

ESTUDIOS DE DERECHO DE CONTRATOS

Antonio-Manuel Morales Moreno
Director

Emilio V. Blanco Martínez–Coordinador

 Derecho Privado

ESTUDIOS DE DERECHO DE CONTRATOS

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Consejo Asesor

Antonio Pau Pedrón, Registrador de la Propiedad. Notario. Abogado del Estado. Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Justo García Sánchez, catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo.

ESTUDIOS DE DERECHO DE CONTRATOS

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO
(DIRECTOR)

EMILIO V. BLANCO MARTÍNEZ
(COORDINADOR)



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2022

Primera edición: abril de 2022



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, sus autores
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

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

NIPO: 090-22-082-X (edición en papel)
090-22-083-5 (edición en línea, PDF)
090-22-084-0 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-2815-9

Depósito legal: M-11161-2022

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

ÍNDICE DE MATERIAS Y AUTORES

| | |
|--|-----|
| <i>Presentación</i> | 43 |
| Antonio M. Morales Moreno. Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| <i>I. Los usos de comercio y el Derecho consuetudinario</i> | 45 |
| Jesús Alfaro Águila-Real. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| <i>II. Resolución y restitución</i> | 57 |
| Xabier Basozábal Arrúe. Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Navarra. | |
| <i>III. La batalla de formularios</i> | 91 |
| Nuria Bermejo. Profesora Titular de Derecho mercantil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| <i>IV. Los deberes de protección en el desarrollo de la relación obligatoria</i> | 113 |
| Antonio Cabanillas Sánchez. Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid. | |

| | Páginas |
|---|---------|
| V. <i>Contrato de opción de compra</i> | 147 |
| Ana Cañizares Laso. Catedrática de Derecho civil. Universidad de Málaga. | |
| VI. <i>La contratación electrónica</i> | 167 |
| Mario E. Clemente Meoro. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valencia. | |
| VII. <i>De la gratuidad a la onerosidad en los contratos de servicios regulados por el código civil</i> | 189 |
| José Antonio Cobacho Gómez. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Murcia. | |
| VIII. <i>De la mora al retraso</i> | 207 |
| José María de la Cuesta Sáenz. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Burgos. | |
| IX. <i>La rescisión de los contratos</i> | 231 |
| Silvia Díaz Alabart. Catedrática de Derecho civil. Universidad Complutense de Madrid. | |
| X. <i>El caso fortuito: doctrina y jurisprudencia</i> | 267 |
| Ignacio Díaz de Lezcano Sevillano. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. | |
| XI. <i>El desistimiento unilateral del contrato</i> | 287 |
| Andrés Domínguez Luelmo. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valladolid. | |
| XII. <i>La voluntad unilateral como fuente de obligaciones</i> | 311 |
| José Miguel Embid Irujo. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia. | |

| | Páginas |
|---|---------|
| XIII. <i>La capacidad para contratar de las personas con discapacidad</i> | 333 |
| María Paz García Rubio. Catedrática de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela. | |
| XIV. <i>La responsabilidad precontractual</i> | 359 |
| María Paz García Rubio. Catedrática de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela. | |
| XV. <i>Desistimiento</i> | 393 |
| José-Ramón García Vicente. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Salamanca. | |
| XVI. <i>La novación y modificación del contrato: evolución y configuración actual</i> | 413 |
| M. ^a del Carmen Gete-Alonso y Calera. Catedrática de Derecho civil. Universidad Autónoma de Barcelona. | |
| XVII. <i>Condiciones generales de la contratación</i> | 435 |
| Isabel González Pacanowska. Catedrática de Derecho civil. Universidad de Murcia. | |
| XVIII. <i>La alteración sobrevenida de las circunstancias</i> | 475 |
| Beatriz Gregoraci Fernández. Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| XIX. <i>La consignación</i> | 509 |
| Vicente Guilarte Gutiérrez. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valladolid. | |
| XX. <i>El contrato y los terceros</i> | 533 |
| Santiago Hidalgo García. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valladolid. | |

| | Páginas |
|--|---------|
| XXI. <i>La objetivación del concepto de fraude</i> | 563 |
| Carmen Jerez Delgado. Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| XXII. <i>Ineficacia del contrato por invalidez: el binomio nulidad-anulabilidad. Líneas generales</i> | 575 |
| Ángel López y López. Profesor Emérito de Derecho civil. Universidad de Sevilla. | |
| XXIII. <i>La pretensión de cumplimiento y sus límites</i> | 599 |
| Eugenio Llamas Pombo. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Salamanca. | |
| XXIV. <i>La oferta y la aceptación: la «regla del espejo»</i> | 623 |
| Juana Marco Molina. Catedrática de Derecho civil. Universitat de Barcelona. | |
| XXV. <i>Reflexiones sobre la buena fe y los contratos</i> | 645 |
| José María Miquel González de Audicana. Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| XXVI. <i>Impossibilium nulla obligatio est?</i> | 713 |
| Antonio-Manuel Morales Moreno. Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| XXVII. <i>El riesgo de defectuosa información contractual y su distribución entre los contratantes: figuras jurídicas y remedios</i> | 745 |
| Antonio-Manuel Morales Moreno. Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| Beatriz Gregoraci Fernández. Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |

| | Páginas |
|--|---------|
| XXVIII. <i>La incorporación de la publicidad al contrato: evolución y criterios jurisprudenciales de aplicación</i> | 767 |
| Antonio-Manuel Morales Moreno. Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| Beatriz Gregoraci Fernández. Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| XXIX. <i>El desdoblamiento de las utilidades del objeto del contrato</i> | 789 |
| Pedro A. Munar Bernat. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Illes Balears. | |
| XXX. <i>Causa ilícita y contratos ilegales</i> | 807 |
| Francisco Oliva Blázquez. Catedrático de Derecho civil. Universidad Pablo de Olavide. | |
| XXXI. <i>La violencia y la intimidación: historia de un éxito</i> | 829 |
| Pedro del Olmo. Profesor Titular de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid. | |
| XXXII. <i>Remedios por el incumplimiento: el Código civil, entre ayer y mañana ...</i> | 853 |
| Pedro del Olmo. Profesor Titular de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid. | |
| XXXIII. <i>El momento de la consumación del contrato en la anulación por error ..</i> | 893 |
| M. ^a Ángeles Parra Lucán. Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Catedrática de Derecho civil. | |
| XXXIV. <i>El sistema de protección de los derechos nacidos del contrato frente a los terceros</i> | 915 |
| Máximo Juan Pérez García. Profesor Titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |

| | Páginas |
|---|---------|
| XXXV. <i>Cláusulas abusivas</i> | 943 |
| Ricardo Pazos Castro. Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| XXXVI. <i>La indemnización del daño moral contractual</i> | 963 |
| Alma Rodríguez Guitián. Catedrática de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| XXXVII. <i>La facultad resolutoria del artículo 1124 del Código civil: una relectura actual</i> | 989 |
| Bruno Rodríguez-Rosado. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Málaga. | |
| XXXVIII. <i>El sistema de resolución mediante plazo adicional (Nachfrist) y su progresiva recepción en el Derecho español y europeo</i> | 1033 |
| Bruno Rodríguez-Rosado. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Málaga. | |
| XXXIX. <i>Commodum representationis y commodum ex negotiatione O ¿de qué hablamos cuando hablamos de subrogados?</i> | 1055 |
| Antonio Ruiz Arranz. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| XL. <i>Las ofertas vinculantes y sus efectos</i> | 1165 |
| Antonio Ruiz Arranz. Universidad Autónoma de Madrid. | |
| XLI. <i>La suspensión del cumplimiento</i> | 1207 |
| María Paz Sánchez González. Catedrática de Derecho civil. Universidad de Cádiz. | |
| XLII. <i>La forma en el código civil y en el derecho actual</i> | 1227 |
| María José Santos Morón. Catedrática de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid. | |

| | Páginas |
|--|---------|
| <p><i>XLIII. La obligación de hacer: del código civil al derecho actual</i></p> <p>Judith Solé Resina. Catedrática de Derecho civil. Universidad Autónoma de Barcelona.</p> | 1255 |
| <p><i>XLIV. La moderación de la responsabilidad procedente de negligencia. El artículo 1.103 del Código civil</i></p> <p>Teodora F. Torres García. Catedrática de Derecho civil. Universidad de Valladolid.</p> | 1281 |
| <p><i>XLV. El control de transparencia</i></p> <p>Antoni Vaquer Aloy. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Lleida.</p> | 1307 |
| <p><i>XLVI. Por una revisión integral del régimen de solidaridad de deudores. Las trampas de la obligación in solidum</i></p> <p>Mariano Yzquierdo Tolsada. Catedrático de Derecho civil. Universidad Complutense de Madrid.</p> | 1333 |

ÍNDICE GENERAL

| | <u>Páginas</u> |
|--|----------------|
| PRESENTACIÓN | 43 |
| I. LOS USOS DE COMERCIO Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO | 45 |
| 1. Introducción | 45 |
| 2. Función económica de los usos | 47 |
| 3. Funciones jurídicas de los usos | 50 |
| 4. Las especialidades mercantiles en materia de usos. El artículo 2.º del Código de comercio | 52 |
| II. RESOLUCIÓN Y RESTITUCIÓN | 57 |
| 1. La regulación en el Código Civil y las bases doctrinales de la resolución | 57 |
| 2. Evolución jurisprudencial y doctrinal de los efectos de la resolución | 60 |
| 3. Los límites a la retroactividad | 63 |
| 3.1 Lagunas en la regulación de la liquidación contractual | 63 |
| 3.2 Las relaciones contractuales de tracto sucesivo | 64 |
| 3.3 La protección de terceros adquirentes | 66 |
| 3.4 Las cláusulas del contrato no referidas a las pretensiones principales | 67 |
| 3.5 La indemnización del interés positivo | 67 |
| 3.6 Recapitulación | 68 |
| 4. La restitución de las prestaciones principales (cosa y precio): en especie o en valor | 70 |
| 4.1 El precio como valor | 71 |
| 4.2 El valor de los cumplimientos parciales o defectuosos | 72 |
| 4.3 El deterioro y la pérdida de la cosa | 74 |

| | Páginas |
|--|---------|
| 5. La restitución de las prestaciones secundarias (frutos e intereses): la utilidad de lo recibido | 76 |
| 5.1 La función de la restitución de la utilidad de los bienes | 76 |
| 5.2 La determinación de la utilidad de las cosas y del dinero | 79 |
| 5.3 La posibilidad de obtener la utilidad de los bienes | 82 |
| 5.4 La reciprocidad en la restitución de las utilidades de los bienes | 83 |
| 6. Las mejoras en la cosa que se restituye | 84 |
| 7. Breve referencia a algunos textos de Derecho unificado | 86 |
| 8. Bibliografía | 88 |
| | |
| III. LA BATALLA DE FORMULARIOS | 91 |
| 1. La problemática de la denominada «batalla de formularios» | 91 |
| 1.1 Introducción | 91 |
| 1.2 La existencia del contrato | 92 |
| 1.3 El contenido del contrato | 95 |
| 2. La evolución de las distintas soluciones al problema | 100 |
| 2.1 Las reglas del espejo y de la última palabra | 100 |
| 2.2 La regla de la exclusión | 103 |
| 2.3 La regla de la primera palabra (<i>first-shot rule</i>)..... | 104 |
| 2.4 La regla de la mejor palabra (<i>best-shot rule</i>)..... | 105 |
| 2.5 La batalla de formularios en la jurisprudencia española | 106 |
| 3. El estado de la cuestión en el moderno Derecho de contratos | 106 |
| 4. Bibliografía | 110 |
| | |
| IV. LOS DEBERES DE PROTECCIÓN EN EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA | 113 |
| 1. Introducción. Planteamiento del problema | 113 |
| 2. El fundamento normativo de los deberes de protección | 116 |
| 2.1 La tesis que propugna la contractualidad de los deberes de protección | 116 |
| a) La experiencia alemana tras la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002 | 116 |
| b) La experiencia española. La buena fe contractual como fuente integradora de deberes implícitos de protección o seguridad. La doctrina de la STS 1193 de 20 de diciembre de 2004 | 118 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 2.2 | La tesis que propugna la extracontractualidad de los deberes de protección | 121 |
| a) | La conexión de la indemnidad de la persona con el denominado interés de integridad, pero no con el de prestación | 121 |
| b) | La buena fe, por sí sola, no justifica la existencia de deberes implícitos de protección o seguridad. La influencia del Derecho inglés | 127 |
| c) | La descontractualización de la obligación de seguridad en el Derecho europeo | 128 |
| d) | La categoría del deber general de seguridad en la normativa sobre protección de los consumidores y el principio de precaución. La doctrina de la STS 545 de 9 de diciembre de 2020 | 131 |
| e) | La categoría del deber general de protección. La doctrina de la STS 135 de 4 de marzo de 2009 | 139 |
| 3. | Recapitulación | 143 |
| 4. | Bibliografía | 144 |
| V. | CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA | 147 |
| 1. | Concepto y regulación | 147 |
| 2. | Contrato de opción y promesa de contrato. Opción de compra y promesa de venta | 150 |
| 3. | Contrato de opción y derecho de opción | 155 |
| 4. | Naturaleza jurídica del derecho de opción. Opción e inscripción | 158 |
| 5. | Transmisibilidad del derecho de opción | 161 |
| 6. | Cumplimiento e incumplimiento del contrato de opción | 162 |
| 7. | Bibliografía | 165 |
| VI. | LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA | 167 |
| 1. | Código Civil y contratación electrónica | 167 |
| 2. | Contratación y comercio electrónicos | 168 |
| 3. | Evolución tecnológica, social y económica | 171 |
| 4. | Evolución jurídica | 174 |
| 5. | Equivalencia entre forma escrita y forma electrónica | 177 |
| 6. | Los requisitos formales específicos de los contratos electrónicos | 178 |
| 7. | La prestación del consentimiento: déficit de información y déficit de reflexión | 179 |
| 8. | Momento de perfección de los contratos electrónicos | 181 |
| 9. | Lugar de perfección de los contratos electrónicos | 183 |
| 10. | Propuestas de codificación | 184 |
| 11. | Bibliografía | 187 |

| | Páginas |
|--|---------|
| VII. DE LA GRATUIDAD A LA ONEROSIDAD EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL | 189 |
| 1. Planteamiento | 189 |
| 2. La regulación de los contratos gratuitos en el Código Civil | 192 |
| 2.1 El mandato | 192 |
| 2.2 El comodato | 193 |
| 2.3 El préstamo | 195 |
| 2.4 El depósito | 196 |
| 3. La regulación de los contratos de depósito, mandato y préstamo en el Marco Común de Referencia | 198 |
| 3.1 El depósito | 198 |
| 3.2 El mandato | 200 |
| 3.3. El préstamo | 201 |
| 4. La propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil | 202 |
| 4.1 El comodato | 202 |
| 4.2 El mandato | 202 |
| 4.3 El préstamo | 203 |
| 4.4 El depósito | 204 |
| 5. Bibliografía | 204 |
| VIII. DE LA MORA AL RETRASO | 207 |
| 1. Introducción | 207 |
| 2. Reubicación de la mora en la doctrina del incumplimiento del contrato ... | 211 |
| 3. Las propuestas de reforma del Derecho europeo de los contratos y las propuestas de principios de Derecho europeo de los contratos | 214 |
| 4. Las exigencias de la armonización europea derecho de los contratos. Consideración especial de la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la mora en las obligaciones dinerarias | 215 |
| 5. Consideraciones específicas atinentes a algunas deudas de dinero: a) Los «sistemas de información crediticia» y los derechos fundamentales del deudor: el derecho al honor y la protección de los datos personales. b) Las llamadas deudas de valor | 220 |
| a) Los llamados sistemas de información crediticia y los derechos fundamentales del deudor | 220 |
| b) Las deudas de valor | 222 |
| 6. Propuestas de reforma del Código civil español: su tratamiento del retraso en el cumplimiento | 222 |

| | Páginas |
|---|---------|
| 7. El retraso en el cumplimiento y las medidas de protección del crédito ... | 225 |
| a) Retraso en el cumplimiento y pena convencional | 225 |
| b) Retraso en el cumplimiento y resolución de las obligaciones recíprocas | 226 |
| c) Retraso en el cumplimiento y las facultades de retención posesoria | 228 |
| 8. Conclusión | 229 |
| IX. LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS | 231 |
| 1. Introducción | 231 |
| 1.1 Sentido de la ubicación de la rescisión en el CC | 233 |
| 2. Concepto de rescisión | 235 |
| 3. Supuestos de actos y contratos rescindibles en el CC | 236 |
| 3.1 Supuestos de rescisión por lesión | 237 |
| 3.1.1 Contratos celebrados por tutores o curadores representativos | 237 |
| 3.1.2 Contratos celebrados en representación de los ausentes ... | 239 |
| 3.2 ¿Es posible establecer convencionalmente la rescisión por lesión de un contrato? | 240 |
| 3.3 Contratos celebrados en fraude de acreedores | 240 |
| 3.3.1 Pagos anticipados efectuados en estado de insolvencia | 243 |
| 3.4 Contratos referidos a cosas litigiosas | 244 |
| 3.5 «Cualesquiera otros contratos que determine la ley» | 248 |
| 3.6 La rescisión por lesión en la partición hereditaria (arts. 1074 y ss. CC) | 248 |
| 3.7 La rescisión de los actos en fraude de los derechos de un cónyuge por parte del otro, cuando hubiera concurrido mala fe (art. 1391 CC) | 249 |
| 4. La acción de rescisión | 250 |
| 4.1 Caracteres de la acción rescisoria | 250 |
| 4.2 Ejercicio de la acción | 252 |
| 4.2.1 Naturaleza del plazo | 252 |
| 4.2.2 Duración del plazo e inicio de su cómputo | 254 |
| 4.2.3 Legitimados para el ejercicio de la acción | 257 |
| 4.2.4 Enervamiento de la acción por abono del perjuicio | 258 |
| 5. Efectos de la rescisión | 258 |
| 5.1 Efectos de la rescisión por lesión | 259 |
| 5.2 Efectos de la rescisión por fraude de acreedores | 262 |
| 5.3 Efectos de la rescisión en los contratos respecto de cosas litigiosas | 264 |
| 6. Bibliografía | 264 |

| | Páginas |
|---|---------|
| X. EL CASO FORTUITO: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA | 267 |
| 1. Introducción | 267 |
| 2. Concepto | 269 |
| 2.1 La noción de caso fortuito en la responsabilidad extracontractual .. | 269 |
| 2.2 El caso fortuito en la responsabilidad contractual | 269 |
| 3. Distinción entre caso fortuito y fuerza mayor | 271 |
| 4. Requisitos | 273 |
| 4.1 La imprevisibilidad e inevitabilidad del acontecimiento | 273 |
| 4.2 El nexó causal | 275 |
| 4.3 La ajenidad del suceso al control del deudor | 275 |
| 5. Efectos | 277 |
| 5.1 Principio general: Exención de responsabilidad del deudor | 278 |
| 5.2 Modificaciones al principio general | 279 |
| 5.2.1 Imposibilidad temporal | 279 |
| 5.2.2 Imposibilidad parcial | 280 |
| 5.2.3 Supuesto en que el obligado obtuviese algún beneficio del caso fortuito | 281 |
| 5.3 Excepciones al principio general | 282 |
| 5.3.1 La ley | 282 |
| 5.3.2 Culpa, dolo o mora | 283 |
| 5.3.3 Pacto de asunción de riesgos | 285 |
| XI. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO | 287 |
| 1. Planteamiento general | 287 |
| 2. La doctrina de los primeros comentaristas del Código | 288 |
| 3. El desistimiento unilateral: naturaleza jurídica | 290 |
| 4. El desistimiento unilateral en la jurisprudencia del Tribunal Supremo | 291 |
| 5. El desistimiento unilateral en la doctrina: tipos de desistimiento | 293 |
| 6. El derecho de desistimiento en los textos armonizadores | 294 |
| 7. Los supuestos de desistimiento unilateral admitidos legalmente | 296 |
| 7.1 Contratos por tiempo indeterminado | 297 |
| 7.2 Contratos de duración determinada | 298 |
| 7.3 Contratos basados en la confianza | 300 |
| 7.4 El desistimiento en los contratos con consumidores y usuarios ... | 301 |
| 8. Supuestos en que se puede admitir un desistimiento unilateral aunque la ley ni el negocio jurídico concedan una facultad semejante | 305 |
| 9. Ejercicio y efectos del desistimiento | 306 |
| 10. Bibliografía | 308 |

| | |
|--|-----|
| XII. LA VOLUNTAD UNILATERAL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES | 311 |
| 1. La voluntad unilateral como fuente de obligaciones en el Derecho español | 311 |
| 1.1 Consideraciones generales | 311 |
| 1.2 Los supuestos concretos de manifestación de la voluntad unilateral | 313 |
| 1.3 La postura de la Jurisprudencia | 315 |
| 2. La evolución normativa en el ámbito interno español y en el Derecho comparado: estado de la cuestión | 317 |
| 2.1 Premisa | 317 |
| 2.2 Vestigios de la voluntad unilateral en el ámbito normativo español ... | 318 |
| a) El <i>Fuero Nuevo de Navarra</i> | 318 |
| b) La <i>Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos</i> | 319 |
| 2.3 La promesa unilateral en los <i>Principios de Derecho contractual europeo</i> | 320 |
| 3. La voluntad unilateral como posible fuente de obligaciones en algunos supuestos actuales | 323 |
| 3.1 Premisa: voluntad unilateral, empresa y mercado | 323 |
| 3.2 La declaración de mantenimiento de la participación en el capital de una sociedad en el contexto de las cartas de patrocinio | 324 |
| a) Planteamiento introductorio | 324 |
| b) La declaración de mantenimiento como promesa unilateral de una obligación de no hacer | 326 |
| 3.3 Los compromisos asumidos en el marco de la llamada «responsabilidad social corporativa» | 327 |
| a) Consideraciones generales | 327 |
| b) La voluntad unilateral como fuente de obligaciones y la RSC .. | 329 |
| 4. Consideraciones finales | 330 |
| 5. Bibliografía | 331 |
| XIII. LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 333 |
| 1. La necesidad de redefinir la capacidad para contratar en el Código civil español | 333 |

| | Páginas |
|--|---------|
| 2. La capacidad para contratar de las personas con discapacidad tras la LRAPD | 337 |
| 2.1 Regla general de capacidad y ausencia de consentimiento | 338 |
| 2.2 La trascendencia de la ausencia de apoyos | 340 |
| 2.2.1 No existe el apoyo | 341 |
| 2.2.2 Se rechaza el apoyo y se asume el riesgo de la contratación .. | 342 |
| 2.2.3 No se utiliza el apoyo que se tenía, pero tampoco consta su rechazo | 344 |
| 3. La introducción de la figura de la ventaja injusta (<i>excursus</i>) | 351 |
| 4. La acción de anulación | 352 |
| 5. Las limitaciones a la facultad de anular y a la restitución | 354 |
| XIV. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL | 359 |
| 1. La regulación en el Código civil del periodo precontractual | 359 |
| 2. Estado de la cuestión en el moderno Derecho de contratos | 361 |
| 3. Evolución y transformación doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico español | 363 |
| 4. La ruptura de los tratos preliminares de forma contraria a la buena fe ... | 366 |
| 5. El deber precontractual de confidencialidad | 376 |
| 6. Contrato celebrado con violación de los deberes precontractuales. en particular, los deberes precontractuales de información | 380 |
| 7. Bibliografía | 389 |
| XV. DESISTIMIENTO | 393 |
| 1. Desistir en el Código civil y fuera de él. Propuestas de reforma | 393 |
| 1.1 Todos los nombres: ¿por qué «desistir»? | 396 |
| 1.2 El fundamento necesariamente plural del derecho a desistir | 398 |
| 1.3 La controversia sobre su naturaleza jurídica carece de efectos | 400 |
| 1.4 Régimen jurídico: consideraciones generales | 400 |
| 2. Once reglas y problemas relativos a su régimen jurídico | 401 |
| 2.1 El régimen de su ejercicio debe ser coherente con su fundamento ... | 402 |
| 2.2 Las exclusiones del régimen legal de atribución, al tratarse de una desventaja para el sujeto protegido, deben ser interpretadas restrictivamente | 402 |
| 2.3 La atribución convencional del derecho a desistir se sujeta a las reglas comunes de control de contenido de las condiciones generales ... | 403 |
| 2.4 La remisión al régimen restitutorio de la resolución o bien al de la anulación del contrato depende de la razón que justifique el derecho a desistir | 404 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 2.5 | Deben distinguirse los gravámenes o cargas anudados al ejercicio del derecho de sus efectos indemnizatorios | 405 |
| 2.6 | El modo de acreditar o constatar su ejercicio se sujeta a las reglas comunes | 406 |
| 2.7 | El derecho a desistir es, en el Derecho de consumo, un mecanismo de protección adicional: consecuencias en la concurrencia de remedios . | 406 |
| 2.8 | Falta de atribución del derecho a desistir en el Derecho de consumo: mezcla de instrumentos | 407 |
| 2.9 | Informar sobre el derecho a desistir | 408 |
| 2.10 | El plazo de ejercicio: algunas directrices | 408 |
| 2.11 | Los efectos: extinción, restitución e indemnización | 409 |
| 3. | Bibliografía | 411 |
| XVI. | LA NOVACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO: EVOLUCIÓN Y CONFIGURACIÓN ACTUAL | 413 |
| 1. | Delimitación de la novación y modificación del contrato en el Código civil de 1889 | 413 |
| 1.1 | Novación y modificación | 413 |
| 1.2 | Modificación y novación del contrato | 416 |
| 2. | Desarrollo conceptual y jurisprudencial | 417 |
| 2.1 | Novación extintiva y modificativa | 417 |
| 2.2 | Modificación por cambio extraordinario de las circunstancias | 419 |
| 2.3 | Concepto actual de modificación y novación | 424 |
| 3. | Estado de la materia en los textos normativos y las propuestas | 426 |
| 4. | Bibliografía | 432 |
| XVII. | CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN | 435 |
| 1. | El contrato de adhesión: naturaleza y fundamento de su obligatoriedad ... | 435 |
| 2. | La regulación legal de las condiciones generales. Concepto y régimen jurídico | 439 |
| 2.1 | Las especialidades del régimen jurídico en la LCGC frente al CC. Requisitos de incorporación y reglas de interpretación | 442 |
| a) | Requisitos de incorporación | 442 |
| b) | Interpretación de las CGC | 444 |
| 2.2 | El control de contenido o de validez | 444 |
| 3. | El control de contenido en la contratación estandarizada con adherentes no consumidores | 446 |
| 3.1 | Normas sectoriales | 446 |

| | Páginas |
|--|--|
| 3.2 | Los instrumentos para evitar abusos en la jurisprudencia: antes y después de la LCGC 449 |
| 3.3 | Las condiciones generales de la contratación como parte de la teoría general del contrato. Integración en el CC 453 |
| 4. | El control de contenido en contratos con consumidores. El TJUE, el TRLGDCU y el CC. 454 |
| 4.1 | La Directiva 93/13 y el Derecho nacional. ¿Disrupción o armonía? .. 454 |
| 4.2 | Nacimiento, auge y contención del control de transparencia material 457 |
| | a) La introducción del control de transparencia material 457 |
| | b) Transparencia y vicios del consentimiento 460 |
| | c) El reducto de la transparencia material como motivo autónomo de invalidez. Ponderación y comprobación del desequilibrio 462 |
| 4.3 | Cláusulas nulas, subsistencia del contrato e integración 465 |
| | a) La adaptación del Derecho interno a la doctrina del TJUE .. 465 |
| | b) Subsistencia del contrato e integración en la doctrina del TS 468 |
| 5. | Bibliografía 472 |
| XVIII. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS ... 475 | |
| 1. | Introducción y estructura 475 |
| 2. | El problema, la pluralidad de teorías y las dos cuestiones básicas 476 |
| 3. | Las piezas en el ordenamiento jurídico español 484 |
| 3.1 | El fundamento general 485 |
| 3.2 | Las previsiones específicas 487 |
| | a) En el CC 487 |
| | b) En leyes especiales 488 |
| 3.3 | Las propuestas de <i>lege ferenda</i> 491 |
| 3.4 | La jurisprudencia 493 |
| | a) Primera etapa: aplicación restrictiva 493 |
| | b) Segunda etapa: la crisis económica como evento imprevisible 494 |
| | c) Tercera etapa: aplicación restrictiva 496 |
| | d) ¿Una cuarta etapa post-COVID-19? 496 |
| 4. | Un intento de construcción del régimen jurídico de la alteración sobrevenida de las circunstancias en el ordenamiento jurídico español 496 |
| 4.1 | Los presupuestos de aplicación 497 |
| | a) Primer presupuesto: cambio de circunstancias. Sus condiciones 497 |

| | |
|--|------------|
| b) Segundo presupuesto: ruptura del equilibrio económico. La excesiva onerosidad | 500 |
| 4.2 Los efectos: la modificación o la resolución del contrato | 502 |
| a) La preferencia por la modificación del contrato | 502 |
| b) La negociación: ¿obligación, facultad o carga? | 502 |
| c) ¿Suspensión del cumplimiento durante las negociaciones? .. | 503 |
| d) El recurso a los tribunales y los poderes del juez | 504 |
| 5. Conclusiones | 504 |
| 6. Bibliografía | 505 |
| XIX. LA CONSIGNACIÓN | 509 |
| 1. El régimen del CC y su ulterior modificación | 509 |
| 2. Otras consignaciones legales en el ámbito civil | 511 |
| 3. El interés al que atiende la consignación: la facultad del deudor | 515 |
| 4. El ámbito objetivo de la consignación | 516 |
| 5. La oferta de cumplimiento como presupuesto básico para la consigna- ción | 517 |
| 6. La nueva casuística que posibilita desencadenar el procedimiento | 519 |
| 6.1 Los supuestos tradicionales | 519 |
| 6.2 La excesiva onerosidad | 520 |
| 7. Las excepciones al ofrecimiento de pago | 522 |
| 8. El adicional anuncio de la consignación a los interesados | 524 |
| 9. El procedimiento de consignación | 525 |
| 9.1 La consignación judicial | 525 |
| 9.2 La consignación notarial | 526 |
| 10. La retirada de la cosa consignada | 526 |
| 10.1 La exclusiva iniciativa del deudor | 526 |
| 10.2 La retirada consentida por el acreedor | 526 |
| 11. Efectos de la consignación | 527 |
| 12. Gastos de la consignación | 529 |
| 13. Específica referencia a la consignación judicial del artículo 471 de la LEC | 530 |
| 14. Bibliografía | 531 |
| XX. EL CONTRATO Y LOS TERCEROS | 533 |
| 1. El llamado principio de relatividad contractual contenido en el artícu- lo 1257 del CC | 533 |
| 2. ¿Qué y quiénes son los «terceros»? | 534 |

| | Páginas |
|---|------------|
| 3. Evolución del principio hasta la época actual | 537 |
| 3.1 La estipulación a favor de tercero | 537 |
| 3.2 La oponibilidad de los contratos frente a terceros | 542 |
| 3.3 La invocabilidad de los contratos por los terceros: la vinculación contractual o contratos conexos y las acciones directas | 548 |
| 4. Estado actual de la cuestión en el Derecho de obligaciones y contratos ... | 553 |
| 5. Más allá de la oponibilidad y de los contratos conexos: la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario de 2019 | 557 |
| 6. Prospectiva <i>lege ferenda</i> | 559 |
| 7. Bibliografía | 560 |
| XXI. LA OBJETIVACIÓN DEL CONCEPTO DE FRAUDE | 563 |
| 1. Introducción | 563 |
| 2. La acción pauliana en el código civil. La doctrina del concepto subjetivo de fraude | 565 |
| 3. La objetivación del concepto de fraude | 567 |
| 4. Incidencia en el ejercicio y efectos de la acción | 570 |
| 5. Bibliografía | 572 |
| XXII. INEFICACIA DEL CONTRATO POR INVALIDEZ: EL BINOMIO NULIDAD-ANULABILIDAD. LÍNEAS GENERALES | 575 |
| 1. Las distintas causas de ineficacia por invalidez del contrato | 576 |
| 2. Los tipos básicos de ineficacia derivada de la invalidez del contrato: nulidad y anulabilidad | 577 |
| 2.1 Invalidez e ineficacia | 577 |
| 2.2 La elaboración doctrinal y jurisprudencial de los regímenes típicos de ineficacia | 577 |
| 2.3 Carácter estructural y originario de los dos tipos de ineficacia | 578 |
| 2.4 La ineficacia derivada de la nulidad | 578 |
| 2.5 La ineficacia derivada de la anulabilidad | 578 |
| 2.6 El efecto retroactivo de la declaración de nulidad y de la anulabilidad | 579 |
| 2.7 Fundamentos político-jurídicos de los dos tipos de ineficacia | 579 |
| 2.8 La nulidad y la anulabilidad deben analizarse desde la perspectiva unitaria de la regulación de los actos <i>contra legem</i> | 580 |
| 2.9 La confirmación | 582 |
| 2.10 La conversión | 582 |
| 3. La acción de nulidad | 583 |
| 3.1 La declaración de la nulidad | 583 |
| 3.2 Su calificación como acción declarativa. Su eventual contenido restitutorio | 583 |

| | Páginas |
|---|------------|
| 3.3 La imprescriptibilidad de la acción | 584 |
| 3.4 Aspectos procesales. a) Acción, excepción y reconvencción en la alegación de nulidad. b) La cuestión de la apreciación de oficio ... | 585 |
| 4. La impugnación por anulabilidad | 586 |
| 4.1 El poder de impugnación del contrato anulable, en vía extrajudicial | 586 |
| 4.2 Carácter de la acción de anulabilidad. ¿Acción constitutiva o acción declarativa? | 587 |
| 4.3 El desdoblamiento entre acción declarativa y acción restitutoria . | 589 |
| 4.4 ¿Prescripción o caducidad del plazo? | 591 |
| 4.5 Vías procesales: acción, reconvencción, excepción | 593 |
| 5. Nulidad y anulabilidad en el Derecho de los consumidores y en las condiciones generales de la contratación | 594 |
| 6. La ineficacia por invalidez del contrato en el Proyecto de modernización del Derecho de Obligaciones de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Referencias de Derecho europeo | 595 |
| 7. Bibliografía | 596 |
| XXIII. LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y SUS LÍMITES | 599 |
| 1. El cumplimiento <i>in natura</i> . El modelo y sus posibles alternativas | 599 |
| 2. Referencia a su construcción histórica | 600 |
| 3. Su funcionamiento en el CC y la LEC | 602 |
| 3.1 Respecto de las obligaciones de dar cosa determinada | 602 |
| 3.2 En las obligaciones de hacer y de no hacer | 603 |
| 4. Caracteres y presupuestos de la pretensión de cumplimiento | 607 |
| 5. Límites a la pretensión de cumplimiento | 612 |
| 5.1 Precisiones previas | 612 |
| 5.2 La imposibilidad sobrevenida | 612 |
| 5.3 Inidoneidad | 615 |
| 5.4 Excesiva onerosidad | 615 |
| 5.5 Servicios u obra de carácter personal | 618 |
| 5.6 Obtención de la prestación por otras vías | 618 |
| 6. Compatibilidad entre cumplimiento forzoso e indemnización | 618 |
| 7. Bibliografía | 620 |
| XXIV. LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN: LA «REGLA DEL ESPEJO» ... | 623 |
| 1. El esquema bilateral de formación del consentimiento contractual: el «concurso» de la «oferta» y de la «aceptación». Sus limitaciones prácticas | 623 |

| | Páginas |
|--|---------|
| 2. La oferta y la aceptación | 629 |
| 2.1 La oferta o propuesta de contratar. Sus requisitos | 629 |
| 2.2 La aceptación | 634 |
| 3. La «regla del espejo» | 635 |
| 3.1 La aceptación modificativa del contenido de la oferta. Regla general .. | 635 |
| 3.2 El caso particular del llamado «conflicto de formularios»: la incompatibilidad entre las condiciones generales de la contratación de dos profesionales | 639 |
| 3.3 La clave de la incompatibilidad entre la oferta y la aceptación contractuales | 642 |
| 4. Bibliografía | 643 |
| | |
| XXV. REFLEXIONES SOBRE LA BUENA FE Y LOS CONTRATOS .. | 645 |
| 1. Introducción | 645 |
| 2. Funciones de la buena fe | 652 |
| 3. Clases de buena fe. Buena fe objetiva y buena fe subjetiva | 654 |
| 4. Las cláusulas generales sobre la buena fe | 660 |
| 5. Buena fe y diligencia | 664 |
| 6. La función integradora de la buena fe en los contratos | 668 |
| | |
| XXVI. <i>IMPOSSIBILIUMN NULLA OBLIGATIO EST?</i> | 713 |
| 1. Introducción | 713 |
| 2. La regla <i>impossibillium nulla obligatio est</i> | 715 |
| 3. Límites a la aplicación de la regla en el derecho romano | 716 |
| 4. La influencia de la regla en la codificación decimonónica: tres ejemplos | 718 |
| 4.1 Código civil francés de 1804 | 718 |
| 4.1.1 La doctrina de Pothier sobre la imposibilidad inicial | 718 |
| 4.1.2 La imposibilidad inicial en el Código civil francés de 1804 .. | 721 |
| 4.2 El BGB alemán | 722 |
| 4.3 El código civil español | 723 |
| 5. La reforma de los códigos civiles | 727 |
| 5.1 La reforma del CC francés | 727 |
| 5.2 La reforma del BGB | 728 |
| 5.3 La propuesta de modernización del CC español | 729 |
| 6. La superación de la influencia de la regla « <i>impossibillium nulla obligatio est</i> » | 731 |
| 6.1 ¿Por qué la imposibilidad inicial no determina, necesariamente, la nulidad del contrato? | 731 |

