres AATJUE de 3 de julio de 2019, las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario sin modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo y sin posibilidad real de que el consumidor evite su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, son abusivas, porque no respetan los estándares mínimos que ha fijado el TJUE y la propia Sala Primera en sentencias anteriores (STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre).

Efectos.—Además, en aplicación de las pautas facilitadas por el TJUE para determinar si es posible la subsistencia del contrato, declaramos que el préstamo hipotecario es un negocio jurídico complejo, cuyo fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De este modo, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente difícil, por lo que, en principio, la supresión de la cláusula que sustenta esa garantía causaría la nulidad total del contrato.

Possibilidad que subsista el contrato.—Ahora bien, esa nulidad total expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, como la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria o el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa. Para evitar estas consecuencias, el TJUE ha admitido que la cláusula abusiva se sustituya por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al artículo 693.2 LEC previo a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

No obstante, la STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre, entiende que los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia. Para ello servirá como criterio orientativo de primer orden el artículo 24 LCCI.

Incumplimiento por el prestatario de un solo plazo.—Una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Por tanto, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en tales casos es nula e inaplicable tal y como está redactada.

Sin perjuicio de que, al margen de lo previsto en la cláusula, puedan ser aplicables las consideraciones expuestas en la STS del Pleno 463/2019, de 11 de septiembre, en el supuesto de que la entidad prestamista, en caso de incumplimiento de sus obligaciones de pago por el prestatario, instara en el futuro el vencimiento anticipado del contrato, no con fundamento en la cláusula, sino en la ley. (**STS de 12 de diciembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En 2009 y 2010, Bárbara suscribió sendos contratos de préstamo hipotecario con la misma entidad bancaria. Samuel fue fiador solidario en el primero de los contratos. Bárbara y Samuel presentaron una demanda en la que ejercitaron una acción individual de nulidad de varias de las condiciones generales de la contratación incluidas en los dos contratos.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró, entre otras y en lo que ahora interesa, la nulidad de las cláusulas de gastos y de vencimiento anticipado de las dos escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las partes. La audiencia confirmó esta sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la entidad bancaria.

NOTA.—Véase la nota al extracto anterior, publicado en este fascículo del ADC, de la STS de 12 de noviembre de 2019 (Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres). (*I. D.-L.*)

17. Cláusula de vencimiento anticipado. Efectos de la declaración de abusividad de la cláusula sobre el proceso de ejecución hipotecaria. La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no veda el acceso al procedimiento de ejecución hipotecaria. Validez del vencimiento anticipado ejecutado conforme al artículo 693.2 LEC en sustitución de la cláusula contractual anulada.—En la sentencia 463/2019, de 11 de septiembre, hemos establecido que, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del artículo 693.2 LEC —como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016. Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero.

Es decir, que los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida y la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo.

En el caso litigioso, la Audiencia Provincial no ignoró dicha interpretación, sino que, con cita expresa de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/2011) y de la sentencia de esta sala 705/2015, de 23 de diciembre, ponderó la gravedad del incumplimiento en relación con las circunstancias expuestas en tales resoluciones y llegó a la conclusión de que el ejercicio por el prestamista de la facultad de vencimiento anticipado fue correcto. Y consideró que la nulidad de la cláusula no vedaba el acceso al procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando se hizo, no por la previsión contractual anula-

da, sino en uso de una facultad legalmente prevista (**STS de 8 de enero de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Vera Torres.]

HECHOS.—La demandante había suscrito una escritura de préstamo con garantía hipotecaria. Entre las cláusulas figuraba la resolución y vencimiento anticipado del contrato por la entidad bancaria, además de por las causas generales previstas en las leyes, en el supuesto de falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos establecidos en la cláusula segunda. Al dejarse de pagar cinco cuotas de amortización, la entidad prestamista dio por vencido el préstamo e instó la ejecución hipotecaria. En el procedimiento de ejecución se adjudicó el piso hipotecado a la ejecutante. La dueña del piso presenta demanda instando la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y la nulidad del procedimiento hipotecario. El juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido. Asimismo, declaró el derecho de la demandante a recuperar la propiedad y la posesión del inmueble hipotecado y adjudicado a la ejecutante. La Audiencia Provincial revoca en parte la sentencia recurrida, en el sentido de dejar sin efecto la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia reproduce la doctrina del Tribunal Supremo sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado sobre el préstamo hipotecario. Según la STS 463/2019, de 11 de septiembre, que se dictó en aplicación de los criterios facilitados por el TJUE —en la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los autos de 3 de julio de 2019—, el préstamo hipotecario es un negocio jurídico complejo, cuyo fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato a cambio de una garantía eficaz en caso de impago. En consecuencia, la supresión de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado que sustenta esta garantía causaría la nulidad total del contrato. Esta ineficacia total del negocio expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales como la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria o el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa. Para evitar esas consecuencias el TJUE había admitido que la cláusula abusiva se sustituyese por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al artículo 693.2 LEC en su redacción del año 2013. No obstante, se considera más lógico, en el momento actual, tener en cuenta el artículo 24 de la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, como norma imperativa más beneficiosa para el consumidor. Lo que viene a significar que, para el Tribunal Supremo, a pesar de la nulidad de la cláusula contractual, se puede instar el vencimiento anticipado y, por tanto, la ejecución del procedimiento hipotecario siempre que el incumplimiento contractual reúna los requisitos de especial gravedad y proporcionalidad en relación con el importe total adeudado y dura-

ción del contrato. En el caso de la sentencia, la cláusula contractual de vencimiento anticipado no supera los estándares establecidos en la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, pues ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. En cuanto a la validez del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra la vivienda hipotecada o, más concretamente, la validez del vencimiento anticipado ejercitado por el banco, que dio lugar al despacho de ejecución, se da la razón a la entidad bancaria, pues, el tribunal entendió que se ejercitó conforme con lo establecido en el artículo 693.2 LEC, en su redacción dada por la ley 5/2019, de 15 de marzo y la jurisprudencia que lo interpreta (*C. O. M.*)

18. La categorización entre mandato general o especial (art. 1712 CC) debe ser distinguida de aquella entre mandato general o expreso (art. 1713 CC).—El Tribunal Supremo cree conveniente recordar esta distinción. En el artículo 1712 CC, el mandato general comprende la totalidad de los negocios del mandante, mientras que el mandato especial se refiere a uno o varios negocios determinados. Es decir, se toma en consideración el «ámbito de los asuntos o intereses del principal». Por el contrario, el artículo 1713 CC gira en tono a la naturaleza de los actos, y sobre ella se construye la distinción entre el mandato general (que solo faculta para realizar actos de administración) y el mandato expreso (requerido para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio).