| | Páginas |
|--------|--|
| 6.2 | ¿Cuándo es válido el contrato? 732 |
| 6.3 | Dos cuestiones relacionadas con la responsabilidad contractual en caso de imposibilidad 733 |
| 6.3.1 | ¿Puede existir incumplimiento del contrato en caso de imposibilidad inicial? 734 |
| 6.3.2 | ¿Cuál es el criterio de imputación de responsabilidad en caso de imposibilidad inicial? 734 |
| 7. | Imposibilidad inicial y ausencia de causa 737 |
| 8. | Imposibilidad inicial y error 737 |
| 9. | A modo de conclusión 740 |
| 10. | Bibliografía 742 |
| | |
| XXVII. | EL RIESGO DE DEFECTUOSA INFORMACIÓN CONTRACTUAL Y SU DISTRIBUCIÓN ENTRE LOS CONTRATANTES: FIGURAS JURÍDICAS Y REMEDIOS 745 |
| 1. | Introducción 745 |
| 2. | El riesgo de información defectuosa 746 |
| 3. | Distribución del riesgo de información defectuosa; figuras jurídicas y remedios 747 |
| 4. | El error y el dolo 749 |
| 4.1. | El error 749 |
| 4.1.1 | Error y anulación 749 |
| 4.1.2 | Error e indemnización 751 |
| 4.1.3 | Error y adaptación del contrato 753 |
| 4.2 | El dolo 754 |
| 4.2.1 | Dolo y anulación 755 |
| 4.2.2 | Dolo e indemnización 755 |
| 4.2.3 | Dolo y adaptación del contrato 756 |
| 5. | La base del negocio 756 |
| 5.1 | La base del negocio en el Derecho alemán 757 |
| 5.2 | ¿Es aplicable la doctrina de la base del negocio en derecho español?: la opinión de Federico de Castro 758 |
| 5.3 | El tratamiento de la base del negocio en los PECL y en el DCFR . 759 |
| 5.4 | La base del negocio en la jurisprudencia del TS 760 |
| 6. | La culpa <i>in contrahendo</i> 762 |
| 6.1 | El criterio de imputación de responsabilidad 763 |
| 6.2 | Daño indemnizable 764 |
| 7. | Conclusiones 764 |
| 8. | Bibliografía 765 |

| | |
|---|-----|
| XXVIII. LA INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO: EVOLUCIÓN Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE APLICACIÓN | 767 |
| 1. Introducción | 768 |
| 2. La situación previa a las SSTS de 14-06-1976 y 27-01-1977 | 768 |
| 3. Las SSTS de 14-06-1976 y 27-01-1977 | 769 |
| 4. Desarrollo posterior | 770 |
| 4.1 Desarrollo legislativo en el ámbito de los consumidores | 771 |
| 4.2 Propuestas de reforma del Código Civil y <i>Soft Law</i> europeo | 772 |
| 5. Criterios de concreción en la jurisprudencia | 774 |
| 5.1 La buena fe como fundamento de incorporación de la publicidad al contrato | 774 |
| 5.2 La convivencia entre la norma general y las normas especiales de consumo | 776 |
| 5.3 Las exigencias de la información publicitaria que se incorpora al contrato: la necesidad de concreción y la naturaleza de la denominada oferta publicitaria | 778 |
| 5.4 Los contenidos de la publicidad que se incorpora al contrato | 779 |
| 5.5 Incorporación de la publicidad al contrato y autonomía de la voluntad | 780 |
| 5.6 La vinculación por la publicidad como cuestión de interpretación del contrato | 781 |
| 5.7 La incorporación de la publicidad al contrato como deber de prestación | 781 |
| 5.7.1 Requisitos | 782 |
| 5.7.2 Incumplimiento de lo anunciado: incumplimiento de contrato | 783 |
| 5.7.3 Consecuencias del incumplimiento de lo anunciado: el funcionamiento de los remedios | 784 |
| 6. Conclusiones | 786 |
| 7. Bibliografía | 787 |
| XXIX. EL DESDOBLAMIENTO DE LAS UTILIDADES DEL OBJETO DEL CONTRATO | 789 |
| 1. Propósito | 789 |
| 2. La regulación del objeto del contrato en el Código civil | 790 |
| 2.1 Calificación del objeto del contrato | 790 |
| 2.2 Los requisitos que debe tener el objeto del contrato | 792 |
| 2.2.1 Licitud | 792 |
| 2.2.2 Existencia: actual o futura | 793 |

| | Páginas |
|-------|---|
| 2.2.3 | Posibilidad 795 |
| 2.2.4 | Determinación o determinabilidad 798 |
| 2.3 | La sanción ante la inexistencia de objeto contractual 799 |
| 3. | La desaparición del «objeto del contrato» en el moderno derecho de contratos 800 |
| 3.1. | El acuerdo suficiente o contenido del contrato 800 |
| 3.2 | La nueva perspectiva sobre la posibilidad del objeto del contrato .. 802 |
| 3.2.1 | Principios Unidroit (PCCOM) 802 |
| 3.2.2 | Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) 802 |
| 3.2.3 | Borrador de un Marco Común de Referencia (DCFR) 803 |
| 3.2.4 | Propuesta para la modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, de 2009 (PMCC) .. 804 |
| 4. | Bibliografía 805 |
| XXX. | CAUSA ILÍCITA Y CONTRATOS ILEGALES 807 |
| 1. | La causa como instrumento jurídico para llevar a cabo el control de la licitud contractual: origen y desarrollo histórico 807 |
| 2. | La causa ilícita en el Código civil 809 |
| 2.1 | Ámbito objetivo: la ley y la moral como parámetros de licitud 809 |
| 2.2 | Ilicitud por contravención de la ley: concepto y casuística 811 |
| 2.3 | Ilicitud por contravención a la moral: concepto y casuística 812 |
| 3. | La configuración de la doctrina de la causa ilícita en la jurisprudencia: la incorporación de los motivos a la causa 815 |
| 4. | Consecuencias derivadas de la ilicitud causal (arts. 1305 y 1306 CC).... 818 |
| 5. | Contratos ilegales o prohibidos 822 |
| 6. | La desaparición de la ilicitud causal en el moderno derecho de contratos .. 824 |
| 7. | Bibliografía 826 |
| XXXI. | LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN: HISTORIA DE UN ÉXITO 829 |
| 1. | ¡La bolsa o la vida! 829 |
| 2. | La historia de un éxito 830 |
| 3. | La definición de la intimidación 831 |
| 3.1 | El vicio de la voluntad 834 |
| 3.2 | El carácter injusto de la amenaza 838 |
| 4. | Violencia e intimidación 844 |
| 5. | La violencia proveniente de tercero 846 |

| | Páginas |
|--|------------|
| 6. Violencia ambiental y ventaja desproporcionada | 847 |
| 7. Bibliografía | 850 |
| XXXII. REMEDIOS POR EL INCUMPLIMIENTO: EL CÓDIGO CIVIL, ENTRE AYER Y MAÑANA | 853 |
| 1. Dos modelos de incumplimiento | 853 |
| 1.1 Las líneas básicas del nuevo modelo del incumplimiento | 853 |
| 1.2 Punto de vista unilateral frente a punto de vista bilateral | 856 |
| 1.3 Incumplimiento como falta de conformidad | 859 |
| 2. Los remedios por el incumplimiento | 860 |
| 2.1 Pretensión de cumplimiento y sus límites: imposibilidad y abuso de derecho | 860 |
| 2.1.1 Concepto y supuesto de hecho | 860 |
| 2.1.2 Cumplimiento de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Cumplimiento de obligaciones dinerarias y no dine- rarias | 862 |
| a) La regulación del Código Civil | 862 |
| b) La regulación en la Propuesta de Modernización | 864 |
| 2.1.3 Los límites a la pretensión de cumplimiento | 865 |
| 2.2 La resolución por el incumplimiento | 867 |
| 2.2.1 La fuerza de la resolución | 867 |
| 2.2.2 Las causas de la resolución | 868 |
| 2.2.3 La facultad de resolver por incumplimiento | 872 |
| 2.2.4 Efectos: liberación, modificación del vínculo y restitución ... | 873 |
| 3. La pretensión indemnizatoria | 876 |
| 3.1 Ideas generales | 876 |
| 3.2 Requisitos | 878 |
| 3.2.1 Título de imputación | 878 |
| 3.2.2 El daño | 883 |
| 3.2.3 El nexo causal | 884 |
| 3.3 El alcance de la indemnización | 885 |
| 3.3.1 Los daños que cubre el contrato | 885 |
| 3.3.2 El deber de mitigar | 888 |
| 3.3.3 El interés positivo | 889 |
| 4. Conclusión | 890 |

| | |
|---|-----|
| XXXIII. EL MOMENTO DE LA CONSUMACIÓN DEL CONTRATO EN LA ANULACIÓN POR ERROR | 893 |
| 1. La regulación del Código civil y sus bases doctrinales | 893 |
| 2. Precisiones jurisprudenciales sobre la consumación del contrato | 897 |
| 2.1 La interpretación tradicional | 898 |
| 2.2 Contratos financieros «complejos» | 900 |
| a) La primera jurisprudencia: la relevancia del conocimiento del error | 900 |
| b) Precisión de la primera jurisprudencia: el plazo no empieza a correr antes de la consumación | 901 |
| c) Desarrollos ulteriores. La situación actual. El casuismo de las soluciones | 902 |
| d) En especial, el contrato de préstamo hipotecario en divisa extranjera..... | 905 |
| 2.3 Jurisprudencia reciente sobre contratos no financieros | 907 |
| a) Contratos de tracto sucesivo que no presenten especial complejidad | 908 |
| b) Contratos de ejecución instantánea | 908 |
| c) Actos unilaterales: aceptación de una herencia | 910 |
| 3. El plazo de anulación del contrato por error en el moderno Derecho de contratos | 910 |
| 4. La reforma del artículo 1301 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio | 911 |
| 5. Bibliografía | 914 |
| XXXIV. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS NACIDOS DEL CONTRATO FRENTE A LOS TERCEROS | 915 |
| 1. La regulación del Código Civil y sus bases doctrinales | 915 |
| 1.1 El principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC y la supuesta imposibilidad material de la lesión de los derechos de crédito por acto de un tercero | 920 |
| 1.2 El <i>commodum representationis</i> del artículo 1186 CC: ¿un argumento irrelevante? | 921 |
| 1.3 El artículo 1902 CC: ¿fundamento del sistema de protección de los derechos de crédito frente a los terceros? | 925 |
| 1.4 Recapitulación | 927 |
| 2. El papel relevante de la doctrina y la jurisprudencia en la construcción del régimen jurídico de la tutela aquiliana del crédito: su evolución | 928 |

| | Páginas |
|--|---------|
| 2.1 El sistema de protección del derecho de crédito frente a los terceros en el Código civil: esbozo de su régimen jurídico | 930 |
| a) El conocimiento del derecho de crédito ajeno como criterio de imputación subjetiva de responsabilidad | 931 |
| b) Los efectos de la responsabilidad del tercero | 935 |
| 3. La responsabilidad del tercero por la lesión de un derecho de crédito ajeno: su encaje en el moderno derecho de contratos | 936 |
| 4. Bibliografía | 939 |
| XXXV. CLÁUSULAS ABUSIVAS | 943 |
| 1. La ausencia de regulación de las cláusulas abusivas en el Código civil | 944 |
| 2. La evolución de la respuesta del Derecho de contratos a las cláusulas abusivas | 945 |
| 3. Las cláusulas abusivas en el moderno Derecho de contratos | 951 |
| 3.1 Textos de <i>soft law</i> y propuestas europeas | 952 |
| 3.2 El ejemplo del Código civil francés | 955 |
| 3.3 La Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009 | 955 |
| 4. Algunas reflexiones sobre la regulación de las cláusulas abusivas en una eventual reforma del Código civil | 956 |
| 5. Conclusiones | 961 |
| 6. Bibliografía | 962 |
| XXXVI. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL | 963 |
| 1. La regulación del Código Civil y sus bases doctrinales | 963 |
| 2. Evolución doctrinal y jurisprudencial posterior | 966 |
| 2.1 Primeras decisiones del Tribunal Supremo que admiten la reparación del daño moral tanto en sede de responsabilidad contractual como extracontractual | 966 |
| 2.2 Tesis contraria a la indemnización del daño moral contractual con carácter general | 968 |
| 2.3 Tesis a favor de la reparación del daño moral contractual | 972 |
| a) Aplicación del artículo 1107 del Código Civil | 973 |
| b) Entidad del daño moral | 978 |

| | | |
|---------|---|------|
| 3. | Admisión de la reparación del daño moral contractual en el moderno derecho de contratos | 979 |
| 3.1 | Textos dirigidos a la armonización del Derecho Contractual Europeo | 979 |
| | a) PICC | 980 |
| | b) PECL | 982 |
| | c) DCFR | 982 |
| | d) Conclusiones | 983 |
| 3.2 | Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos | 984 |
| 4. | Bibliografía | 986 |
| XXXVII. | LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL: UNA RELECTURA ACTUAL | 989 |
| 1. | Introducción. Nacimiento y evolución de la resolución por incumplimiento | 990 |
| 2. | Rasgos de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código civil | 993 |
| | 2.1 Un remedio al incumplimiento de ejercicio extrajudicial | 993 |
| | 2.2 Eficacia transformadora del contrato | 999 |
| | 2.3 Eficacia retroactiva | 1002 |
| 3. | Requisitos de la resolución por incumplimiento | 1003 |
| | 3.1 Un vínculo contractual recíproco y exigible. El problema de los llamados contratos reales | 1003 |
| | 3.2 No hallarse en incumplimiento quien ejercita la resolución | 1008 |
| | 3.3 Un falso requisito: la posibilidad de restituir | 1009 |
| | 3.4 Un peculiar caso de resolución sin incumplimiento: la resolución pedida por ambas partes | 1011 |
| | 3.5 Y una excepción al requisito de no estar en incumplimiento quien resuelve: la resolución por incumplimientos mutuos | 1012 |
| 4. | El problemático requisito del incumplimiento resolutorio | 1012 |
| | 4.1 La evolución jurisprudencial: del subjetivismo de la voluntad deliberadamente rebelde del deudor a la objetividad de la insatisfacción del acreedor | 1013 |
| | 4.2 El incumplimiento esencial como frustración del interés del acreedor y el problema del cumplimiento parcial, defectuoso o retrasado | 1016 |

| | Páginas |
|---|----------|
| 4.3 Casos típicos: el incumplimiento esencial predeterminado, el término esencial, el incumplimiento intencional y el incumplimiento anticipado | 1021 |
| 5. Algunos problemas particulares de la resolución por incumplimiento ... | 1023 |
| 5.1 La resolución por incumplimiento en casos de pluralidad | 1024 |
| 5.2 La resolución y la cesión del contrato o del crédito | 1025 |
| 5.3 La resolución en los incumplimientos no culpables: caso fortuito y fuerza mayor | 1026 |
| 6. Bibliografía | 1028 |
| XXXVIII. EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN MEDIANTE PLAZO ADICIONAL (<i>NACHFRIST</i>) Y SU PROGRESIVA RECEPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EUROPEO | 1033 |
| 1. Introducción. El surgimiento histórico del sistema de plazo adicional ... | 1033 |
| 2. La configuración del plazo adicional en el Derecho alemán | 1034 |
| 3. El sistema rival del Derecho inglés: el <i>substantial failure to perform</i> y el <i>anticipatory breach</i> | 1039 |
| 4. La recepción del sistema de plazo adicional en el Derecho europeo y uniforme | 1041 |
| 5. La incipiente recepción del <i>Nachfrist</i> en las leyes especiales españolas y en la normativa autonómica | 1045 |
| 6. La recepción del <i>Nachfrist</i> por la doctrina española y por la jurisprudencia | 1048 |
| 7. Vías e instrumentos para introducir el plazo adicional en nuestro sistema ... | 1051 |
| 8. Bibliografía | 1052 |
| XXXIX. <i>COMMODUM REPRESENTATIONIS</i> Y <i>COMMODUM EX NEGOTIATIONE</i> O ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE SUBROGADOS? | 1055 |
| 1. Introducción | 1056 |
| 2. Apuntes históricos | 1058 |
| 2.1 <i>Commodum representationis</i> | 1059 |
| a) Derecho romano | 1059 |
| b) Francia, Pothier y la codificación | 1061 |
| c) La pandectística | 1062 |
| d) La codificación española | 1062 |
| 2.2 El <i>commodum ex negotiatione</i> en D. 18,4,21 (<i>Paul. 16 Quaest.</i>) | 1063 |
| a) Parte primera | 1064 |
| b) Parte segunda | 1065 |

| | Páginas |
|--|---------|
| c) Parte tercera | 1067 |
| d) Recapitulación | 1069 |
| 3. El <i>commodum representationis</i> en Derecho francés | 1069 |
| 4. El <i>common law</i> y el <i>commodum ex negotiatione</i> | 1071 |
| 5. El <i>commodum representationis</i> en Derecho alemán | 1073 |
| 5.1 Líneas básicas y supuesto de aplicación | 1073 |
| 5.2 Fundamento | 1076 |
| 5.3 Requisitos | 1079 |
| a) Causalidad | 1079 |
| b) Identidad | 1079 |
| c) Identidad y <i>commodum ex negotiatione</i> | 1091 |
| d) Identidad, <i>commodum ex negotiatione</i> y doble arrendamiento | 1082 |
| 5.4 Consecuencias de su aplicación | 1083 |
| 6. Recapitulación: la referencia a futuro del modelo alemán | 1086 |
| 7. El <i>commodum representationis</i> del artículo 1186 CC | 1087 |
| 7.1 La acción | 1088 |
| a) Supuesto de aplicación | 1088 |
| b) Ámbito de aplicación | 1090 |
| c) Obligaciones de hacer | 1091 |
| d) La atribución de acciones al acreedor | 1093 |
| e) Compatibilidad con otras acciones | 1094 |
| f) El subrogado como valor en la restitución | 1095 |
| 7.2 Condiciones para la entrega del subrogado | 1095 |
| a) Causalidad | 1096 |
| b) Identidad | 1097 |
| c) Los restos de la cosa debida | 1100 |
| 7.3 Conclusión parcial: las limitaciones intrínsecas del artículo 1186 CC | 1101 |
| 8. ¿El <i>commodum ex negotiatione</i> del artículo 1186? | 1102 |
| 8.1 Un difícil encaje | 1102 |
| a) La comparativa con el remedio indemnizatorio | 1103 |
| b) La comparativa con el § 285 BGB | 1105 |
| c) Las carencias del artículo 1186 CC: cosas genéricas y doble arrendamiento | 1106 |
| 8.2 ¿ <i>Condictio</i> por intromisión en el Derecho de contratos? | 1109 |
| a) La transmisión de la propiedad y el <i>ius ad rem</i> | 1110 |

| | Páginas |
|---|---------|
| b) La atribución de frutos al acreedor | 1112 |
| c) El peligroso paralelismo con el Derecho alemán | 1114 |
| d) El derecho de crédito no tiene contenido de atribución (ni justifica una <i>condictio</i>) | 1118 |
| e) El objeto de la <i>condictio</i> por intromisión | 1121 |
| f) Doble arrendamiento | 1122 |
| g) El retraso en la entrega | 1123 |
| h) ¿Obligaciones de no hacer y <i>condictio</i> por intromisión? | 1124 |
| i) Recapitulación | 1125 |
| 8.3 ¿La voluntad hipotética de las partes como argumento para la entrega del <i>c. ex n.</i> ? | 1125 |
| 8.4 ¿Una solución coherente con la restitución del precio en el Código civil? | 1126 |
| a) El heredero del depositario de buena fe y el <i>accipiens</i> de buena fe | 1126 |
| b) La venta de un bien perteneciente a la herencia | 1127 |
| 9. Entre el Derecho de enriquecimiento y el incumplimiento eficiente | 1128 |
| 9.1 El incumplimiento eficiente | 1129 |
| 9.2 Crítica | 1129 |
| 9.3 ¿En la encrucijada? | 1131 |
| 10. Contrato y subrogado: la «identidad prestacional» | 1132 |
| 10.1 Planteamiento: la perspectiva contractual | 1133 |
| 10.2 La identidad prestacional | 1133 |
| a) Funcionamiento | 1134 |
| b) Identidad prestacional como identidad causal | 1135 |
| 10.3 Algunos grupos de casos | 1136 |
| a) Compraventas «comerciales» | 1136 |
| b) Bienes exclusivos | 1137 |
| c) Doble arrendamiento | 1138 |
| d) Ocupación ilegítima de terrenos | 1138 |
| 10.4 La proximidad con la indemnización. El caso « <i>Pryca</i> » | 1139 |
| 10.5 La reducción de la contraprestación del acreedor | 1141 |
| 10.6 Propuesta de regulación | 1143 |
| 10.7 Recapitulación | 1146 |
| 11. <i>C. ex n.</i> en obligaciones de hacer y no hacer | 1146 |
| 11.1 Obligaciones de hacer | 1147 |
| 11.2 Obligaciones de no hacer | 1150 |
| 11.3 El difícil caso del subarrendamiento prohibido | 1152 |

| | Páginas |
|---|---------|
| 12. Conclusiones | 1156 |
| 13. Bibliografía | 1157 |
| | |
| XL. LAS OFERTAS VINCULANTES Y SUS EFECTOS | 1165 |
| 1. Introducción: la oferta vinculante como cuestión no uniforme | 1165 |
| 2. La revocabilidad de la oferta como regla general | 1167 |
| 3. La oferta vinculante | 1169 |
| 3.1 Fuentes de vinculación a la oferta | 1170 |
| a) La declaración de irrevocabilidad por el oferente | 1171 |
| b) La fijación de un plazo | 1171 |
| c) La confianza del destinatario como reflejo de la intención del oferente de vincularse | 1175 |
| d) El cumplimiento de una previa obligación contractual del oferente | 1179 |
| e) ¿La oferta de celebrar un contrato que solo genera obligaciones para una parte? | 1179 |
| f) Recapitulación: la interpretación como vía para determinar la eficacia vinculante de la oferta | 1181 |
| 3.2 La vinculación a la oferta y la publicidad en contratos con consumidores | 1182 |
| 3.3 Diferencia con el derecho de opción | 1185 |
| 3.4 El sentido de la oferta vinculante | 1186 |
| 3.5 Ofertas vinculantes <i>ex lege</i> | 1187 |
| 4. La revocación de la oferta vinculante y sus consecuencias | 1188 |
| 4.1 Problemática y solución | 1188 |
| 4.2 Las consecuencias de la revocación | 1191 |
| a) Indemnización de daños | 1191 |
| b) Subrogados (<i>commodum representationis</i>) | 1194 |
| c) ¿ <i>Commodum ex negotiatione</i> ? | 1194 |
| d) Recapitulación y conclusión parcial | 1197 |
| 4.3 La pérdida del carácter vinculante de la oferta | 1197 |
| a) Inexigibilidad del mantenimiento de la vinculación a la oferta | 1197 |
| b) Alteración de las circunstancias | 1199 |
| c) ¿Adaptación de la oferta? | 1200 |
| d) ¿Oferta de contrato del que se puede desistir? | 1201 |

| | Páginas |
|---|---------|
| 5. La oferta vinculante en el moderno Derecho de contratos: una propuesta de regulación | 1201 |
| 6. Conclusiones y perspectivas | 1202 |
| 7. Bibliografía | 1203 |
| | |
| XLI. LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO | 1207 |
| 1. Regulación de la figura en el Código civil y en otros textos legales | 1207 |
| 2. Doctrina jurisprudencial sobre la suspensión del cumplimiento | 1210 |
| 2.1 Facultad de suspensión/ <i>exceptio non adimpleti contractus</i> | 1211 |
| 2.2 Suspensión de la entrega de la cosa | 1213 |
| 2.3 Suspensión del pago del precio | 1215 |
| a) Perturbación por el ejercicio de acción reivindicatoria o hipotecaria | 1216 |
| b) Carácter fundado del temor potencial a la perturbación | 1219 |
| c) Notificación | 1220 |
| 2.4 Efectos de la suspensión | 1220 |
| 3. Propuestas doctrinales de modernización del régimen de la suspensión del cumplimiento | 1221 |
| 3.1 Suspensión parcial | 1223 |
| 3.2 Incumplimiento cierto e incumplimiento previsible | 1224 |
| 3.3 Duración de la facultad de suspensión | 1225 |
| 4. Bibliografía | 1225 |
| | |
| XLII. LA FORMA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL DERECHO ACTUAL | 1227 |
| 1. La regulación de la forma del contrato en el Código civil y sus bases doctrinales | 1227 |
| 1.1 Las reglas generales: artículos 1278 a 1280 | 1227 |
| 1.2 Excepciones al principio de libertad de forma | 1229 |
| 2. Evolución e interpretación actual de las reglas sobre forma del contrato contenidas en el Código civil | 1231 |
| 2.1 El art. 1280 y su relación con los arts. 1278 y 1279 | 1231 |
| 2.2 El art. 1279. La facultad de compelerse a llenar la forma | 1234 |
| 2.3 Excepciones al principio de libertad de forma: Interpretación actual | 1236 |
| 3. El formalismo en el ámbito del Derecho del consumo | 1241 |
| 4. Forma del contrato y contratación electrónica | 1247 |

| | | |
|--|--|------|
| 5. | Recapitulación. La forma del contrato en los textos armonizadores de Derecho europeo y en las propuestas de Código civil | 1248 |
| 6. | Bibliografía | 1252 |
| XLIII. LA OBLIGACIÓN DE HACER: DEL CÓDIGO CIVIL AL DERECHO ACTUAL | | 1255 |
| 1. | La regulación de la obligación de hacer en el Código civil y sus bases doctrinales | 1255 |
| 2. | Evolución y transformación posterior, jurisprudencial y doctrinal | 1258 |
| 2.1 | La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer | 1258 |
| 2.2 | La clasificación de las obligaciones de hacer en obligaciones de medios y obligaciones de resultado | 1264 |
| a) | La determinación del incumplimiento de la obligación | 1265 |
| b) | La carga de la prueba del incumplimiento en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado | 1266 |
| c) | La imputabilidad del incumplimiento del deudor en las obligaciones de medios y de resultado..... | 1269 |
| d) | La aplicación de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado a la distinción entre el contrato de servicios y de ejecución de obras | 1270 |
| 2.3 | La recepción de la distinción de las obligaciones de medios y de resultado en el moderno Derecho de contratos | 1271 |
| a) | Los principios de Unidroit | 1272 |
| b) | El <i>Draft Common Frame of Reference</i> | 1272 |
| c) | La <i>Contract European Sales Law</i> | 1273 |
| d) | La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (2011-2012) | 1274 |
| e) | La propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación (2013) | 1276 |
| f) | Las soluciones del derecho comparado | 1276 |
| 3. | Conclusiones | 1278 |
| 4. | Bibliografía | 1279 |
| XLIV. LA MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PROCEDENTE DE NEGLIGENCIA. EL ARTÍCULO 1.103 DEL CÓDIGO CIVIL .. | | 1281 |
| 1. | Planteamiento | 1281 |
| 1.1 | Ámbito de aplicación del art. 1.103 | 1283 |
| 1.2 | Requisitos exigibles: la negligencia | 1287 |
| 1.3 | Función del Juez | 1290 |

| | Páginas |
|---|-------------|
| 2. La equidad. Su manifestación | 1292 |
| 3. Moderación versus modificación de la pena | 1298 |
| 4. Estado de la cuestión en el moderno derecho de contratos | 1302 |
| 4.1 La necesidad de modernización del Código Civil | 1303 |
| 4.2 Revisión de la moderación | 1305 |
| XLV. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA | 1307 |
| 1. La regulación vigente y sus bases doctrinales | 1307 |
| 1.1 El marco normativo | 1307 |
| 1.2 Los controles de incorporación y de contenido en la LCGC y en el TRLGDCU | 1309 |
| 2. Evolución y transformación posterior: la transparencia material | 1312 |
| 2.1 Un control distinto al de incorporación | 1312 |
| 2.2 No incorporación y falta de transparencia material: efectos respectivos | 1319 |
| 2.3 Supuestos en que se supera el control de transparencia material ... | 1321 |
| 2.4 Transparencia material, consentimiento y vicios de la voluntad .. | 1324 |
| 3. El control de transparencia material en la Ley de Crédito Inmobiliario . | 1327 |
| 4. Bibliografía | 1329 |
| XLVI. POR UNA REVISIÓN INTEGRAL DEL RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD DE DEUDORES. LAS TRAMPAS DE LA OBLIGACIÓN <i>IN SOLIDUM</i> | 1333 |
| 1. La primera trampa ¿Mancomunidad o solidaridad de responsables en el terreno extracontractual? | 1333 |
| 2. La segunda trampa: la expulsión de la mancomunidad en las obligaciones contractuales | 1336 |
| 3. La tercera trampa: solidaridad propia y solidaridad impropia | 1339 |
| 4. Un banco de pruebas sobre solidaridad, cosa juzgada y tutela judicial efectiva: la responsabilidad en la construcción | 1345 |
| 5. Y otro banco de pruebas: ¿hay interrupción de la prescripción en esa heterodoxa «solidaridad impropia»? | 1350 |
| 6. Conclusión | 1354 |
| 7. Bibliografía | 1354 |

PRESENTACIÓN

1. En 2019 se cumplieron ciento treinta años de la promulgación del Código civil español. En tal ocasión surgió la idea rendir homenaje al Código civil con unos estudios de derecho de contratos que es una materia sometida, en el momento presente, a una profunda revisión y en la que claramente el Código no responde a las exigencias del momento presente. Al proyectar esta obra se ofreció participar en ella a un amplio grupo de profesores universitarios, especialistas. Hoy, tras las vicisitudes dolorosas vividas por la sociedad en los últimos tiempos, quienes impulsamos estos estudios y quienes los han elaborado nos congratulamos de que, al fin, se hayan concluido y sean publicados. Con ellos, deseamos haber contribuido a la reflexión abierta, en derecho español, sobre la exigencia de modernización del derecho de contratos de nuestro Código civil.

2. En los largos años de existencia del Código civil, su regulación del derecho de contratos sin duda ha envejecido. El legislador decimonónico que lo promulgó era consciente de que esto habría de ocurrir. Por eso estableció en su Disposición Adicional un procedimiento de revisión cada diez años, que no se ha tenido en cuenta.

El derecho de contratos del Código refleja un momento histórico y una sociedad muy distanciados en el tiempo. No obstante, la actuación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, muy atenta a las exigencias del momento en que las normas se aplican, ha permitido superar su obsolescencia, en la regulación del derecho de la contratación. Los trabajos contenidos en este libro muestran el contraste entre las reglas del Código, tal como están formuladas en el mismo y tal como se aplican en la práctica de nuestros tribunales. Hay que encomiar, sobre todo, la corriente jurisprudencial modernizadora del Tribunal Supremo, que, sin romper formalmente con los preceptos del Código, los ha ido interpretando y adaptando a las exigencias de los nuevos principios que gobiernan la contratación, extraídos de los textos normativos de derecho europeo o de ámbito más amplio, así como de las propuestas de modernización.

3. Con estos estudios queremos rendir tributo al Código civil. Pero también deseamos expresar una exigencia: que, por fin, se haga realidad, la reforma modernizadora del Código en materia de obligaciones y contratos. Ya que la regulación decimonónica contenida en él no refleja la realidad actual del ordenamiento español.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional tercera del propio Código la Sección Primera de la Comisión General de Codificación bajo la presidencia de Luis Díez-Picazo ofreció, en su momento, una Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos. La propuesta de la Comisión tuvo en cuenta, de acuerdo con la Disposición Adicional tercera, «los progresos realizados en otros países» y la «jurisprudencia del Tribunal Supremo». Corresponde ahora al legislador hacer realidad la esperada reforma.

4. ¿Qué método conviene seguir? La experiencia demuestra las dificultades de técnica jurídica que entraña elaborar un texto largo y complejo como el que impone la regulación de las obligaciones y de los contratos. Regulación que, además, ha de insertarse de manera armónica en el propio Código civil y en el resto del ordenamiento. Para evitar las consecuencias de una discusión no armónica del articulado, nuestro codificador civil decimonónico eligió el sistema de la Ley de Bases, conforme a la que hubo de ser redactado el texto articulado del Código civil. Así ha procedido también el gobierno francés, en la reforma del derecho de obligaciones de 2016. Y creo que este debe ser, ahora, el método a seguir para modernizar Código. El proyecto de ley de bases podría ser redactado, sin gran dificultad, a partir del texto articulado de la Propuesta de modernización elaborado por la Comisión de Codificación.

5. Esperamos que nuestro deseo se haga pronto realidad y que nuestro país ponga en marcha la reforma modernizadora del Derecho de obligaciones y contratos de nuestro Código, en la línea de lo que ya han hecho países de nuestro entorno, como Alemania y Francia.

Mientras ese momento llega, hay que agradecer vivamente a los autores su desinteresada colaboración, que han realizado los estudios y las aportaciones, de gran altura doctrinal, que hoy conforman este libro que se pone a disposición de los profesionales jurídicos y que sin duda contribuirá no solo al mejor conocimiento del actual derecho de contratos sino también a iluminar la esperada reforma.

Antonio-Manuel Morales Moreno

I

LOS USOS DE COMERCIO Y EL DERECHO CONSUETUDINARIO

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Función económica de los usos.–3. Funciones jurídicas de los usos.–4. Las especialidades mercantiles en materia de usos. El artículo 2.º del Código de comercio.

1. INTRODUCCIÓN

En principio, son aplicables a los usos de comercio las mismas reglas (en cuanto a sus funciones, prueba, requisitos, etc.) que al Derecho consuetudinario en general. Los usos de comercio no son más que costumbres desarrolladas y aplicadas en el ámbito de las relaciones mercantiles (art. 3 II CC).

Una costumbre es una regla de comportamiento producto del uso social, es decir, es lo que hace normalmente la gente en una situación determinada. Por ejemplo, hacer cola es una costumbre que regula lo que debe hacerse cuando varias personas pretenden obtener un bien o un servicio y no hay oferentes suficientes para atender a todos los demandantes simultáneamente. Las hay mucho más complejas y elaboradas. Por ejemplo, es la costumbre –el uso social– la que determina la forma en que se fija el precio en numerosos intercambios (subastas, ferias...). Es la costumbre la que determina de qué modo ha de presentarse ante los clientes un camarero y es la costumbre la que determina de qué modo ha de efectuarse el pago en una transacción internacional.

Los requisitos para que deba aceptarse la existencia y aplicabilidad de una costumbre o uso son, como es sabido, su utilización y aceptación generalizada por el sector del tráfico local y temporal de que se trate. Por tanto, el juez debe determinar como un hecho, si el uso existe, para lo cual, puede recurrirse a dictámenes de las Cámaras de Comercio o de agrupaciones empresariales del sector (STS 14-XI-1951). La existencia del uso corresponderá ser probada por el que lo alegue. No juega, pues, el principio según el cual, el Derecho no necesita ser probado por las partes sino que se entiende conocido por los jueces (*iura novit curia*, los jueces conocen el Derecho, v., art. 281.2 LEC). Las partes pueden discutir en el proceso sobre la vigencia o extensión del uso. La prueba estará eximida cuando se trate de un uso notoriamente conocido, como el de la remuneración de un intermediario en el mercado inmobiliario que se pondrá después de ejemplo (v., Manuel L. Pancorbo, *La prueba de los usos del comercio*, La Ley, n.º 7174, 14 de mayo de 2009).

De acuerdo con nuestra mejor doctrina (De Castro) para que una regla de comportamiento usual sea considerada costumbre no hace falta que estemos convencidos de que estamos obligados a cumplir esa regla. En términos técnicos, la *opinio iuris*, o convicción de que el contenido del uso obliga jurídicamente no es un requisito, ni del uso, ni de la costumbre [v., no obstante, STS 8-IV-1994, citada por Manuel Pancorbo, *Notas sobre la caracterización jurídica de los usos del comercio*, *Derecho de los Negocios*, 233(2010)].

Un sector importante de la doctrina mantiene la distinción entre costumbre y uso, de forma que no considera a los usos como Derecho consuetudinario y, consecuentemente, como normas jurídicas. V., por ejemplo, A. Gordillo «Comentario al art. 1.3 CC» en Albaladejo/Díaz Alabart, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, I-1.º Arts. 1 a 7 Código civil, Madrid 1992, p. 77 ss). Según este autor, la costumbre es una norma supletoria de la ley, mientras que el uso es un dato objetivo supletorio del pacto o integrador del mismo. El problema que esta opinión no resuelve es cómo calificar las normas legales cuya función –como sucede con todo el Derecho dispositivo– consiste en ser supletorio de pactos o integrador de los mismos ya que, en tal caso, coincide exactamente en su función, con los usos. Tampoco en la doctrina alemana se considera a los usos de comercio como fuente del Derecho porque «*alcanzan su carácter jurídicamente vinculante... en el ámbito de aplicación de los §§ 157 BGB, 346 HGB no por sí mismos, sino a través del negocio jurídico (y su reconocimiento por el ordenamiento) que será interpretado o integrado con ayuda de los usos*» (Canaris, Klaus W., *Handelsrecht*, 1995, p. 323).

Lógicamente, y a diferencia del Derecho legal, el derecho consuetudinario es siempre dispositivo lo que quiere decir que los particulares pueden siem-

pre derogar la costumbre por pacto (mientras que no siempre pueden derogar una norma legal por pacto, si esta es *imperativa*). Así pues, si es costumbre en el comercio que el distribuidor pague al fabricante a 90 días desde la entrega de la mercancía, un fabricante y un distribuidor pueden pactar que el pago se haga a los 30 días de la entrega. Con ese pacto, habrían derogado la regla usual que establece que, si las partes no dicen nada, el distribuidor-comprador habrá de pagar a los 90 días (como bien dice la SJPII de Ciudad Real de 15-IV-2019, ECLI:ES:JPII:2019:69 las leyes de lucha contra la morosidad han venido a derogar tales usos porque se consideran desequilibrados, art. 9 Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). Por tanto, bien puede decirse que los usos se aplican –están vigentes– porque podemos presumir que las partes están de acuerdo en que se apliquen a su relación (y entonces se dice que los usos tienen *función interpretativa* de la voluntad de las partes) o bien en que, dada su función, su vigencia depende siempre de la existencia de una voluntad presumible de las partes en el sentido de su contenido (cuando tienen función interpretativa) o de la inexistencia de una voluntad expresa o presumible de las partes respecto a su aplicación al contrato (cuando tienen función integradora). En este sentido, el uso se aplica –igual que el Derecho dispositivo integrador– con independencia de que las partes lo conocieran. El error de una de las partes respecto a la existencia o contenido del uso es, igualmente, irrelevante. Lo relevante es que las partes a las que se va a aplicar pertenezcan al sector del tráfico. Por razones de especialidad, prevalecen los usos locales sobre los de ámbito de aplicación mayor.

2. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS USOS

Los usos tienen una importancia económica incalculable. La existencia de usos reduce los costes de la cooperación humana al hacer previsible la conducta de los demás cuando interactuamos con ellos con lo que facilitan la cooperación en el seno de los grupos humanos. Al igual que, en general, las normas jurídicas, los usos facilitan la coordinación de las conductas individuales actuando como un «punto focal», es decir, reduciendo los costes de información de cada uno de los individuos respecto de la conducta que puede esperar de los demás. Como los humanos tenemos una extraordinaria capacidad para ponernos en el lugar –en la cabeza– de otro, podemos adivinar sin mucho error qué harán los otros en presencia de una determinada norma de comportamiento social (desde circular por la derecha a denunciar a tus vecinos que no

separan los distintos tipos de basura). Si cada individuo cree que los demás cumplirán la norma, los incentivos para cumplirla uno mismo se disparan. No porque esperemos la sanción del regulador –del Estado– sino porque esperamos la «sanción» descentralizada que nos «impondrán» los demás miembros del grupo cesando en la cooperación con nosotros.

Los colectivos pueden alcanzar el equilibrio social –la coordinación– sin necesidad de que exista un tercero que asegure que todo el mundo hace lo que se espera que haga. Basta con que exista un uso y el contenido del mismo sea «conocimiento común» de todos los miembros del grupo (*common knowledge*) Es decir, lo maravilloso de las normas y convenciones sociales es que se sostienen –todo el mundo las cumple– sin necesidad de coacción. Todo el mundo cumple la norma porque es en su interés individual hacerlo. Al cumplir todos la norma, si ésta aumenta la producción del bien público, asegura al grupo frente a un riesgo (de inanición) o de cualquier otro modo mejora las posibilidades de supervivencia del grupo y, con ello, de cada uno de los miembros, el grupo se desplaza a un equilibrio superior que es estable porque nadie tiene incentivos para apartarse de él, esto es, para modificar su conducta (Binmore, Ken, *Crooked Thinking or Straight Talk? Modernizing Epicurean Scientific Philosophy*, 2020, pp. 71-93). Siguiendo a Hume, si obedecemos a alguien no es porque le debemos tener miedo –todos los humanos tenemos una fuerza parecida– sino porque tememos las opiniones de los demás miembros del grupo si no lo hacemos (v., Basu, Kaushik y Van Source, Pham Hoang, *The Economics of Child Labor*, *Am Econ Rev* 88 (1998), pp. 412-427)

Como dice Young (Young, H Peyton. 1996. «The Economics of Convention», *Journal of Economic Perspectives*, 10 (2): 105-122): «La principal característica de una costumbre es que, de todos los posibles comportamientos de la gente en una situación dada, sólo se produce una determinada. Este hecho explica igualmente por qué hacen falta los usos: resuelven los problemas de indeterminación en las interacciones que tienen múltiples equilibrios, de forma que, desde un punto de vista formal podemos definir una costumbre como un equilibrio que todos esperan en interacciones que tienen más de un equilibrio». Dado su ámbito de aplicación, los usos reducen los costes de transacción de manera semejante a cómo lo hace el Derecho dispositivo. Si existe un uso sobre una materia, los particulares pueden predecir cómo se van a comportar otros sujetos sin necesidad de acuerdos al respecto. Por lo tanto, los beneficios de la existencia de un uso entre los miembros de una comunidad es tanto mayor cuanto mayores sean los costes de comunicarse anticipadamente respecto de un determinado comportamiento. Así, por ejemplo, que exista un uso sobre si los vehículos deben circular por la derecha o por la izquierda es más

valioso que un uso acerca del tribunal competente para resolver los conflictos que surjan de un contrato. Sencillamente porque la inexistencia de un uso en el primer caso obligaría a todos los que circularán por las carreteras a pararse al encontrar a otro vehículo en dirección contraria para ponerse de acuerdo respecto del paso de cada uno, so pena de accidente. Por el contrario, dado que las partes de un contrato han de acordar su contenido –al menos sus elementos esenciales– la existencia de un uso sobre el tribunal competente sólo elimina el coste marginal de añadir un acuerdo más al pacto.

Cuanto menos «redistributivo» sea el contenido del uso, es decir, menos beneficie a una parte o menos perjudique a la otra, más rápidamente se formará, porque bastará una leve desviación (a circular a la derecha o a la izquierda) en la conducta de algunos de los miembros de la comunidad para que –dados los beneficios de adoptar todos la misma conducta y las enormes pérdidas que conductas divergentes acarrearían– se generalice una determinada y se abandone la contraria. El carácter no «redistributivo» del uso (nadie gana y nadie pierde por el hecho de que se circule por la derecha o por la izquierda) reduce la eventual oposición por parte de algunos de los miembros del grupo. Por el contrario, un uso eficiente puede retrasarse mucho en su efectividad, precisamente, por la oposición de aquellos que pierden si el uso se instaura (por ejemplo, las tiendas de sombreros si la gente deja de usarlos). Dado que la gente tiende a actuar racionalmente, *«se puede probar que si todos los agentes tienen una probabilidad positiva de interactuar, si la información de la que disponen es suficientemente incompleta y si las desviaciones de comportamiento aleatorias tienen una probabilidad de ocurrir suficientemente baja, entonces, en la mayor parte de las ocasiones y la mayor parte de la población utilizará la misma costumbre o uso... a esto lo denominamos el efecto de conformidad local»*. Este efecto se puede exponer con el ejemplo de los contratos de aparcería en la agricultura. Según un estudio sobre los contratos de aparcería en la India, la inmensa mayoría de ellos establecían un reparto al 50 % de los resultados entre aparcerero y dueño de la tierra. ¿Por qué siempre al 50 %? Lo lógico es que si la tierra es más o menos fértil, el trabajo más o menos duro y los resultados más o menos dependientes del trabajo o de la tierra, observáramos una variación mayor de diferentes tipos de contratos (unos en los que el reparto fuera 1/3-2/3, otros en que fuera 40/60 % etc). Este fenómeno lo explica Young –utilizando un punto de vista evolutivo– como sigue: *«supongamos que los agentes en cada pueblo son limitadamente racionales y miopes. Hacen lo que es razonable la mayor parte del tiempo –es decir optimizan hasta un cierto punto– pero su información es limitada y tienen la capacidad para anticipar como se desarrollarán los acontecimientos futuros. Supongamos ahora que cuando dos agentes se sientan a*

negociar, sus expectativas vienen configuradas por el precedente, es decir por lo que ellos mismos y los demás han recibido en las negociaciones ocurridas en el pasado. Si casi todos los propietarios de terrenos en la zona reciben los 3/5 de la cosecha, por ejemplo, es razonable suponer que el propietario en este caso insistirá en que se le reconozcan los 3/5. Del mismo modo, el aparcerero, que conoce las expectativas del dueño de la tierra, considerará razonable insistir en no más de 2/5. Se crea, pues, un efecto de retroalimentación: los precedentes afectan a las expectativas actuales, las cuales determinan los comportamientos actuales que se convierten a su vez en precedentes para el futuro». Con lo que asistiremos a prácticas comunes entre todos aquellos (el pueblo o la zona) que se relacionan recíproca y suficientemente. Las pautas pueden ser diversas en otras zonas, aún cuando las circunstancias de hecho sean semejantes (y en otras zonas asentarse un uso de reparto de los beneficios diverso). Por último, una vez instaurado un uso, éste tenderá a prolongarse en el tiempo (*path dependence*) como consecuencia de la eficacia transaccional del recurso a la costumbre y sólo variará cuando se produzca suficiente acumulación de causas y, probablemente, de modo brusco (*punctuated equilibrium*). Por el contrario, si comparamos varias comunidades locales que son semejantes en todos los aspectos pero que no se relacionan o interactúan entre sí (por ejemplo porque están situadas en islas distantes) y ponemos en marcha el proceso de formación de un uso o costumbre empezando en cada una de las comunidades con condiciones parecidas, en un futuro suficientemente lejano, hay una probabilidad positiva de que usen diferentes usos o costumbres. Este es el «*efecto de diversidad universal*».

El carácter no redistributivo de los usos puede deducirse del tipo de comunidad en la que hayan surgido. Cuanto más frecuente sea el intercambio entre sus miembros más probable es que cada uno de ellos se haya encontrado en posiciones contractuales contrapuestas y, por tanto, menos probable que la regla que se haya consolidado favorezca indebidamente a unas sobre otras. Cuando el legislador —el codificador en los países de Europa continental— se apodera de la costumbre y la incorpora a los Códigos, el papel del Derecho consuetudinario se reduce (T. J. Zywicki, *The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis*, 2003).

3. FUNCIONES JURÍDICAS DE LOS USOS

Los usos de comercio cumplen funciones de interpretación de declaraciones de voluntad y de integración contractual. Los usos son, por tanto,

Derecho consuetudinario cuando cumplen función de integración contractual (art. 3 CC).

a) A las declaraciones o comportamientos de un individuo habrá que darles el significado que típicamente se atribuye a dicha declaración o comportamiento. Así, si un comprador incluye en su oferta de contrato una cláusula que reza *pago contra documentos*, el vendedor tiene derecho a (y debe) entender que el comprador quiere pagar la mercancía mediante un crédito documentario, es decir, a través de un banco al que el vendedor habrá de entregar los documentos que acrediten que envió la mercancía al comprador. Del mismo modo, un comportamiento consistente en levantar la mano en una subasta se interpretará de acuerdo con su significado usual que consiste en manifestar la voluntad del que lo hace de realizar una postura.

b) Además, y de acuerdo con el art. 2 C de C y 1258 CC, las partes de un contrato están obligadas a cumplir no sólo con las obligaciones expresamente asumidas, sino también con todas aquellas que sean usuales (v., art. 2 LDC que recurre a los usos de comercio para determinar qué prestaciones suplementarias constituyen o no abuso de posición dominante). Esta regla tiene extraordinaria importancia económica ya que, según vimos, si las partes pueden contar con que la contraparte vendrá obligada a cumplir el contrato en la forma que es usual, no necesitan regular detalladamente las obligaciones de uno y otro, con el consiguiente ahorro de costes en la redacción de los contratos. Por definición, lo que es «usual» forma parte del acuerdo «implícito» entre las partes, es decir, el conjunto de acuerdos respecto de los cuales no es necesaria una negociación expresa porque ambas partes pueden suponer que la otra estará de acuerdo (en otro caso, habrá de exigir una regulación expresa). Típicamente, los usos cubren la cuantía de la remuneración de un comerciante (v., art. 11 LCA para la fijación de la remuneración del agente, v., SAP Álava 29-VI-2018, ECLI:ES:APVI:2018:1118, que considera un 3 % del precio del inmueble la remuneración usual en la provincia de Álava del intermediario). Pero también determinan las obligaciones de una de las partes en un contrato innominado. Por ejemplo, en relación con el contrato de aparcamiento, que es un contrato mixto de arrendamiento y depósito que incluye la obligación de custodia del vehículo: «*para cumplir con la restitución han de ejercerse tareas de vigilancia y guarda del vehículo apareciendo, por tanto, la seguridad como elemento unido al contrato de aparcamiento y, con ello, la necesidad o deber de vigilancia, según exigen la buena fe y los usos conforme al art. 1258 CC*», STSJ, Madrid, 5-IV-2000, La Ley, 11413/2000.

De acuerdo con la mejor doctrina, el orden de fuentes de integración contractual es el siguiente: derecho imperativo, regulación pactada por las partes,

derecho dispositivo, usos, buena fe (art. 2 C de C y 1258 CC). Dado que por «regulación pactada» debe entenderse aquella regulación que se deduce de lo pactado expresamente por las partes o que podemos entender como la más conforme con la voluntad presunta de las partes, habrá que admitir un «cambio de orden» en la jerarquía expuesta si, al interpretar el contrato, podemos deducir que es más conforme con la voluntad de las partes la regulación que resulta de aplicar el uso que la que resulta de aplicar la ley supletoria (a esta operación la denominamos *interpretación integradora del contrato*). El art. 1599 CC responde a esta lógica cuando dice que «*si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega*», presuponiendo que el uso es más conforme con la voluntad hipotética de las partes que la norma supletoria. Cuando el uso era conocido por ambas partes, será más fácil presumir que las partes querían lo usual que lo dispuesto en la ley (este es el argumento de Canaris, *Handelsrecht*, p. 331). No obstante, especialmente cuando el uso era desconocido para una de las partes (o por ambas), la regulación legal puede resultar más conforme con la voluntad de ambas partes.

En la jurisprudencia, la referencia a los usos de comercio, se encuentra, por ejemplo, para justificar la validez de una determinada cláusula contractual (la de vencimiento anticipado en los préstamos, STS 4-VI-2008 o la cláusula suelo cuando el prestatario es un empleado de banca, SAP Navarra 18-III-2019, ECLI:ES:APNA:2019:621) o para atribuir valor probatorio de la entrega de la mercancía a los albaranes («El albarán... prueba... la realidad de(l) cumplimiento de un contrato (SAP Córdoba 12-III-2001, citada, entre muchas, por la SAP Guadalajara 20-VII-2020, ECLI:ES:APGU:2020:298; SAP Tarragona, 4-III-2020 ECLI:ES:APT:2020:322. Como dice la SAP Coruña 18-II-2020, ECLI:ES:APC:2020:135 «*los albaranes constituyen habituales usos de comercio que agilizan la negociación mercantil, siendo el medio de documentar habitualmente la entrega de géneros o mercancías entre comerciantes; el albarán suscrito por el receptor de la mercancía es la prueba genuina de entrega del género*»; v., también, la SAP Cáceres 16-I-2020, ECLI:ES:APCC:2020:67 que contiene una cuidadosa descripción de los usos de comercio en relación con la entrega de las mercancías y el pago del precio).

4. LAS ESPECIALIDADES MERCANTILES EN MATERIA DE USOS. EL ARTÍCULO 2.º DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Conforme al art. 2 C de C, un contrato mercantil debe integrarse, en primer lugar, recurriendo a las normas legales mercantiles. A falta de éstas, recu-

rriendo a los usos mercantiles y a falta de ambos, recurriendo a las normas del Código civil. La especialidad que este precepto representa consiste en la preeminencia de la costumbre mercantil sobre el Derecho «común» en materia de integración contractual. En otras palabras, el orden jerárquico que se ha expuesto en el apartado anterior, se modaliza, para los contratos mercantiles haciendo prevalecer los usos sobre la ley dispositiva *civil*. Este modesto sentido que cabe atribuir al art. 2 C de C convierte esta norma en la paralela del art. 1258 CC. Con esta interpretación, además, evitamos antinomias entre el art. 2 y el art. 50 C de C. Este último precepto coloca al Derecho civil como derecho regulador de primer grado, sin mencionar a los usos en todo lo relativo a los contratos. No hay antinomia entre ambos preceptos si tenemos en cuenta que cada uno de ellos se refiere a normas diferentes. El art. 50 se refiere a las normas del CC relativas «a sus requisitos (de los contratos), modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes», es decir, a las normas (imperativas) generales sobre contratos que serían arts. 1254 ss. CC, mientras que el art. 2 se refiere justamente a las normas del Derecho dispositivo integradoras que después serían los arts. 1445 ss. CC (más las normas dispositivas en materia de obligaciones). En el art. 2 al codificador le preocupaba que la voluntad «presunta por el uso mercantil» no fuera contrariada por las normas que para ese tipo de contrato previera dispositivamente el Derecho civil. En el art. 50 y ss. el codificador omitió el desarrollo de una «parte general de los contratos mercantiles», por considerar que aquí no hay especialidades notables de manera que se limitó a advertir que, dado que la regulación de estas materias en el Código de comercio no era completa, debía completarse recurriendo al Derecho Civil. De ahí que sea correcto afirmar que en materia de «Parte general» de contratos, el CC es directamente aplicable (salvo las especialidades contenidas en los arts. 50 a 59 C de C) a los contratos mercantiles por encima (si es que puede haberlos) de los usos. La doctrina mayoritaria resuelve la antinomia afirmando la especialidad del art. 50 C de C respecto al art. 2 C de C, solución que no responde ni a los antecedentes del precepto, ni a su *ratio*. En cuanto a la jurisprudencia hay declaraciones que plantean la contradicción, resolviéndola a favor del art. 2 C de C. (STS 14-XI-1951). Sin embargo, se trataba de supuestos en los que, claramente, se trataba de normas dispositivas integradoras, es decir, aquéllos que, según lo expuesto deben considerarse referidos en el art. 2 C de C y no en el art. 50, por lo que los fallos apoyan lo aquí expuesto (STS 2-VII-1973 –facultad de especificación unilateral–; STS 16-VII-1967 –medios de pago admisibles–; STS 30-III-1974 –documentos acreditativos del pago–; erróneamente, afirmando que el art. 2 C de C se aplica a los actos de comercio y el art. 50 a los contratos, STS 8-IV-1994).

Esta interpretación viene corroborada por la Exposición de motivos del Código de comercio que cuando se refiere a los usos de comercio, lo hace considerándolos como reglas integradoras de los contratos: *«los usos del comercio se admiten por el proyecto, no como derecho consuetudinario, sino... supliendo las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de las palabras oscuras, concisas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes, ya finalmente para dar al acto o contrato de que se trata el efecto que naturalmente debe tener, según la intención presunta de las partes... la interpretación de los actos o contratos mercantiles no puede hacerse exclusivamente desde el punto de vista del Derecho civil, porque haría incurrir a los tribunales en apreciaciones equivocadas, sino desde el punto de vista comercial, único que puede facilitarla verdadera inteligencia de las palabras oscuras, revelar el sentido que encierran y presentar el acto o contrato bajo todas sus fases. Para esto deberán acudir los tribunales a los usos del comercio generalmente observados en cada localidad, los cuales les servirán de poderoso auxiliar para estimar, como explícitamente estipulado, todo lo que sea indispensable para que el contrato produzca los efectos comerciales que habían entrado en la intención de las partes»*. Se trata de expresiones muy similares a las que pueden encontrarse en la justificación que, de los arts. 1287 y 1258 CC (función interpretativa e integradora de los usos), hacía García Goyena. Del texto transcrito se deduce con claridad que el legislador se está refiriendo en el art. 2 C de C simplemente a que la interpretación e integración de los contratos mercantiles, atendiendo a la *«voluntad presunta por el uso o costumbre»*, exige tener en cuenta los usos mercantiles antes de aplicar las reglas (legales o consuetudinarias) *dispositivas* civiles; y ello, con la vista siempre puesta en atender a la voluntad de las partes criterio fundamental de interpretación e integración contractual (art. 1281 CC). Por lo tanto, el art. 2 C de C al referirse a los usos se limita a reproducir la misma idea que preside la interpretación del art. 1258 y 1287 CC: que los usos mercantiles han de presumirse como *«más adaptados a las expectativas normativas de las partes»* que las reglas dispositivas del CC cuando estamos en contratos mercantiles. Esta explicación permite aclarar, también, el juego de los usos en relación con otros preceptos de la parte general de contratos del C de C. Así, se explica igualmente por qué en el art. 57 C de C, que establece que la interpretación y ejecución de los contratos mercantiles deberá hacerse de conformidad con la buena fe, los usos no aparezcan en función integradora, cuando parece evidente que deberían tenerla (cfr. arts. 1258 y 1287 CC). Con la interpretación que proponemos, la explicación es bien sencilla: están ya en el art. 2 C de C en su función de interpretación integradora e integración. En el art. 57 C de C, por lo tanto,

basta con la referencia a la interpretación literal puramente objetiva (equivalente a los arts. 1281, 1283 ss. CC). Esta conclusión se refuerza teniendo en cuenta que en el código de 1829, el art. 250 (situado inmediatamente después del actual 57) recogía dicha función integradora de los usos. El precepto correspondiente desapareció en el código de 1885 precisamente porque su contenido quedó incorporado al actual artículo 2 C de C.

El art. 59 C de C confirma la interpretación expuesta cuando remite al art. 2 para resolver dudas en la interpretación de los contratos. Su equivalente en el CC, más modesto, se remite únicamente a las normas sobre interpretación de los contratos («por las reglas establecidas en los artículos precedentes», art. 1289 CC). Resulta extraño que un precepto se refiera a las dudas que no pueden resolverse con arreglo a los criterios de interpretación contractual (1289 CC) y que el otro prevea una regla residual para el caso de que el *non liquet* resultara ¡tras aplicar el sistema de fuentes! Pero si interpretamos el art. 2 C de C como norma equivalente a los arts. 1258-1287 CC tal como aquí se ha propuesto, la referencia resulta sencilla: cuando las dudas interpretativas no puedan eliminarse recurriendo a la voluntad expresa, a la voluntad presunta por los usos, etc., como regla de cierre, se decidirá la cuestión a favor del deudor. Con la remisión al art. 2 C de C, sin embargo, la norma del art. 59 C de C no es sólo una norma de cierre para el caso de *non liquet* en la interpretación sino también en la integración contractual, lo cual, sin embargo no altera las conclusiones señaladas si tenemos en cuenta que durante la codificación no hay una distinción clara entre operaciones de interpretación y de integración contractual.

II

RESOLUCIÓN Y RESTITUCIÓN

XABIER BASOZÁBAL ARRÚE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Navarra

SUMARIO: 1. La regulación en el Código Civil y las bases doctrinales de la resolución.-2. Evolución jurisprudencial y doctrinal de los efectos de la resolución.-3. Los límites a la retroactividad. 3.1 Lagunas en la regulación de la liquidación contractual. 3.2 Las relaciones contractuales de tracto sucesivo. 3.3 La protección de terceros adquirentes. 3.4 Las cláusulas del contrato no referidas a las pretensiones principales. 3.5 La indemnización del interés positivo. 3.6 Recapitulación.-4. La restitución de las prestaciones principales (cosa y precio): en especie o en valor. 4.1 El precio como valor. 4.2 El valor de los cumplimientos parciales o defectuosos. 4.3 El deterioro y la pérdida de la cosa.-5. La restitución de las prestaciones secundarias (frutos e intereses): la utilidad de lo recibido. 5.1 La función de la restitución de la utilidad de los bienes. 5.2 La determinación de la utilidad de las cosas y del dinero. 5.3 La posibilidad de obtener la utilidad de los bienes. 5.4 La reciprocidad en la restitución de las utilidades de los bienes.-6. Las mejoras en la cosa que se restituye.-7. Breve referencia a algunos textos de Derecho unificado.-8. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y LAS BASES DOCTRINALES DE LA RESOLUCIÓN

Se ha dicho que «uno de los desarrollos más notables del Derecho contractual español del siglo XIX (...) es la asunción de un remedio resolutorio aplicable en general a todos los contratos», tal y como había evolucionado en

el Derecho francés. En el Proyecto de 1851, que sigue al *Code*, la resolución se regula como una condición resolutoria tácita (una de las explicaciones a las que la jurisprudencia había acudido para justificar la posibilidad de resolver los contratos) que debe hacerse valer judicialmente (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 73). En el Código Civil, indudablemente influido por sus predecesores, ese remedio general frente al incumplimiento aparece aún en el último de los preceptos dedicados a las obligaciones condicionales (art. 1124 CC), pero ya no se habla de una «condición» (como en 1851), sino de una «facultad de resolver las obligaciones». Comentaristas muy próximos a la promulgación del Código, como Mucius Scaevola, destacan lo inadecuado de considerar la resolución como una condición resolutoria tácita y señalan como principal diferencia entre una y otra que la condición resolutoria (tácita o no) es de origen voluntario en tanto la facultad de resolver es de origen legal (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 76; Delgado, 1994, p. 199). Díez-Picazo observa que la doctrina y la jurisprudencia siempre buscaron el modo de que la posibilidad de resolver el contrato no dependiese de la voluntad –siquiera tácita– de las partes, de manera que la resolución fuese una manera objetivada de proteger los intereses de los contratantes (Díez-Picazo, 1993, pp. 701 a 703).

Una vez aceptado que la resolución es un remedio contractual general consistente en la concesión *ex lege* a los contratantes de la facultad de liberarse y hacer liquidar el contrato (básicamente por incumplimiento, pero no solo), Rodríguez-Rosado analiza diferentes modelos de posible regulación de la resolución y concluye que hay tres elementos o decisiones clave que configuran el modo de entender la resolución en cada ordenamiento jurídico: 1) decidir si es judicial o extrajudicial; 2) decidir si extingue el contrato o simplemente lo transforma; y 3) decidir si los efectos son retroactivos, de manera que los contratantes deben restituirse las prestaciones que hubiesen realizado (algo que a nosotros nos resulta familiar), o meramente prospectivos o de futuro, de manera que se respetan los desplazamientos que se hubiesen realizado, como ocurre en el ámbito del *common law* (Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 115 y ss., 137 y 138; San Miguel, 2004, pp. 36 y ss.; Soler, 2018, p. 1234 y nota 16).

Es interesante comprobar que el art. 1124 CC se encuentra abierto –en su literalidad– a muchas de las posibles interpretaciones que plantea cada uno de esos interrogantes. Así, aunque impregnado de la idea de que la resolución es judicial, el precepto no impone esa vía para hacerla valer, y la jurisprudencia admitió muy pronto la declaración unilateral de voluntad (extrajudicial) como forma de ejercicio de la resolución (Díez-Picazo, 1993, p. 703; Rodríguez-Rosado, 2013, p. 77). Y aunque sea pacífico que la resolución provoca la restitución de las prestaciones que se hubiesen realizado, y que en ese sentido

pueda hablarse de un cierto «efecto retroactivo», el pretendido efecto extintivo de la resolución sobre el contrato tampoco es evidente, pues el precepto incluye un último párrafo que protege los derechos de los terceros adquirentes *ex arts. 1295, 1298 CC* y disposiciones de la Ley Hipotecaria, lo que limita el efecto retroactivo de la resolución y pone en entredicho que el contrato se extinga «como si no hubiera existido».

Díez-Picazo sintetiza la evolución jurisprudencial del precepto en tres momentos cruciales: el primero sería el paso desde una voluntad tácita de los contratantes –campo subjetivo y voluntarista– hacia un terreno más objetivo en el que el remedio resolutorio aparece como consecuencia de las normas del Derecho contractual objetivo (la justicia contractual y la posible frustración de los fines perseguidos por una parte en el contrato); en el segundo momento la jurisprudencia, para facilitar la vida jurídica y económica, posibilita que la resolución se produzca por declaración extrajudicial unilateral y recepticia (aunque sea finalmente un tribunal el que diga si estaba bien o mal hecha); y en el tercero, el remedio resolutorio deja de verse como algo excepcional, como una anomalía o algo que se oponga al principio de conservación del contrato. Ciertamente, no todo incumplimiento faculta para resolver, pero de ahí no cabe deducir que la posibilidad de acudir a la resolución sea excepcional frente al principio de conservación del contrato. El autor concluye que la resolución «no es una acción dirigida a provocar la ineficacia del negocio. El negocio fue eficaz en el momento de celebrarse y continúa siendo eficaz. La acción busca poner fin a la relación obligatoria, con recuperación de las atribuciones realizadas y con una desvinculación posterior de los contratantes» (Díez-Picazo, 1993, pp. 703 a 706).

Bien puede decirse que la idea que más ha tardado en hacerse un hueco tanto en la jurisprudencia (que aún no la expresa abiertamente) como en la doctrina ha sido precisamente la de que la resolución no produce la extinción del contrato como si este nunca hubiera existido o, al menos, que no se puede negar que el contrato resuelto ha existido y ha producido efectos (ha sido válido y eficaz), que persiste en sus cláusulas accesorias, que la parte cumplidora ha podido optar entre la resolución y el cumplimiento (carece por tanto del automatismo y la retroactividad típicas de la condición resolutoria), y que es compatible con la indemnización del interés contractual positivo (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 77). Este trabajo analiza las obligaciones de restituir aquello (dinero, cosas, servicios...) que se entregó en cumplimiento de un contrato que ha resultado resuelto y, para dar un contexto adecuado a esa restitución, comenzará por una visión general de los efectos de la resolución.

2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Una visión jurisprudencial clásica de los efectos de la resolución puede encontrarse en la muy citada STS 8099/1986, de 17 junio 1986 (MP: Rafael Pérez Gimeno), que entiende que *«la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos ex nunc, sino ex tunc, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1295 del Código Civil al que expresamente se remite el artículo 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1303, y para los supuestos de condición resolutoria en el artículo 1123»*. La sentencia aclara que el interés que acompaña la restitución del dinero es el interés legal, pero *«no por aplicación del art. 1108 relativo a los efectos de la mora en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, sino por imperativo del también citado art. 1295, al que se remite el art. 1124 para el caso de resolución contractual, pues si los efectos de tal resolución, como se ha dicho, son volver las cosas al estado preexistente como si el negocio no se hubiera celebrado, es manifiesto que los intereses del precio a devolver serán los legalmente establecidos al tiempo de su percepción, y no los contractualmente pactados»*.

Otras sentencias no distinguen con ese detenimiento: La STS 9696/1988, de 3 de noviembre (MP: Matías Malpica González-Elipe), acude al art. 1108 CC para hacer restituir el interés legal del precio que se abonó, como si se tratara de una partida indemnizatoria; y quizá lo fuera, pero al justificar la restitución con la idea de indemnizar mezcla ambas dimensiones –restitutoria e indemnizatoria– de los efectos de la resolución. En la STS 4412/2005, de 1 de julio (MP: Antonio Gullón Ballesteros), los vendedores resolvían el contrato y quedaban obligados a restituir la parte de precio que habían recibido. La AP les condena a restituirlo con el interés legal, pero el TS se opone a que abonen los intereses con el argumento de que se les había condenado a pagarlos porque el bien se restituía revalorizado, de manera que los intereses compensaban una ventaja patrimonial que en virtud del art. 1123 CC –en relación con el 1122, 5.^a y 6.^a CC– correspondía a los vendedores (*«las mejoras ceden a favor del*

acreedor»). Puede decirse que ninguna de estas soluciones ha tenido continuidad en la jurisprudencia.

Retomando la línea jurisprudencial principal, la opinión de que los arts. 1303 y ss. CC son aplicables a la resolución es constante en los últimos años (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 240). Por ejemplo, la STS 6545/2005, de 27 de octubre (MP: Pedro González Poveda), afirma expresamente que la doctrina recaída en torno a la aplicación del art. 1303 del CC en relación con la nulidad contractual, ya sea absoluta o relativa, «es aplicable a la resolución de los contratos»; en el recurso se solicitaban los intereses del art. 1303 CC (para obtener la íntegra restitución de lo entregado: el precio con sus intereses), no los indemnizatorios del art. 1108 CC (con un tratamiento procesal diferente), y el TS casa la sentencia de instancia y condena al abono de los intereses.

Se plantea también la posible aplicación, concurrente o supletoria, de otras normas cuya función es igualmente liquidatoria, como las de la liquidación del estado posesorio, especialmente cuando se trata de la suerte de algún aspecto omitido por las normas de liquidación contractual. En la STS 1083/2012, de 29 de febrero (MP: Encarnación Roca Trías), el recurrente pretendía la aplicación de los preceptos sobre liquidación del estado posesorio para justificar la retención de los frutos obtenidos de buena fe (art. 451 CC), a lo que se responde que esas reglas *«se aplican supletoriamente a las situaciones en las que no existan reglas propias relativas a dicha liquidación. En el presente caso no pueden aplicarse estas normas porque nos encontramos en un supuesto de resolución del contrato, cuyos efectos están en los arts. 1303, 1295, 1308, 1122, 1123 y 1124 CC»*. El TS considera que son preferentes las normas que liquidan relaciones contractuales u obligaciones condicionales, haciendo un todo con ellas. La STS 5288/2016, de 30 de noviembre (MP: Pedro José Vela Torres), explica que *«las mencionadas normas (arts. 1295.1 y 1303 CC) se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios contienen los artículos 451 a 458 CC, ya que tales reglas se aplican cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus consecuencias se rigen por las normas propias de los negocios y contratos de que se trate»*. Esta línea jurisprudencial parece chocar con la mantenida por la STS 5064/2013, de 30 de abril (MP: Fco. Javier Orduña Moreno), que se pronuncia a favor de la compatibilidad entre los bloques normativos de los arts. 1303 y ss. CC, por un parte, y 451 y ss. CC, por otra. Digamos por ahora que, en ocasiones, y especialmente cuando es el contratante cumplidor quien ha de restituir intereses o frutos (como ocurría en la última sentencia citada), la jurisprudencia busca la manera de suavizar el contenido de su obligación restitutoria, algo que a veces consigue acudiendo a la idea de que el contratante

cumplidor que ha terminado por resolver es un poseedor de buena fe que no debería restituir la cosa con los frutos (como ocurre en sede posesoria o, según la opinión mayoritaria, en la *condictio indebiti*). Estas ideas encuentran apoyo en una corriente doctrinal que pretende armonizar las obligaciones restitutorias del art. 1303 CC con las de la liquidación del estado posesorio y la *condictio indebiti* (Delgado, 1993, pp. 550 y ss.; a quien siguen Carrasco, 2017, p. 689 y Quicios, 2013, pp. 1460 y 1461). Pero hay importantes motivos para descartar ese intento de hacer una lectura conjunta y compatible de esos bloques normativos (451 y ss., 1303 y ss., 1895 y ss. CC), en especial del tratamiento de los frutos (Basozabal, 1998, pp. 207 y ss., 214 a 217; Soler, 2018, p. 1232).

En la doctrina, la opinión tradicional mantiene que «el efecto fundamental de la resolución es extinguir las obligaciones recíprocas, de forma que éstas desaparecen y dejan de producir los efectos que le son propios; además tiene eficacia retroactiva que intenta colocar a las partes en la situación en que se encontrarían si el contrato no se hubiera celebrado» (Álvarez Vigaray, 1993, p. 99). Desde esta perspectiva, «los efectos de la resolución operan *ex tunc*, con retroacción al momento de celebrarse el contrato ahora resuelto, según resulta de la colocación del artículo y el tratamiento de condición resolutoria que ha querido darle el legislador. (...) Para recuperar la posesión [de la cosa entregada en virtud del contrato resuelto, el que cumplió entregándola] fundará su acción en el art. 1123.1, que asimismo regula, por remisión al 1122, los problemas de pérdida, deterioro o mejora de la cosa: la jurisprudencia confirma este punto de vista» (Delgado, 1994, pp. 205 y 206).

El punto de partida parece ser, por tanto, la eficacia retroactiva *ex tunc* como si el contrato no hubiera existido, solución que parece informarse del complejo normativo formado por los arts. 1303 y ss., 1295, 1123 y 1122 CC. Ahora bien, se aprecia una cierta contradicción en que, por una parte, se insiste en distinguir la resolución de la condición resolutoria y, por otra, que al estar el art. 1124 CC incardinado en la sección de las obligaciones condicionales la jurisprudencia y la doctrina consideren que los efectos de una son los de la otra, olvidando quizá que «si se quiere ser coherente con la disociación alcanzada entre condición resolutoria y resolución, se hace necesario deslindar sus regímenes legales», aunque puedan coincidir parcialmente (Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 153 y 154).

Lo cierto es que la propia jurisprudencia reconoce algunos –no pocos– límites o correctivos al «efecto retroactivo», hasta el punto de que algunos autores proponen abiertamente que se deje de hablar de «ineficacia contractual sobrevenida», aunque algunos efectos restitutorios coincidan con los de esta. Como veremos, lo que sí parece muy conveniente es distinguir según se resuelva una

relación contractual de tracto único o sucesivo, y distinguir las prestaciones principales de las otras cláusulas contractuales. Vayamos poco a poco.

3. LOS LÍMITES A LA RETROACTIVIDAD

3.1 Lagunas en la regulación de la liquidación contractual

Un primer límite para la aplicabilidad de las normas sobre liquidación de contratos inválidos es el de sus propias lagunas: hay conflictos que no se contemplan por esas normas, como les ocurre a las mejoras introducidas en las cosas que se han de restituir. La STS 6314/2000, de 26 de julio (MP: Jesús Eugenio Corbal Fernández), dice expresamente que el art. 1303 CC *«puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas, de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y ss.) y los relativos a la liquidación del estado posesorio (arts. 452 y ss.), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto»*. No da mayor explicación sobre cómo se relacionan esos bloques normativos y el mencionado principio general, y finalmente descarta que en el caso puedan aplicarse los arts. 454 y 455 CC.

Además, cuando las mejoras superan el valor (en cambio) del bien, resulta controvertido que la resolución deba provocar la restitución en especie del bien «mejorado». Alguna sentencia ha considerado que, si se restituyese este, el contratante que lo recibe debería compensar por enriquecimiento injustificado, por lo que resulta razonable sustituir la restitución de la cosa (mejorada sin posibilidad de separar la mejora) por la restitución de su valor (sin la mejora). Así ocurre en la STS 3620/2009, de 15 de junio (MP: Encarnación Roca Trías), en la que se había edificado sobre el terreno que debía restituirse al resolver (se había derruido un edificio y construido uno nuevo). La sentencia afirma que *«si se optara por la resolución, [la edificación] debería ser abonada por los demandantes, en virtud del enriquecimiento»*, por lo que procedía una indemnización *«sin el reintegro de las prestaciones de cada uno de los contratantes»*. No se dice que no se pueda resolver por no poder pagarse la mejora incorporada a la cosa que se restituye, sino que procede la restitución del valor (aunque al hablar de indemnización se emborrone la argumentación). En cualquier caso, las mejoras constituyen un caso típico en el que hay necesidad de

encontrar alguna regla de liquidación, con la dificultad añadida de que el Código incorpora dos «tradiciones» contrapuestas sobre la compensabilidad de las mejoras útiles, como habrá oportunidad de ver.