Suficiencia de poder de representación.—La concesión de un poder de representación genérico, sin una suficiente especificación de las facultades conferidas, y en el que no conste de manera inequívoca la atribución de facultades para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, hace que el apoderado se vea limitado a los actos de administración. Sin embargo, si al documentar el poder de representación se hace constar la facultad de ejecutar actos de enajenación, no es preciso especificar los bienes concretos sobre los que se proyecta la referida facultad, bastando una referencia genérica a los bienes del poderdante. Por consiguiente, debe corregirse el criterio de la STS 687/2013, de 6 de noviembre, de acuerdo con la cual «el mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición, sólo alcanza a un acto concreto cuando éste ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada».

Abuso de poder de representación.—La validez y suficiencia de un poder no conlleva necesariamente la validez y eficacia del negocio celebrado en representación, pues puede haberse llevado a cabo un uso abusivo de aquel. Esto es lo que sucede en el caso resuelto. La sentencia recurrida examinó las condiciones y circunstancias del negocio y concluyó que, tal y como sostén la demandante, la operación tenía un carácter usurario. Esto llevó a la Audiencia Provincial a la convicción de que la poderdante no había dado su consentimiento para una operación que implicaba disponer de su vivienda habitual por un precio calificado como «irrisorio» y en garantía de un préstamo personal del que no se conocía su finalidad, concluyendo que el apoderado había realizado un ejercicio incorrecto de las facultades conferi-

das. (**STS de 27 de noviembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 23 de julio de 2013, Ginés compareció ante un notario para otorgar dos escrituras, interviniendo en ambas tanto en su propio nombre como en representación de su madre, Irene. La primera de ellas tenía por objeto la concesión de una opción de compra sobre determinados bienes a favor de un tercero. Mediante la segunda escritura, Ginés y Irene reconocían adeudar solidariamente a una cuarta persona 24.000 euros en concepto de préstamo, declarando haberlos recibido en metálico ese mismo día. El 21 de diciembre de 2013 se produjo el fallecimiento repentino de Ginés. Posteriormente, el 9 de marzo de 2015, Irene ejercitó una acción de nulidad de contratos contra los beneficiarios respectivos de las dos escrituras, solicitando la declaración de nulidad absoluta de las actuaciones y negocios jurídicos realizados por Ginés en su nombre y representación, tanto con relación al derecho de opción de compra, como con relación al préstamo. La demandante alegó que el otorgamiento de las dos escrituras fue realizado con un ejercicio abusivo de las facultades conferidas en un poder general, lo que determinaba un uso incorrecto del mandato.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda porque no consideró acreditado el exceso de poder, subrayando que la demandante no había aportado la escritura correspondiente y que dicho exceso no se apreciaba a la vista de las circunstancias. La Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró la nulidad de las actuaciones y negocios realizados por Ginés en representación de Irene. Finalmente, el Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos, confirmando el fallo de la sentencia recurrida. (*R. P. C.*)

19. Contrato de fianza. Fiador: acciones.—El fiador que paga la obligación garantizada dispone de dos acciones para hacer efectiva la vía de regreso frente al deudor principal: un derecho de reembolso (art. 1838 CC) y una facultad de subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1839 CC). El Código Civil reconoce al fiador que paga una doble facultad, derivada de su condición de acreedor del deudor principal que adquiere al pagar la deuda garantizada, con una misma finalidad (que el cumplimiento de la obligación de fianza no le suponga un quebranto patrimonial) pero de contenido diverso, entre las que el fiador puede elegir. Se trata de mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para la efectividad de un principio básico de la regulación de las garantías otorgadas por terceros, como es que el tercero que paga, y se convierte por ello en acreedor del deudor principal, no sufra, en lo posible, un quebranto patrimonial y pueda resarcirse con cargo al deudor principal, que no pagó.

Responsabilidad de los administradores. Incumplimiento del deber de promover la disolución: justificación.—La justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago.

En suma, el reproche jurídico que subyace a la responsabilidad del artículo 367 Ley de Sociedades de Capital (LSC) se funda en el incumpli-

miento de un deber legal (de promover la disolución de la sociedad o, en su caso, de instar el concurso de acreedores). La Ley en esos casos, estando la sociedad incursa en una de las causas legales de disolución, constituye al administrador en garante solidario de las deudas surgidas a partir de entonces, si incumple el deber legal de disolver dentro del plazo legal.

Incumplimiento del deber de promover la disolución: alcance.—La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital prevista en el artículo 367 LSC, que se anuda al incumplimiento de los deberes legales de promover la disolución de la sociedad, estando esta incursa en causa legal de disolución, lo es respecto de las deudas sociales posteriores a la aparición de la causa de disolución y se entiende por deudas posteriores, las que hubieran nacido después del acaecimiento de la causa de disolución.

Concurso de acreedores. Pago por fiador: naturaleza.—Si a los efectos del concurso del deudor, donde resulta relevante la fecha del nacimiento del crédito para considerarlo concursal o contra la masa, el pago del fiador, de un crédito concursal, con posterioridad a la declaración de concurso no hace nacer un crédito nuevo merecedor de la consideración de contra la masa, sino que simplemente se prevé la sustitución del acreedor por el fiador en la titularidad del crédito. Esto que resulta muy claro en el caso de la acción subrogatoria del artículo 1839 CC, también lo sería cuando en la acción de reembolso se reclama la deuda satisfecha por el fiador y los intereses (ordinarios 1.^º y 2.^º del art. 1838 CC).

Pago por fiador: posterior a declaración de concurso.—El pago del fiador, con posterioridad a la declaración de concurso, le legitima para sustituir al acreedor originario como titular del crédito, que seguirá siendo concursal, sin que el hecho de gozar el fiador, no sólo de la acción subrogatoria (art. 1839 CC), sino también de la de reembolso (art. 1838 CC), permita concluir que la obligación frente al deudor nació con el pago posterior a la declaración de concurso y por ello su crédito es contra la masa. En todo caso, el fiador que paga con posterioridad a la declaración de concurso del deudor se subroga en la titularidad del crédito, que mantiene la consideración de concursal.