3.2 Las relaciones contractuales de tracto sucesivo

Otro límite típico al efecto retroactivo de la resolución lo constituyen las relaciones contractuales de tracto sucesivo, pues nunca se ha pretendido que los efectos desplegados desaparezcan desde el inicio de la relación contractual, al menos mientras las partes han cumplido sus obligaciones recíprocas. La jurisprudencia es pacífica en este punto: la STS 897/2009, de 26 de febrero (MP: Francisco Marín Castán), afirma que el efecto retroactivo de la nulidad o la resolución, esto es, del art. 1303 CC, tiene unos *límites racionales*, especialmente en los contratos de suministro; y aunque el argumento que utiliza es algo singular –un contratante no debería restituir al otro la ganancia que obtiene con la venta de los productos que este le suministra–, deja claro que la restitución no debe afectar al tiempo en que ambas partes cumplieron regularmente sus prestaciones recíprocas. Algo similar ocurre con la STS 1412/2015, de 10 de marzo (MP: Rafael Saraza Jimena), que además de insistir en que el art. 1303 CC puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas económicos derivados de la nulidad contractual o de la resolución, sostiene que la regla del efecto restitutorio «*no se aplicará a las relaciones de ejecución continuada o sucesiva, respecto de las prestaciones ya realizadas*». Al determinar las obligaciones de restitución no puede ignorarse que ha existido un período en el que cada parte ha cumplido regularmente lo convenido.

En los últimos años la jurisprudencia se ha encargado de la liquidación (por nulidad) de relaciones duraderas de aprovechamiento por turno: cada parte queda obligada a restituir lo que recibió, una parte el dinero y la otra el servicio. Como este no puede restituirse en especie, se restituye su valor, y para apreciarlo se acude a lo pactado en el contrato. Como el dinero se había entregado para un período de 50 años, y apenas habían transcurrido unos cuantos desde que se contrató, se debía restituir la cantidad correspondiente al período en el que no se hubiera podido ejercitar el derecho de aprovechamiento (SSTS 1298/2016, de 29 de marzo, 4635/2016 y 4638/2016, de 25 de octubre; MP de ambas: Antonio Salas Carceller).

La STS 4714/2010, de 22 de junio (MP: Encarnación Roca Trías), planteaba un caso singular que puede ayudarnos a comprender los límites del efecto retroactivo: Se trataba de un contrato entre Telefónica y una empresa pres-

tadora de servicios de adivinación (Coprinus). Por el tipo de servicio que prestaba, la empresa hubiera debido contratar –de acuerdo con el Código de Conducta que formaba parte del contrato– un prefijo de acceso restringido (903), no de acceso libre (906), como había hecho. Telefónica denuncia este hecho, resuelve el contrato por incumplimiento y solicita la restitución de las cantidades entregadas. En virtud del contrato resuelto, una parte de lo que Telefónica obtenía de las llamadas realizadas por los clientes de Coprinus se destinaba a pagar su propio servicio de telefonía, y la otra parte se entregaba a Coprinus como pago por sus servicios de adivinación. Telefónica pedía la restitución de lo entregado y parecía que Coprinus no podía hacer lo mismo, pues no había entregado nada –directamente– a Telefónica, aunque esta sí hubiera recibido de sus clientes. La sentencia afirma que la cuestión de los efectos de la resolución es *muy discutida*, y más en el caso de autos, en el que había terceros implicados. Finalmente, el TS permite que Telefónica recupere lo que entregó a Coprinus y retenga lo que cobró de sus clientes; retiene lo que el contrato le asignaba y recupera lo que asignaba a Coprinus, como si este mereciera el mismo trato que, por ejemplo, el contratante torpe de los arts. 1305 o 1306 CC. Lo que no parece justificado. Con sentencias así a Telefónica le interesa tener muchos clientes como Coprinus. Sin duda había motivo para resolver el contrato por parte de Telefónica, pero cada parte había cumplido según el compromiso adquirido y debió negarse el efecto retroactivo. Parece claro que Telefónica sí había recibido una prestación de Coprinus a través de sus clientes. Otra cosa es el daño que Coprinus hubiera podido causar a Telefónica por haber contratado con un prefijo inadecuado, pero no parece fácil reconstruir qué hubiera pasado si los clientes de Coprinus hubieran tenido un acceso restringido a sus servicios (es muy probable que la contratación de un prefijo libre hubiera supuesto un mayor número de llamadas y, por tanto, un mayor beneficio también para Telefónica) y, por lo tanto, si hubiera podido probarse algún daño. Mientras las partes cumplieron sus compromisos, el contrato «funcionó». Lo entregado debió respetarse (o compensarse), al margen de otras posibles acciones ligadas al incumplimiento.

Como afirma Díez-Picazo, «en términos generales, la regla de la retroactividad de los efectos resolutorios puede aplicarse cuando se trata de relaciones obligatorias de cambio con efectos instantáneos, pero que no puede aplicarse cuando afecta a relaciones duraderas, que total o parcialmente se encontraban consumadas (...). La resolución, en estos casos, extingue el vínculo obligatorio con puros efectos *ex nunc* e impone entre las partes los consiguientes deberes de liquidación de la situación»; y comenta que la idea de una ineficacia contractual sobrevenida no puede explicar que la retroactividad no opere

«cuando afecta a relaciones duraderas, que total o parcialmente se encontraban consumadas (p. ej., arrendamiento, suministro, contrato de agencia y concesión mercantil)», una solución perfectamente avalada por la práctica jurisprudencial (Díez-Picazo, 1993, pp. 723 y 724; Clemente Meoro, 1992, p. 246; Soler, 2018, p. 1253 y nota 54).

3.3 La protección de terceros adquirentes

Otro límite importante a la retroactividad del efecto restitutorio provocado por la resolución es la protección a los terceros impuesta por el apartado IV del art. 1124 CC. La cuestión podría plantearse así: ¿qué ocurre con los terceros que adquieren la cosa del contratante cuyo contrato resulta resuelto, esto es, que se queda sin la causa que justificó que pudiera disponer de la cosa? Rodríguez-Rosado trata el asunto con detenimiento y llega a la conclusión de que, en la jurisprudencia, el tercero que adquiere la cosa del contratante cuyo contrato resulta resuelto lo hace *a domino* (SSTS 3333/2006, de 29 de mayo –MP: Xavier O’Callaghan Muñoz–, 992/2006, de 2 de marzo –MP: Román García Varela–, 452/2006, de 10 de febrero –MP: Pedro González Poveda–, 4570/2002, de 21 de junio –MP: Xavier O’Callaghan Muñoz–), de donde deduce que la resolución carece de efectos retroactivo-reales, esto es, que la resolución no provoca (retroactivamente, como si se tratara de un supuesto de nulidad) que el contratante que ha dispuesto de la cosa lo haya hecho sin capacidad de disponer (al margen de la hipótesis de la reserva de dominio). Ha dispuesto como dueño y su adquirente ha recibido *a domino*. Así mismo, en materia concursal la jurisprudencia y la doctrina han rechazado que el contratante que entregó la cosa en virtud de un contrato que más tarde resuelve pueda pretender ejercer un derecho de separación *ex iure dominii* cuando la resolución es posterior al concurso.

Ahora bien, si la resolución no provoca un efecto retroactivo-real, tampoco puede decirse que no tenga efecto real alguno, como si la cosa fuera del contratante incumplidor hasta que se la entregue al contratante que resuelve: la STS 8638/2007, de 19 de diciembre (MP: Xavier O’Callaghan Muñoz), trataba de un caso en el que la vendedora había resuelto una venta, pero no había recuperado el bien; la compradora había aprovechado esta circunstancia para venderlo, y aún dio tiempo para una tercera enajenación. Pues bien, el TS entendió que con la resolución el bien había regresado a la propiedad de la vendedora inicial, de manera que la segunda y tercera ventas lo habían sido de cosa ajena. Parece, por tanto, que el ejercicio de la resolución es suficiente para

«re-transmitir» el bien, sin necesidad de la entrega. Por ese mismo motivo, si el contrato se resuelve y antes de la entrega de la cosa el contratante incumplidor incurre en concurso, la jurisprudencia concede al contratante que ha resuelto un derecho de separación *ex iure dominii*, esto es, le trata como a dueño y no como a un mero acreedor del dominio. El mencionado autor concluye que los efectos de la resolución, sobre las prestaciones restituibles *in natura*, son reales *ex nunc* (la propiedad «regresa» con la resolución) y obligacionales *ex tunc* (cada parte queda obligada a restituir lo que recibió desde el momento en que recibió) (Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 214 a 244).

3.4 Las cláusulas del contrato no referidas a las prestaciones principales

También choca con la idea de que el contrato se extingue y deshace sus efectos como si nunca hubiera existido el que nadie haya dudado de que continúan vigentes «las estipulaciones contractuales relativas a solución de litigios, o que disciplinan los derechos y deberes de las partes en caso de resolución» (Pantaleón, 1993, p. 1734), como la cláusula penal, de elección de ley aplicable al contrato, de sometimiento a arbitraje, etc., «cláusulas todas ellas que la jurisprudencia ha tenido siempre por vigentes y eficaces pese a la resolución del contrato en que se enmarcan» (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 115; respetan la cláusula penal las SSTS 6117/2010, de 10 de noviembre –MP: Xavier O’Callaghan Muñoz– y 6119/2010, de 13 de noviembre –MP: Juan Antonio Xiol Ríos–; respeta la cláusula de sometimiento a arbitraje la STS 4559/2002, de 20 de junio –MP: Alfonso Villagómez Rodil–).

3.5 La indemnización del interés positivo

Desde otra perspectiva, la de las relaciones entre las pretensiones resolutoria e indemnizatoria, Pantaleón entiende que lo único que cabe deducir de la inordinación sistemática del art. 1124 CC y del (erróneo) tratamiento como condición resolutoria que el legislador le ha dado, es lo que dispone el art. 1123. *In fine*, por el que los interesados «deberán restituirse lo que hubiesen percibido», y «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes» (art. 1124. IV). El autor comenta que «[s]i se quiere llamar a esto «retroactividad» o «efecto retroactivo» no hay inconveniente, pero si se quiere deducir de ello que la resolución extingue plenamente el contrato como si nunca hubiera existido, hasta el punto de hacerla

incompatible con la pretensión indemnizatoria que cubra el interés contractual positivo es pura jurisprudencia de conceptos». El llamado efecto retroactivo «no tiene otro ámbito de juego que el grupo de difíciles problemas relativos al sentido y alcance de los deberes recíprocos de restitución de las prestaciones ya cumplidas (¿qué pasa con los frutos, intereses, mejoras o deterioros?) y a la eficacia o no de los actos de administración y disposición de las cosas objeto de aquellas prestaciones, realizadas por las partes hasta el momento de la resolución» (Pantaleón, 1989, p. 1153). Desde luego, el contratante que cumple o está dispuesto a cumplir y sufre el incumplimiento de la otra parte debe poder resolver y además pedir la indemnización que cubra su interés en el cumplimiento (Pantaleón, 1989, p. 1165: «El contratante que resuelve no tiene por qué querer, ni de ordinario querrá, que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiera celebrado, sino sólo limitar el perjuicio que el incumplimiento de la otra parte podría llegar a causarle, recuperando el objeto de su prestación ya realizada, o consiguiente poder disponer libremente de la cosa aún no prestada»). Esta es hoy una doctrina jurisprudencial sólida: SSTS 8382/2000, de 17 de noviembre (MP: Alfonso Villagómez Rodil), 3908/2002, de 31 de mayo (MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez), 316/2004, de 26 de enero (MP: Alfonso Villagómez Rodil), 766/2010, de 19 de febrero (MP: Antonio Salas Carceller), 7667/2010, de 30 de noviembre (MP: Francisco Marín Castán), 2025/2011, de 17 de marzo (MP: Antonio Salas Carceller), 2292/2016, de 25 de mayo (MP: Fernando Pantaleón Prieto). Por otra parte, son numerosas las SSTS que establecen la compatibilidad y distinción entre las pretensiones de restitución e indemnización. Destaca la STS 852/2002, de 11 de febrero (MP: Jesús Eugenio Corbal Fernández), o la 3040/2005, de 12 de mayo (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), en la que puede leerse que «*resulta cierto que las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato, que en nuestro ordenamiento son objeto de la regulación contractual (arts. 1124, 1295, 1303 CC), guardan relación con la conditio indebiti o, incluso, con la conditio causa data causa con secuta, pero se separan claramente (como acciones que pertenecen al espectro del enriquecimiento sin causa) de la indemnización de daños por incumplimiento contractual*». La indemnización corresponde por tanto a la de un contrato válido y eficaz; nada de regresar a la situación que habría «si el contrato no hubiera existido».

3.6 Recapitulación

Por lo tanto, aunque la cercanía con la condición resolutoria haya jugado un papel para llegar a la conclusión (errónea) de que la resolución opera la ex-

tinción del contrato como si este nunca hubiera existido para explicar así su efecto retroactivo, esa extinción no encaja de hecho ni con lo acontecido ni con los intereses de las partes: el contrato ha existido y ha sido válido, y la resolución no tiene por qué afectar a las cláusulas contractuales sobre incumplimiento (cláusula indemnizatoria, cláusula penal, cláusula resolutoria, etc.), solución de conflictos (cláusula de elección de foro, de elección de normativa aplicable al contrato, de compromiso arbitral, etc.), u otras, que la jurisprudencia siempre ha considerado vigentes y eficaces a pesar de la resolución. Además, no puede aceptarse que el contratante que cumple y resuelve tenga que regresar a la situación que tenía antes de contratar, esto es, no tiene sentido limitar la eventual indemnización (debidamente imputada) a su interés negativo. Por todo ello, la opinión mayoritaria acepta que la eficacia de la resolución es *liberatoria* de las prestaciones que no se hubieren realizado y *restitutoria* de las que se hubieren realizado, sin perjuicio de la vigencia del contrato en el resto de sus previsiones y de que la pretensión indemnizatoria cubra el interés contractual positivo. Buena parte de los sistemas jurídicos europeos aceptan «que la resolución no extingue el contrato con eficacia retroactiva como si nunca hubiera existido; se extingue la exigibilidad de las pretensiones principales y el contrato se transforma en la relación liquidatoria que obliga a restituir los provechos recibidos» (Rodríguez-Rosado 2013, p. 156, que habla de una «eficacia contractual alternativa»). La eficacia es, por tanto, de liberación, y posiblemente también de restitución (siempre que se hubiese cumplido, total o parcialmente, alguna de las prestaciones que ahora han quedado sin justificación) y, en su caso (y con sus propios requisitos), de indemnización de los daños causados con el incumplimiento. También es esa la síntesis del TS: la resolución es liberatoria de las prestaciones aún no ejecutadas y restitutoria de las ya realizadas (STS 4714/2010, de 22 de junio –MP: Encarnación Roca Trías–).

Ahora el panorama es mucho más rico que si nos hubiésemos limitado a decir que los efectos se producen *ex tunc* salvo en las relaciones contractuales de tracto sucesivo. Pero además, la preferencia por la aplicación de las reglas de liquidación contractual deja no pocas cuestiones por resolver: ¿Qué sabemos en concreto de las obligaciones de restituir de los arts. 1303 y ss. CC? ¿Cómo se mide el valor de la restitución pecuniaria? ¿Qué ocurre si la cosa que se restituye se ha deteriorado o perdido, con culpa o sin culpa del contratante poseedor? O por el contrario, ¿qué ocurre si la cosa ha sido mejorada: hay derecho al gasto realizado, al mayor valor incorporado o a la utilidad aprovechada? Parece lógico buscar dentro del Código otros lugares o bloques de preceptos que contemplen esos mismos conflictos liquidatorios y se encarguen de las obligaciones restitutorias.

Partiendo de que la restitución debería ser *integral* (se restituye todo lo que cada parte ha obtenido del contrato que se resuelve), que su función es *reintegrar* el patrimonio de los contratantes devolviéndoles lo que entregaron en virtud del contrato resuelto (hay quien habla de «liquidar» lo que, de otra forma, sería un enriquecimiento injustificado: Soler, 2018, p. 1235), no de indemnizar daños ni de prevenir y punir conductas, y que no debería utilizarse como vía para que el contratante que resuelve traslade al contratante que incumple un riesgo típico de aquél (como podría ser el de haber hecho un mal negocio; Pantaleón, 1989, p. 1167), Rodríguez-Rosado analiza los conjuntos de normas que en el Código civil se encargan de liquidar diferentes situaciones –contractuales o meramente posesorias– y concluye que ninguno puede aplicarse en bloque y sin reservas: ni los arts. 1123 y 1122, sobre la condición resolutoria, ni la liquidación del estado posesorio o de lo entregado por error, ni la liquidación de un contrato nulo o rescindido, que encaja con la idea de una restitución integral pero no resulta plenamente compatible con la protección a los terceros, la pervivencia de las otras cláusulas contractuales o la indemnizabilidad del interés contractual positivo. Resulta por tanto necesario determinar unas reglas propias (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 240).

4. LA RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES PRINCIPALES (COSA Y PRECIO): EN ESPECIE O EN VALOR

Como hemos visto, la jurisprudencia acude a los arts. 1303 y ss. CC, y en ocasiones les hace formar una unidad junto a los arts. 1295 y 1123 CC. Este es el conjunto de normas que informa la liquidación de las prestaciones de un contrato en el que ambas partes han cumplido, obligando a restituir la cosa con sus frutos y el dinero con intereses. Se trata de una restitución recíproca y formal; si no es posible restituir la cosa, se restituye su valor (salvo que nos encontremos ante una de las excepciones legales: arts. 1304, 1305, 1306, 1314 CC) (Basozabal, 1998, 214 y ss.). Para Soler, el legislador quiere «deshacer» el intercambio, obligando a los contratantes a devolver lo recibido, sea un bien, tal y como esté; sea una cantidad de dinero»; la función es la «mera devolución de lo recibido, por eso se prefiere la restitución en especie (la restitución por valor es subsidiaria) y por eso se fija el valor de la cosa en el momento que se perdió, sin necesidad de actualizar ese valor» (Soler, 2018, p. 1235). No falta alguna sentencia que actualiza el precio o el valor que se ha de restituir, como las SSTS 10914/1988, de 6 de mayo (MP: Juan Latour Brotons) o 11783/1991, de 18 de septiembre

(MP: José Almagro Nosete), pero de ninguna manera puede considerarse que conformen una línea jurisprudencial.

Si la cosa no se puede restituir en especie (prestaciones de hacer y no hacer, deterioro, pérdida o consunción de la cosa, enajenación del bien a favor de tercero protegido, el bien queda incorporado a una cosa ajena por accesión, confusión, conmixción, especificación, etc.), las soluciones podrían ser: 1) que el contratante que no esté en condiciones de devolver la cosa no pueda resolver (art. 1295. I CC); 2) que se restituya el enriquecimiento efectivamente experimentado por cada contratante (el Código se refiere a este enriquecimiento subjetivo como «utilidad»); 3) que cada contratante restituya según su buena o mala fe, como el *accipiens* de la *solutio indebiti*; 4) o que se restituya el equivalente pecuniario de la cosa (aunque haya que determinar el modo y el momento de fijar este). Los autores coinciden en que es esta última la solución razonable, la que concuerda con la regla del art. 1307 CC, la que permite un empleo más amplio del remedio resolutorio y la que sigue la jurisprudencia mayoritaria. Es también la solución del art. 1488 CC para un supuesto análogo. Si la cosa no está (o no resulta razonable su restitución), se restituye su valor en el momento en que dejó de poder restituirse (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 249. Clemente Meoro, 1998, p. 543. Díez-Picazo, 1993, p. 723. Monfort Ferrero, 2000, pp. 251 y ss.).

Se ha dicho que «en la mayoría de los sistemas que permiten esta restitución por valor, ésta ha de cifrarse objetivamente. El nuestro no es una excepción, afortunadamente, pues nada aconseja vincular esa referencia legislativa al «valor» con el precio pactado; ni mucho menos con el concreto enriquecimiento obtenido por el obligado a la restitución» (Soler, 2018, p. 1239). El punto de partida parece claro: se ha de restituir un valor objetivo (de mercado) medido en un momento determinado (el momento en que dejó de ser posible la restitución en especie), lo que no impide que se presenten, al menos, dos problemas significativos: uno, qué hacer cuando las partes hayan puesto un precio al bien; y dos, preguntarnos en qué casos el valor debería depender del contexto patrimonial subjetivo al que ha ido a incorporarse (como hace el Código cuando permite que se restituya únicamente «la utilidad», o como cuando los sistemas de *common law* permiten la llamada «devaluación subjetiva», esto es, las defensas de «cambio de posición» o «desenriquecimiento»).

4.1 El precio como valor

Puede ocurrir que las partes hayan fijado un valor para las cosas (precio, renta, etc.), y en tal caso surge la cuestión de si resulta adecuado distinguir

«precio» y «valor objetivo» (que podría coincidir o no con aquel) en la restitución, al menos cuando la voluntad contractual se haya formado correctamente sobre ese punto. Recordemos que el contrato se resuelve por incumplimiento, no se anula porque haya un vicio del consentimiento que haya influido en la formación del precio); y que la restitución no viene a «corregir» el que se haya realizado un mal negocio: si el comprador no puede devolver la cosa, ¿por qué debería restituir en su lugar un valor distinto al precio que acordó en el contrato? El respeto al precio como medida de restitución es, por ejemplo, la solución que el Código adopta en algunos supuestos de disposición de cosa ajena (arts. 1897 y 1778 CC) y otros (arts. 197, 812 CC), y la de algunos autores (Basozabal, 1998, p. 298; Trimarchi, 1962, pp. 63 y ss.; en contra, Soler, 2018, p. 1240, haciéndose eco de algunas de las críticas recibidas por la solución comentada, que es la del § 346.2. II BGB).

Es también la solución por la que opta la STS 2850/2017, de 13 de julio (derechos de aprovechamiento por turno, MP: M.^a Ángeles Parra Lucán), que explica que *«cuando (...) lo prestado no puede restituirse en especie, habrá que restituir en dinero, como para un caso concreto establece el art. 1547 CC»*; y sobre la manera de computar el valor de la prestación que no puede restituirse *in natura*, establece que *«debe calcularse en función del precio que se pagó por ella, y no del valor de mercado (como argumenta la parte recurrida), puesto que en el contrato la función del precio era precisamente fijar el valor del disfrute de los apartamentos, y no se ha impugnado por la actora que ese precio no reflejara la equivalencia de las prestaciones»*. Cuando las partes no hayan puesto un valor a la prestación o cosa que se restituye, se acudirá a un valor objetivo de mercado.

4.2 El valor de los cumplimientos parciales o defectuosos

Otro problema típico es el planteado por los cumplimientos parciales o defectuosos. La cuestión es difícil y el uso de un ejemplo puede hacer más sencilla la aproximación. Si el cumplimiento parcial consistió en cimentar una determinada finca antes de que resultase resuelto el contrato de obra, parece claro que el contratista no podrá llevarse consigo esos cimientos, y aunque se les podría asignar un valor (atendiendo al gasto, al plusvalor de la finca, a la utilidad que les saque el propietario...), no está nada claro que haya un derecho de compensación por haberlos dejado allí y, en su caso, cómo deberían valorarse. Quizá baste con acudir al contrato, o las reglas (dispositivas) sobre distribución del riesgo en los contratos típicos, de manera que –por ejemplo–

sea el contratista quien corra con ese riesgo siempre que no logre entregar la obra llevada a término. Otra cosa es que sea el comprador de un terreno el que lo haya cimentado para edificar y luego tenga que restituirlo por haberse resuelto la compraventa. Se tratará entonces de una mejora útil que enriquece objetivamente al vendedor que recupera el bien, pero que solo le aprovecha subjetivamente si está dispuesto o interesado en «utilizar» esos cimientos para construir; y la cuestión es, precisamente, si se deberían tener en cuenta los planes económicos del vendedor enriquecido para valorar lo que recibió al resolver el contrato (volveremos sobre ello). Otras veces es el contratante que resuelve el que ha cumplido parcialmente y exige la restitución de lo que entregó, en especie o por su valor, y cuando no sea posible la restitución en especie resulta evidente que el contratante incumplidor deberá su valor (objetivo) con independencia de que le pueda sacar alguna utilidad a lo recibido.

El caso difícil es, por tanto, la restitución (en valor) de la prestación parcial recibida por el contratante que resuelve, salvo que se trate de un riesgo típico del contratante incumplidor. Peritar cumplimientos parciales o defectuosos, en el sentido de darles un valor pecuniario para que pueda restituirlos quien los ha recibido y no los puede restituir en especie, es sin duda una operación difícil en la que pugnan la conveniencia de acudir a parámetros objetivos (predecibles) y de considerar el contexto patrimonial de quien ha recibido un enriquecimiento que debe restituir porque ha resuelto. Si se encarga una obra, se resuelve el contrato y se reciben unos cimientos, podría parecer que en virtud de las reglas de restitución el comitente está obligado a abonar su valor, pero la «restitución del valor» no debe utilizarse para burlar las reglas de cumplimiento (el comitente no está obligado a recibir prestaciones parciales ni a corresponder por ellas) ni las de distribución del riesgo típico del contrato de obra. En cualquier caso, si la distribución del riesgo de pérdida de los cimientos no estuviera clara, el contratante cumplidor podría imputar al incumplidor la responsabilidad por el daño que le causa tener que restituir el valor de algo que no le aprovecha, con lo que la restitución quedaría neutralizada.

Creo que es en este contexto del valor de las prestaciones que resultan inútiles por parciales o defectuosas (no se trata, por tanto, de eximir de la obligación de restitución en caso de pérdida fortuita: si la cosa se pierde, se debe su valor), en el que algún autor opta –como medida de la restitución– por el «efectivo aumento patrimonial que la prestación haya provocado en el patrimonio del obligado a restituir» (Rodríguez-Rosado, 2013, p. 250). Esta –con la de las mejoras– será probablemente una de las piezas difíciles dentro del conjunto de reglas liquidatorias a proponer, pero en todo caso se trata de encontrar un valor objetivo a ese enriquecimiento, y no de que el valor sea el que

le otorgue el obligado a restituir. Para el Código la restitución de la utilidad subjetiva es la manera de proteger a quien lo merece, por ejemplo, por ser menor o persona necesitada de apoyo para el ejercicio de su capacidad (art. 1304 CC), no simplemente por tener que compensar un enriquecimiento impuesto: el *dominus soli* al que han edificado de buena fe en su terreno debe –a su elección– el gasto o el plusvalor (medidas ambas objetivas; art. 361 CC), no la utilidad subjetiva que le haya reportado la edificación.

En la STS 8013/2011, de 18 de octubre (MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos), un contratante se había obligado a llevar a cabo una plantación de almendros en la finca del otro contratante, y a ejecutar un sondeo o pozo para regadío (entre otras cosas), a cambio de recibir parte de esa misma finca; el obligado incurrió en incumplimiento y, una vez resuelto el contrato, quedó obligado a restituir los terrenos, pero solicitaba el valor de los almendros que habían quedado incorporados a estos, así como el de la balsa que quedaba en beneficio del contratante que había resuelto. Se pudo comprobar que la tierra plantada que se restituía apenas era productiva, que el terreno no se había revalorizado con las plantaciones y que el propietario no se beneficiaba con lo incorporado al terreno, hasta el punto de que a la obligación de restituir se había añadido la de «arrancar los almendros y dismantelar la balsa de agua». Parece claro que en este caso no se podía dar un valor positivo a la prestación (parcial y defectuosa) de una de las partes, hasta el punto de que se le condenaba a remover los efectos de la misma, de manera que el contratante que había resuelto no quedaba obligado a restituir nada, ni en especie, ni en valor. En la STS 2166/2019, de 27 de junio (MP: Antonio Salas Carceller), la prestación era tardía y parcial, porque la entrega de un campo de golf no se había acompañado de la de algunas edificaciones aledañas, también debidas. Se discute si el incumplimiento es o no resolutorio, y finalmente se estima la resolución pero, desgraciadamente, la sentencia apenas dice nada sobre cómo debería valorarse el cumplimiento que quedaba incorporado al terreno del contratante que resolvía (quizá porque se trataba de un riesgo para el que el contrato contaba con una previsión específica).

4.3 El deterioro y la pérdida de la cosa

La objetividad en la liquidación del contrato resuelto no atiende al posible deterioro de la cosa. El contratante que recibió la cosa cumple con restituir-la y con restituir también el valor de su utilidad (frutos). Del mismo modo, el contratante que recibió un dinero lo restituye con su utilidad (intereses) sin considerar si la devaluación en el periodo transcurrido entre la entrega y la

restitución fue superior o inferior. Si la cosa se perdió en parte, de manera fortuita, y debe ser ahora restituida, el obligado a hacerlo tendrá que restituir en especie la parte que haya sobrevivido y el valor pecuniario de la parte que se perdió, valorada en el momento de la pérdida y con el interés desde entonces (*ex art. 1307 CC*). Por tanto, si el bien se puede restituir en especie, se procede a su restitución, y a la de su utilidad por el tiempo transcurrido. El deterioro no tiene por qué corresponderse con la utilidad, por lo que si alguien quiere que, además, se le resarza por el menor valor o deterioro comprobado al recuperar el bien, deberá imputarlo como daño mediante la correspondiente pretensión indemnizatoria (lo que solo parece posible si —y desde que— el otro contratante tuvo conciencia de tener que restituir la cosa). De manera que la restitución de la utilidad y la indemnización del deterioro son compatibles, pues se mueven en planos jurídicos distintos. ¿Y si la cosa se ha perdido por completo sin culpa del contratante? ¿Podría resolver el contratante que pierde fortuitamente la cosa? ¿Debería restituir el valor también el contratante que pierde fortuitamente la cosa?

Como dice Soler, la cuestión «consiste en decidir si, anulado o resuelto el contrato, debe el poseedor restituir por valor y, por tanto, asumir el riesgo de pérdida de la cosa. La respuesta mayoritaria entre los autores y la mejor respaldada por la norma es la afirmativa. Y es, también a mi juicio, la mejor solución, pues atribuye el riesgo al poseedor de la cosa, que es quien mejor puede controlarlo» (Soler, 2018, p. 1240 y nota 37; Zimmermann, 2005, pp. 719 y ss.). Ya se ha dicho que no es función de la resolución redistribuir los riesgos que atribuye el contrato, de manera que la posibilidad de resolver no debería convertirse en un golpe de suerte para el contratante cumplidor que fortuitamente se ha quedado sin la prestación recibida. La STS 6728/2008, de 4 de diciembre (MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), se enfrenta a la pérdida fortuita del bien que debe restituirse por la resolución: ¿quién corre con el riesgo de esa pérdida? La cosa se había perdido fortuitamente —por incendio— estando en poder de las compradoras (por mera tolerancia de las vendedoras) y el incendio hacía imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de la que dependía la compraventa. La AP condenó a las compradoras a restituir la finca y, en lugar de la edificación, su valor en el momento de la pérdida, con los intereses desde esa fecha. Las recurrentes (compradoras) decían que no les era aplicable el art. 1307 CC, porque su aplicación depende de que la pérdida sea imputable, y en su caso parecía probado que la cosa se había perdido sin culpa (aunque hubo un juicio penal en el que se pretendió lo contrario). El TS niega que la aplicación de este último precepto esté en relación con la imputabilidad de la pérdida, y entiende que además resultaba aplicable el art. 1183 CC, de manera

que eran las compradoras quienes debían probar que la pérdida era debida a caso fortuito, lo que de ningún modo habían acreditado. La pérdida fortuita no es por tanto un obstáculo para la restitución del valor, tampoco cuando el motivo por el que no se puede restituir en especie es el mismo por el que ya no resulta viable la condición suspensiva; el contratante poseedor responde, aunque no sea propietario de la cosa, y aunque no se hubiese cumplido la condición suspensiva de la que pendía el contrato. Otra cosa es que parezca razonable que el poseedor de la cosa pueda alegar, para exonerarse de responsabilidad, que la cosa hubiera perecido igualmente aunque hubiese estado ya entregada al vendedor (art. 1896. II CC).

5. LA RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES SECUNDARIAS (FRUTOS E INTERESES): LA UTILIDAD DE LO RECIBIDO

Tanto el art. 1303 CC como el 1295 CC extienden la obligación restitutoria al fruto de la cosa y al interés del dinero, esto es, a la utilidad de las prestaciones. Las cuestiones son, por una parte, a) determinar de qué fruto o interés se trata (cómo se mide esa utilidad): el que se percibió, el que se debió percibir, el que normalmente se percibe de ese tipo de bien (como ocurre con los bienes típicamente fructíferos como el dinero), etc., para lo que resultará esencial determinar la función que cumple la restitución de la utilidad de la cosa; por otra parte, b) determinar si los frutos se deben siempre que la cosa sea fructífera o susceptible de uso o disfrute, o solo cuando se pudo de hecho disfrutar de la cosa, o solo si se obtuvo realmente esa utilidad; y finalmente, c) plantear si la restitución de frutos e intereses es necesariamente recíproca (unos a cambio de otros), o si cada restitución se lleva a cabo sin tener en cuenta lo que le ocurra a la otra.

5.1 La función de la restitución de la utilidad de los bienes

Es posible que muchas de las cuestiones que surgen en torno a la restitución de frutos e intereses puedan resolverse respondiendo a la pregunta sobre la función que cumple su restitución. Desde esta perspectiva, algunas sentencias han sido –en mi opinión– más acertadas que otras: la STS 8900/2011, de 23 de noviembre (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) explica de la restitución de los frutos en los arts. 1303 o 1295 CC que *«en ocasiones se consideran frutos o rendimientos de un capital a los que, por virtud de la presunción de*

productividad del dinero, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y, al fin, sobre interdicción del enriquecimiento sin causa». Se trata por tanto de restituir la utilidad que –se presume– proporcionan algunas cosas, como el dinero. Los intereses que miden la utilidad no son intereses moratorios (llamados a medir un daño) y su tratamiento es distinto incluso en aspectos tan significativos como la congruencia. La STS 5288/2016, de 30 de noviembre (MP: Pedro José Vela Torres), se enfrentaba a un caso de nulidad de suscripciones en participaciones preferentes entre un banco y su cliente; la AP consideró que ambos debían restituirse las cantidades recibidas por el contrato, pero que solo el banco debía los intereses de las cantidades percibidas, no así el cliente, pues este era el contratante que había sufrido el vicio del consentimiento y, entre otros motivos para no hacerle restituir los intereses, se mencionaba la actuación de mala fe del banco. El TS deja claro, apoyándose en sentencias anteriores (4545/2016, de 24 de octubre, MP: Ignacio Sancho Gargallo; 610/2016, de 25 de febrero, MP: Pedro José Vela Torres; o 5668/2015, de 30 de diciembre, MP: Ignacio Sancho Gargallo), que los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes por igual, *«porque los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las siguientes reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa»*, como hacen los arts. 1295.1 y 1303 CC. *«Es más, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato y para impedir, en todo caso, que queden en beneficio de uno de los contratantes las prestaciones recibidas del otro, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia viene considerando innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma. (...) Los arts. 1303 y 1308 mantienen la reciprocidad de la restitución, y ni los motivos que alega la AP ni las normas que cita establecen una excepción a esta regla de reciprocidad en la restitución de las prestaciones en caso de nulidad contractual, cuyas únicas excepciones son las previstas por los arts. 1305 y 1306 CC, que no resultan de aplicación al caso».* La función es por tanto restituir lo que se recibió en virtud de un título –el contrato– que ha dejado de justificar el desplazamiento; se ha de restituir todo lo obtenido (el bien que se recibió y su disponibilidad desde entonces hasta la restitución), porque se encuentra en un patrimonio en el que no le corresponde quedarse. Es correcto

decir que la pretensión de restitución de la utilidad pertenece a la familia de las pretensiones de enriquecimiento injustificado y, en consecuencia, que su contenido no depende de quién sea el que ha incumplido y quién el que ha resuelto.

Otras sentencias acuden a una explicación distinta, que no me parece adecuada. La STS 1652/2017, de 4 de mayo (MP: M.^a Ángeles Parra Lucán), se enfrentaba a otro caso de preferentes y, sobre la restitución de inversiones declaradas nulas, se planteaba a partir de qué momento debían devengar interés las cantidades invertidas. La sentencia afirma que *«la doctrina correcta sobre el momento en que se deben los intereses de un pago que debe restituirse como consecuencia de la nulidad, cuestión jurídica que constituye el objeto del presente recurso de casación, quedó fijada en la sentencia de 12-XI-96 «desde la fecha en que, efectivamente, aquéllos hicieron dicho pago y no desde la celebración del contrato»*, como repiten las SSTS 852/2003, de 11 de febrero; 4545/2016, de 24 de octubre; 5288/2016, de 30 de noviembre; o 5523/2016, de 20 de diciembre. Se añade que *«este incremento del precio por la suma de los intereses se explica porque el paso del tiempo desde que se entregó ha supuesto una pérdida de valor para quien pagó y por ello los intereses deben calcularse desde que se hizo el pago que se restituye. La situación no es equiparable al pago de intereses de demora que procede en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero, que tienen un carácter indemnizatorio y se deben desde que se reclaman (art. 1108 CC)»* (idea que vuelve a aparecer en las SSTS 3541/2017, de 16 de octubre, MP: M.^a Ángeles Parra Lucán, y 1710/2019, de 28 de mayo, MP: Fco. Javier Arroyo Fiestas, ambas sobre supuestos de nulidad de preferentes). Aunque se agradece que la sentencia haya querido distinguir de manera expresa el interés como medida restitutoria del art. 1303 CC y el interés moratorio como medida indemnizatoria del art. 1108 CC, la explicación que da no resulta satisfactoria porque, si el interés del art. 1303 compensase la pérdida de valor del dinero, su función sería indemnizatoria (como la del interés moratorio), si bien limitada al daño causado por el paso del tiempo. Sin embargo, el art. 1303 CC debe aplicarse en su literalidad aunque deba restituirse un dinero que se hubiese revalorizado. La restitución del interés no persigue compensar o indemnizar la pérdida de valor del dinero (o el deterioro de otro bien); se trata sencillamente de restituir todo lo recibido, y esto no fue solo el dinero, sino el dinero y el haber podido disponer de él por el tiempo que media entre la entrega y la restitución, esto es, su utilidad (como cualidad abstracta de ese bien, sea o no dinero). Esa disponibilidad tiene un valor que no es ni tiene por qué corresponderse con la pérdida por la devaluación del bien. Otra cosa es que haya que decidir cómo se valora esa disponibilidad del dinero y, más concretamente, si

acudir al interés legal es un buen modo de hacerlo, pero ese es otro problema. Lo que debería quedar claro es que no se trata de compensar por la pérdida de valor. Como dice Soler, se trata de deshacer la situación creada por haberse cumplido las prestaciones, y para ello, además de la restitución de estas, el Código determina la restitución de su utilidad, y al hacer referencia a esta como «fruto» o «interés» lo que está indicando es que habrá que entenderla de manera objetiva y abstracta (Soler, 2018, pp. 1252).

5.2 La determinación de la utilidad de las cosas y del dinero

Ana Soler se ha detenido recientemente en esta cuestión y se pregunta por qué, si la función del fruto o interés es la de medir la disponibilidad de la cosa o del dinero, esta se ha fijado –casi sin opiniones disidentes ni cuestionamiento crítico– en la «renta de alquiler» o en el «interés legal»: ¿son estos buenos parámetros para medir la disponibilidad de los bienes, no son excesivos?

Si lo que buscamos es «devolver a cada contratante una utilidad abstracta de uso a la que había renunciado con el intercambio» (y no compensarle por la rentabilidad perdida, que es algo que resarce la pretensión indemnizatoria), parece adecuado que busquemos «criterios de valoración objetivos o abstractos, aplicables a ambos contratantes y a cualquier incumplimiento resolutorio, sea o no imputable» (Soler, 2018, p. 1254). No parece buena idea la de medir la disponibilidad del dinero con el interés legal, pues esa es precisamente la medida del interés moratorio (dispositivo), esto es, del interés que resarce una rentabilidad perdida (Soler, 2018, pp. 1260 y 1261: el interés legal es un parámetro útil para medir las expectativas frustradas por el incumplimiento y, por tanto, para la acción indemnizatoria, por eso es la medida del interés de demora, por cubrir la depreciación del dinero). La «impropiedad» del interés legal para medir la disponibilidad del dinero se aprecia sobre todo cuando es el contratante cumplidor el que resuelve y tiene que restituir el dinero que hubiese recibido: ¿por qué debería restituir además el interés legal de un dinero que recibió correctamente, como si hubiese incumplido e incurrido en mora desde que lo recibió? ¿Por qué tratarle como si debiera indemnizar por haberse demorado en el cumplimiento de su obligación pecuniaria? Se ha observado que en ocasiones lo injusto de computar así la disponibilidad del dinero ha empujado a la jurisprudencia a buscar soluciones creativas con las que liberar al contratante cumplidor de una obligación de restitución que, así medida, resulta injusta (Soler, 2018, 1259). De manera similar, medir la utilidad objetiva o disponibilidad de un bien (pongamos un inmueble) acudiendo a su renta de

alquiler parece excesivo, pues parece claro que la utilidad de su uso no es equiparable a la renta por haber dispuesto de él; por lo que habrá que acudir a otros parámetros aptos para medir esa disponibilidad. Para Soler, el valor estándar de la disponibilidad se aproxima a los costes fijos de mantenimiento del bien (incluyendo impuestos y seguros) correspondientes al tiempo de privación; y para facilitar su liquidación, sugiere la solución de los tribunales alemanes: deducir de la renta de alquiler el importe del beneficio empresarial medio; y en caso de dinero, para medir la disponibilidad del capital, deducir del interés legal el porcentaje de inflación en el periodo relevante, determinando así el interés real (Soler, 2018, pp. 1262 y 1263; la autora llama a estos parámetros «el coste de mantenimiento del bien» –alquiler menos beneficio empresarial– y «el interés real o coste de oportunidad del dinero» –interés legal menos inflación– en p. 1271).

Estoy de acuerdo en que la tarea de medir el interés moratorio (el perjuicio sufrido) no puede ser la misma que la de medir el interés restitutorio (el provecho obtenido). Si el contratante que recibió dinero debe ahora restituirlo y responde además de los daños causados por el incumplimiento, debería –por una parte– restituir el dinero y su disponibilidad (interés real), y –por otra– resarcir el daño causado por el incumplimiento. No se trata de hacerle «resarcir» con el interés moratorio por las cantidades que recibió y desde que lo hizo, tampoco con la diferencia entre el interés real (restitutorio) y el moratorio (resarcitorio) de esas cantidades. Recordemos que ese mismo contratante incumplidor ha cobrado debidamente en virtud de un contrato válido, y que el dinero se habrá hecho suyo hasta que el contrato se haya resuelto y haya nacido la obligación de restituir. No deberá restituir el dinero como si estuviera en mora desde que lo recibió, o como si fuera un *accipiens* de mala fe (art. 1896. I CC); en su caso, el interés moratorio se deberá desde que se resuelva y se pida la restitución.

En cuanto al momento desde el que es debida la utilidad del bien, la jurisprudencia –frente a otros momentos en los no fue tan clara– es terminante al establecer que el interés o fruto se debe desde que el dinero o la cosa se entrega. Lo dice, entre otras, la STS 1652/2017, de 4 de mayo (MP: M.^a Ángeles Parra Lucán), que se apoya en la STS 6273/1996, de 12 de noviembre (MP: Francisco Morales Morales), en un caso en que se había condenado a pagar intereses legales desde la celebración del contrato, siendo así que las cantidades habían sido abonadas en momentos diferentes. La sentencia establece que «*el interés legal de cada cantidad entregada se abona desde la fecha en que se hizo el correspondiente abono y no desde la celebración del contrato*».

Sobre la necesidad de solicitar expresamente la restitución de las prestaciones realizadas y sus rendimientos, cuestión que ha aparecido tangencial-

mente en alguna de las sentencias mencionadas, la doctrina del TS es clara en el sentido de no exigir esa petición expresa por entender que los efectos de la resolución operan *ex lege*, de manera que no tendría sentido una resolución del contrato que no impusiese la restitución de las prestaciones y sus rendimientos. Son muchas las sentencias –algunas ya citadas– que aceptan esta doctrina, como la STS 380/2007, de 8 de enero (MP: Vicente Luis Montes Penades), para la que la obligación de restituir no nace del contrato sino de la ley, por lo que no requiere petición expresa de parte.

Con todo, alguna sentencia ha matizado esa doctrina, en especial con relación a los frutos. Así, la STS 8900/2011, de 23 de noviembre (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), confirma que los intereses de la obligación restitutoria tienen en la jurisprudencia un tratamiento diferente que los moratorios de la obligación indemnizatoria, de cara a la congruencia: si estos han de ser solicitados, aquellos no han de ser pedidos expresamente si se solicitó la resolución del contrato (la AP había condenado a restituir la cantidad entregada a cuenta del precio –en un caso de resolución contractual–, pero no se había pronunciado sobre los intereses, y el recurso alegaba infracción de la interpretación jurisprudencial que se acaba de exponer). La novedad proviene del voto particular del Magistrado Salas Carceller, para el que la «doctrina» de que la petición expresa no es necesaria se ampara en la admisión de lo que la doctrina procesalista denomina «pretensiones implícitas», de manera que no puede entenderse que por el hecho de haberse pedido la restitución del precio deban entenderse pedidos también unos intereses no solicitados, como ocurriría con la petición de restitución de la cosa y de sus frutos (argumentando que tal aumento –de oficio– de la condena sobre lo expresamente pretendido impediría la aplicación adecuada de la figura del allanamiento, pues cuando el demandado se allana –art. 21.2 LEC– se le condena «conforme a lo solicitado» por el actor). El asunto podía haber quedado ahí, pero la STS 313/2020, de 6 de febrero (MP: Antonio Salas Carceller), ha vuelto sobre aquella idea. En este caso, la AP había aplicado el art. 1303 CC sin condenar a los compradores (cumplidores y ejercientes de la facultad de resolución) a restituir los frutos (las rentas por el tiempo transcurrido) junto a la cosa, de manera que los recurrentes –incumplidores y demandados– solicitaban la restitución de los frutos en casación. El problema era que ellos no habían mencionado este asunto al responder a la demanda, por lo que el TS les responde que «*tal cuestión, al no suscitarse en la contestación a la demanda, no ha podido ser discutida en el proceso tanto respecto de la procedencia del pago como de la cuantía que debiera asignarse a dicho arrendamiento*». Y aprovecha para agregar: «*Es cierto que esta Sala ha señalado que los efectos de la nulidad se aplican de oficio*

pero, cuando se refiere a la restitución de frutos tal aplicación –sin petición de parte– únicamente puede entenderse referida a la devolución de la cosa con los frutos propios de la misma, que no podrán ser detraídos previamente a su entrega. Cualquier otra interpretación chocaría con la previsión del artículo 219 LEC que, incluso para los supuestos de que la parte demandante solicita condena al pago de frutos, la liquidación de la cantidad correspondiente ha de quedar para un pleito posterior». Parece, por tanto, que puede esperarse una línea jurisprudencial que exija la petición expresa de la restitución de los frutos.

5.3 La posibilidad de obtener la utilidad de los bienes

Digamos que no basta con que una de las prestaciones se haya entregado a la otra parte para que ésta deba restituir su utilidad. Ha debido ocurrir que el contratante receptor haya podido obtener dicha utilidad, que haya sido posible obtenerla. Por eso se ha dicho que «el requisito único es que la prestación hubiere sido susceptible de aprovechamiento» (Soler, 2018, p. 1253). En la jurisprudencia, la STS 6314/2000, de 26 de julio (MP: Jesús Eugenio Corbal Fernández), ya citada, plantea la cuestión de la restitución de los frutos e intereses y entiende, de acuerdo con la opinión que acaba de proponerse, que se deben en la medida en que hubieran podido obtenerse: en el caso, el contratante que había recibido el dinero debía restituir el dinero y su disponibilidad mientras lo tuvo (el interés desde que lo recibió hasta que lo debió restituir), pero la cosa se devolvía sin fruto (y sin determinar su valor del uso), y el motivo era que el contratante que había recibido la cosa no había podido (objetivamente) disfrutar de ella, por lo que debía restituirla sin fruto, esto es, sin el valor de una disponibilidad que no había llegado a existir. La reciprocidad no parece por tanto un requisito para la restitución de la utilidad: restituye el contratante que tuvo la prestación y la posibilidad de disponer de ella con independencia de lo que deba el otro. Algo parecido ocurre en la STS 6077/2012, de 18 de julio (MP: Fco. Javier Arroyo Fiestas), en la que se había producido la resolución de una compraventa y la vendedora/recurrida alegaba que el obligado a restituir el local debía también los frutos correspondientes al tiempo de disfrute (según su canon arrendaticio); la sentencia le responde que no hay tal obligación de restituir frutos porque no hubo posibilidad de disfrutar del local por la ilegalidad urbanística provocada por la vendedora/recurrida.

Ninguna sentencia ni opinión doctrinal ha defendido que ese rendimiento deba medirse de manera subjetiva, esto es, que el contratante tenga que resti-

tuir solo el interés o el fruto que efectivamente hubiese recibido. Esa es la medida de restitución del menor (art. 1304 CC).

5.4 La reciprocidad en la restitución de las utilidades de los bienes

En algunas de las sentencias comentadas aparece clara la idea de que la restitución de frutos o intereses de una prestación no está condicionada a la restitución de frutos o intereses de la prestación recíproca, esto es, que la obligación de frutos o intereses no depende de que los deba también la otra parte. Desde luego, una posibilidad de «neutralizar» las utilidades de las prestaciones sería la de compensar «frutos» con «intereses», sean cuales fueren (como hacen los Principios de UNIDROIT –art. 3.2.15, comentario 5; art. 7.3.6, comentario 6–, o defiende Carrasco, 2017, pp. 1118 y 1119). También lo hace así la STS 2561/2010, de 22 de abril (MP: Encarnación Roca Trías), que procede a la compensación automática de frutos e intereses sin tener en cuenta si efectivamente sus medidas se correspondían o no. El contrato se había cumplido por ambas partes, de manera que ahora debían restituirse, por una parte, lo entregado a cuenta del precio, y por otra, la vivienda que se había poseído por un tiempo. Lo curioso es que la sentencia compensa de manera automática la obligación de pagar intereses (del dinero) y la de restituir frutos (de la vivienda), sin considerar si sus partidas eran realmente equiparables. Parece claro que la compensación debe producirse, pero no sin antes determinar qué interés debería ser aquél (suele entenderse que el legal, pero hemos visto que esta opinión debería revisarse) y cuál el fruto de la vivienda (que alguna sentencia identifica con su canon arrendaticio, como la STS 707/2002, de 5 de febrero –MP: José Almagro Nosete–, que condena a restituir como «fruto» el valor de uso del local y para determinarlo acude al mercado de alquiler de locales similares, lo que resulta igualmente criticable). Pero no parece que en nuestro ordenamiento haya base para mantener esa opinión, fuera de los contratos de tracto sucesivo y por el tiempo de cumplimiento de las prestaciones acordadas. Otra cosa es que, una vez determinadas las rentabilidades que deban restituirse, estas deban compensarse en la cuantía concurrente (Soler, 2018, p. 1253). Se detiene sobre cómo debe procederse a la compensación de las prestaciones que las partes deban restituirse recíprocamente la STS 3541/2017, de 16 de octubre (MP: M.^a Ángeles Parra Lucán), para la que está claro que el motivo por el que las cantidades entregadas devengan interés es el mismo para ambas partes, y añade que, «*una vez calculadas conforme a las reglas precedentes, se compensan hasta la cantidad concurrente*». Finalmente, si ambos contratantes

estuvieran obligados a restituir frutos o intereses, podrán compelerse a hacerlo recíprocamente (art. 1308 CC).

6. LAS MEJORAS EN LA COSA QUE SE RESTITUYE

Cuando la cosa objeto del contrato ha sido mejorada –pongamos– por el comprador, que posteriormente debe restituirla porque no puede pagar el precio aplazado y el vendedor resuelve, se plantea un problema en torno a esa mejora que el comprador realizó para sí pero queda incorporada a la cosa que debe restituir. En este punto –como en otros– el art. 1124 CC calla, pero esta vez tampoco encontramos previsión alguna en las reglas generales de los arts. 1303 y ss. y 1295 y ss. CC, sobre liquidación de contratos. Existe un cierto acuerdo sobre la compensabilidad de los gastos necesarios para la conservación de la cosa y para la obtención de los frutos debidos (impuesta por el régimen general del art. 356 CC), y sobre la irrelevancia de los gastos de puro lujo o recreo que no sean susceptibles de separación (*ex* art. 454 CC). La cuestión difícil es la de las mejoras útiles, pues sobre ellas el Código prevé –para diferentes situaciones de tenencia interina– dos regímenes de contenido incompatible: por una parte, los arts. 487, 488, 1122-6 y 1573 CC, que apenas otorgan un derecho a separar las mejoras cuando esto pueda hacerse sin detrimento de la cosa, y a compensarlas con los daños que haya causado la tenencia del bien que se restituye; y por otra, los art. 453, 1518 y 1652 CC, que conceden al tenedor/mejorante un derecho al abono del mayor valor que las mejoras hayan provocado en el bien (Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 253 y 254). A grandes rasgos, podría decirse que los tenedores del primer grupo (usufructuario, contratante *sub conditione*, arrendatario) saben que poseen temporalmente y que no pueden imponer al propietario una inversión que realizan asumiendo el riesgo de perderla antes de haberla amortizado (salvo que en el caso concreto se desprenda otra cosa del contrato); y que los del segundo grupo (poseedor de buena fe, comprador con pacto de retro, enfiteuta) pueden legítimamente contar con la estabilidad de su tenencia, por lo que parece justificado el derecho a cobrarse por la inversión malograda. La resolución estaría más cerca de este segundo grupo, por ser el contratante alguien que cuenta legítimamente con quedarse con la cosa, aunque su derecho de compensación se limite a la medida del mayor valor recibido por el otro contratante, como concede, por ejemplo, el texto de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos (art. 1203. III), o el § 347 BGB. Es también la opción preferida por la mejor doctrina (Carrasco, 1987, pp. 1115 y ss. Clemente,

1998, pp. 529 y ss.; Monfort, 2000, pp. 211 y ss., 225. Pantaleón, 1993, p. 1735 y nota 54. Rodríguez-Rosado, 2013, p. 254).

La jurisprudencia no se ha decantado con claridad por ninguna de estas soluciones. Ya hemos visto que la STS 3620/2009, de 15 de junio (MP: Encarnación Roca Trías), entendió que no procedía la restitución en especie del terreno mejorado, sino la del valor pecuniario del terreno sin la mejora. Otras sentencias acuden a las reglas de las obligaciones sometidas a condición resolutoria y se limitan a aplicar los arts. 1122-6 y 487 CC. Es el caso –entre otros– de la STS 8099/1986, de 17 de junio (MP: Rafael Pérez Gimeno), para la que las mejoras *«solo darían derecho al comprador a retirarlas, si pudiera hacerlo sin detrimento de los bienes, pero en ningún caso a indemnización, según disponen los arts. 1123, en relación con los arts. 1122 y 487, todos ellos del Código Civil»*. En esta línea no parece haber sentencias recientes. En otras ocasiones, la situación «injusta» en que quedaría el comprador que mejora y queda obligado a restituir (la hipótesis más habitual, aunque también hay casos en que el mejorante es un arrendatario) lleva a la jurisprudencia a admitir la acción de enriquecimiento injustificado: es el caso de la STS 5052/1995, de 13 de octubre (MP: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade), en el que los compradores mejoran el inmueble por valor superior al de adquisición, pero después no pueden afrontar el precio aplazado; el vendedor resuelve, obtiene un bien más valioso y lo vuelve a vender por un precio que, lógicamente, tiene en cuenta la mejora incorporada. La sentencia entiende que los preceptos específicos que debían aplicarse eran los arts. 1123-2.º, 1122-6.º y 487 CC, y no los generales sobre liquidación del estado posesorio, como había dicho la sentencia de instancia (para proteger al comprador). Parecía por tanto que, según los preceptos aplicables, no había derecho de compensación por esas mejoras útiles, en la línea de otras sentencias (SSTS 17049/1988, de 24 de febrero, MP: Antonio Carretero Pérez; 312/1984, de 6 de febrero MP: José Beltrán de Heredia y Castaño). Sin embargo el resultado resultaba tan inicuo, que la sentencia acude a la acción de enriquecimiento injustificado para corregir el sentido de las normas aplicables. Es uno de esos casos en los que la acción de enriquecimiento injustificado sirve para dar la vuelta a la decisión que parece haber adoptado el legislador. Ya hemos visto que, probablemente, no eran esos los preceptos aplicables, sino otros –aplicables con mejor analogía– que sí conceden un derecho al contratante que mejoró el bien que restituye, pero el proceder de la sentencia no deja de ser reprochable.

También se puede mencionar que en algunos conflictos triangulares, como el planteado en la STS 5757/2000, de 12 de julio (MP: José Ramón Vázquez Sandes), el TS «ha corregido» con la acción de enriquecimiento injus-

tificado el desequilibrio causado precisamente con motivo de una resolución contractual: el comprador había restituido un bien mejorado (por valor superior al valor en cambio del bien) y el vendedor lo había recuperado sin tener que pagar nada por la mejora (algo que ha vuelto a repetirse en la STS 6945/2002, de 22 de octubre, MP: Teófilo Ortega Torres). El caso era el siguiente: Pescanova vende un buque arrastrero a Comarfol, con precio aplazado y reserva de dominio, y esta encarga a Montajes Folgar que lo transforme en un buque palangrero por un precio que supera el de la compraventa inicial. Comarfol no consigue pagar el precio del buque ni el de la transformación. Pescanova resuelve y recupera un buque transformado sin tener que pagar por la mejora y lo utiliza como buque palangrero. Montajes Folgar se dirige contra Pescanova por enriquecimiento injusto y el TS le concede la acción. El TS corrige así la situación de desequilibrio que se había creado al liquidar la relación contractual entre Pescanova y Comarfol sin que aquella diese nada a esta por la mejora, y hace que aquella pague la factura que esta tenía pendiente con Montajes Folgar, burlando el principio de relatividad de los contratos, el concurso de acreedores de Comarfol y, por supuesto, sin explicar si lo que concedía era una acción de cumplimiento (subsidiario), de indemnización, de compensación por el mayor valor incorporado al bien, o de compensación por la utilidad efectivamente obtenida (buena crítica doctrinal a la sentencia en Vendrell, 2017, pp. 295 y ss., y García Vicente, 2018, pp. 677 y ss.). Una interpretación como la propuesta para el caso de que la resolución provoque la restitución de un bien mejorado hubiera evitado esa «corrección» a cargo de la acción de enriquecimiento indirecto y la transgresión de varios principios generales del Derecho de contratos.

7. BREVE REFERENCIA A ALGUNOS TEXTOS DE DERECHO UNIFICADO

En el llamado Nuevo Derecho de la Contratación, fue –también en este punto– la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías la que marcó la pauta para entender la resolución en los textos de Derecho unificado (me referiré, además de a la CISG, a los Principios de UNIDROIT, los PECL y el DCFR), aunque sea precisamente la materia de los efectos de la resolución la que presenta mayores diferencias entre los textos mencionados. En todos ellos la resolución aparece como un remedio a ciertos problemas contractuales (el incumplimiento, pero también la imposibilidad) que no provoca la extinción retroactiva del contrato, sino la transformación de

los deberes primarios previstos en este (Schlechtriem, 1996, Rn. 330), lo que hace compatible la resolución con la indemnización de daños y perjuicios (que cubra el interés positivo) y con las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias o a las consecuencias del incumplimiento. Se configura además, sin excepción, como un remedio extrajudicial. En cuanto a los efectos, la CISG opta por una eficacia liberatoria de las obligaciones no cumplidas, vencidas o no vencidas, y con efecto no sólo prospectivo (de futuro) sino retroactivo, pues las partes pueden solicitarse recíprocamente lo que entregaron en virtud del contrato resuelto. Una peculiaridad del sistema resolutorio de la CISG es que el comprador pierde su derecho a resolver cuando no pueda restituir las mercaderías en el estado en que las recibió (o en un estado equiparable), como ocurría en la antigua versión del BGB, lo que le ha hecho merecedora de serias críticas. En general, se ha valorado como una deficiencia el que no haya previsto la restitución por valor cuando la restitución en especie no sea posible, así como el que la resolución se haya diseñado desde la hipótesis del incumplimiento del vendedor.

Los Principios de UNIDROIT han optado por un sistema de restituciones que ha merecido mayores alabanzas al contar con una regla única y aplicable con la única excepción de las relaciones contractuales de tracto sucesivo: «al resolver un contrato cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo momento, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable» (art. 7.3.6). En materia de efectos, los PECL ensayan un nuevo sistema en el que, como regla, la resolución solo opera con efectos prospectivos o de futuro, como en el sistema inglés (aunque admitiendo el principio de ejecución en especie de las obligaciones, que no reconoce este). La resolución libera de lo que no se hubiese cumplido, pero no obliga a restituir lo que cada parte haya recibido. Como es lógico, este sistema se ve obligado a reconocer no pocas excepciones a la regla, lo que hace que sea más complejo de lo que pudiera parecer *prima facie*. Finalmente, el DCFR sigue, en materia de efectos, a los Principios de UNIDROIT, esto es, prevé la restitución de las prestaciones recibidas por las partes, bien sea en especie, bien por su equivalente pecuniario, con la excepción de las relaciones duraderas y mientras las prestaciones se correspondieron (contratos de tracto sucesivo). Rodríguez-Rosado, del que tomo este breve apunte comparado, concluye que esta «solución no puede sino ser aplaudida, pues permite deslindar nítidamente los efectos restitutorios de la resolución, de los aspectos indemnizatorios, cuya sede propia es la pretensión de daños y perjuicios. Cosa que ni suce-

día en el texto de la Convención de Viena, ni sucede a la postre en el sistema inglés, adoptado por los Principios de Derecho contractual europeo, donde los efectos de la resolución pueden acabar actuando en perjuicio del contratante incumplidor» (Rodríguez-Rosado, 2013, pp. 58 a 64, p. 64).

8. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, «Comentario al art. 1124 CC», en *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 214 y ss.
- «Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiatione* en el art. 1186 CC», *ADC*, 2020-IV, pp. 1501 a 1542.
- CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de Contratos*, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2017.
- «Restitución de provechos (I)», *ADC*, 1987, pp. 1115 y ss.
- CLEMENTE MEORO, Mario, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, en Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II-1.º, Barcelona, Bosch, 1994.
- «Comentario a los arts. 1303 y ss.», en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, pp. 550 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, Civitas, 4.ª ed., 1994.
- MONFORT FERRERO, María Jesús, *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos del dominio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-IV, pp. 1719 y ss.
- «Resolución e indemnización de daños», *ADC*, 1989-IV, p. 1143 y ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana, «Restitución de frutos, compensación de mejoras e intereses del precio en la resolución», en *Tratado de la Compraventa (Homenaje a Rodrigo Bercovitz)*, II, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2013, pp. 1459 a 1470 y ss.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2013.
- SAN MIGUEL, Lis Paula, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, Colegio de Registradores, 2004.
- SCHLECHTRIEM, Peter, *Internationales UN-Kaufrecht*, Tubinga, Mohr-Siebeck, 1996.

SOLER PRESAS, Ana, «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio», *ADC*, 2018-IV, pp. 1227 y ss.

TRIMARCHI, Pietro, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.

ZIMMERMANN, Reinhart, «Restitutio in integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-project d'un Code Européen des Contrats», *Uniform Law Review*, 2005-4, pp. 719-734.

III

LA BATALLA DE FORMULARIOS

NURIA BERMEJO

Profesora Titular de Derecho mercantil

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. La problemática de la denominada «batalla de formularios». 1.1 Introducción. 1.2 La existencia del contrato. 1.3 El contenido del contrato.–2. La evolución de las distintas soluciones al problema. 2.1 Las reglas del espejo y de la última palabra. 2.2 La regla de la exclusión. 2.3 La regla de la primera palabra. 2.4 La regla de la mejor palabra. 2.5 La batalla de formularios en la jurisprudencia española.–3. El estado de la cuestión en el moderno Derecho de contratos.–4. Bibliografía.

1. LA PROBLEMÁTICA DE LA DENOMINADA «BATALLA DE FORMULARIOS»

1.1 Introducción

Con la expresión «batalla de formularios» (*battle of the forms*), la doctrina se refiere a la colisión o conflicto entre las condiciones generales que intercambian los empresarios al contratar. Como es sabido, la estandarización del contrato permite, entre otras cosas, reducir los costes de transacción asociados a la contratación en masa y calcular anticipadamente los costes de las operaciones a partir de una determinada configuración contractual (Alfaro, 1991, pp. 28-32). De ahí su valor para los empresarios –entendidos en el sentido económico del término, que incluye también a los profesionales– y su amplia

difusión en el tráfico. En efecto, los empresarios invierten recursos, tiempo y esfuerzo en estandarizar las cláusulas de sus contratos, cuyo coste distribuyen entre todas las transacciones que celebran (Goldberg, 2006, pp. 190 y 194). No es, entonces, de extrañar que aquellos se limiten a intercambiar sus condiciones generales con el ánimo de que sean las suyas las que queden incorporadas al contrato y regulen la transacción (Alfaro, 1991, p. 276; Durany Pich, 1992, pp. 1013-1014). Se ahorran así los costes de negociar el contenido del contrato en cada caso –superiores a los que supone, respecto de cada operación, estandarizarlo– y confían en lo que disponen sus condiciones generales para regularlo. Pero como las partes no invierten tiempo y esfuerzo en examinar las condiciones intercambiadas pueden aparecer divergencias o contradicciones entre ellas (Durany Pich, 2002, p. 327; Rühl, 2003, p. 215; Goldberg, 2006, pp. 194-195). Y puede, incluso, suceder que las partes ignoren la existencia de dichas contradicciones (Carrasco, 2017, 5/49).

Los problemas que plantea la colisión de condiciones generales son de dos tipos: obliga a determinar, por una parte, si, en dicha situación, puede entenderse válidamente celebrado el contrato y, por otra, de qué modo se articula ese contrato, lo que requiere establecer cuáles de las condiciones en conflicto quedan incorporadas a aquel (Alfaro, 1991, pp. 275-276; Durany Pich, 2002, pp. 326-327; Pagador, 2000, p. 266). A falta de normas específicas que respondan a estas cuestiones en nuestro ordenamiento jurídico, tales problemas se resuelven por la doctrina mayoritaria, española y comparada, en los términos que se exponen en los siguientes apartados (v. *infra* 1.2 y 1.3.).

La problemática que suscita la colisión de condiciones generales no se limita a situaciones de derecho interno, sino que también se manifiesta en situaciones transfronterizas en las que cada una de las partes elige en cláusulas estandarizadas, como ley aplicable, la prevista en su propio derecho. Para resolver los problemas que plantea esta situación, los Principios de La Haya sobre cláusulas de elección de derecho aplicable han establecido una solución específica (Garcimartín, 2013, p. 1), cuyo estudio excede, sin embargo, el objetivo de este trabajo.

1.2 La existencia del contrato

Cuando en el proceso de formación del contrato las partes intercambian condiciones generales divergentes o contradictorias surgen dudas acerca de la válida celebración del contrato. Como es sabido, para entender que concurre el consentimiento necesario para su formación (art. 1261 CC), es preciso que las

partes manifiesten un acuerdo de voluntades respecto del objeto y la causa del contrato, para lo cual habrán de concurrir oferta y aceptación sobre los mismos (art. 1262 CC) (Morales Moreno, 1991, pp. 442-443). Así las cosas, la divergencia de las condiciones generales podría ser invocada por una de las partes para entender que dicho acuerdo no se ha producido y, en consecuencia, negar la existencia del contrato.

Con carácter general, *la colisión entre las condiciones generales que las partes intercambian no afecta a la válida formación del contrato*. La remisión por la contraparte de unas condiciones generales que entran en conflicto con las enviadas previamente por el oferente no debe verse como un supuesto de contraoferta a la que este deba dar su aceptación (Alfaro, 1991, pp. 277-279; Durany Pich, 2002, pp. 328-329; Pagador, 2000, pp. 268-269; para otras opiniones, Perales Viscasillas, 1996, p. 3; Carrasco, 2017, 5/50; Portellano, 2017, pp. 62-63). Eso sólo tiene sentido en el marco de una negociación que no se produce en el mero intercambio de condiciones generales. A pesar de las contradicciones o divergencias que pueden manifestarse entre las condiciones generales intercambiadas, *el contrato se entenderá válidamente celebrado si las partes alcanzaron un acuerdo respecto sus elementos esenciales* (Alfaro, 1991, p. 279; Durany Pich, 2002, p. 327). En cambio, esto no sucederá si del intercambio de condiciones generales resulta que las partes manifiestan discrepancias sobre los elementos esenciales del mismo –p. ej., respecto de un contrato de compraventa, la determinación de las mercancías objeto de la venta o el precio–. Adviértase que el hecho de que no haya negociación respecto del contenido del contrato no impide entender que exista un acuerdo sobre sus elementos esenciales y, por lo tanto, una voluntad de celebrar el contrato libremente formada (Alfaro, 1991, pp. 66-69).

Existiendo dicho acuerdo, el contrato se entenderá válidamente celebrado y las partes no pueden pretender *ex post* –p. ej., porque ya no les interesa el negocio–, que no quedaron vinculadas por existir divergencias o contradicciones entre las condiciones generales intercambiadas. Las cláusulas contradictorias quedan excluidas del contenido del contrato, produciéndose respecto de ellas lo que se ha denominado una *nulidad parcial conforme a la voluntad de las partes*. Esta solución permite sostener la existencia de un contrato a partir del acuerdo de las partes sobre los elementos esenciales de aquel, declarando, en cambio, ineficaces aquellas condiciones respecto de las cuales estas han manifestado su disenso –v. gr., las condiciones contradictorias– (De Castro, 1991, pp. 493-494; Alfaro, 1991, p. 280; Durany Pich, 1992, pp. 1069-1079; Pagador, 2000, p. 269).

Ahora bien, *no puede llegarse a la conclusión expuesta cuando alguna de las partes ha manifestado*—con anterioridad al intercambio de los formularios, o con posterioridad, pero sin demora— *su voluntad de no quedar vinculada por un contrato que surge como consecuencia del intercambio de condiciones generales contradictorias o que no incluya sus condiciones generales* (en este sentido, Alfaro, 1991, p. 279; Durany Pich, 2002, p. 329). La parte que realiza dicha manifestación rechaza de manera expresa que, en esas circunstancias, pueda formarse el contrato. Por lo tanto, no puede entenderse que concurra el consentimiento exigido para considerar que el contrato se ha celebrado válidamente incluyendo las cláusulas coincidentes y excluyendo las contradictorias. Para expresar dicha voluntad no basta con incluir una previsión en ese sentido en las condiciones generales a través de las llamadas «cláusulas defensivas» —por las que se rechaza la eficacia de las condiciones generales de la otra parte para regular el contrato—, o de la «cláusulas de exclusividad» —por las que se sujeta la regulación del contrato a las condiciones generales que contienen dicha cláusula— (Pagador, 2000, pp. 268-269; Ulmer, 2001, p. 256). Cuando la regla general es que la existencia de condiciones generales contradictorias resulta irrelevante para entender válidamente celebrado el contrato, la inclusión de ese tipo de reservas en dichas condiciones no basta para excepcionar aquella regla (Ulmer, 2001, p. 259). Es, entonces, necesario que la parte manifieste fuera de las condiciones generales su voluntad de no quedar vinculada como consecuencia de un intercambio de condiciones contradictorias o por un contrato integrado por condiciones que no son las suyas, o que, al menos, quepa deducir dicha voluntad de las circunstancias concretas del caso (Alfaro, 1991, pp. 279-280; Pagador, 2000, pp. 268-269; Durany Pich, 2002, p. 329; Naudé, 2015, p. 410). En esta situación, la celebración del contrato queda sujeta a la negociación entre las partes de su contenido y, por lo tanto, a las reglas generales en materia de concurrencia de oferta y aceptación (art. 1262.1 CC). De este modo, la devolución de las condiciones generales remitidas por el oferente con modificaciones o añadidos que alteren sustancialmente la oferta —p. ej., por afectar al precio y a la forma de pago, a la cantidad o calidad de las mercancías, al lugar o fecha de entrega, a la responsabilidad de las partes o a la forma de dirimir las controversias— tendrá valor de contraoferta que deberá ser aceptada por aquel. Sin embargo, si se trata de modificaciones o adiciones sobre aspectos no sustanciales de aquella podrá entenderse prestada la aceptación (Díez-Picazo, 1993, pp. 292-293).

1.3 El contenido del contrato

Una vez que el contrato se entiende válidamente celebrado a pesar del intercambio de condiciones generales divergentes o contradictorias, las dudas se proyectan sobre su contenido, toda vez que las partes no han negociado dichas condiciones. Para determinar qué cláusulas pasan a integrar el contrato, hay que distinguir entre cláusulas coincidentes, cláusulas contradictorias y cláusulas unilaterales (Alfaro, 1991, pp. 280-282; Ulmer, 2001, p. 260).

a) *El contrato que resulta del intercambio de condiciones generales contradictorias queda integrado por las cláusulas coincidentes.* La coincidencia revela que son queridas por ambas partes y, por lo tanto, *existe acuerdo con relación a estas, aunque sea inconsciente.* En esta situación, no cabe entender ni que hayan sido predisuestas por una de las partes, ni que resulten impuestas a la otra. No está, entonces, justificada la aplicación del régimen de condiciones generales ni respecto de la inclusión, ni del control de contenido (Alfaro, 1991, p. 281; Durany Pich, 2002, p. 330). La determinación de la existencia de esa coincidencia o acuerdo es una cuestión de interpretación en la que habrá que atender con preferencia al contenido y finalidad de las cláusulas más que a su forma o a su tenor literal (Durany Pich, 2002, p. 330; Perales Viscasillas, 1996, p. 10). En este sentido, cabe entender que hay un acuerdo tácito cuando, a pesar del silencio de las condiciones generales de una de las partes respecto de una determinada cuestión, las condiciones generales de la otra recogen, respecto de dicha cuestión, una cláusula que favorece a aquella y que no presenta vinculación con otras cláusulas contradictorias. A la misma conclusión hay que llegar cuando incluyen una cláusula que resulta habitual en el tráfico (Alfaro, 1991, p. 282; Ulmer, 2001, p. 262; Schroeter, 2013, p. 388; Naudé, 2015, p. 410). Dicho acuerdo tácito quedaría, sin embargo, excluido si la primera de las partes incluyó en las condiciones generales una cláusula defensiva, que excluye la eficacia de las cláusulas de la otra parte para regular el contrato (Ulmer, 2001, pp. 256 y 262).

b) Como ya hemos avanzado, *las cláusulas contradictorias quedan excluidas del contrato al resultar afectadas por la regla de la nulidad parcial.* Este expediente deja sin efecto aquellas condiciones generales que entran en conflicto y que evidencian el desacuerdo de las partes respecto de elementos no esenciales del contrato. De este modo, las partes pueden ahorrarse largas discusiones acerca de dichos elementos conflictivos que podrían acabar frustrando el negocio. Estas pueden dejar la solución de tales cuestiones al derecho dispositivo que les libera de la carga de regularlas (Alfaro, 1991, pp. 361-362).

Ahora bien, cuando las partes no quieran aquel resultado –v. gr., un contrato en el que no se han incluido determinadas cláusulas de sus condiciones generales– podrán excluirlo manifestando su voluntad en ese sentido (v. *supra* 1.2). Por lo demás, la determinación de la existencia de contradicción entre las cláusulas constituye una cuestión de interpretación, que el juez no está legitimado a eliminar sobre la base de la existencia de un contenido «mínimo común», pues, por lo general, este no permitirá atender al interés de la parte que estableció la disposición más amplia –p. ej., aquella que fijó el plazo más extenso–. Cuestión distinta es que ese contenido «mínimo común» pueda responder mejor al interés de las partes que el derecho dispositivo aplicable (v. *infra*). El juez tampoco está legitimado para proceder a una suerte de compensación entre unas y otras cláusulas al objeto de equilibrar la relación contractual, dado que no puede sustituir a las partes en dicho ajuste, que habrá de realizarse, en principio, aplicando el derecho dispositivo (en detalle, Alfaro, 1991, p. 281; Ulmer, 2001, p. 261; en la misma línea, Durany Pich, 2000, p. 1070, y 2002, p. 330; Pagador, 2000, p. 270).