Pago por fiador: responsabilidad de administrador.—En el caso de la acción de responsabilidad *ex artículo 367 LSC*, en que también es relevante la fecha del nacimiento de una deuda social para determinar si queda cubierta por esta responsabilidad, el pago por el fiador de una deuda social con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución tampoco supone el nacimiento de una nueva deuda social para hacer responsable de ella al administrador que incumplió los deberes de disolución, sino, en su caso, la legitimación del fiador para reclamar frente a la sociedad la deuda social satisfecha y sus intereses. (**STS de 16 de enero de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—L. y E. estuvieron casados. E es administrador de la sociedad P. e I. H. G., S. L., y L. avaló varias pólizas bancarias de préstamo o crédito concedido a dicha sociedad. Ante el impago de las mismas por la sociedad, uno de los acreedores financieros se dirigió frente a la fiadora, L., quien abonó determinada cantidad. La representación procesal de L interpuso demanda ejercitando dos acciones de responsabilidad frente a E., en su calidad de administrador de la referida entidad mercantil, una *ex artículo 367 LSC*, basada en el incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad, estando incursa en causa legal de disolución, por la

que reclamaba la responsabilidad solidaria respecto de la deuda social; y otra *ex artículo 241 LSC*, la acción individual basada en que el cierre de hecho de la sociedad frustró el cumplimiento de la reseñada deuda social. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo desestimó la demanda entendiendo, respecto a la acción de responsabilidad *ex artículo 367 LSC*, que la aparición de la causa de disolución fue posterior al nacimiento de la deuda social, para ello, afirmó que el crédito de la fiadora, ahora demandante, había nacido al asumir la fianza y no al pagar al acreedor principal el crédito afianzado. En segundo lugar, desestimó la acción individual porque no constaba que una ordenada liquidación hubiera permitido la satisfacción del crédito de la demandante. Recurrida en apelación por la representación procesal de E., la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Asturias desestimó el recurso y ratificó que la obligación de la sociedad de restituir a la fiadora, L., lo satisfecho por ésta en virtud de la fianza, nace en el momento de constituirse la póliza de crédito afianzada, y no cuando más tarde la fiadora pagó el crédito afianzado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la STS 2387/2019, de 15 de julio afirmó, al respecto, que para que los administradores sociales deban responder al amparo de lo dispuesto en el artículo 367 LSC, se requieren los siguientes requisitos: 1) la concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad previstas en el artículo 363.1 LSC; 2) la omisión por los administradores de la convocatoria de junta general para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de sus causas, o de la solicitud de concurso, o la disolución judicial; 3) el transcurso de dos meses desde que concurre la causa de disolución o desde la fecha de la junta contraria a la disolución; 4) la imputabilidad al administrador de la conducta pasiva; y 5) la inexistencia de causa justificadora de la omisión. El análisis comparativo de los requisitos exigibles para las acciones individual y social pone en evidencia que la responsabilidad solidaria frente a los acreedores por deuda social regulada en el artículo 367 LSC genera una acción diferente de las previstas en la propia Ley de Sociedades de Capital en los artículos 238, acción social por daño a la sociedad y 241, acción individual por daño a socios y terceros. En concreto, cuando se trata de la acción prevista en el artículo 367 LSC no es precisa la existencia de daño. Más aún, su objeto no es la indemnización por daño, por más que en ocasiones se identifiquen el daño con el importe de la deuda impagada y ni siquiera es preciso que la sociedad esté en situación de insolvencia, de hecho, se trata de una institución preconcursal dirigida a la liquidación societaria. Por otro lado, el mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el artículo 367 LSC. Por el contrario, al contratar en esas circunstancias, conoce la garantía legal que supone respecto del cobro de su crédito que el reseñado precepto haga al administrador responsable solidario de su pago por no haber promovido la disolución, si es que concurría causa legal para ello. La buena fe es exigible en el ejercicio de la acción de responsabilidad

por deudas, por lo que no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión rebasa los límites de aquella, luego no cabe oponer frente al acreedor la mala fe derivada exclusivamente de su conocimiento de la precaria situación de la sociedad. Así, para entender concurrente la mala fe no es suficiente que el acreedor tenga conocimiento de que la sociedad se halla en situación delicada. Esta postura de la jurisprudencia se vio reforzada por la regulación posterior a la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, a partir de la cual los administradores sólo responden de los créditos nacidos con posterioridad a la aparición de la causa de disolución. De tal manera que si se admitiera que esta responsabilidad por deudas no opera cuando el acreedor conocía al tiempo de contratar la situación de crisis económica de la sociedad, se vaciaría de contenido el precepto, pues en el caso más común de pérdidas que dejan el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que no tiene por qué ir asociada a la insolvencia, pero en la mayor parte de los casos sí va ligada a ella, la mayoría de quienes siguen contratando y suministrando a la sociedad conocen su precaria situación económica. (N. D. L.)

20. La culpa como criterio de imputación.—El mero hecho de que se haya producido un daño no puede entenderse como prueba de la culpa, pues ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC. La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Un comportamiento culposo es aquel que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la carga de probar la falta de culpa, mientras que, para el resto de actividades, rige el artículo 217 LEC y, por lo tanto, corresponde al dañado la carga de la prueba de la culpa. La jurisprudencia no ha llegado a convertir el riesgo en criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC y no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba con carácter general, salvo en los casos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole. (**STS de 17 de diciembre de 2019;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 25 de julio de 2020, T, de seis años de edad, se encontraba en compañía de su hermano, de siete años, su madre y otras personas allegadas en la piscina de la urbanización. Mientras la madre se encontraba temporalmente ausente del lugar, el niño quedó bajo el cuidado de la pareja de aquélla. T se hundió en el agua, siendo alertada la socorrista por un vecino que se encontraba asomado a la ventana, ante lo cual, de forma inmediata, se lanzó al agua, rescatando al niño, con la ayuda del padre de la pareja de la progenitora del menor, comenzando las operaciones de reanimación, siendo ayudada la socorrista por un vecino médico. Posteriormente, se personaron en el lugar dos miembros de la unidad de

SAMU, que trasladaron al niño al hospital, donde terminó falleciendo. La sumersión del niño en el agua se produjo sin aspavientos ni gritos de socorro. Los abuelos maternos del menor, que tenían al niño bajo régimen de acogimiento, presentaron demanda contra: 1) la socorrista; 2) la empresa para la que prestaba sus servicios; 3) la comunidad de propietarios de la urbanización; 4) las respectivas compañías de seguro.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, motivo por el cual recurrieron en apelación, que fue igualmente desestimado por la Audiencia Provincial. En ambas instancias no se apreciaron causas para la imputación jurídica del daño a conducta culposa de las codemandadas. Los demandantes formularon recurso de casación, alegando la infracción del artículo 1902 CC, sobre responsabilidad extracontractual directa de la socorrista, y el artículo 1903 CC, concerniente a la responsabilidad por hecho ajeno de la empresa para la que trabajaba dicha demandada.

Según el Tribunal Supremo, la estimación del recurso exigiría apreciar un comportamiento culposo en la actuación de la socorrista, en la medida en que la obligación de reparar el daño, que impone el artículo 1902 CC, se fundamenta en la omisión de la diligencia debida. Dado que en estos supuestos no se aplica un régimen de responsabilidad objetiva, la socorrista no tiene por qué responder de todos los daños generados en el círculo espacio-temporal en el que desempeña sus servicios. Es preciso, para ello, que quepa hacerle un reproche culpabilístico, cuya carga de la prueba corresponde al demandante. Entiende el Tribunal Supremo que, para apreciar responsabilidad en los casos de daños personales con ocasión de bañarse en una piscina, es preciso que se dé alguna de estas circunstancias: a) que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente; b) que no exista personal adecuado de vigilancia; c) que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura; d) que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina o cualquier otro análogo que permita fundar el reproche culpabilístico. Ninguna de estas circunstancias concurre. La conducta de la demandada, hallándose presente en el entorno de la piscina, sin la constatación previa de ninguna situación de peligro, que debiera ser prevenida, y reaccionando inmediatamente ante el suceso acaecido, sin creación de una situación adicional de peligro por su parte, por incumplimiento de los deberes de diligencia que le incumbían, no permite realizarle un juicio de imputación jurídica del resultado producido. En general, el baño en una piscina no constituye una situación de riesgo. No nos hallamos ante una actividad generadora de anómalos o excepcionales peligros, sin perjuicio de que deban ser prevenidos los riesgos propios, que implica el disfrute de dicha actividad de ocio. En consecuencia, el Alto Tribunal acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—Sobre la apreciación de la culpa como una cuestión jurídica no fáctica, *vid.* las SSTS de 21 de octubre de 2002, 21 de julio de 2008, 19 de mayo de 2014, 18 de mayo de 2016, 3 de junio de 2016 y 10 de diciembre de 2018. Respecto a la carga de la prueba en sistemas de responsabilidad subjetiva, *vid.* las SSTS de 5 de

abril de 2020, 18 de marzo de 2016 y 24 de mayo de 2018. Por otro lado, el Tribunal Supremo no ha elevado el riesgo como criterio de responsabilidad del artículo 1902 CC, tal como ha señalado en sus sentencias de 6 de abril de 2000, de 10 de diciembre de 2002, 17 de junio de 2003, 6 de septiembre de 2005, 10 de junio y 11 de septiembre de 2006. Finalmente, por lo que se refiere a supuestos de daños ocasionados en piscinas, donde el Alto Tribunal llegó a la misma conclusión que la alcanzada en la sentencia que ahora se reseña, *vid.* sus sentencias de 23 de noviembre de 1982, 14 de junio de 1984, 10 de abril de 1988, 23 de febrero de 1995, 2 de septiembre de 1997, de 14 noviembre de 2002 y 30 de julio de 2008. (*S. L. M.*)

21. Responsabilidad civil del notario.—La ausencia de un régimen específico, que regule de forma general la responsabilidad de los notarios, determina que sean de aplicación las reglas generales de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC) y extracontractual (arts. 1902 y 1903 CC) (STS de 19 de diciembre de 2018).

Requisitos.—Los requisitos para que nazca la obligación del notario de indemnizar los daños y perjuicios irrogados a los otorgantes o a terceros, por acto jurídicamente imputable a su actuación profesional, son los propios de una responsabilidad civil: a) una acción u omisión por parte del notario; b) la concurrencia de dolo, culpa o ignorancia inexcusable, en el desempeño de las funciones propias de su cargo, y, entre ellas, las derivadas del ejercicio de la fe pública notarial, que ostenta con independencia y autonomía. El nivel de diligencia exigible no es el propio de un buen padre de familia, de un hombre normal y prudente, sino el correspondiente a una diligencia profesional, en el sentido de especial, cualificada e intensa; c) el daño, como presupuesto ineludible de toda responsabilidad civil; y d) el correspondiente nexo causal entre la acción u omisión del notario interviniente y el resultado dañoso producido.

Su responsabilidad no es objetiva.—La responsabilidad civil del notario no se construye bajo fórmulas de responsabilidad objetiva, que discurren al margen de la concurrencia del elemento subjetivo de la culpa en la génesis del daño.

El artículo 146 RN establece una norma de imputación subjetiva de la responsabilidad que exige determinar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la actuación de los notarios se desarrolló dentro de los parámetros razonables de la diligencia exigible, teniendo en cuenta el especial grado de diligencia que se impone a los notarios en el ejercicio de sus funciones, dada su alta cualificación profesional, en una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas (STS de 5 de febrero de 2000) y el grado de previsibilidad que la situación producida presentaba (STS 9 de marzo de 2012).

El juicio notarial de identidad de los comparecientes en los documentos públicos.—Tiene carácter fundamental, tanto respecto a los propios comparecientes, que han de ser debidamente individualizados por el notario, como con relación a terceros, que pueden verse perjudicados por la introducción de un instrumento público irregular en el tráfico jurídico, con suplantación de la personalidad y atribución ilegítima de los derechos que dimanan del acto jurídico autorizado. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha puesto de relieve, de forma reiterada, que en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se

encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (Resoluciones de 2 de octubre de 2003, 26 de marzo de 2004, 17 de agosto de 2011 y 21 de marzo de 2016, entre otras muchas).

Valor del D.N.I. en la identidad de los comparecientes por el notario.—Su comprobación a través de sus D.N.I. no sólo está especialmente contemplada como un medio supletorio de identificación en el artículo 23 de la *Ley del Notariado*, sino que constituye un documento con valor normativo para acreditarla, siempre que se haga por medio de los originales del D.N.I. de los comparecientes, con escrupulosa observancia de lo dispuesto en apartado c) del citado artículo, sin que exista prueba alguna de que el documento falsificado constituya una alteración burda fácilmente detectable por tercero y, por ende, por el notario. (**STS de 18 de diciembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En varias escrituras públicas otorgadas ante un notario de Madrid, quedó acreditado, mediante un informe pericial sobre firmas, llevado a cabo en un procedimiento penal, que las que contenían las escrituras, así como la obrante en un acta de exhibición de documento realizada ante el mismo notario, eran falsas, no habían sido realizadas por la persona que figuraba en ellas.