Al quedar excluidas las cláusulas contradictorias, será necesario *completar el programa contractual de las partes colmando las lagunas que la exclusión de aquellas cláusulas puede generar en dicho programa*. A esos efectos, es preciso recurrir al *sistema de fuentes de integración del contrato* –v. gr., la ley dispositiva, los usos y la buena fe (art. 2 C de C y art. 1258 CC)– (Alfaro, 1991, pp. 281-282; Durany Pich, 2002, p. 330). Esta es también la solución que recoge el legislador respecto de los contratos que puedan considerarse de adhesión en los casos de no incorporación al contrato de ciertas cláusulas o de nulidad parcial que permita, no obstante, su subsistencia (arts. 1 y 10.2 LCGC). Cuando se trate de contratos mercantiles, conviene recordar que priman en la integración del contrato el derecho dispositivo legal mercantil y los usos mercantiles sobre el derecho dispositivo legal civil (art. 2 C de C) (Alfaro, 1992, pp. 423-424).

La integración de las lagunas a las que la aplicación de la regla de la nulidad parcial puede dar lugar, recurriendo a las normas de derecho dispositivo, tiene sentido en la medida en que este responda a las *expectativas normativas de las partes* y se corresponda con lo que sería la voluntad presumible de estas, permitiendo así reconstruir la solución que ellas habrían pactado (Alfaro, 1992, pp. 420 y 443). Ahora bien, cuando tras una valoración equilibrada de los intereses de las partes se aprecie que el derecho dispositivo no se ajusta a las expectativas normativas de estas, habrá que acudir al contrato en su conjunto para ver si existe en él algún dato que permita determinar cuál hubiera sido la regulación que se hubieran dado las partes para ese supuesto. Dicha regulación puede venir dada por los usos o por la buena fe (interpretación integradora; art. 1258 CC y art. 57 C de C)

(Alfaro, 1991, pp. 362, 375, 380-383; 1992, pp. 420 y 429). Como se puede observar, en la medida en que cualquiera de estas opciones permite tomar en consideración las expectativas normativas de las partes para colmar esa laguna, no puede considerarse que la integración del contenido del contrato conduzca a imponerles una solución contraria a su voluntad.

No habrá, sin embargo, laguna en el plan negocial de las partes si la respuesta al problema fue prevista por estas en alguna de las condiciones generales, cuyo sentido, no obstante, es necesario aclarar recurriendo a los criterios hermenéuticos correspondientes (arts. 57 y 59 C de C y arts. 1280 a 1289 CC) (Alfaro, 1992, p. 420). Ahora bien, cuando las dudas relativas al contenido del contrato no puedan resolverse ni por vía de interpretación, ni por vía de integración del contrato, habrá que obtener la respuesta aplicando las reglas de cierre del sistema, que prevén la resolución de la cuestión a favor del deudor, en el caso de los contratos mercantiles (art. 59 C de C), y de la mayor conmutatividad, en el caso de los contratos civiles (art. 1289 C de C) (Alfaro, 1992, pp. 437-438).

c) *Las cláusulas unilaterales*, esto es, las que sólo se contemplan en las condiciones generales de una de las partes, *también pueden pasar a formar parte del contrato*. Ahora bien, a falta de ese acuerdo inconsciente entre las partes, dichas cláusulas tendrán la consideración de *predispuestas*. Eso significa que para poder incluirlas en el contrato e imponerlas válidamente a la otra parte deberán cumplir los requisitos de incorporación y superar el control de contenido previstos en la ley (Alfaro, 1991, p. 282; Durany Pich, 2002, pp. 273 y 331). Respecto de los *requisitos de incorporación* (arts. 5 y 7 LCGC), cabe recordar que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, son comunes para los contratos celebrados entre empresarios y los celebrados entre un empresario y un consumidor. No se nos oculta la rigidez con la que se han configurado tales requisitos en el caso de la contratación que deba celebrarse por escrito entre empresarios. Así, se exige que las condiciones sean aceptadas y firmadas por el adherente, que a tal fin le deberán ser entregadas (art. 5.1 LCGC), lo cual podría dificultar, en los casos que examinamos, su inclusión en el contrato. En cambio, en los contratos que no deban celebrarse por escrito, no se exige ni la entrega, ni la firma. Basta con que el predisponente anuncie las condiciones generales en lugar visible dentro del espacio donde se celebre el contrato, o las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración, o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración del contrato (art. 5.3 LCGC) (Durany Pich, 2002, pp. 273-274). Además, en ambos casos, las cláusulas habrán de «ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez» (arts. 5.5 y 7.b) LCGC), que permiten que el adherente se haga una idea

cabal de las obligaciones asumidas en virtud del contrato, así como de las consecuencias de su incumplimiento. En ese sentido, la jurisprudencia entiende que se trata fundamentalmente de un «control de cognoscibilidad», «[I]o que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal» [STS n.º 391/2020, de 1 de julio (préstamo para la adquisición de una licencia de taxi); asimismo, STS n.º 23/2020, de 20 de enero y 12/2020, de 15 de enero (préstamos para la adquisición de una licencia de taxi)]. Se evita, así, que el predisponente adquiera una ventaja estratégica derivada de la discrecionalidad que el incumplimiento de estos requisitos le permitiría reservarse en la ejecución del contrato (Alfaro, 1991, pp. 232-233; en parte, también, González Pacanowska, 1999, pp. 186-187).

En cuanto al *control de contenido*, como ha señalado una parte de la doctrina, no se contempla un control específico en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para el caso de los contratos celebrados entre empresarios. Dejando al margen determinadas disposiciones sectoriales que contemplan la nulidad de ciertas cláusulas por su carácter abusivo, el control de contenido ha quedado limitado en dicha ley al respeto de las normas generales imperativas o prohibitivas (art. 8.1 LCGC) (en detalle, Miquel, 2002, pp. 446-459 y 461; también, Durany Pich, 2002, pp. 273 y 331; respecto de esas disposiciones sectoriales, véase Cámara Lapuente, 2016, pp. 10-11). No puede procederse, entonces, ni a un control de abusividad, ni de transparencia material (Cámara Lapuente, 2016, pp. 16-18, 19-21). La jurisprudencia se manifiesta de manera unánime en ese sentido [véanse, entre tantas, las SSTS n.º 391/2020, de 1 de julio, n.º 23/2020, de 20 de enero y 12/2020, de 15 de enero (préstamos para la adquisición de una licencia de taxi); n.º 82/2018, de 14 de febrero (compraventa de inmueble entre profesionales); n.º 550/2019, de 18 de octubre (adquisición de local comercial y fondo de comercio); n.º 57/2017, de 30 de enero (préstamo a una sociedad mercantil); n.º 41/2017, de 20 de enero (préstamo a un no consumidor); n.º 30/2017, de 18 de enero (préstamo para financiar la compra de una oficina); n.º 367/2016, de 3 de junio (préstamo para la adquisición de una oficina de farmacia); n.º 241/2013, de 9 de mayo (Ausbanc)]. Lo anterior significa que para que las condiciones generales unilaterales puedan imponerse válidamente a la otra parte deberán ser examinadas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1255 CC, a la luz de la ley imperativa —en la que se incluyen, además de las normas imperativas del Código civil o del Código de comercio, las recogidas en la Ley de Consumidores y Usuarios en la medida en que coincidan con reglas generales imperativas que resulten aplicables a cualquier contrato, así como la normativa sectorial imperativa aplica-

ble al contrato–, la moral y el orden público –particularmente el orden público económico– (Miquel, 2002, pp. 459-462, 467-474).

Conforme a lo que acabamos de exponer, el derecho dispositivo no constituye un límite que pueda usarse para proteger al empresario adherente respecto de aquellas condiciones unilaterales que le priven de las facultades o derechos que aquel le reconoce y que han sido desplazadas por la voluntad del predisponente. Tampoco parece que pueda recurrirse a la cláusula general de buena fe para alcanzar ese resultado (Miquel, 2002, pp. 456-459 y 462-467). Sin embargo, la jurisprudencia reciente se ha pronunciado a favor de entender que la buena fe permite remover del contrato entre empresarios aquellas «[...] cláusulas que suponen un desequilibrio en la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato. En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente» [véanse las SSTs n.º 30/2017, de 18 de enero (préstamo hipotecario para financiar la compra de una oficina); n.º 57/2017, de 30 de enero (préstamo a una sociedad mercantil); en la doctrina, en la misma línea, Bercovitz, 1999, pp. 265-269, quien entiende que estas cláusulas pueden considerarse abusivas conforme al antiguo art. 10 bis, párrafo LGCU –actualmente, art. 82.1 LGCU– y pueden ser declaradas nulas *ex arts. 1255 CC y 6.3 CC*, por resultar contrarias a las exigencias de la buena fe)].

Distintos de los supuestos anteriores son aquellos en los que cabe entender que las partes sí han procedido a negociar las cláusulas concretas de las condiciones generales –p. ej., rechazando expresamente alguna de ellas o devolviéndolas a la otra parte con modificaciones (como sucedió en el asunto examinado por la sentencia del Tribunal Supremo n.º 127/1974, de 15 de febrero, en el que la contraparte contestó a la carta pedido remitida por la oferente y que incluía en el dorso las condiciones generales, con una carta de aceptación en la que «[...] expresamente consigna, también en el dorso que en cuanto a plazos, no se acepta penalización por incumplimiento del plazo previsto, y en cuanto a devoluciones de material que, el material defectuoso deberá ser devuelto por el cliente dentro de los tres meses siguientes a su expedición por nuestra fábrica [...],»). En esos supuestos, se abre entre las partes una negociación individualizada sobre las cláusulas en cuestión, de manera que puede considerarse que la parte que rechaza alguna de las cláusulas o que las devuelve modificadas remite una contraoferta. Esta sólo habrá de entenderse aceptada si así lo manifiesta de manera expresa o tácita la otra parte (Alfaro, 1991, pp. 278-279).

2. LA EVOLUCIÓN DE LAS DISTINTAS SOLUCIONES AL PROBLEMA

Son varias las respuestas que se han dado a la batalla de formularios. Las dos primeras son, por una parte, la «regla de la última palabra» (*last-shot rule*), y por otra, la «regla de la exclusión» (*knock-out rule*). A estas se han sumado después la «regla de la primera palabra» (*first-shot rule*) y la «regla de la mejor palabra» (*best-shot rule*). La solución que acabamos de exponer constituye un desarrollo o elaboración de la regla de la exclusión en nuestra doctrina.

2.1 Las reglas del espejo y de la última palabra

La primera solución parte del esquema clásico de la formación del contrato, basado en las reglas generales en materia de oferta y aceptación (Alfaro, 1991, p. 277; Rühl, 2003, p. 191). De acuerdo con este esquema, la aceptación debe recaer sobre el mismo contenido de la oferta –en lo que en derecho inglés se denomina la «regla del espejo», porque debe ser el reflejo de aquella (*mirror image rule*). Si la contraparte introduce alteraciones en elementos de la oferta que no sean insignificantes, ésta se entiende rechazada y dichas modificaciones dan lugar a una contraoferta que corresponde, entonces, al oferente aceptar. En el ámbito de las condiciones generales intercambiadas entre empresarios, la aplicación de la regla del espejo significa que si, en respuesta a las condiciones remitidas por el oferente, la otra parte envía las suyas no está aceptando la oferta, sino formulando una contraoferta que la otra parte habrá de aceptar. A estos efectos, la aceptación se entiende tácitamente prestada cuando esta lleva a cabo un acto de ejecución del contrato (Goode, 2004, pp. 86-87; Rühl, 2003, pp. 192-193). De este modo, el contrato se considera celebrado y su contenido viene, de inmediato, determinado por la última oferta remitida, que es sobre la que se manifiesta el acuerdo de las partes, en virtud de lo que se conoce como la «regla de la última palabra» (*last-shot rule*) (Goode, 2004, p. 87).

Esta solución, que es la que se aplica en derecho inglés a la batalla de formularios, ha sido objeto de importantes críticas, pues a pesar de su aparente sencillez, plantea notables dificultades. Por una parte, la regla de la última palabra sólo resuelve la cuestión relativa a la existencia del contrato cuando se producen actos de ejecución del mismo que se consideran equivalentes a una aceptación tácita. Antes no puede entenderse que haya contrato, razón por la cual las partes no pueden exigirse el cumplimiento –y ello aunque estén de acuerdo en sus elementos esenciales–. Por otra parte, dicha regla puede propiciar que las

partes se lancen a un intercambio de condiciones generales –con los costes que ello supone–, en el que ambas traten de ser la última que haga referencia a las suyas para que puedan incorporarse al contrato (Goldberg, 2006, p. 191). Todo esto genera una importante incertidumbre acerca de la existencia del contrato, de cuándo ha de entenderse celebrado y de los términos del mismo (Alfaro, 1991, pp. 278-279; Durany Pich, 2002, p. 328; Rühl, 2003, pp. 209-211; Ben-Shahar, 2004, pp. 6-7). Esta incertidumbre favorece el oportunismo de las partes, que podrán oponer a su contraparte la inexistencia del contrato si de manera sobrevenida ha dejado de interesarles –p. ej., cuando el precio del bien objeto de la compraventa suba y el vendedor trate de venderlo a un mejor precio–, e incrementa, asimismo, la litigiosidad (Goldberg, 2006, pp. 190-191; Naudé, 2015, p. 413). Es más, dicha incertidumbre hace difícil para las partes determinar cuándo deben dejar de invertir recursos en buscar una alternativa para contratar o cuándo deben realizar las inversiones valiosas para el contrato –p. ej., la contratación de trabajadores o la compra de materiales para la producción (Shavell, 2004, pp. 295 y 327)–. Por lo demás, la regla de la última palabra confiere una ventaja difícil de explicar a una de las partes –aquella que remite el formulario en último lugar–, al darle el control del contrato y permitirle que este se forme sobre la base de sus condiciones. La práctica indica que la última palabra suele corresponder al vendedor (Durany Pich, 2002, p. 328; Goldberg, 2006, p. 191).

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (1980) no ha contemplado una regla especial respecto de la batalla de formularios. Como se reconoce en la Opinión consultiva n.º 13 del Comité Consultivo de la CISG (2013, disponible en <http://www.cisgac.com/opinions/#spanish>), el problema fue discutido «pero no pudo resolverse» (párr. 10.5, p. 18). Por esta razón, se ha venido entendido que han de aplicarse a estos casos las reglas relativas a la formación del contrato y, más concretamente, las reglas relativas a la aceptación y a la presencia en la aceptación de adiciones, limitaciones y modificaciones a la oferta (art. 19 CNUCCIM) (Schroeter, 2013, p. 383; Ferrari, 2011, 288-289). La aplicación de estas normas conduce a unos resultados análogos a los que acabamos de exponer –v. gr., aplicación de la regla de la última palabra, de modo que si el aceptante contesta introduciendo modificaciones que no alteren sustancialmente los elementos de la oferta, se entiende aceptada; sin embargo, si las modificaciones alteran sustancialmente los elementos de ésta, se entiende que formula una contraoferta cuya aceptación se sujeta en principio al régimen de la CNUCCIM. Dicho régimen permite considerarla aceptada si la contraparte realiza actos de ejecución del contrato (en detalle, Perales Viscasillas, 1996, pp. 3 y 11-16; Ferrari, 2011, pp. 289-291; Rühl, 2003, pp. 196-197).

La insatisfacción que producen esos resultados ha llevado a ciertos sectores de la doctrina y a algunos tribunales a ensayar interpretaciones de esta norma que les permitan eludir dichas consecuencias (Durany Pich, 2002, p. 333; Rühl, 2003, p. 198). En este sentido, algunos autores han entendido que el contenido del art. 19 CNUCCIM es dispositivo y las partes puede, entonces, excluir su aplicación (Schroeter, 2013, pp. 385-386; en un sentido similar, Ferrari, 2011, p. 290). Asimismo, este afán de desactivar tales consecuencias resulta particularmente patente en la sentencia del Tribunal Supremo alemán, de 9 de enero de 2002 (asunto de la leche en polvo, VIII ZR 304/00, disponible en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2002-1-9&nr=19924&pos=4&anz=11>). En este caso, las partes –un fabricante alemán de leche en polvo (vendedor) y un distribuidor neerlandés de productos lácteos (comprador)– intercambiaron condiciones generales contradictorias en el marco de un contrato de compraventa. Las condiciones del vendedor, remitidas con el justificante de entrega, sometían el contrato a sus propias condiciones –entre las que, sin embargo, no se incluía una cláusula relativa al alcance de su responsabilidad– y rechazaban expresamente las condiciones del comprador que entraran en contradicción con las suyas. En cambio, las condiciones del comprador limitaban la responsabilidad del vendedor al importe de las mercancías facturadas. Ejecutadas las prestaciones por ambas partes, los problemas surgen cuando se pone de manifiesto que la leche en polvo objeto del contrato estaba rancia y el comprador se dirige, entonces, al vendedor exigiéndole que repare los daños. El Tribunal Supremo alemán entendió, por una parte, que a pesar de la discrepancia existente entre las condiciones generales intercambiadas, el contrato debía entenderse válidamente celebrado por no existir discrepancia sobre sus elementos esenciales, como probaba el hecho de que ambas partes hubieran ejecutado el contrato. Por otra parte, consideró que sólo podrían quedar integradas en el contrato aquellas cláusulas que, examinado en su conjunto, no resultaran contradictorias, aplicándose respecto del resto de las cuestiones las normas de derecho dispositivo (Wildner, 2008, pp. 14-25). Adviértase que, en este caso, la aplicación estricta de la regla de la última palabra hubiera conducido a entender que se imponían las condiciones del vendedor, llegándose a una situación sorprendente en la que quedaría excluida la cláusula incorporada en las condiciones del comprador que le beneficiaba (Wildner, 2008, p. 26).

A la vista de todo lo anterior, en la referida Opinión consultiva se afirma que «[a]unque la regla de Último Disparo pareciera conformarse a una interpretación literalmente estricta del artículo 19 CISG, conduce sin embargo a resultados aleatorios, casuísticos, injustos y muy difíciles de prever» (párr. 10.6,

p. 19). Se entiende, entonces, que el Comité concluya que «[l]a doctrina de la Exclusión se aplica a la situación de la Batalla de Formularios a menos que una parte haya explícitamente excluido dicha regla, indicando de manera explícita por adelantado que no se considerará vinculado a cláusulas estándar que no sean las que ha propuesto. Pero no será suficiente la mera inclusión de tal cláusula en las cláusulas estándar» (párr. 10.8, p. 19). A raíz de esta Opinión consultiva, adoptada en lo que se refiere a esta cuestión con un solo voto disidente, ha empezado a entenderse que, también en el marco de la Convención de Viena, resulta de aplicación la regla de la exclusión, que expondremos a continuación (Portellano, 2016, p. 65).

2.2 La regla de la exclusión

La regla de la exclusión (*knock-out rule*) pretende superar las dificultades que plantea la regla de la última palabra. A esos efectos, se introduce una disposición particular en atención a la cual ha de entenderse celebrado el contrato, a pesar del intercambio de condiciones generales contradictorias, si las partes están de acuerdo en los elementos esenciales del mismo. Esta es, en lo esencial, la solución que ha quedado recogida en el artículo 2.207 *Uniform Commercial Code*, que establece lo siguiente:

§ 2-207. *Additional Terms in Acceptance or Confirmation.*

1) *A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.*

2) *The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:*

- (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;*
- (b) they materially alter it; or*
- (c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.*

3) *Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.*

No desconocemos que este precepto ha suscitado no pocas críticas (Goldberg, 2006, p. 189). No obstante, como indicábamos, de manera general se considera que el contrato ha quedado válidamente celebrado a pesar de las discrepancias existentes entre las condiciones generales intercambiadas. Esta solución refleja la que constituye la voluntad más probable de las partes (Naudé, 2015, p. 413). Para alcanzar tal solución basta con que las partes reconozcan con sus actuaciones que el contrato se ha formado [§ 2-207(3) UCC]. Al contrato se incorporan, entonces, las cláusulas de los formularios respecto de las cuales las partes están de acuerdo, así como aquellas otras cláusulas adicionales que conforme a esta norma deban incorporarse al contrato. En esta situación, la mayoría de la doctrina y de los tribunales entienden que quedan eliminadas del contrato las condiciones contradictorias, las cuales son reemplazadas por las reglas dispositivas del UCC (Rühl, 2003, pp. 198-201).

Desde la jurisprudencia alemana se ha construido una solución análoga, que cuenta con un importante desarrollo doctrinal (al respecto, por todos, Ulmer, 2001, pp. 254-264). Esta solución también ha quedado recogida en distintos principios y textos internacionales (para una exposición detallada, Rühl, 2003, pp. 201-205). La solución seguida mayoritariamente en España y expuesta en este trabajo (v. *supra* 1) es una construcción doctrinal que se basa en los desarrollos de la doctrina y jurisprudencia alemanas.

2.3 La regla de la primera palabra

Junto a las soluciones que acabamos de exponer, el Código civil neerlandés ha consagrado una solución legislativa alternativa, que se conoce como la regla de la primera palabra (*first-shot rule*). De acuerdo con esta regla, el problema del intercambio de condiciones generales contradictorias se resuelve entendiendo que el contrato resulta válidamente celebrado sobre la base de las condiciones remitidas por el oferente desde el momento en que recaiga la aceptación de la otra parte, que puede ser tácita (Naudé, 2015, p. 412). Así:

Article 6:225(3): Where offer and acceptance refer to different general conditions, the second reference is without effect, unless it explicitly rejects the applicability of the general conditions as indicated in the first reference.

A salvo de lo anterior quedan los casos en los que la contraparte haya rechazado expresamente la aplicación de las condiciones generales remitidas con la oferta, lo que precipitará la apertura de la negociación entre las partes

para determinar el contenido del contrato y que deban aplicarse, entonces, las reglas en materia de oferta y aceptación.

Esta solución conduce a una situación parecida a la que genera la aplicación de la regla de la última palabra. En efecto, también en este caso la solución se construye primando la cronología en el intercambio de las condiciones sobre la voluntad de las partes en la formación y en la determinación del contenido del contrato. Como consecuencia, la aplicación de esta regla genera problemas similares a los descritos al examinar la regla de la última palabra (Ben-Shahar, 2004, pp. 6-7).

2.4 La regla de la mejor palabra

Esta construcción teórica se basa en la idea de favorecer *ex ante* el comportamiento cooperativo de las partes al redactar sus condiciones generales. En efecto, al estudiar las condiciones generales se advierte que, de acuerdo con las normas aplicables, las partes carecen de incentivos para tomar en consideración los intereses de la contraparte (Goldberg, 2006, p. 189). Es más, se registra una tendencia significativa a incorporar cláusulas unilaterales que les permitan controlar el contrato, ya que el coste de incorporar dichas cláusulas no resulta muy elevado (Goldberg, 2006, p. 192). En virtud de la regla de la mejor palabra (*best-shot rule*), en caso de que las partes hayan intercambiado condiciones generales contradictorias, el contrato se entiende válidamente celebrado, pero *el juez debe incorporar al contrato aquellas condiciones generales que contemplan mejor el interés de la contraparte y que, por lo tanto, sean menos unilaterales*. Como, por lo general, en sus diferentes transacciones las partes actúan a ambos lados de la relación contractual –p. ej., como compradores y como vendedores–, se puede tomar como muestra de condiciones que contemplan mejor el interés de la contraparte aquellas que esa misma parte ha redactado para los casos en los que se encuentra en la posición contraria (Goldberg, 2006, pp. 196-197). Así, cuanto mayor sea la divergencia de las condiciones propuestas con las condiciones redactadas por esa misma parte para los supuestos en los que se encuentra en la otra posición, menor será la probabilidad de que las condiciones resulten finalmente incorporadas al contrato. Al incentivar a las partes a tomar en consideración el interés de su contraparte al redactar las condiciones generales, la regla de la mejor palabra debería permitir diseñar condiciones menos divergentes y reducir la litigiosidad (Goldberg, 2006, p. 200). Sin embargo, a pesar de su interés, por el momento, esta regla no se ha incorporado a ningún texto normativo o principio internacional.

2.5 La batalla de formularios en la jurisprudencia española

En nuestra jurisprudencia esta cuestión se abordó en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 127/1974, 15 de febrero. Ahora bien, conviene precisar que, como ya hemos indicado, en este caso, la empresa destinataria de la oferta excluyó una de las cláusulas remitidas al dorso de la nota de pedido de la oferente y añadió otra. De este modo, más que ante un caso de batalla de formularios que deba resolverse aplicando la regla de la exclusión, parece que nos encontramos ante un supuesto de modificación individualizada de la oferta respecto de dos cláusulas del contrato. El problema se resuelve, entonces, aplicando el régimen general, esto es, necesidad de que recaiga la aceptación de la contraparte sobre dichas cláusulas que, como reconoce el Tribunal, puede ser tácita (Alfaro, 1991, pp. 278-279). Sin embargo, no han faltado voces en la doctrina que ven en esta sentencia un ejemplo de la aplicación de la regla de la última palabra a la resolución de los problemas que plantea el intercambio de condiciones generales contradictorias (Durany Pich, 2002, pp. 328-329).

3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

La batalla de formularios surge como consecuencia de la aparición en el tráfico de la contratación en masa y de las condiciones generales de la contratación. Esto explica que no encuentre una respuesta específica en los códigos decimonónicos. Sin embargo, tampoco la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ha dado respuesta a esta cuestión. Esto constituye una diferencia importante con otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que han sido recientemente modificados y que han incorporado normas al respecto. Tal es, por ejemplo, el caso del artículo 1119 *Code civil*, modificado por la *Ordonnance* 2016-131, de 10 de febrero, que consagra la regla de la exclusión al disponer que «[e]n cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet» (Chantepie/Latina, 2018, pp. 203-204). Esta solución contrasta, sin embargo, con la dispuesta en el ámbito mercantil en el artículo L441-1. III *Code de Commerce*, donde se establece la primacía de las condiciones generales del vendedor que no pueden quedar excluidas por las condiciones generales del comprador. Así, «[d]ès lors que les conditions générales de vente sont établies, elles constituent le socle unique de la négociation commerciale» (Chantepie/Latina, 2018, p. 204)].

Esa falta de regulación ha llevado a quienes se han ocupado de la revisión del derecho de obligaciones y contratos a realizar distintas propuestas para dar respuesta a este problema, alineándose, mayoritariamente, en torno a la regla de la exclusión (v. *supra* 2.2) y, por lo tanto, a la solución seguida mayoritariamente por la doctrina. Así, la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) (disponible en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Ano_2009.PDF), establece una regla especial respecto de la regla general de formación del contrato, que queda formulada en términos muy parecidos a la solución acogida por la doctrina mayoritaria, ya expuesta en este trabajo. Así,

Artículo 1252. Cuando en el proceso de formación del contrato ambas partes hayan utilizado formularios de condiciones generales diferentes, si han llegado a un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato y las demás condiciones particulares, existirá contrato regido por las condiciones particulares convenidas y aquellas condiciones generales que sean sustancialmente comunes. En lo demás se aplicará lo dispuesto en el artículo 1243 de este Código.

La norma del párrafo anterior no será aplicable cuando una de las partes haya comunicado a la otra sin demora desde que se produjo el acuerdo, su voluntad de no quedar vinculada en otros términos que los previstos en sus condiciones generales.

Esta solución está inspirada en distintos textos internacionales que han abordado la cuestión. En este punto, constituyen referencia obligada los *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, tanto en sus versiones de 1994, como de 2010 (disponible en <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>). Respecto de los contratos internacionales, estos principios establecen una regla especial para salvar las importantes dificultades que plantea la aplicación a la batalla de formularios de las reglas del espejo y de la última palabra. Se separan, para ello, de lo dispuesto en dichos principios con carácter general en materia de oferta y aceptación (artículo 2.1.11) y recogen la regla de la exclusión (Naudé, 2015, p. 408). Así, disponen lo siguiente:

Artículo 2.1.22 (Conflicto entre formularios)

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligado por dicho contrato.

El contrato se entiende, entonces, formado sobre las cláusulas que sean «sustancialmente comunes» (Naudé, 2015, p. 411). Ahora bien, las partes pueden excluir este régimen, señalándolo a través de una declaración específica, que la doctrina precisa que no podrá incluirse en las condiciones generales (Naudé, 2015, p. 410). Adviértase que estos principios no contemplan ninguna previsión respecto de las reglas a aplicar para colmar las lagunas que resulten de la exclusión de las cláusulas que no sean «sustancialmente comunes» (Rühl, 2003, p. 208). Sin embargo, esto no debe sorprendernos. A fin de cuentas, este artículo se limita a establecer una regla especial para resolver el conflicto de condiciones. Las lagunas que puede generar la no incorporación de determinadas condiciones al contrato deberán ser colmadas recurriendo a las normas de integración previstas en el derecho que resulte aplicable a aquel (Naudé, 2015, p. 411).

En el ámbito europeo, una solución análoga ha sido recogida con posterioridad tanto en los *Principles of European Contract Law* (PECL, 2002) (disponibles en <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf>), como en el *Proyecto de Marco Común de Referencia* (DCFR, 2009). No obstante, a diferencia de los Principios UNIDROIT, ambos establecen de manera expresa que la voluntad de una de las partes de no quedar vinculada por un contrato que se forme sobre la base del intercambio de condiciones generales contradictorias no podrá manifestarse en las condiciones generales. Así,

Article 2:209 (ex art. 5:210) PECL – Conflicting General conditions.

(1) *If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance.*

(2) *However, no contract is formed if one party:*

(a) *has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or*

(b) *without delay, informs the other party that it does not intend to be bound by such contract.*

(3) *General conditions of contract are terms which have been formulated in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature, and which have not been individually negotiated between the parties.*

II. – 4:209 DCFR: Conflicting standard terms

(1) *If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting standard terms, a contract is nonetheless formed. The standard terms form part of the contract to the extent that they are common in substance.*

(2) *However, no contract is formed if one party:*

(a) *has indicated in advance, explicitly, and not by way of standard terms, an intention not to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or*

(b) *without undue delay, informs the other party of such an intention.*

También en estos casos, la integración de las lagunas que se producen en el contrato como consecuencia de la exclusión de las cláusulas que no sean comunes se entiende remitida al régimen general de integración del contrato (Rühl, 2003, pp. 208-209). Estas soluciones han merecido, sin embargo, alguna crítica por haber descartado otras opciones más novedosas, como pueda ser las que proponen dar prevalencia a las condiciones generales más favorables para la otra parte –v. gr., la regla de la mejor palabra– (Gómez Pomar/Gili Saldaña, 2012, p. 18).

Las anteriores soluciones contrastan con la propuesta, en nuestro ordenamiento, en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil de 2014 (disponible en http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Anteproyecto_LEY_CMer.pdf). En efecto, este se aproxima a la cuestión asumiendo que las partes negocian el contenido del contrato y que, por lo tanto, son de aplicación las reglas del espejo y de la última palabra. Así, dispone lo siguiente:

Artículo 430-5. Condiciones generales contradictorias.

1. *Las condiciones generales que se incluyan en una oferta de contrato pasan a formar parte del contrato por el mero hecho de la aceptación de la oferta que las incluye.*

2. *Sin embargo si la aceptación contuviera otras condiciones generales son éstas últimas las que pasarán a formar parte del contrato a menos que el oferente, sin demora o con demora justificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así los términos del contrato serán los de la oferta con las condiciones generales contenidas en la aceptación.*

Las dificultades que plantea una solución como esta ya han sido expuestas (v. *supra* 2). También hemos visto cómo la más reciente interpretación del art. 19 CNUCCIM, resultante de la Opinión consultiva n.º 13, da cabida a la regla de la exclusión. Estos son dos argumentos de peso que deberían llevar a reconsiderar la solución acogida en el Anteproyecto. Por lo demás, entendemos que no hay justificación para adoptar soluciones distintas en el ámbito civil y mercantil respecto de este problema.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.
- «La función de los usos en el Código de comercio (Notas para una reinterpretación del art. 2 C de C)», *RDM*, n.º 205, 1992, pp. 419-444.
- BEN SHAHAR, O., «An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms», *University of Michigan. John M. Olin Center For Law & Economics*, paper 04-018, 2004, disponible en <https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2004/Documents/ben-shahar04-18.pdf>, pp. 1-26.
- BERCOVITZ, R., «Comentario del artículo 8 LCGC», en R. Bercovitz (coord.), *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, pp. 259-269.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios», *El Almacén de Derecho*, 2016, pp. 1-36.
- CARRASCO, A., *Derecho de los contratos*, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 5/49-5/50 (versión Proview).
- CHANTEPIE, G./LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2.ª edición, Dalloz, París, 2018.
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991 (reimpresión).
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I (Introducción. Teoría del contrato), 4.ª edición, Civitas, Madrid, 1993.
- DURANY PICH, S., «Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto», *ADC*, n.º 45, 1992, pp. 1011-1096.
- «Comentario de los artículos 5 y 7 LCGC», en A. Menéndez/L. Díez-Picazo (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 264-335.
- FERRARI, F., «Comentario del artículo 19 CISG», en S. Kröll/L. Mistelis/P. Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Beck, Múnich, 2011, pp. 279-295.
- GARCIMARTÍN, F., «Batalla de formularios y cláusulas de elección de ley: la solución de los principios de La Haya», en A. Carrasco *et al.* (dirs.), *Tratado de la compraventa (Homenaje a Rodrigo Bercovitz)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, secciones 1-9 (versión Proview).
- GOLDBERG, V., *Framing Contract Law. An Economic Perspective*, Harvard University Press, Massachusetts, 2006.
- GÓMEZ POMAR, F./GILI SALDAÑA, M., «El futuro Derecho opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *InDret*, n.º 1, 2012, pp. 1-27.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario del artículo 5 LCGC», en R. Bercovitz (coord.), *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, pp. 139-192.

- GOODE, R., *Commercial Law*, 3.^a edición, Penguin Books, Londres, 2004.
- MIQUEL, J. M., «Comentario del artículo 8 LCGC», en A. Menéndez/L. Díez-Picazo (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 428-482.
- MORALES MORENO, A. M., «Comentario del artículo 1261 CC», en L. Díez-Picazo/R. Bercovitz/C. Paz-Ares/P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 442-446.
- NAUDÉ, T., «Comentario del artículo 2.1.22», en S. Vogenauer (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.^a edición, Oxford University Press, 2015, pp. 408-414.
- PAGADOR LÓPEZ, J., «Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales», en U. Nieto (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 221-300.
- PERALES VISCASILLAS, P., «La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los principios de UNIDROIT», *Diario La Ley*, 1996, pp. 1-28 (versión Smarteca).
- PORTELLANO, P., «El papel de los formularios en la perfección del contrato y en la determinación de su contenido», en J. Kindl/P. Perales Viscasillas/T. Arroyo Vendrell (dirs.), *Standardisierte Verträge –zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 57-67.
- RÜHL, G., «The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations», *U Pa J Int'l Econ L*, 24, 2003, pp. 189-224.
- SCHROETER, U. G., «Comentario del art. 19 CISG», en *Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht –CISG–*, 6.^a edición, Beck, Múnich, 2013, pp. 370-388.
- SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Contracts*, Harvard University Press, Cambridge, 2004.
- ULMER, P., «Comentario del § 2 AGBG», en P. Ulmer/H. E. Brandner/H. D. Hensen/H. Schmit, *AGB-Gestz. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 9.^a edición, Otto Schmidt, Colonia, 2001, pp. 189-266.
- WILDMER, K., «Art. 19 CISG: The German Approach to The Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002», *Pace Int'l L Rev*, n.º 20, 2008, pp. 1-30.

IV

LOS DEBERES DE PROTECCIÓN EN EL DESARROLLO DE LA RELACION OBLIGATORIA

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. Planteamiento del problema.–2. El fundamento normativo de los deberes de protección. 2.1 La tesis que propugna la contractualidad de los deberes de protección. a) La experiencia alemana tras la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones de 2002. b) La experiencia española. La buena fe contractual como fuente integradora de deberes implícitos de protección o seguridad. La doctrina de la STS 1193 de 20 de diciembre de 2004. 2.2. La tesis que propugna la extracontractualidad de los deberes de protección. a) La conexión de la indemnidad de la persona con el denominado interés de integridad pero no con el de prestación. b) La buena fe, por si sola, no justifica la existencia de deberes implícitos de protección o seguridad. La experiencia del Derecho inglés. c) La descontractualización de la obligación de seguridad en el Derecho europeo. La influencia de la Directiva 85/374 CEEy de la Directiva 2001/95 CEE. d) La categoría del deber general de seguridad en la normativa sobre protección de los consumidores. La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos y el principio de precaución. La doctrina de la STS 545 de 9 de diciembre de 2010. e) La categoría del deber general de protección. La doctrina de la STS 135 de 4 de marzo de 2009.–3. Recapitulación.–4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se observa que el campo de actuación de los deberes de protección, también denominados deberes u obligaciones de seguridad, ha sido siempre el Derecho del trabajo y la órbita del contrato de trabajo, pues deberes de protec-

ción son todos los que pesan sobre el empresario para conseguir la seguridad e higiene en el trabajo o prevenir los riesgos laborales; son, lógicamente, deberes de orden contractual cuya finalidad es impedir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. De conformidad con la Directiva-Marco de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995 desarrolla en su capítulo III los aspectos contractuales de la seguridad e higiene en el trabajo, nacidos del propio contrato de trabajo. El empresario debe seguridad a sus trabajadores, como una más de las obligaciones legales incorporadas al contrato de trabajo (art. 14 LPRL). En el mismo sentido el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDL de 23 de octubre de 2015, al establecer los derechos y obligaciones legales de seguridad e higiene en el contrato de trabajo (art. 19 TRLET). El segundo gran campo de actuación se centra en el contrato de transporte de personas en sus diferentes modalidades. Pero la existencia de deberes de protección puede generarse en todas aquellas relaciones contractuales en que, de un modo u otro, en la ejecución de una prestación contractual, la vida o la integridad física de la otra parte contratante puede quedar en peligro. Sin embargo, como observa Díez-Picazo¹, el problema actual radica en que lo que parecía un hallazgo, no ha dejado de ser objeto de discusión y hay direcciones doctrinales en las que se produce un franco retroceso, sin que falten intentos por reconducir los problemas a su «sede propia», que sería el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

Una solución que también se propugna es la consistente en entender que se produce una concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual, teniéndose en cuenta que los deberes de protección, aunque se enmarquen en un contrato, como puede ser, por ejemplo, un contrato de transporte, tienen que ver básicamente con el interés de integridad.