Fermina y Juan Alberto, matrimonio, presentaron una denuncia contra el notario autorizante de los instrumentos públicos mencionados, ante el Colegio de Notarios de Madrid, que fue archivada. El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda presentada por éstos contra el notario autorizante, en reclamación de la suma de 181.608 €, en concepto de daños y perjuicios, al no apreciar culpa del referido fedatario público en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales de identificación de los otorgantes de los instrumentos públicos litigiosos que perjudicaban a los actores. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

22. Seguro obligatorio de vehículos: Cobertura de la aseguradora: Incendio de un vehículo estacionado en un garaje privado: Hecho de la circulación.—La STJUE de 19 de junio de 2019 ha declarado que «el artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de “circulación de vehículos” que figura en esta disposición una situación, como la del litigio principal, en la que un vehículo estacionado en un garaje privado de un inmueble y utilizado conforme a su función de medio de transporte comenzó a arder, provocando un incendio que se originó en el circuito eléctrico del vehículo y causando daños en el inmueble, aun cuando el vehículo llevara más de 24 horas parado en el momento en que se produjo el incendio». A la vista de este pronunciamiento, el Tribunal Supremo declara que la aseguradora del vehículo debe indemnizar los daños causados a la vivienda en cuyo garaje se encontraba estacionado. (**STS de 17 de diciembre de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Un vehículo adquirido unos días antes y que se encontraba aparcado en el garaje de una vivienda unifamiliar desde hacía un día y medio (entre tanto había sido encendido, sin moverlo), comenzó a arder y provocó un incendio que causó daños en

dicho inmueble. El incendio se originó en el circuito eléctrico del vehículo. La entidad aseguradora de la vivienda abonó a su asegurada 44.704,34 euros por los daños sufridos como consecuencia del incendio, y posteriormente interpuso una demanda contra la compañía aseguradora del vehículo, solicitando su condena al pago de la suma indicada. En opinión de la demandante, el siniestro constituye un hecho de la circulación cubierto por la aseguradora demandada.

La demandada opuso la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que entendía que debían haber sido demandados el fabricante y el vendedor del producto presuntamente defectuoso, en este caso el vehículo. Desde el punto de vista sustantivo, negó que el incendio constituyese un hecho de la circulación, al estar el vehículo estacionado en el interior de un garaje desde hacía más de un día y medio. Las circunstancias del siniestro llevaban a la conclusión de que el origen del incendio no estaba en la circulación, sino en un defecto de fabricación que afectaba al sistema de climatización, y para cuya reparación ya se había pedido cita en el concesionario correspondiente.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque el incendio no podía ser calificado como un hecho de la circulación, entendiendo que esta calificación requiere que el siniestro se produzca como consecuencia de un riesgo creado por la conducción. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad aseguradora de la vivienda, revocando la sentencia del Juzgado y estimando la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de apelación recurrida.

NOTA.—La STJUE de 20 de junio de 2019, *Línea Directa Aseguradora*, C-100/18, ECLI: EU: C:2019:517, cuyos apartados sobre el fondo son reproducidos íntegramente por parte del Tribunal Supremo, trae causa de las cuestiones prejudiciales elevadas por este último en el marco del proceso. (R. P. C.)

23. Responsabilidad por productos defectuosos: responsabilidad del distribuidor.—El artículo 135 TRLGDCU atribuye a los productores (concepto definido en el art. 138 TRLGDCU) la responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos que fabriquen o importen. No obstante, el artículo 138.2 TRLGDCU recoge una excepción al principio general anterior. En este sentido, recae la responsabilidad en el proveedor (suministrador o distribuidor) cuando el productor no puede ser identificado y aquel no indique al dañado o perjudicado, dentro de un plazo de tres meses, la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él el producto. Afirma el Tribunal Supremo que, de acuerdo con la finalidad de la norma, la imposibilidad de identificación del productor no tiene que ser absoluta: «en función de las circunstancias del caso concreto, bastará con que a la víctima no le resulte posible de una manera razonable identificar al productor».

No basta con que el distribuidor niegue su condición de productor.—El Tribunal Supremo recuerda que el suministrador del producto defectuoso no evita su responsabilidad con la simple indicación al perjudicado de que él no es el productor; deberá comunicar la identidad de este o la de su propio suministrador «por iniciativa propia y de manera diligente», tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Inicio del cómputo del plazo de tres meses para comunicar la identidad del productor o del suministrador propio.—El plazo de tres meses al que se refiere el artículo 138.2 TRLGDCU empieza a correr en el momento en el que la víctima o el perjudicado se ponen en contacto con el suministrador y le dan a conocer los daños derivados del producto defectuoso, sin que la ley española establezca una forma determinada para hacerlo. En el marco de la controversia planteada, el distribuidor no había comunicado la identidad del fabricante hasta la contestación de la demanda, momento en el que habían transcurrido más de tres meses desde que había recibido la primera comunicación por parte de la víctima (**STS de 21 de enero de 2020**; no ha lugar.) [PONENTE EXCEPCIONAL. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 6 de junio de 2011, la demandante se había sometido a una intervención quirúrgica para reemplazar una prótesis de cadera que le había sido implantada el 14 de diciembre de 2009, después de que en el año 2010 el fabricante anunciasse la retirada del mercado de las prótesis del tipo de la implantada, recomendando un control para asegurar su correcto funcionamiento aunque no hubiera síntomas.

El 21 de noviembre de 2012, la paciente interpuso una demanda contra «Johnson and Johnson y De Puy ambas con sede social en paseo de las Doce Estrellas 5-7 de Madrid» (la segunda de las cuales se había extinguido por absorción fusión, pasando a ser Johnson & Johnson S. A., según relata la sentencia), así como también contra el hospital en el que se había llevado a cabo la intervención en el año 2009, y contra el cirujano que la había practicado. No obstante, en diferentes momentos posteriores desistió de su demanda frente al hospital, frente al cirujano, y frente a De Puy (que no había contestado a la demanda), quedando por tanto como única demandada la empresa distribuidora de la prótesis. El Tribunal Supremo constata que la demandante creía que la misma entidad ostentaba las condiciones de fabricante y distribuidor, convicción a la que había llegado en gran medida por el comportamiento del distribuidor antes de la interposición de la demanda. La demandante alegaba que había empezado a sentir molestias en marzo de 2011 y que había sufrido daños y secuelas como consecuencia de que la prótesis era defectuosa, pidiendo una indemnización de 819.000 euros.

En su contestación a la demanda, la entidad alegó, en lo que interesa a efectos del recurso de casación interpuesto, falta de legitimación pasiva. Señaló que la prótesis había sido fabricada por De Puy International Ltd., mientras que la demanda se había dirigido frente a «De Puy», denominación que se corresponde con una marca y no con una compañía. También sostuvo que la demandante sabía quién era el fabricante del producto, extremo que resultaba de la documental aportada, por lo que, siendo la entidad demandada únicamente la distribuidora, solo debería declararse su responsabilidad si se hubiese acreditado que había suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto (art. 146 TRLGDCU), lo que no había sucedido.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a la entidad demandada a abonar a la actora 515.647,8 euros. Interpuesto recurso de apelación por la conde-

nada, la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos, y confirma la sentencia recurrida.

NOTA.—Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo citan la STJUE de 2 de diciembre de 2009, *Aventis Pasteur*, C-358/08, ECLI: EU: C:2009:744. Esta resolución europea resulta de gran interés en relación con la responsabilidad del suministrador del producto defectuoso cuando el fabricante no es identificado, en el marco de la Directiva correspondiente. (R. P. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

24. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos. Ausencia de unanimidad en el alegado acuerdo de constitución. Unanimidad innecesaria: el acuerdo solo pretendía formalizar la constitución de la Comunidad de Propietarios que ya había sido constituida.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que no es necesaria unanimidad en el acuerdo de formalización de la constitución de una Comunidad de Propietarios, toda vez que esta ya había quedado constituida con carácter previo como consecuencia de la disolución de la Entidad Urbanística de la que provenía. No se trata, pues, de un acuerdo de constitución sino de la formalización de una constitución ya acaecida. (**STS de 21 de enero de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—C. y S. copropietarios de un inmueble sito en un complejo urbanístico, demandaron a la Comunidad de Propietarios ejercitando acción de impugnación de acuerdos adoptados en Junta de propietarios de diciembre de 2014 por vulnerar el artículo 17 LPH que exige unanimidad para la aprobación de las reglas del título constitutivo.

Para la resolución resulta decisivo determinar cuándo quedó constituida efectivamente la Comunidad de Propietarios, para lo que es relevante destacar su origen: 2008 se constituyó una Entidad urbanística dependiente del Ayuntamiento de una localidad madrileña. En Asamblea de la Entidad Urbanística celebrada en diciembre de 2013, fue aprobado el acuerdo de disolución de la misma y la solicitud al Ayuntamiento de la recepción total de la urbanización/complejo urbanístico. En julio de 2014 fue celebrada Asamblea de la Entidad Urbanística en la que se acordó su liquidación y la cesión al Ayuntamiento de los créditos de la Entidad contra los propietarios en situación de morosidad, entre los que se encontraban los ahora demandantes. Como consecuencia de lo anterior, propietarios de la Urbanización que representaban el 25 % de las cuotas de participación solicitaron la convocatoria de Junta de propietarios que fue celebrada en febrero de 2014 en la que se adoptaron los acuerdos impugnados.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda comprendiendo que la Junta impugnada tenía por objeto formalizar una situación jurídica anterior (Comunidad de Propietarios), ocasionada por la liquidación de la Entidad urbanística. Por su parte, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes al entender que antes de la celebración de la Junta febrero de 2014 el complejo urbanístico no había adoptado ninguna de las formas a que se refiere el artículo 24.2 LPH, por lo que fue en aquella Junta en la que se constituyó, sin obtener la unanimidad necesaria.

Finalmente, la Sala Primera del Tribunal Supremo casó la sentencia de apelación, desestimando íntegramente la demanda, al declarar que la Comunidad ya estaba constituida, por su propia configuración física y jurídica, puesto que la urbanización gozaba de elementos privativos y comunes, con coeficientes de participación específicamente señalados desde la constitución de la entidad urbanística colaboradora. En conclusión, el acuerdo impugnado solo pretendía dar forma a una comunidad ya existente, por lo que no era precisa la unanimidad, ya que no se pretendía la constitución sino la formalización. (A. A. O.)

25. Propiedad Intelectual. Originalidad de la obra. Trabajo de investigación en Historia del Derecho. La originalidad propia del acto creativo se determina por la forma en que las ideas son expuestas, independientemente de que se trate de ideas ya conocidas o expuestas en la comunidad científica.—Las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual por razón de su contenido, ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión (STS de 8 de noviembre de 2012). Es cierto que no cualquier texto escrito goza por sí solo de originalidad, pues se exige un mínimo de creatividad intelectual, de la que carecen, por ejemplo, lo «que es común e integra el acervo cultural generalizado o los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos» (STS de 28 de enero de 1995). Pero esa exigencia de creatividad no justifica que, en un ámbito como el del presente recurso (estudios de Historia del Derecho), se asocie con el juicio que sobre la originalidad de las ideas expuestas pudieran hacer los conoceedores de la materia, sino con la forma en que son expuestas. De tal modo que, al margen de que lo revelado por el actor pudiera ser ya conocido en esa especialidad científica, lo verdaderamente relevante es que la forma en que se expuso difería de lo ya existente y no constituía un lugar común. En un caso como el presente en que la reproducción de los epígrafes se ha realizado de forma prácticamente literal, no cabe escudarse en que las ideas transmitidas constituyan un conocimiento común para negar originalidad a la obra parcialmente reproducida. El plagio se verifica con la reproducción literal del texto. (**STS de 16 de enero de 2020**; no ha lugar. [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—M. A. había cursado estudios de doctorado y para obtener la suficiencia investigadora realizó un trabajo de investigación bajo la dirección del demandado J. E. Éste le facilitó la información necesaria así como la orientación adecuada para llevarlo a

cabo. Evaluado favorablemente por un tribunal, el trabajo fue publicado en el repositorio institucional de la biblioteca universitaria. El origen del trabajo realizado se encontraba en una conferencia que M. A. había impartido, por invitación de J. E., sobre el mismo tema para lo cual había recibido toda la información precisa de su director sobre la cuestión. A destacar que J. E. gozaba de una reconocida autoridad en la materia objeto de la conferencia y del posterior trabajo de investigación. Unos años después, J. E. publicó sendos trabajos en los que reprodujo literalmente determinados apartados del que había escrito el doctorando. M. A. interpuso una demanda por infracción de derechos de autor al entender que se había producido un plagio de su obra y solicitó la condena de J. E. al pago de 30.000 €. El Juzgado de lo Mercantil desestimó la acción por considerar que la obra no gozaba de la originalidad precisa para obtener la protección dispensada por la Ley de Propiedad Intelectual. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Burgos acogió el recurso de apelación al considerar que lo que realmente existía era una infracción del derecho de reproducción, sin que fuera entonces preciso exigir una originalidad objetiva para determinar el plagio, condenando al demandado al pago de 3.000 € en concepto de indemnización. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