Se plantea sobre todo la cuestión de la posible existencia de una obligación implícita de seguridad o protección, cuyo fundamento normativo se encontraría en el art. 1258 CC, y, en concreto, en la buena fe contractual. Hasta tal punto la cuestión es debatida, que en Alemania se señala que uno de los aspectos más relevantes de la reforma del Derecho de obligaciones es el acogimiento expreso de la teoría de los deberes contractuales de protección en el BGB. De esta manera la relación obligatoria no se agota con deberes de prestación, sino que también incumbe a cada parte la obligación de respetar los bienes jurídicos e intereses de la otra parte (par. 241. 2 BGB). Estos deberes

¹ Díez-PICAZO, L., Prólogo, 2000, p. 19.

tienen que proteger el interés de integridad de la otra parte, y por eso se denominan deberes de protección². El BGB reconoce un derecho a reclamar daños en lugar de la prestación. Al amparo de este principio se encuentra una gran variedad de deberes accesorios. La infracción de cualquiera de ellos comporta la posibilidad de poder reclamar daños en lugar de la prestación, siempre que sea razonable entender que el acreedor ya no va a obtener el cumplimiento. Así sucede, por ejemplo, cuando el pintor lleva a cabo impecablemente su trabajo, pero, además de pintar las paredes, cada vez que mueve de sitio la escalera causa daños en puertas, lámparas u otro mobiliario de la casa del acreedor. O sería también el caso de la canguro que se ocupa con gran ternura de los niños que están a su cuidado, pero que reiteradamente imputa a la cuenta de su empleador más horas de las que realmente invierte en tal cuidado. Según la regulación anterior a la reforma, a estos casos les resultaba de aplicación la doctrina de la infracción positiva. En estos ejemplos, los deberes accesorios no afectan al cumplimiento en cuanto tal: no es que el cumplimiento de la prestación principal sea deficiente, sino que se ha llevado a cabo en condiciones que el acreedor no tiene por qué soportar. La infracción de los deberes accesorios que sí afectan directamente al cumplimiento —el médico que no proporciona información detallada del tratamiento que administra a su paciente; el vendedor que no envuelve correctamente el objeto que vende y que, en consecuencia, resulta dañado— implican un cumplimiento defectuoso.

Los Principios de Derecho Contractual Europeo, los PCEL, no contemplan reglas específicas sobre los deberes accesorios, pero de todas maneras la duda es saber si en otros ordenamientos jurídicos distintos del alemán el incumplimiento de los deberes accesorios que no afectan al cumplimiento no se reputaría como daños extracontractuales³.

Todo este debate se refleja en la Propuesta de la Comisión General de Codificación para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, al disponer el art. 1188 CC que «hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal y cualquiera de los deberes que de la relación resulten», planteándose si entre estos deberes se encuentran los de protección.

A fin de afrontar cuestiones como la apuntada, es fundamental la normativa sobre la protección de los consumidores y, en concreto, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por RDL de 16 de noviembre de 2007, que consagra la existencia de un

² LOOSCHELDERS, D., 2021, p. 33.

³ ZIMMERMANN, R., 2008, pp. 59-60.

deber general de seguridad y regula la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos. Pero, más allá del ámbito de protección del consumidor, se propugna la existencia de un deber general de protección, aplicable a toda relación donde esté comprometida la seguridad de la persona, lo cual se analiza desde la perspectiva del Código Civil.

2. EL FUNDAMENTO NORMATIVO DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN

2.1 La tesis que propugna la contractualidad de los deberes de protección

a) LA EXPERIENCIA ALEMANA TRAS LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES DE 2002

En el Derecho alemán ya no es imprescindible recurrir a la buena fe (*Treue und Glauben*), a la que se refiere el par. 242 BGB, para fundamentar la contractualidad de los deberes de protección (*Schutzpflichten*), porque, como se afirma en nuestra doctrina⁴, tras la Modernización del Derecho de Obligaciones, que entró en vigor el 1 de enero de 2002, los nuevos párrafos del BGB sobre la responsabilidad por incumplimiento contemplan construcciones que son un claro reflejo de la cultura jurídica alemana, como sucede con el par. 241.2 BGB, en el que se recoge la teoría de los deberes de protección. De esta manera la construcción de los deberes de protección encuentra su sede normativa en este párrafo y se ensancha el ámbito de la responsabilidad contractual a efectos resarcitorios.

En virtud de lo dispuesto en el par. 241.2 BGB, se reconocen los deberes de protección por medio de la ley, si bien en lugar de emplearse la terminología utilizada por la doctrina y la jurisprudencia se afirma que «la relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, puede obligar a cada parte a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte». La relación obligatoria no sólo origina el deber de cumplimiento de la prestación debida, sino que en esta norma encuentran regulación legal deberes que no afectan al cumplimiento en cuanto tal, es decir, que no forman parte de la prestación⁵.

⁴ LAMARCA I., VALDÉS, A., *InDret*, abril, 2001, pp. 6-7. Tiene un notable valor la traducción del BGB que ha dirigido este autor, publicada por la ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

⁵ EBERS, M., *ADC*, 2003-4, pp. 1589-1590; ZIMMERMANN, R., 2008, p. 59.

Se establece un régimen legal específico cuando se vulneran deberes de protección. Como regla general, el acreedor podrá reclamar indemnización de daños y perjuicios (par. 280.1 BGB). Sin embargo, cuando no se pueda alcanzar la finalidad del contrato, el acreedor podrá desistir de su interés en la ejecución del contrato y exigir indemnización en lugar de prestación (par. 282 BGB). También se permite la resolución del contrato bilateral por violación de alguno de los deberes previstos en el par. 241.2 BGB, entre los que se encuentran los deberes de protección, si ya no es exigible el mantenimiento del contrato (par. 324 BGB)⁶.

El reconocimiento de los deberes de protección como deberes insertos en la relación obligatoria y, por ello, contractuales, con aplicación de un régimen específico cuando se vulneran, contenido básicamente en los pars 280.1, 282 y 324 BGB, concreta la distinción de los deberes de protección del deber principal de prestación y de los deberes accesorios de prestación, y, en general, de los otros deberes de conducta que recaen sobre el deudor, como los deberes de lealtad y fidelidad, así como de los deberes de cuidado delictuales mencionados en el par. 823 I BGB⁷.

En contraste con el régimen aplicable a los deberes de protección, el sistema de responsabilidad extracontractual del BGB está gobernado por la cláusula del par. 823 I BGB, que limita el deber de cuidado a la protección de algunos derechos absolutos, como el cuerpo, la salud y la propiedad, con exclusión del daño económico puro⁸.

Las insuficiencias de este sistema, con ausencia de una auténtica cláusula general de responsabilidad⁹, ha determinado que la jurisprudencia haya creado un principio general de seguridad, que evidencia la importancia que en el Derecho alemán se da a la seguridad¹⁰, construyendo la categoría de los deberes de seguridad del tráfico (*Verskehrssicherungspflichten*)¹¹. La existencia de este deber de seguridad significa que, quien crea o controla una fuente de peligro, debe adoptar las precauciones precisas para no causar el daño que afecte a los derechos o bienes jurídicos aludidos en el par. 823 I BGB. La responsabilidad surge fundamentalmente por la omisión culpable de las medidas precisas para evitar o prevenir daños¹², si bien se aplica también cuando por un hacer

⁶ EBERS, M., *ADC*, 2008-4, pp. 1590 y 1593.

⁷ KREBS, P., 2016, pp. 20-23. Desde una perspectiva comparativa lo subrayan MARKESINIS, B., UNBERATH, H., y JONSTON, A., 2006, p. 128.

⁸ MARKESINIS, B., UNBERATH, H. y JONSTON, 2006, p. 128.

⁹ LARENZ, K., CANARIS, C.W., 1994, pp. 399 y 402.

¹⁰ VAN DAM, C., 2013, p. 86.

¹¹ WAGNER, G., 2017, pp. 1803-1840.

¹² VAN DAM, C., 2013, p. 87.

positivo pueden ser violados deberes de seguridad en el tráfico, de tal manera que cualquier persona que resulte lesionada puede reclamar la reparación del daño (pars 823 y 836 BGB). El deber de seguridad existente a cargo de quien pone en circulación productos es una de las manifestaciones en que ese deber ha dado más juego¹³, aunque se subraya que este sistema ofrece graves inconvenientes para la adecuada protección del tercero frente al fabricante. Tales inconvenientes hacen referencia a la extensión del daño y al requisito de la culpa¹⁴. Estos problemas han desaparecido en el Derecho alemán tras la promulgación de la Ley de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos de 15 de diciembre de 1989 (*Produkthaftungsgesetz*), que transpuso la Directiva 85/374 CEE, con un régimen de responsabilidad objetiva por los daños causados por el producto defectuoso desde su puesta en circulación¹⁵.

b) LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA. LA BUENA FE CONTRACTUAL COMO FUENTE INTEGRADORA DE DEBERES IMPLÍCITOS DE PROTECCIÓN O SEGURIDAD. LA DOCTRINA DE LA STS 1193 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2004

No plantea problemas la admisibilidad de deberes contractuales de protección cuando los establece la ley en determinados contratos, como el contrato de trabajo, al que ya hemos hecho referencia, y el contrato de aparcamiento de vehículos, al que nos referiremos más adelante. Los autores que defienden en el Derecho español los deberes contractuales de protección sobrepasan este ámbito, y tienen en cuenta la función integradora de la buena fe, presente en el art. 1258 CC, que permite incluir en el contrato reglas de conducta objetivamente adicionales a las que las partes han asumido expresamente¹⁶.

La buena fe completa de esta manera la insuficiente reglamentación contractual, no tanto por la vía interpretativa, atendiendo al esclarecimiento de la voluntad-declaración de las partes, cuanto a la propia eficacia normativa de la buena fe como principio general, susceptible, por consiguiente, de ser particularizado en cada caso concreto¹⁷.

Esto explica que se considere que, al derivar en su mayor parte de la buena fe (art. 1258 CC), los deberes de protección sean un número abierto¹⁸.

¹³ Así lo remarca en nuestra doctrina PARRA LUCÁN, M.^a A., 1990, p. 178 y n. 143.

¹⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., 1974, pp. 88-89.

¹⁵ WAGNER, G., 2013, pp. 2805-2933.

¹⁶ Díez-PICAZO, L., 2007, p. 432.

¹⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C., RDP, enero, 1980, pp. 73-78.

¹⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 1995, p. 4501.

Desde esta perspectiva, la obligación integrada con las exigencias de la buena fe impone no sólo la realización de la prestación debida, sino su ejecución de forma cauta, cuidadosa o prudente, de manera que no resulten lesionados otros bienes jurídicos del acreedor, personales o patrimoniales, distintos del objeto prestacional definido en la obligación, pero que una actividad de su cumplimiento desatenta o descuidada pondría en peligro. Se trata no ya de un deber de cautela que incumba a cualquiera, sino de deberes específicos/contractuales que se imponen al deudor de una concreta obligación frente al acreedor, que miran no ya a la tutela del interés de prestación de éste, sino de su interés de integridad personal y patrimonial, en los términos en que, según la buena fe y la obligación, cabe legítimamente esperar de quien debe esa correcta prestación.

El contacto social aplicable a la relación social ya establecida, aleja a los deberes de protección del genérico deber de no causar daño a otro (*alterum non laedere*), propio de la responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC), y justifica su configuración como auténticos deberes contractuales, aunque distintos del deber de prestación, debido a que atienden al deber de integridad¹⁹.

La creación de la categoría de los deberes de protección tiene una notable importancia práctica, porque de esta manera se amplía enormemente el ámbito de la responsabilidad contractual. Los deberes de protección son independientes del deber de prestación, ya que no atienden al deber de prestación sino al de integridad. Puede ocurrir que el deudor haya cumplido escrupulosamente la prestación propiamente dicha y, sin embargo, haya dejado de observar los deberes de protección añadidos²⁰.

Esta orientación tiene reflejo en nuestra jurisprudencia. Entre las obligaciones implícitas derivadas de la buena fe se encuentra la obligación de seguridad, hallándose su fundamento normativo en el art. 1258 CC, como pone de relieve Carrasco Perera²¹ al llevar a cabo una recopilación de sentencias que aplican este precepto. En los contratos que comportan trato personal, el deudor está sujeto a obligaciones de seguridad en favor del cliente. Es el caso de la empresa de transporte (STS 2093 de 23 de marzo de 1998, empresa titular de los medios de remonte en una estación de esquí; STS 1193 de 20 de diciembre de 2004, transporte ferroviario metropolitano donde era dudoso si el deber de seguridad había nacido antes y al margen del contrato). La obligación de vigilancia en el contrato de aparcamiento, que se justifica en que el acreedor entre-

¹⁹ JORDANO FRAGA, F., 1994, pp. 234-236.

²⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2016, p. 129.

²¹ CARRASCO PERERA, A., 2017, pp. 514-519.

ga activos propios en poder del deudor en la confianza de que éste provea con sus medios a la seguridad de la cosa (STS 5733 de 27 de octubre de 1996).

En relación con la obligación de vigilancia en el contrato de aparcamiento, la STS 5773 de 27 de octubre de 1996 es anterior a la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, sin que ya sea preciso recurrir a la buena fe ex art. 1258 CC, a fin de justificar que la seguridad es un elemento unido al contrato de aparcamiento y, por consiguiente, el deber contractual de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación que recae sobre el titular del aparcamiento, en virtud de lo dispuesto en el arts. 1, 3 y 5 de esta Ley. Estamos en presencia de un deber contractual de seguridad que deriva de la ley, como acontece en el contrato de trabajo, no ante una obligación implícita de seguridad.

Entre las sentencias del Tribunal Supremo que imponen obligaciones implícitas de seguridad, con fundamento en la buena fe contractual, destaca la citada sentencia 1193 de 20 de diciembre de 2004 por el alcance general que tiene su doctrina. Se reconoce la categoría del deber contractual de protección, encontrándose su fundamento normativo en el art. 1258 CC, y, en concreto, en la buena fe, sin hacer ninguna alusión al art. 1902 CC.

En esta sentencia se establece la responsabilidad contractual de una Compañía de Ferrocarril Metropolitano por la agresión mortal sufrida por una usuaria en sus instalaciones antes de que marcara su tarjeta multiviajes en el punto de control electrónico.

Nuestro TS considera que el art. 1258 CC, dentro de su función integradora de las estipulaciones de los interesados, establece reglas de conducta de carácter imperativo, ajenas a las voluntades de aquellos, que responden a una concepción social de la función del contrato y que vienen a imponer especiales deberes de conducta en favor de la parte más débil, ampliando el contenido obligacional expresamente pactado a aquellas consecuencias que, según la naturaleza del negocio, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Es incuestionable que en las relaciones contractuales de la naturaleza que nos ocupa, entre los deberes de protección debe incluirse el que incumbe a la compañía de transporte demandada de velar – sin perjuicio de las funciones de vigilancia que realizan las Fuerzas de Seguridad en las zonas públicas – porque no sufran daño alguno las personas que, para la utilización de los servicios que aquella entidad ofrece, hayan de transitar por los espacios que forman parte de las estaciones construidas para posibilitar la prestación de los mismos. Espacios que no comprenden solamente los de las vías y andenes, sino también aquellos que ocupan vestíbulos, pasillos, escaleras, etcétera.

La indemnidad que el usuario del transporte tiene derecho a obtener durante el desarrollo del mismo no se limita a la fase en que aquel se halle ocupando el vehículo correspondiente, sino que, en supuestos como el de autos, se amplía a los momentos en que tras abandonar la vía pública deba caminar durante determinado trayecto, dentro ya del recinto privado de la empresa concesionaria para dar comienzo al desplazamiento no peatonal, y asimismo se extiende al recorrido que precise efectuar desde el punto en que abandona el medio de locomoción, hasta alcanzar la salida al exterior de las instalaciones de la sociedad demandada.

También tiene un notable interés en esta línea la STS 15678 de 22 de junio de 1989. En esta sentencia se considera que la entidad recurrente responde no sólo de la culpa de las personas por ella empleadas en el cumplimiento de las gestiones encomendadas, lo cual ha de entenderse en el más amplio sentido, comprensible no solo del deber de prestación propiamente dicho (entrega del piso en este caso), sino también de las obligaciones preparatorias y de las de protección y conservación.

Detrás de tal formulación y su justificación está presente la técnica jurídica alemana de los deberes de protección y conservación (*Schutzpflichten, Erhaltungspflichten*), incluibles en el contenido de la obligación del deudor, de que luego deriva la responsabilidad²².

2.2 La tesis que propugna la extracontractualidad de los deberes de protección

a) LA CONEXIÓN DE LA INDEMNIDAD DE LA PERSONA CON EL DENOMINADO INTERÉS DE INTEGRIDAD, PERO NO CON EL DE PRESTACIÓN

Se pone de relieve la tendencia natural que existe a considerar que los daños personales son propios de la responsabilidad extracontractual, porque el interés a no ser dañado existe antes e independientemente de la relación contractual y está suficientemente garantizado por normas fuera del ámbito del contrato y no se ve por qué razón, existiendo ya una tutela de la integridad física, se ha de proteger también en la disciplina contractual²³.

También se subraya que hoy es lugar común el afirmar que la existencia o no de un contrato entre el causante del daño y la víctima no es un dato deter-

²² RIVERO HERNÁNDEZ, F., *RCDI*, 1995, n.º 626, p. 43.

²³ REGLERO CAMPOS, L. F., 2008, p. 157; ORTI VALLEJO, A., 2015, pp. 66-67.

minante del régimen jurídico de la acción indemnizatoria. La utilidad de la prestación está cubierta por las acciones de incumplimiento, mientras que la seguridad de las personas, la integridad de su cuerpo y de sus derechos, su indemnidad, reclama más bien la aplicación de las técnicas de la responsabilidad extracontractual²⁴.

La responsabilidad extracontractual se aplica, aunque exista una relación contractual, cuando se lesionan los llamados tradicionalmente derechos absolutos. Entre estos derechos se mencionan la vida, la salud y la integridad física, pero también su seguridad²⁵. La protección preeminente frente a los daños personales a través de la responsabilidad extracontractual se advierte con bastante claridad en la normativa sobre responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos y en la normativa que establece la existencia de una obligación general de seguridad en el uso o consumo de productos, como veremos.

Por ello existe una dicotomía entre utilidad y seguridad, ya que a diferencia del interés de utilidad, el Derecho de daños persigue la inmediata protección del interés de indemnidad sobre bienes diversos de la prestación, tales como la vida o la integridad física.

La lesión del interés de indemnidad no es el objetivo primordial y directo de las normas sobre incumplimiento contractual, sino que fluye paralelamente a ellas, con independencia del destino final que se dé a la obligación²⁶.

La circunstancia de que la indemnidad de la persona sea objeto propio de la responsabilidad extracontractual implica que la obligación de seguridad, o, si se prefiere, el deber de protección, no difiere del deber extracontractual que pesa sobre toda persona cuando entra en contacto con los demás, porque el daño no deriva propiamente del incumplimiento del deber de prestación o de los deberes accesorios que dimanen del contrato, sino del principio *alterum non laedere* que informa al Derecho de daños, y, por tanto, del deber de comportarse diligentemente para no perjudicar a los demás. La Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en vigor en España, BOE de 30 de enero de 1991), no incluye en su ámbito de aplicación a los deberes de protección, ya que la presente Convención no se aplica al vendedor por la muerte o a las lesiones causadas a una persona por las mercaderías (art. 5). Como se señala en la doctrina alemana, se trata de un modelo instructivo, porque se refiere exclusivamente al interés de prestación, y, por tanto, no al de protección. Los textos,

²⁴ PASQUAU LIAÑO, M., 2015, p. 80.

²⁵ PARRA LUCÁN, M.ª A., 2014, pp. 108-109.

²⁶ SOLÉ I FELIU, J., 1997, pp. 755 y 758.

como la Convención de Viena, que garantizan intereses puramente contractuales excluyen de su ámbito de aplicación los daños personales. Se pretendió que la Convención no estuviese en contradicción con la responsabilidad por productos, cuyo objeto primordial es la cobertura de los daños personales²⁷.

Todo lo expuesto justifica plenamente que los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL), elaborados por el *European Group on Tort Law*²⁸, establezcan una protección prioritaria de los daños personales y, en concreto, de la vida y la integridad física o psíquica de la persona, es decir, de su indemnidad, en el marco de la responsabilidad civil.

En los PTLE se reconoce un potencial deber de actuar positivamente para proteger a los demás, «si quien actúa, crea y controla una fuente de peligro» y «si la gravedad del daño para una parte y la facultad de evitarlo para la otra indica la existencia de tal deber» (art. 4.103).

En consonancia con la similitud existente entre el *tort* en el *Common Law* y los PETL (art. 2:102), en estos se recoge un elenco jerarquizado de intereses protegidos por la responsabilidad civil, figurando en primer lugar la vida, la integridad física o psíquica, la dignidad humana y la libertad, que gozan de una protección más amplia y extensa²⁹.

Este listado no constituye algo cerrado y resulta meramente orientativo para el Juez, siendo tributario en parte de la tradición del *Common Law* —y hasta cierto punto también del Derecho alemán— en la que se contraponen las categorías del daño tangible (*physical damages*) y del daño patrimonial puro (*pure economic loss*).

En línea con lo apuntado, a propósito de los PTLE, en el Derecho inglés se otorga una mayor protección a las víctimas cuando se producen daños personales. En este aspecto el Derecho inglés no difiere sustancialmente del Derecho alemán y el Derecho francés, en los que se protegen específicamente el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud, física y mental.

No ha sido necesaria la creación de especiales deberes de protección o seguridad para que los daños a la vida o la integridad física o psíquica de la persona sean resarcidos. Desde una perspectiva comparativa, se subraya que una peculiaridad del sistema alemán son los deberes de protección, que son deberes contractuales, lo cual se explica por la preferencia que existe en Alemania por el contrato, motivada en parte por las insuficiencias de su Derecho

²⁷ HUBER, U., 1981, pp. 737-738. También PARRA LUCÁN, M.^a A., 2014, pp. 71-72.

²⁸ Sobre los PETL, MARTÍN CASALS, M., *InDret*, mayo, 2005, pp. 1-25.

²⁹ MARTÍN CASALS, M., *InDret*, mayo, 2005, p.8.

delictual, denunciada por no pocos autores. Esto no ocurre en el Derecho inglés, donde los deberes de cuidado son *on tort*. Se mencionan los *duties of care on tort*³⁰. El *tort on negligence* requiere de un *duty of care*³¹.

Se rechaza la supremacía del contrato sobre el *tort* cuando el daño es personal, porque desde el célebre caso *Donaghue vs Stevenson*³² resulta irrelevante para el ejercicio de una *tort action* la existencia de un contrato que establezca obligaciones más reducidas³³. Con este caso comienza la moderna expansión de la *tort of negligence*. El fabricante de un producto tiene un deber de cuidado frente al consumidor, que se enmarca en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Este deber de cuidado impone al fabricante del producto su fabricación de manera que su consumo o uso no causen daño al consumidor o usuario, por lo que el fabricante no mantendría ninguna relación contractual, ya que entre uno y otro se interponen los distribuidores del producto³⁴. Tanto cuando se produce un daño personal como un daño a la propiedad, se considera vulnerado un deber de cuidado *on tort*, que se basa en la inobservancia de un estándar objetivo de cuidado³⁵. La protección prioritaria de la integridad física determina que los Tribunales lleven a cabo una reparación completa y apropiada, abarcando todos los aspectos del daño, tanto los pecuniarios como los no pecuniarios o morales³⁶.

En el Derecho francés, la Ordenanza de 10 de febrero de 2016, que reforma el régimen del Derecho de obligaciones que figura en el Código Civil, no se refiere a las obligación, introducida por el Tribunal de Casación en la sentencia de 21 de noviembre de 1911³⁷, a diferencia del Anteproyecto Catala de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de prescripción, el cual dispone que «la obligación de seguridad inherente a ciertos compromisos contractuales impone velar por la integridad de la persona del acreedor y de sus bienes» (art. 1150 CC)³⁸. Esto ha determinado que se vea en ello una descontractualización de la obligación de seguridad, como respuesta a la célebre crí-

³⁰ MARKESINIS, B., HUBERATH, H. y JONSTON, A., 2006, pp. 126-127.

³¹ VAN DAM, C., 2013, p. 167.

³² Sobre este caso puede consultarse cualquier obra inglesa sobre Derecho de daños. Entre nosotros, Grandes casos: *Donaghue v. Stevenson*, en *Almacén del Derecho*, jueves, 1 de marzo de 2018, ALFARO AQUILA-REAL, J., con referencia a K. LEWELLYN, K. y DEAKYN, S. *Law as Evolution Order: Common Law Method Reconsidered* (August 7, 2015).

³³ MARKESINIS, B. y DEAKYN, S., 1999, p. 113.

³⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Almacén del Derecho*, 1 de marzo de 2018.

³⁵ MARKESINIS, B. y DEAKYN, S., 1999, p. 113.

³⁶ VICENTE DOMINGO, E., 1994, pp. 64-69.

³⁷ D. 1913, 1, 249, con nota de SARRUT, L.

³⁸ Sobre el Anteproyecto Catala y el texto propuesto del art. 1150 CC, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ADC*, 2007-2, pp. 624-848.

tica de Carbonnier³⁹ de que es un artificio hacer entrar dentro del contrato los brazos y las muertes de los hombres; las tragedias son de la competencia de los arts 1382 y siguientes del CC⁴⁰. Se cuestiona la propia utilidad de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado⁴¹. Incluso por los autores que no rechazan categóricamente la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado se subraya la dificultad existente para calificar a la obligación como de medios o de resultado, tratándose de una distinción que no es clara y que ha dado lugar a discusiones extremadamente bizantinas⁴². El recurso a la utilización de categorías intermedias, como la obligación de medios atenuada, produce una gran incertidumbre, que tiene poco que ver con el moderno Derecho de obligaciones, donde se aboga por un concepto unitario y neutro de incumplimiento, que armoniza mal con esta distinción. Aunque se mantenga la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, si se considera que la obligación de seguridad es de medios, la obligación de seguridad no ofrece un gran servicio a su beneficiario, que podría invocar el art. 1382 CC, y, además, puede volverse contra él al privarle del derecho a valerse de la responsabilidad de pleno derecho del art. 1384 CC⁴³.

A fin de completar la reforma realizada por la Ordenanza de 10 de febrero de 2016, el 13 de marzo de 2017 se presentó el Proyecto de reforma de la responsabilidad civil⁴⁴, cuya pronta acogida se considera imprescindible⁴⁵, sobre todo para conseguir la necesaria armonía que debe existir en todo el ámbito de la responsabilidad, contractual y extracontractual. Se perfila el régimen de la responsabilidad por daños corporales, siendo uno de los fines perseguidos por el Proyecto, lo cual se explica por el interés que siempre tuvo la principal impulsora de la reforma de la responsabilidad civil en Francia, G. Viney, por la reparación del daño corporal, como demuestra la monografía escrita con B. Marquesinis, con prólogo de A. Tunc⁴⁶, con un excelente estudio comparativo del Derecho inglés y el Derecho francés, y sus observaciones en la Exposición de Motivos sobre la responsabilidad civil en el Anteproyecto Catala. La reparación del daño corporal aparece en las disposiciones preliminares (arts 1233 1234) y en las normas comunes a la responsabilidad contrac-

³⁹ CARBONNIER, J., 1990, p. 517.

⁴⁰ MALINVAUD, P., FENOUILLET, D. y MEKKI, M., 2017, p. 408.

⁴¹ MAZEAUD, D., *Recueil Dalloz*, 2017, pp. 198-2003.

⁴² MALAURIE, P., AYNÉS, P. y STOFFEL-MUNCH, 2018, pp. 542-543.

⁴³ BÉNABENT, A., 2016, p. 238.

⁴⁴ Ministère de Justice. Direction des affaires civiles et du sceaues, <http://www.justice.gouv.fr/publication>. *Projet de reforme de la responsabilité civile*. 13032017pdf; *RDLC*, oct. 2017, n.º 157, supplément.

⁴⁵ VINEY, G., «Avant-propos», 2017, p. 5.

⁴⁶ VINEY, G. y MARKEZINIS, B., *La réparation du dommage corporel*. Economica, Paris, 1978.

tual y extracontractual (arts 1235 a 1249 CC). En caso de incumplimiento de una obligación contractual, el proyectado artículo 1233 CC dispone que «ni el deudor ni el acreedor pueden sustraerse a la aplicación de las disposiciones propias de la responsabilidad contractual para optar en favor de las normas específicas de la responsabilidad extracontractual». Sin embargo, cuando los daños son corporales se establece una excepción a esta norma, que se explica porque la indemnidad de la persona es materia propia de la responsabilidad extracontractual, lo cual implica una evidente descontractualización de la obligación de seguridad. A tenor del proyectado art. 1233-1 CC, «los perjuicios que resulten de un daño corporal son reparados sobre el fundamento de las normas de la responsabilidad extracontractual, incluso si fueron causados con ocasión de la celebración de un contrato. Sin embargo, la víctima puede invocar las estipulaciones expresas del contrato cuando le son más favorables que la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual». Es muy significativa la referencia que se hace a las estipulaciones expresas del contrato, siendo poco dudoso que se quiere excluir categóricamente la posibilidad de invocar obligaciones implícitas de seguridad.

El Derecho español no es ajeno a esta tendencia. De igual manera que acontece en el Derecho inglés o en el Derecho francés actualmente, existe en nuestro Derecho una inclinación a reconducir al ámbito de la responsabilidad extracontractual la reparación del daño cuando los bienes lesionados pueden configurarse como derechos absolutos, lo cual ocurre con la vida, la integridad física y la salud de la persona. Se atiende, por tanto, a la naturaleza del daño. A nivel doctrinal se tienen en cuenta los argumentos alegados para justificar que la indemnidad de la persona es objeto propio de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, nuestra jurisprudencia otorga una mayor cobertura a los daños personales, aplicando la doctrina elaborada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en torno al resarcimiento de este tipo de daños, considerada más favorable para la víctima que la contractual. Por ello, la importante STS 135 de 4 de marzo de 2009 afirma que los bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, pueden considerarse como objeto de un especial deber general de protección que puede traducirse en el principio de la unidad de la culpa civil, que posibilita la aplicación de la normativa sobre la responsabilidad extracontractual, aunque las partes estén vinculadas por un contrato. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Ciudad Real (Sección 1.^a) 14 de 23 de enero de 2014, que reproduce la doctrina de la mencionada STS, fundamentalmente en lo relativo a la protección de la vida o la integridad física, considerados como bienes de especial importancia.

En el propio ámbito de la responsabilidad médica se advierte una relativización jurisprudencial de la distinción del carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad, que sobre todo se manifiesta en la conocida doctrina de la yuxtaposición de las responsabilidades contractual y extracontractual o de la unidad de la culpa civil⁴⁷. Nuestro TS suele entender que la acción viene determinada por los hechos y no por la fundamentación jurídica. Lo relevante es la *causa petendi* de la demanda, aplicando el principio *iura novit curia*, siendo muy elocuente al respecto la STS 1210 de 12 de diciembre de 2004 y la STS 135 de 4 de marzo de 2009, entre otras muchas, y también la SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª) 14 de 23 de enero de 2014⁴⁸.

b) LA BUENA FE, POR SI SOLA, NO JUSTIFICA LA EXISTENCIA DE DEBERES IMPLÍCITOS DE PROTECCIÓN O SEGURIDAD. LA EXPERIENCIA DEL DERECHO INGLÉS

La jurisprudencia española considera que la posibilidad de ampliar lo estrictamente convenido ha de admitirse con gran cautela y notable justificación, es decir, la expansión de los deberes de las partes al amparo del art. 1258 CC debe ser lo más restrictiva posible, porque no puede escindirse este artículo del contenido del art. 1283 cc, a cuyo tenor, «cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar», aunque este argumento restrictivo pierde fuerza cuando se trate de condiciones generales de la contratación, pues no existe en tal caso una voluntad común o un pacto real sobre los intereses de ambas partes⁴⁹.

Este razonamiento se utiliza para concluir la no exigibilidad de determinadas obligaciones en la STS 6798 de 3 de diciembre de 1991 y la STS 383 de 3 de marzo de 2007. De esta manera se pone en cuestión la posibilidad de deducir de la buena fe del art. 1258 CC la existencia y exigibilidad de deberes contractuales no pactados, como son los de protección o seguridad.

Desde la perspectiva del Derecho comparado, la experiencia del Derecho inglés, con los argumentos en que se basa, se invoca a favor de la extracontractualidad de los deberes de protección o seguridad no pactados.

⁴⁷ GARCÍA GARNICA, M.ª C., 2015, pp. 340-344.

⁴⁸ Sobre esta doctrina jurisprudencial y, en general, sobre la problemática de la concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual, con especial referencia a los servicios defectuosos, un documentado análisis, tanto doctrinal como jurisprudencial, por ORTI VALLEJO, A., 2015, pp. 47-77.

⁴⁹ MATO PACIN, M.ª N., 2017, p. 400, n. 942.

Se esgrimen varias razones en contra de un principio de buena fe a través del cual se pueda enmendar el contrato en el Derecho inglés. Son básicamente tres razones: el carácter individualista de este Derecho, la inseguridad jurídica asociada a los principios generales y la preferencia por soluciones con un enfoque y ámbito de aplicación particular y concreto⁵⁰.

En el Derecho francés se critica a la jurisprudencia porque, a través del art. 1135 CC, impone a las partes obligaciones desprovistas de todo fundamento voluntario, lo cual constituye un intervencionismo injustificado, carente de causa. Esto se ha producido sobre todo con las obligaciones de seguridad, que algún autor denomina, atendiendo a su origen, obligaciones jurisprudenciales de seguridad⁵¹.

La influencia del Derecho inglés se aprecia en el Derecho español, a propósito de la aplicación del art. 1258 CC. Se defiende que, como cuestión de Derecho, la buena fe es siempre contextual y no permite a los Tribunales contradecir las cláusulas de un contrato válido. Solo excepcionalmente, si algunas cláusulas fueran nulas o todo el contrato estuviese al borde del colapso, puede ser utilizada para enmendar el contenido contractual⁵².

c) LA DESCONTRACTUALIZACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD EN EL DERECHO EUROPEO. LA INFLUENCIA DE LA DIRECTIVA 85/374 CEE Y DE LA DIRECTIVA 2001/95 CE

La obligación de seguridad no es otra cosa que una contractualización, o si se prefiere, una extrapolación, del deber de no dañar a otro característico de la responsabilidad extracontractual⁵³. Esto explica la tendencia que existe actualmente en el Derecho europeo en favor de la descontractualización de la obligación de seguridad, porque se considera que, a fin de conseguir una adecuada protección de las víctimas que sufren daños personales, es más apropiado el régimen de la responsabilidad extracontractual que el de la responsabilidad contractual. Los supuestos en que opera la responsabilidad contractual son más limitados que aquellos en que opera la extracontractual, porque con esta responsabilidad se protege a la víctima frente a cualquier acción u omisión que

⁵⁰ McKENDRIC, E. «Good fait in the perfomance of a contract in English Law», en L. Damatteo y M. Hoog, *Comparative Contract Law: Britisch and American Perspectives*, Oxford University Press, 2015, p. 197. Un análisis de estas razones por MATO PACIN, M.ª N., *InDret*, 2018-2, pp. 7-11.

⁵¹ HOUTCIEFF, D., 2016, p. 354.

⁵² SALVADOR CODERCH, P. y GARCÍA MICÓ, T., *InDret*, 2021.4, pp. 28-55.

⁵³ HOUTCCIEF, D., 2016, p. 355; PICASSO, S., *RCC y C*, 2015, julio, 01/07/2015, 146.

sea imputable al que la lleva a cabo, aunque exista una relación contractual previa. Además, se consigue una solución uniforme para todas las víctimas de un mismo daño, estén vinculadas o no con el causante del daño.

La seguridad debe tener un alcance general e igualitario, ya que puede ser razonablemente esperada por todos y es debida a todos, quedando al margen de toda promesa o contrato. Toda persona que ejerce cualquier actividad está obligada a respetar la seguridad de otra. En este sentido, existe un deber legal general. Por ello se entiende que la descontractualización de la obligación de seguridad ha de ser aprobada. No obstante, existen diversos enfoques que evidencian la complejidad del problema. Algunos autores entienden que lo más lógico y sencillo es abandonar la distinción entre contrato y delito y, por ello, reconstruir la unidad de los hechos. Otros, en cambio, tienen una visión diferente de la descontractualización de la obligación de seguridad e invocan la aplicación de la responsabilidad extracontractual en todos los casos de ataques a la seguridad que no derivan de la deficiente ejecución de un contrato. Algunos incluso invocan la implantación de una responsabilidad legal en este ámbito, lo que trascendería a la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual⁵⁴.

La descontractualización de la obligación de seguridad tiene la ventaja de suprimir las incertidumbres y desigualdades que suscita la vinculación de la seguridad al contrato, al representar un imperativo de carácter general que concierne a todas las víctimas potenciales e impide al productor tratar de eludir su responsabilidad a través de una cláusula de irresponsabilidad o limitar por una cláusula su alcance, así como responder a los deseos de las autoridades europeas, al ser la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos que deriva de la Directiva 85/374 CEE una responsabilidad extracontractual y desempeñar un papel importante en la armonización de las legislaciones⁵⁵.