DERECHO DE FAMILIA

26. Sociedad de gananciales. Liquidación. Dinero privativo depositado en cuenta corriente de titularidad conjunta. No pierde su naturaleza privativa aunque se invierta en atender las cargas de la sociedad de gananciales.—Queda acreditada la naturaleza privativa del dinero depositado en una cuenta conjunta en la que se confunde con el caudal ganancial, así como que tales cantidades fueron gastadas en interés de la sociedad, o para hacer frente a pagos que son de cargo de la sociedad. Pero ello no otorga a dichos importes el carácter de ganancial; antes al contrario, de acuerdo con la doctrina de la Sala, debe reconocerse la procedencia de un derecho de crédito a favor de la recurrente (art. 1.364 CC), por el importe de dichas sumas de dinero privativo aun cuando la titular no se hubiera reservado un derecho de repetición. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que los pagos de minutos de abogados y procuradores correspondientes a los procedimientos seguidos para el reconocimiento de las indemnizaciones percibidas por el accidente de circulación, y que la misma esposa aporta en su demanda, deben ser asumidos en exclusiva por la demandante, por tratarse de gastos empleados en la obtención de un bien privativo. (**STS de 11 de diciembre de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La actora, constante su matrimonio en régimen de gananciales, había recibido diversas cantidades, una por herencia y otras como pago de indemnizaciones por un accidente sufrido, que fueron ingresadas en una cuenta corriente de titularidad conjunta con su marido. Quince años después el matrimonio se divorció y en el procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales,

la actora solicita y obtiene en primera instancia la inclusión de dichas sumas en el pasivo de la sociedad. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación del exmarido y excluyó como deudas de la sociedad el importe de tales cantidades al considerar que hubo una voluntad inequívoca de la esposa de otorgar a dichas cantidades el carácter de ganancial, lo que se derivaba de haber sido depositadas en una cuenta conjunta y destinarse el dinero a atender necesidades corrientes de la familia; y, especialmente, por no reservarse la interesada un derecho de repetición. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación al entender que dicho criterio era contrario a la doctrina de la Sala.

NOTA.—Con esta sentencia se consolida lo que viene siendo el criterio último de la Sala, en cuanto al reembolso de cantidades privativas invertidas en atenciones o gastos familiares que representan cargas de la sociedad de gananciales. En este sentido, habían sido frecuente en la jurisprudencia menor los fallos que reconocían sin más la naturaleza ganancial del dinero, inicialmente privativo, invertido en gastos propios de la sociedad; y, a lo sumo, admitían la pervivencia del derecho de reembolso siempre y cuando el cónyuge interesado hubiera hecho reserva del derecho a recuperar tales cantidades. Sin embargo, ya en las SSTS de 27 de mayo y 11 de julio de 2019 niega la necesidad de que deba hacerse una reserva previa del derecho a reclamar el reintegro de esos importes, que solo se convertirán en irreivindicables si se prueba fehacientemente que, en uso de su autonomía privada, el o la titular le otorgó, en su momento, carácter ganancial. (L. A. G. D.)

27. Derecho de visita. Derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos. El interés superior del menor como justa causa para su no otorgamiento. La mera existencia de un riesgo de perjudicar a los menores es motivo suficiente para denegar el establecimiento del régimen de comunicación con los abuelos.—Esta Sala, en reciente sentencia núm. 581/2019, de 23 de octubre, casó la dictada en segunda instancia —en cuanto reconocía a favor de la abuela un derecho de visitas— atendiendo a que el interés del menor tiene carácter prevalente, tal como se expresa en las sentencias citadas por la parte recurrente; a lo que cabe añadir que no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así —por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores— para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor (**STS de 25 de noviembre de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Un abuelo presenta demanda solicitando el establecimiento de un régimen de visitas con sus nietos. Los progenitores de los menores se oponen alegando que el solicitante de las medidas nunca ha procurado mantener una relación, cordial con su familia, siendo bastante conflictivo, que no existe ningún contacto con él y que, en caso de accederse, a su pretensión, los menores verían perturbadas sus rutinas y su estabilidad emocional. En la prueba pericial aportada a los autos la psicóloga señala como recomendación:

«Se aconseja no establecer ningún sistema de visitas entre los menores y su abuelo materno, en tanto se mantenga el conflicto entre las partes, progenitores y abuelo materno». Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial fijan un régimen de visitas muy limitado de un solo día al mes y de una hora de duración, con controles en su desarrollo. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y revoca la sentencia de la Audiencia. (*C. O. M.*)

DERECHO DE SUCESIONES

28. Colación. Computación de la legítima. Diferencias. Dinero.

Valor actualizado.—La demanda se interpone a los únicos efectos de obtener un pronunciamiento judicial que proclame la obligación de colacionar, que corresponde al actor, como heredero forzoso en la herencia de su madre, al concurrir con sus hermanos, que también ostentan tal condición jurídica, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1035 CC. Se ha advertido en la STS 468/2019, de 17 de septiembre, con referencia al artículo 1035 CC: «La colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima, sino que es una operación o norma de reparto, característica de las operaciones particionales, cuyo fundamento radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso debe entenderse, salvo disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concurren con otros herederos de tal condición». En este sentido, las diferencias entre computación de la legítima y colación son evidentes. La computación ha de llevarse a cabo aun cuando exista un único legitimario, puesto que su legítima puede verse perjudicada por las donaciones efectuadas por el causante a terceras personas; mientras que la colación del artículo 1035 CC, sólo tiene lugar cuando concurren a la herencia herederos forzosos. En la computación hay que agregar al caudal hereditario todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros, dado que a través de unas y otras se puede lesionar la legítima; mientras que, en el caso de la colación del artículo 1035 CC, solo se tienen en cuenta las donaciones realizadas a los herederos forzosos, para reconstruir entre ellos el haber del causante, y conseguir, salvo dispensa de colación, la igualdad entre los mismos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia. Las normas concernientes al cómputo del *donatum* (art. 818 CC) son de carácter imperativo, no susceptibles de entrar dentro de la esfera de disposición del causante; mientras que la colación puede ser dispensada por el de *cuius*, siempre que se respeten las legítimas de sus herederos forzosos (art. 1036 CC). El artículo 818 CC no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la porción libre que recoge el artículo 818 CC. Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 CC, sí que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior; todo ello, sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar. Igualmente insisten en dicha distinc-

ción las SSTS 360/1982, de 19 de julio, 245/1989, de 17 de marzo, y 142/2001, de 15 de febrero.

La colación opera sobre lo donado y no sobre el bien adquirido con lo donado. En este caso, según consta de los hechos declarados probados por la sentencia de la Audiencia, la causante donó dinero al demandado para que éste y su esposa comprasen unas fincas, lo que se instrumentalizó por medio de escritura pública de 28 de diciembre de 1967, figurando desde entonces inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de los compradores. El artículo 1035 CC señala que el heredero forzoso que concurre, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiera recibido del causante, y, en este caso, lo recibido de su madre no fueron las fincas litigiosas, sino dinero con el que se adquirieron las fincas por parte del demandado y su esposa. Estas no pertenecían al patrimonio de la causante, al tiempo de la donación del dinero, sino que eran titularidad de los terceros vendedores, que fueron quienes se lo transmitieron al recurrente, a título oneroso, por lo que no pudo ser objeto de donación colacionable lo que no pertenecía a la donante, sino a sus hijos que realizaron sobre sus fincas actos de riguroso dominio como constituir una hipoteca. El modo de practicar la colación es por adición contable, a la masa hereditaria, del valor de los bienes donados (STS de 17 de diciembre de 1992), que será el del momento de la partición, como norma el artículo 1045 CC (SSTS de 8 de julio de 1995, 14 de diciembre de 2005, 18 de octubre de 2007 y 19 de mayo de 2011). En los casos en los que la donación sea de dinero, se plantea el problema de si se habrá de colacionar el concreto importe recibido, o su valor actualizado al tiempo en que se practique la partición. Este último criterio, que es el más convincente, es el seguido por la STS 20 de junio de 2005, con el razonamiento siguiente: «El artículo 1045 CC no contempla el caso concreto de donaciones consistentes en sumas de dinero, por lo que no precisa si la colación ha de efectuarse por el valor nominal, o, por el contrario, atendiendo al valor real, es decir, la cantidad recibida pero actualizada. Resulta determinante el hecho que se presenta notorio que el donatario ha incorporado a su patrimonio una cantidad de dinero cuyo valor al tiempo de la donación no es el mismo que el que pudiera tener al fallecer el causante y sobre todo en el momento de la evaluación de sus bienes, ya que los coherederos resultarían perjudicados si se tuviera en cuenta el valor nominal y no el valor real, lo que no se acomoda a la equidad ni a la voluntad de la testadora que instituyó a sus cinco hijos como herederos por partes iguales, como tampoco a la legalidad sucesoria desde el momento que los artículos 1047 y 1048 CC contemplan los medios e instrumentos para que los herederos reciban cuotas equivalentes». Si bien algunos preceptos del Código Civil están presididos por el criterio nominalista (arts. 1170 y 1753), la respuesta casacional que procede en el supuesto presente es la de atender al valor real, ya que así resulta del cambio legislativo que se operó en el artículo 1045 CC por la reforma de 1981, que deja la determinación del valor de las donaciones recibidas para el momento en que se evalúen los bienes que integran la herencia del causante-donante, por lo que procede es la actualización monetaria del valor efectivo de las sumas donadas, o, en otras palabras, ha de atenderse en el momento de la colación al valor real, que no es otro que las cantidades que igualen el poder adquisitivo que tenían las sumas entregadas cuando se hizo la donación, pues este es el criterio general del artículo 1045 CC. Procede pues la colación, no sobre las fincas que el demandado compró con el dinero que le dio la madre, sino sobre el dinero mismo, por importe, que no podemos precisar en este trámite, por lo que

será, en su caso, objeto de otro procedimiento. (**STS de 5 de noviembre de 2019; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La causante, Justa, murió el 7 de octubre de 2010, bajo testamento de 27 de enero de 2003, en el que manifiesta que, tanto en vida de su esposo como después, se han ido repartiendo los bienes entre sus hijos paulatinamente, y concretamente en cuanto a las casas fueron distribuidas a todos sus hijos. La heredera, Rebeca, murió el 4 de julio de 2014, bajo testamento de 16 de mayo de 1985, en el que legó a su esposo el tercio de libre disposición y ordena que, en pago de su cuota, se le adjudique el usufructo universal de sus bienes, instituyendo herederos a sus dos hijos Jesús Miguel y Ascensión. La causante, Justa, tras disponer otros legados, instituye y nombra únicos y universales herederos de sus bienes a sus cinco hijos Pio, Eutimio, Ascensión, Enriqueta y Marcelina. La causante y sus hijos constituyeron el 1 de octubre de 1992, una comunidad de bienes para la explotación agraria de diversas fincas rústicas, de las que eran titulares y propietarios, dentro de las cuales se encontraba la denominada DIRECCION000, que posteriormente se separó de la precitada comunidad, comprometiéndose, por ello, a abonar Pio la cantidad de 18 millones de pesetas. La precitada finca DIRECCION000 fue comprada, por medio de escritura pública de 28 de diciembre de 1967, por el demandado Pio, casado con Enriqueta, con carácter ganancial, a Emilio y Manuela, por un precio declarado de 300.000 pesetas, figurando inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de los compradores. La precitada finca fue adquirida con dinero donado por la causante y entregado a su hijo.

Por la hija de la causante, Edurne, y por su nieta, Ascensión, que actúa en nombre propio y representación de la comunidad hereditaria de Rebeca, constituida con su hermano, se interpuso demanda contra Pio y su esposa Enriqueta, postulando que se declarase que parte de la finca litigiosa, es colacionable en la herencia de Justa, y que, en consecuencia, su hijo demandado, Pio, debe a la masa hereditaria 1.261.585,60 euros, valor de los bienes a la fecha del fallecimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda.

Contra la anterior resolución se interpuso por los demandados recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial.

Contra la referida resolución judicial se interpuso recurso de casación por la parte demandante, y asimismo por la demandada. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la parte demandada. (*J. M.^a M. F.*)

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.

Si en el trabajo se cita en el cuerpo de texto los apellidos de un autor o una autora, se hará en redondo y caja baja.

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 abbreviar la mención del Código civil, procede realizarla de la siguiente manera: «CC»; y cuando proceda abbreviar la mención a la 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 Guijarte Zapatero, Antonio Gullón Ballesteros,
José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz, Evelio Verdera y Tuells.