Para fundamentar la descontractualización de la obligación de seguridad, se destaca unánimemente el papel decisivo de la Directiva 85/374 CEE al exigir a los Estados la puesta en práctica de un régimen que debe aplicarse de la misma manera al adquirente de productos defectuosos como a los terceros, pero también se subraya la trascendencia que tiene en este sentido la Directiva 2001/95/CE relativa a la seguridad general de los productos, porque configura una obligación general de seguridad, que excede del ámbito contractual, debido a que a través de ella se impone que los productos puestos en el mercado no

⁵⁴ BÜYÜKSAGIS, E, 2005, pp. 181-182.

⁵⁵ BÜRKÜSAGIS, E, 2005, P. 183.

presenten riesgos o en grado mínimo, dentro de un elevado nivel de protección de las personas.

La definición que aparece en la Directiva 85/347 CCE aleja al producto defectuoso de la tipología de defecto típica de la esfera contractual, basada en la idea de la lesión del interés contractual. En este último se protege la falta de utilidad que el adquirente espera del producto, de forma que si en el momento de contratar hubiera conocido el defecto, o bien no habría contratado, o hubiera ofrecido un precio inferior. El interés protegido por el ordenamiento jurídico es, en este caso, el interés en el cumplimiento del contrato. Por el contrario, la Directiva 85/374 CEE contempla un producto causante de daños, que no ofrece la seguridad legítimamente esperada, y que lesiona el interés de indemnidad del dañado. Mientras que el defecto regulado por la Directiva 85/347 CEE se valora siempre en términos objetivos, porque el sujeto protegido es cualquier persona dañada por el producto aunque no se encuentre vinculada con el fabricante, el defecto propio de la esfera contractual está sujeto a un criterio subjetivo, que se encuentra en la previa relación entre las partes. Los acuerdos de las partes delimitan *prima facie* sus expectativas en cuanto a la utilidad del producto⁵⁶.

Con ambas Directivas y las disposiciones que las han transpuesto, se propugna la descontractualización completa de la obligación de seguridad, especialmente en los países, como Francia, donde ha tenido especial éxito la obligación implícita de seguridad. A partir de la transposición, bastante tardía⁵⁷, de la Directiva 85/347 CEE ha quedado muy limitado en el Derecho francés el alcance de la obligación de seguridad, porque la víctima no puede ya invocar esta obligación cuando se encuentra en el ámbito de aplicación de la Directiva transpuesta, como establece el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de manera reiterada⁵⁸. La obligación de seguridad sólo podría subsistir en los resquicios que dejase la ley⁵⁹. La responsabilidad por el hecho de productos defectuosos trasciende las relaciones contractuales para aplicarse a las extracontractuales. La reforma de la normativa del CC francés sobre Derecho de obligaciones de 2016 y la proyectada reforma del régimen de la responsabilidad civil de 2017, así como la normativa sobre seguridad de los productos, que aparece en el Código del Consumo, siguen esta orientación, que se proyecta en toda la Unión Europea e incluso fuera de ella, siendo muy elocuente, por ejemplo, su influencia en algunos países latinoamericanos. Ya con anterioridad,

⁵⁶ MARTIN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., 2005, p. 166, si bien mencionan específicamente a la Ley española.

⁵⁷ VINEY, G., 2017, p. 20.

⁵⁸ HOUTCCIEF, D., 2016, p. 356, n. 1763.

⁵⁹ HOUTCCIEF, D., 2016, p. 356.

pero mucho más ahora, se subraya que toda persona que lleva a cabo cualquier actividad está obligada a respetar la seguridad de los demás. Se pone de relieve que son muchas las ventajas que representa la descontractualización de la obligación de seguridad para la adecuada protección de la persona, sobre todo frente a los daños personales. Los estudios que se publicaron en 1997 en la *Gazette de Palais* han tenido una importancia capital en el Derecho francés y, en general, en la Unión Europea, con una recapitulación de G. VINEY en la que se alude, entre otras cuestiones, a la apuntada descontractualización⁶⁰. A nivel internacional, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, como vimos, se refiere exclusivamente al interés de prestación, con lo cual no admite los deberes de protección o seguridad en la compraventa (art. 5)⁶¹, y el propio Derecho alemán se pone de relieve, también como expusimos, que los PETL no contemplan reglas específicas sobre los deberes accesorios, pero de todas maneras la duda es saber si en otros ordenamientos jurídicos distintos del alemán el incumplimiento de los deberes accesorios que no afectan al cumplimiento no se reputarían como daños extracontractuales⁶².

d) LA CATEGORÍA DEL DEBER GENERAL DE SEGURIDAD EN LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR BIENES O SERVICIOS DEFECTUOSOS Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. LA DOCTRINA DE LA STS 545 DE 9 DE DICIEMBRE DE 2010

La protección de la salud y seguridad de los consumidores es uno de los pilares del Derecho comunitario de consumo. Se enuncia como el primero de los cinco derechos fundamentales reconocidos al consumidor en el Programa Preliminar de la CEE para una Política de Protección e Información de los Consumidores, aprobado por Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975⁶³.

La política de la Unión Europea se ha dirigido sobre todo a especificar las características que determinados productos han de reunir para evitar todo riesgo y a la seguridad. Pero además se reconoce una obligación general de seguridad y se regula la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en dos importantes Directivas, claramente complementarias.

⁶⁰ VINEY, G., *Gaz du Palais*, n.º 264 à 266, 21 au 24 septembre 1997.

⁶¹ HUBER, U., 1981, pp. 737-738.

⁶² ZIMMERMANN, R., 2008, pp. 59-60.

⁶³ BÜYÜKSAGIS, E, 2005, p. 183.

La Directiva 2001/95/CE de 3 de diciembre de 2001 se refiere a la seguridad general de los productos, estableciendo una obligación general de seguridad, en el sentido de que los productores tienen la obligación de poner en el mercado únicamente productos seguros (art. 3.1). Se entiende por producto seguro «cualquier producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y de mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de personas», habiendo que tener en cuenta las características del producto y sus efectos sobre otros productos, la presentación del producto, etiquetado, posibles avisos e instrucciones de uso y eliminación, así como cualquier otra indicación o información relativa al producto y las categorías de consumidores que estén en condiciones de riesgo en la utilización del producto, en particular los niños y las personas mayores. Sin embargo, la posibilidad de obtener niveles superiores de seguridad o de obtener otros que presentan menor grado de riesgo no será razón suficiente para considerar un producto peligroso (art. 2 b).

Con anterioridad, la Directiva 85/374 CEE de 25 de julio de 1985 pone de relieve que la política jurídica europea trata de la misma manera a los que han adquirido un producto a través de un contrato o no. Se afirma la necesidad de un régimen de responsabilidad independiente de la situación de la víctima del daño ocasionado por el producto defectuoso ⁶⁴. Como dijimos anteriormente, esto implica la descontractualización de la obligación de seguridad en el Derecho europeo.

En el Derecho francés, considerado como un modelo en el panorama del Derecho comparado ⁶⁵, la Ley de 21 de junio de 1983, relativa a seguridad de los consumidores, establece una obligación general de seguridad de los productos y servicios. El art. 1 de esta Ley, codificado en el art. L. 221-1 del Código del Consumo, como consecuencia de la citada Ordenanza de 10 de febrero de 2016, es el actual art. L 421-3, el cual dispone que «los productos y servicios deben, en unas condiciones normales de utilización y en otras condiciones, razonablemente previsibles para el profesional, presentar la seguridad que pueda legítimamente esperarse y no implicar un ataque a la salud de las personas». La formulación de esta norma le confiere un carácter objetivo, porque la seguridad debida no solo se aprecia en la óptica de las relaciones con-

⁶⁴ BÜYÜLSAGIS, E, 2005, pp. 127, 142, 152 y 153,

⁶⁵ PARRA LUCÁN, M.^a A., 1990, p. 45.

tractuales, sino frente a toda persona que pueda haber sufrido un defecto de seguridad⁶⁶. Además, puede contribuir, en los casos en que se producen accidentes, a facilitar las acciones de responsabilidad de las víctimas⁶⁷.

Se subraya la relación del art. L 421-3 del Código del Consumo (antiguo art. L 221-1) con la normativa del Código Civil sobre la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos, y, en concreto, con el art. 1245, antiguo art. 1386 CC.

La idea esencial aparece expresada en su párrafo 1.º, a cuyo tenor, «un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se puede esperar legítimamente de él». Esta formulación se aproxima mucho a la de la L 421-3 del Código del Consumo, anteriormente transcrito, lo cual es puesto de relieve por toda la doctrina francesa. Se refieren textualmente a la seguridad que puede legítimamente esperarse de un producto⁶⁸.

El art. 1245 CC establece la responsabilidad del productor por el daño causado por el defecto del producto, esté o no vinculado por un contrato con la víctima. Esto evidencia que la responsabilidad del productor es la misma frente a todas las víctimas por los daños que les ha ocasionado el producto defectuoso. Esta precisión permite la superación de la dualidad de las responsabilidades contractual y delictual en este ámbito donde los daños pueden alcanzar tanto a los contratantes como a terceros y resultan del incumplimiento de una obligación de seguridad, cuyo carácter específicamente contractual es cuestionado⁶⁹.

La Directiva 2001/95/CE ha sido traspuesta al Derecho español mediante el RD de 26 de diciembre de 2003, sobre seguridad general de los productos.

En consonancia con este RD (art. 2) y la citada Directiva, el TRLGDCU establece en el art. 11 la existencia de un deber general de la seguridad⁷⁰, pero no solo de los bienes sino también de los servicios puestos en el mercado, que deben ser seguros (art. 11.1 TRLGDCU). «Se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un elevado nivel de protección de la salud y seguridad de las personas» (art. 11.2 TRLGDCU).

⁶⁶ VINEY, G., JOURDAIN, P., y CARVAL, S., 2017, p. 15.

⁶⁷ VINEY, G., JOURDAIN, P., y CARVAL, S., 2017, p. 16.

⁶⁸ VINEY, G., JOURDAIN, P., y SAVAL, S., 2017, p. 35, n. 95.

⁶⁹ PASQUAU LIAÑO, M., 2015, p. 104.

⁷⁰

A diferencia de la tradicional obligación de seguridad, sólo vinculante para las partes contratantes, el art. 11 TRLGDCU contempla un deber general de seguridad que excede del contrato y, por ello, su objeto es la protección de la salud o seguridad de las personas, estén o no vinculadas por un contrato con el empresario que presta el servicio. Cualquier persona que considere que puede resultar perjudicada por el uso del bien o servicio tiene derecho a ser protegida. Hay que tener en cuenta que la obligación general de seguridad está presente, por imperativo legal, en toda relación de consumo, tenga o no carácter contractual. Basta ser víctima de un producto o servicio que presente un defecto de seguridad dentro de una relación de consumo o estar expuesto a ella dentro de una relación de consumo para tener derecho a la correspondiente protección legal.

La configuración expuesta del deber general de seguridad ex art. 11 TRLGDCU es confirmada por el propio Preámbulo del RD de 26 de diciembre de 2003, al identificar implícitamente el deber general de seguridad con el deber general de no lesionar ni poner en peligro la salud y la integridad física de la persona, que es una pieza clave y tradicional en nuestro ordenamiento jurídico. Se pone de relieve la conexión de este deber general con la indemnidad de la persona, propio de la responsabilidad extracontractual.

Con la aplicación del art. 11 TRLGDCU, no se trata de echar mano de la tradicional noción de obligación de seguridad elaborada y retorcida hasta límites llamativos por la jurisprudencia francesa, con el pie forzado de la naturaleza contractual que se afirma de la misma, y sobredimensionado la tautológica distinción entre obligaciones de medios y de resultado. La noción de obligación de seguridad se carga de sentido y se libera de una lógica contractual que resulta inapropiada si la referimos a un deber general referido no a la otra parte contratante sino al público en general. De hecho, en la misma Francia, la doctrina acaba rindiéndose ante la opinión del legislador de extraer la obligación de seguridad fuera del estricto ámbito contractual y configurarla como un deber general en la L 221-1 del Código del Consumo (en la actualidad, art. 421-3, de significación idéntica a nuestro art. 11 TRLGDCU)⁷¹.

La noción de defecto del producto aparece vinculada a la seguridad⁷². Es a la seguridad y no al uso del producto al que deben referirse las expectativas determinantes del defecto⁷³. El art. 137 TRLGDCU, en línea con la Directiva 85/374, declara en sus tres apartados que «se entiende pro producto defectuoso

⁷¹ PASQUAU LIAÑO, M., 2015, pp. 102-105.

⁷² SOLÉ FELIU, J., 1997, 97-98; PARRA LUCÁN, M.ª A., 2014, p. 246.

⁷³ SOLÉ FELIU, J., 1977, p. 98.

aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas sus circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. En todo caso, el producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente exigida por los mismos ejemplares de la misma serie. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga en circulación de forma más perfeccionada».

No existe una definición legal de servicio defectuoso, a diferencia de lo que acontece cuando el defecto afecta a un producto. El Derecho español no ha llegado a formular una regla de responsabilidad por servicios defectuosos en cuanto que inseguros⁷⁴. No obstante, se considera que el concepto de defecto que se identifica con la falta de seguridad que legítimamente se puede esperar, que figura en el art. 137 TRLGDCU, es trasladable a los servicios. La circunstancia de que el TRLGDCU se refiera, en la rúbrica del título III, a la responsabilidad por bienes o servicios defectuosos, apunta a una equiparación entre ambos regímenes⁷⁵. Pero se puntualiza que, además de las normas sectoriales en materia de seguridad de servicios, el Derecho español contiene una obligación general de que los servicios prestados a los consumidores sean seguros⁷⁶ (art. 11 TRLGDCU). En todos los servicios hay una exigencia de seguridad y la falta de la misma da lugar, si se causan daños, a responsabilidad. Lo que sucede es que el nivel exigible de seguridad, o parangonando la expresión que el art. 137.1 TRLGDCU utiliza para los productos, la seguridad que legítimamente cabe esperar, no es la misma en todos los ámbitos. La posibilidad de poder exigir la garantía de un determinado nivel de seguridad dependerá, caso por caso, de la naturaleza del servicio. Debe prestarse especial atención a las normas que fijan el nivel de seguridad⁷⁷.

Para comprender la relación existente de la normativa sobre responsabilidad, que se conecta a la Directiva 85/374 CEE, y la normativa sobre seguridad, que se vincula a la Directiva 2001/95 CEE, hay que tener en cuenta que la normativa sobre responsabilidad es complementaria de la normativa sobre seguridad⁷⁸, en la medida en que entra en juego no sólo para resarcir los daños que se produzcan cuando se incumplan, sino también los que se originen a pesar de los controles, de las normas de seguridad y calidad, de los ensayos e inspecciones. Conforme al RD de 26 de diciembre de 2003, «esta disposición

⁷⁴ PARRA LUCÁN, M.^a A., 2014, p. 133.

⁷⁵ PASQUAU LIAÑO, M., 2015, p. 102; SANTOS MORÓN, M.^a J., *ADC*, 2017-1, p. 129.

⁷⁶ SOLÉ FELIU, J., 1997, p. 173; MARTIN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, 2005, p. 173.

⁷⁷ PARRA LUCÁN, M.^a A., 2014, pp. 134-135.

⁷⁸ PARRA LUCÁN, M.^a A., 2014, p. 203.

se aplicará sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad por los daños ocasionados por los productos defectuosos y de las obligaciones que para los empresarios surjan de conformidad con la legislación civil y mercantil en los supuestos de retirada y recuperación de los productos de los consumidores» (art. 1.5). La Directiva 2001/95/CEE afirma en el mismo sentido que «la presente Directiva se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el la Directiva 85/374 CEE» (art. 17) y que «la presente Directiva no debe tener efectos sobre los derechos de los perjudicados, a efectos de la Directiva 85/374 CEE, por los daños causados por productos defectuosos» (Cdo. 36). La STS 545 de 9 de diciembre de 2010 recalca que el hecho de que las autoridades administrativas actuarán por razones de precaución no es obstáculo a la existencia de responsabilidad por el carácter defectuoso del producto⁷⁹.

En relación con las posibles circunstancias exoneratorias de la responsabilidad del productor, se señala que, junto a las circunstancias expresamente mencionadas, otros factores pueden influir sobre las legítimas expectativas de seguridad. Entre estos factores la doctrina suele mencionar las normas relativas a la seguridad de los productos. Sin embargo, se observa que el mero cumplimiento de las normas jurídico-administrativas y normas técnicas sobre seguridad de los productos no tiene un carácter decisivo, aunque su observancia resulta importante para valorar la existencia del defecto. Por ello, la prueba del cumplimiento de este tipo de normas puede ser un indicio que permita presumir la ausencia del defecto, lo cual no impide que pueda aportarse prueba en sentido contrario y demostrar que, a pesar de su cumplimiento, el defecto existía realmente

También es muy importante la normativa sobre salud sanitaria, que se inspira en los principios apuntados de la seguridad y la precaución. El citado RD de 26 de diciembre de 2003 pone en conexión, como vimos, el deber general de seguridad con el deber de no lesionar ni poner en peligro la salud y la integridad física de las personas, aludiendo al deber de indemnidad, que es la pieza clave de la seguridad sanitaria.

La Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, con diversas reformas posteriores, tiene en cuenta la salud y la seguridad sanitaria, teniendo especialmente en cuenta la prevención, a la que, como se apunta en el Preámbulo, se han sumado otras funciones, encaminadas al buen funcionamiento del sistema sanitario.

⁷⁹ Subraya la trascendencia de esta aseveración de la STS 545 DE 9 de diciembre de 2010 al comentarla SOLÉ FELIU, J., *CCJC*, 2012, n.º 88, p. 81.

Con mayor amplitud, la Ley General de Salud Pública de 4 de octubre de 2011 se basa en los principios de precaución y seguridad. En el Preámbulo se alude a la salud pública, desempeñando un papel esencial la seguridad sanitaria. Se establece que las actuaciones en materia de salud pública se llevarán a cabo previa constatación de su seguridad en términos de salud. Se pretende prevenir la enfermedad así como proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo, mediante acciones sanitarias sectoriales y transversales.

En relación con los medicamentos y productos sanitarios, el RDL de 24 de julio de 2015, que aprueba el TR de la Ley de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios, tiene en cuenta la relación riesgo-beneficio, criterio fundamental para determinar las garantías exigibles a los medicamentos de uso humano, y las garantías de seguridad.

El Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2017 sobre los productos sanitarios señala en el Preámbulo que se establecen normas de elevada calidad y seguridad de los productos sanitarios con objeto de responder a las preocupaciones comunes de seguridad que se plantean.

En relación con la responsabilidad civil por productos defectuosos, con una conexión directa con la Directiva 85/374 CEE y el art. 137 TRLGDCU, la STS 545 de 9 de diciembre de 2010 se refiere a la incidencia del denominado principio de precaución en el marco de la responsabilidad civil por productos defectuosos, con referencia al deber del productor de no poner en circulación productos inseguros.

La utilización del principio de precaución como guía rectora de la actuación política es cada día más frecuente en el ámbito comunitario europeo como estrategia de gestión de riesgos ante una situación de incertidumbre científica.

Varias veces la sentencia señala que la decisión de las autoridades administrativas de localizar a las pacientes y recomendar la extracción de las prótesis se tomó en cumplimiento del deber de precaución⁸⁰.

Esta importante sentencia considera que el carácter defectuoso de un producto queda acreditado por la falta de comprobación de la toxicidad del producto en el momento de la puesta en circulación. Producto defectuoso no es solamente el tóxico o peligroso, sino también aquel que se pone en circulación sin las comprobaciones suficientes para excluir la existencia de dicha toxicidad o peligrosidad. Con este argumento, se casa la sentencia que consideró que no era defectuoso el producto, consistente en unas prótesis mamarias, y se condena al fabricante a indemnizar los efectos psíquicos, psicológicos y mora-

⁸⁰ SOLÉ FELIU, J., *CCJC*, 2012, n.º 88, pp. 85-90.

les a las mujeres a las que se recomendó la explicación de unas prótesis implantadas y su sustitución por otras.

El concepto de seguridad que cabe legítimamente esperar protege frente a las consecuencias dañosas que son producto de la toxicidad o peligrosidad del producto. De esto se sigue que no respondan a la seguridad que cabe legítimamente esperar de su uso aquellos productos, entre otros, que pueden ofrecer riesgos derivados de la falta de comprobación en el momento de la puesta en circulación de la falta de toxicidad o peligrosidad, cuando esta aparece como razonablemente posible⁸¹. En estos casos solamente puede quedar eximido de responsabilidad el importador o fabricante cuando pruebe que la ausencia de estas comprobaciones responde al hecho de no ser exigibles de acuerdo con «el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación». Defectos de seguridad es, en suma, no solamente aquel que se concreta en la existencia de riesgos derivados de la toxicidad o peligrosidad, sino el que consiste en la ausencia de comprobaciones necesarias para excluir dichos riesgos, pues esta ausencia constituye, por sí misma, un riesgo.

La toxicidad inexistencia de estudios en la empresa fabricante sobre la comprobación de los posibles efectos tóxicos de relleno de las prótesis, revela un defecto del producto determinante de responsabilidad por los daños producidos.

El hecho de que no se demostrase de manera definitiva del producto no obsta a su carácter defectuoso, pues, como queda dicho, producto defectuoso no es solamente el tóxico o peligroso, sino también aquel que se pone en circulación sin las comprobaciones suficientes para excluir la existencia de dicha toxicidad o peligrosidad.

El hecho de que las autoridades administrativas actuaran por razones de precaución no es obstáculo a la existencia de responsabilidad por el carácter defectuoso del producto.

El daño es imputable al carácter defectuoso del producto, pues la necesidad de una extracción prematura no tuvo lugar por causas imputables a las pacientes o susceptibles de ser asumidas como riesgo inevitable de un uso normal del producto, sino que se integra de la ausencia de seguridad que cabe legítimamente exigir de cualesquiera prótesis mamarias, de las que cabe esperar un grado de seguridad y estabilidad suficiente garantizado por los estudios necesarios, realizados con de carácter previo.

⁸¹ En sentido favorable a esta interpretación, que justifica la aplicación del art. 137 TRLGDCU, PARRA LUCÁN, M.^a A., 2014, p. 251.

De acuerdo con la doctrina de esta sentencia, la función de prevención no es ajena a la responsabilidad civil, ya que toda la sentencia se basa en el principio de precaución, al que se refiere la normativa sobre seguridad sanitaria, y expuesta⁸². En el marco de la inteligencia artificial, que no es ajena a toda esta problemática y, en general, a la responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos, se señala que las normas de responsabilidad civil son útiles si cumplen adecuadamente su función compensatoria y en la medida de lo posible preventiva. La normativa sobre responsabilidad por productos, y, por tanto, la Directiva 85/347, sigue siendo útil para afrontar los casos que surjan, si cumple adecuadamente los objetivos que se espera de ella, tanto desde el punto de vista compensatorio como preventivo, es decir, quien sufre daños recibe una indemnización y quien controla la producción tiene incentivos para adoptar decisiones de seguridad⁸³.

e) LA CATEGORÍA DEL DEBER GENERAL DE PROTECCIÓN. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA 135 DE 4 DE MARZO DE 2009

En el Derecho español, los litigios en que se demanda la indemnización de daños por incumplimiento de deberes de protección o seguridad se solucionan mediante la aplicación del art. 1902 CC, debido a la amplísima cláusula que figura en este precepto, cuya aplicación es facilitada por la jurisprudencia recurriendo a doctrinas como la unidad de la culpa civil, como vimos⁸⁴.

La STS 135 de 4 de marzo de 2009 reconoce la existencia de un deber general de protección cuando se producen daños personales. Esta sentencia contrata con la STS 1193 de 20 de diciembre de 2004, anteriormente examinada, que se fundamenta en la categoría de los deberes contractuales de protección, con apoyo en el art. 1258 CC.

En el caso de la STS 135 de 4 de marzo de 2009, se discute si la responsabilidad de la entidad demandada, en su condición de mayorista de labores de tabaco, es contractual o extracontractual, no siendo puramente doctrinal el empeño de la parte actora en configurar la relación como contractual sino que tiene una indudable consecuencia práctica, toda vez que en tanto que el término de las acciones que no tengan un plazo especial de prescripción es de quince años (art. 1964, ahora de cinco años) y éste sería el aplicable al contrato de

⁸² Sobre la función de prevención y el derecho de daños, SALVADOR CODERCH, 1997, pp. 177-132.

⁸³ NAVARRO MICHEL, M., *RDC*, octubre-diciembre 2020, pp.175-223.

⁸⁴ ORTI VALLEJO, A., 2015, pp. 44-75.

compraventa, el término establecido para el ejercicio de las acciones derivadas de la culpa o negligencia es tan sólo de un año (art. 1968 CC), tiempo que ya había concluido cuando se presentó la demanda, en fecha 15 de enero de 1968, ya que el esposo de la actora falleció el 19 de noviembre de 1993 y la causa de la enfermedad que determinó su fallecimiento fue un adenocarcinoma de pulmón diagnosticado y conocido antes de la muerte del enfermo, por lo que la actora, en la medida en que sólo puede fundamentarse en una obligación de carácter extracontractual, estaría ya prescrita.

Los daños por los que se reclama rebasan ampliamente el ámbito subjetivo y objetivo de la responsabilidad contractual establecida entre los expendedores en los distintos contratos de compraventa y el comprador fallecido y deben ser considerados como extracontractuales. Consecuencia ineludible es la consideración de que la acción ejercitada en la demanda estaba prescrita por el transcurso de un año establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual del art. 1968 CC según se infiere de los datos de hecho que la sentencia recurrida considera probados y que no pueden ser revisados en casación. En efecto, en el momento de la presentación de la demanda había transcurrido con exceso el plazo de un año desde el momento del fallecimiento del familiar de la demandante.

Para justificar que no existe una relación contractual entre Tabacalera, actual Altadis, y el fumador, el TS refleja la doctrina jurisprudencial en torno a la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

La distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual impone que la primera alcanza únicamente a los daños por los que reclama el comprador en relación con el contenido del contrato y dentro de la reglamentación del contrato de compraventa, pero no puede ampliarse arbitrariamente el alcance de la responsabilidad nacida del contrato apelando a la existencia de daños cuyo alcance resulta ajeno a la órbita de lo pactado y, por ende, deben ser considerados de naturaleza extracontractual (STS de 14 de noviembre de 2008).

Según la jurisprudencia de esta Sala, la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como violación de aquel, y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo – el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al art. 1258 CC – y otro subjetivo – la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe – (STS de 31 de octubre de 2007).

Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista una relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo (SSTS de 22 de junio de 1927, 29 de mayo de 1928 y 29 de diciembre de 2000). Por el contrario, es aplicable el régimen de la responsabilidad contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica para el incumplimiento de la obligación. No cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil.

Esta sentencia tiene el mérito de mencionar al deber general de protección, que guarda un evidente parentesco con los deberes de cuidado de los PETL y del Derecho inglés en caso de daños personales, así como con los deberes delictuales por daños corporales del Derecho francés y con los deberes generales de seguridad del tráfico del Derecho alemán, a los que nos hemos referido anteriormente. El TS aclara que a pesar de que el incumplimiento resulte de la reglamentación del contrato, esto no excluye la posible aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual, si estamos en presencia de una zona mixta, lo cual tiene lugar cuando el incumplimiento se refiere a bienes de especial importancia como la vida o la integridad física, donde se considera aplicable la doctrina jurisprudencial de la unidad de la culpa civil, y, por consiguiente, se puede aplicar el régimen de la responsabilidad extracontractual. La tendencia en el panorama europeo es que siempre se aplique en tal caso dicho régimen, al entrar en juego el interés de indemnidad, como apuntamos.

La doctrina de la STS 135 de 4 de marzo de 2009 es acogida por la SAP de Ciudad Real (Sección 1.^a) 14 de 23 de enero de 2014, en relación con el daño en la barbilla sufrido por una menor como usuaria de la atracción ferial, Canguro Loco, que no ofrecía la necesaria protección para evitar el accidente. El problema de la seguridad de las atracciones feriales, especialmente utilizadas por menores, se plantea con cierta frecuencia ante los Tribunales y ha dado lugar a una cierta preocupación social.

Para la resolución del recurso, la AP de Ciudad Real (Sección 1.^a) tiene en cuenta, además de las disposiciones aplicables al presupuesto de la responsabilidad por riesgo, en el ámbito de de responsabilidad extracontractual del art. 1902 y siguientes del CC, la doctrina jurisprudencial de la unidad de la culpa civil en cuya virtud el Tribunal se halla vinculado exclusivamente a los

hechos de la demanda con libertad de encuadrar la conducta en la culpa contractual o en la extracontractual (SSTS, entre otras, de 23 de diciembre de 2004 y 19 de junio de 2012), por lo que también son de observar, en la solución del litigio, las previsiones contenidas en el RDL de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el TRLGDCU, y, en concreto, los preceptos sobre protección de la salud y seguridad, art. 11, deber general de seguridad, y jurisprudencia que cita e interpreta este artículo, así como el art.147, régimen general de responsabilidad, y jurisprudencia que cita.

Se tiene también en cuenta la doctrina de la STS 135 de 4 de marzo de 2009, en la que nuestro Alto Tribunal indica que si bien es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, no cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de la unidad de la culpa civil.

Se destaca el notable interés de esta sentencia por conjugar la responsabilidad por riesgo en el ámbito del art. 1902 CC con la doctrina jurisprudencial de la unidad de la culpa civil, el deber de seguridad del art. 11 TRLGDCU y la responsabilidad ex art, 147 TRLGDCU. Se subraya sobre todo el interés que puede tener la aplicación de la normativa del TRLGDCU en caso de accidentes en atracciones feriales. Los daños sufridos podrían subsumirse en los arts 147 a 149 TRLGDCU para configurar el régimen de la responsabilidad que surgiese, vía poco utilizada⁸⁵.

Hay que subrayar que, tratándose de atracciones feriales, como acontece en el caso de la sentencia citada, y también de actividades que impliquen riesgo o peligro de que se produzcan accidentes, especialmente cuando intervienen menores o personas vulnerables, el empresario debe adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar que se produzcan daños personales previsibles y evitables. Si las medidas de seguridad adoptadas son insuficientes o no apropiadas, nuestra jurisprudencia, en un buen número de casos, establece que el daño es imputable al empresario, sin que baste el cumplimiento de la reglamentación prevista, para que pueda exonerarse de responsabilidad⁸⁶.

⁸⁵ GRIMALT SERVERA, P., 2015, pp. 999-1000.

⁸⁶ *Amplia información jurisprudencial*, ORTI VALLEJO, A., 2014, pp. 1560-1564.

3. RECAPITULACIÓN

En la doctrina se destaca la desaparición de la clásica obligación de seguridad, o, si se prefiere, de los deberes de protección basados en la buena fe contractual.

En la obligación de seguridad hay que distinguir tres etapas: el surgimiento de la obligación de seguridad, la incorporación de la obligación de seguridad al Derecho de consumo y su eliminación del Derecho común.

La obligación de seguridad alcanza su máxima expresión, a principios del siglo xx, en el contrato de transporte de personas. Allí donde se había considerado que la responsabilidad del transportista por daños a la persona del viajero constituía un cuasidelito, se dice que, en realidad, es un incumplimiento contractual, considerando que el empresario, adicionalmente a su obligación principal, la de transportar al viajero a su destino, había asumido tácitamente otra distinta, secundaria o accesorio, consistente en que aquel no iba a sufrir ningún daño personal como consecuencia del transporte. La obligación de seguridad aparecía así como un deber que los jueces «descubrían» tácitamente incorporado al contrato en virtud del principio de la buena fe. El crédito de indemnidad era una suerte de extrapolación a la sede contractual del deber general de no dañar a otro característico de la responsabilidad extracontractual, si bien ahora ese deber se convertía en una obligación «específica» que era asumida voluntariamente por el deudor en favor de un determinado acreedor. La obligación de seguridad no pasaba de ser una creación jurisprudencial sin sustento en textos legales, más allá de la invocación de la buena fe contractual.

Con el advenimiento del Derecho de consumo, la obligación de seguridad entra en una nueva etapa, al incorporarse esta obligación a toda relación de consumo. Ahora la obligación de seguridad tiene su fuente en la ley y pasa a ser una obligación expresa, pero trasciende al contrato, porque se incorpora a toda relación de consumo que afecte directa o indirectamente al consumidor. La obligación de seguridad opera incluso fuera de la estricta órbita contractual, ya que se conecta a la seguridad de los productos y servicios puestos en el mercado, que no han de presentar un defecto de seguridad.

La obligación de seguridad en el Derecho de consumo abarca hoy en día la mayoría de los supuestos en los cuales la doctrina y la jurisprudencia afirmaban la existencia de obligaciones tácitas de seguridad. Ante este panorama se pone en cuestión la propia subsistencia de la obligación de seguridad más allá del ámbito del Derecho de consumo. Todo esto evidencia que la clásica obligación de seguridad desaparece y, por consiguiente, lo pertinente es un requiem para la obligación de seguridad del Derecho común.

El proceso de descontractualización de la obligación de seguridad conduce, a nuestro juicio, a este resultado, habiendo desempeñado en este proceso un papel fundamental las Directivas a que hemos hecho referencia de manera reiterada a lo largo de este estudio.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO AGUILA-REAL, J., «Grandes casos: Donaghue v, Stevenson», en *Almacén del Derecho*, jueves, 1 de marzo de 2018.
- BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario del artículo 11», en Cámara Lapuente, S. (Dir), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011.
- BÜRKÜTSAGIS, E., «La notion de défaut dans la responsabilité du fait de produits. Analyse économique et comparative», en Gausch, P., *Travaux de la Faculté de Droit de la Université de Freiburg*, Schuldners Medias Juridique, Zürisch- Bâle-Geneve, 2005.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, con prólogo de L. Díez-PICAZO, Civitas, Madrid, 2000.
- «El Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción), *ADC*, 2007.2.
- CARBONNIER, J., *Droit Civil*, 4, *Les obligations*, PUF, París, 1990.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del contrato*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2007.
- EBERS, M., «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB tras la Ley de Modernización de 2002», *ADC*, 2003-4.
- GARCÍA GARNICA, M.^a C., «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», en Orti Vallejo, A. y García Garnica, M.^a C. (Dirs.), *La responsabilidad civil por los daños causados por servicios defectuosos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.
- GRIMALT SERVERA, P., «Daños en parques de atracciones y feriales», en Orti Vallejo, A. y M.^a C. García Gernica (Dir), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.
- HUBER, U., «Lesistungsstörungen», en *Gutachten von Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Bundersminister der Justice, Köln, 1981.
- HOUTCIEFF, D., *Droit des contracts*, 2.^a ed., *Lancier*, Bruxelles, 2016.
- KREBS, P., «Comentario al parágrafo 241», en Danner Lieb B. y Langen W (Coors), *Nommos - BGB Kommentar. Schuldrechts*, 2-1, 3.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2016.
- LAMARCA I MARQUÉS, A., «La modernización del Derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB», *InDret*, abril, 2001.

- LARENZ, K., - CANARIS, C-W., *Lerhbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil*, III-2, 13 Ed., Beck, München, 1994.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Sobre La integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977)», *RDP*, enero, vol. 3.º
- LOOSCHELDERS, D., Derecho de obligaciones. Parte general, 17.ª ed., trad. E. Gómez Calle, Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.
- MALAUURIE, P., AYNÉS y STOUFFEL-MUNCH, P., *Droit des obligations*, 10.ª ed., LGDF, París, 2018.
- MALINVAUD, P., FENOUILLET, D. y MEKKI, M., *Droit des obligations*, 14.ª ed., Lexis- Novis, París, 1917.
- MARKESINIS, B. y DEAKYN, S., *Tort Law*, 1999, 4.ª ed., Oxford University Press, 1999.
- MARKESINIS, B., UNBERATH, H. y JONSTON, A., *German Law of Contract*. A la responsabilidad.
- MARTIN CASALS, M., «Una primera aproximación a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil», *InDret*, mayo, 2005.
- MARTIN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «La responsabilidad civil por productos defectuosos», en *Derecho privado de consumo*, coord. M.ª J. Reyes López, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MATO PACIN, M.ª N., *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- «El papel de la buena fe en el Derecho contractual inglés», *InDret*, abril, 2018.
- MAZEAUD, D., «La distinction des obligation de résultat-obligation de moyens: le saut dans le vide», *Recueil Dalloz*, 2017.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª, «Obligación (Derecho Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. 3.º, Civitas, Madrid, 1995.
- NAVARRO-MICHEL, M., «Vehículos automatizados y responsabilidad por producto», *RDC*, octubre-diciembre 2020.
- ORTI VALLEJO, A., «La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios», en Orti Vallejo, A. y García Garnica, M.ª C (Dirs), *La responsabilidad civil por los daños causados por servicios defectuosos*, 2.º ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- «La responsabilidad civil en la explotación y práctica de actividades de ocio peligrosas», en *Tratado de responsabilidad civil, II*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.
- PARRA LUCÁN, M.ª A., *Daños por productos y protección del consumidor*, José María Bosch ed. Barcelona, 1990.
- «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos» en *Tratado de responsabilidad civil, II*, coords L. F. Reglero Campos Y JM- Busto Lago, 5.º Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.
- PASQUAU LIAÑO, M., «El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios», en A. Orti Vallejo y M.ª C. García

- Garnica (Dirs), *La responsabilidad civil por los daños causados por servicios defectuosos*, 2.^a ed, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.
- PICASSO, S, «Requiem para la obligación de seguridad en el Derecho común», *RCC y C*, 2015, julio, 01/07/2015, 146.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial», *RCDI*, 1995, n.º 626.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974.
- SALVADOR CODERCH, P., *Prevenir y castigar*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- SALVADOR CODERCH, P. y GARCÍA MICÓ, T., «Concepción contextual de la buena fe contractual», *InDret*, 2021-4.
- SANTOS MORÓN, M.^a J., «La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de los consumidores: el artículo 148 TRLC», *ADC*, 2017-1.
- SOLÉ FELIU, J., *El concepto de producto defectuoso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Comentario a la Sentencia de 9 de diciembre de 2010. Responsabilidad por productos defectuosos, *CCJC*, 2012, n.º 88.
- WAGNER, G., «Comentario al parágrafo 823. Die Verkehrspflichten», en *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 6, Red. Mathias Habersack, 7.^a ed., Beck, München, 2017.
- ProdudHaftG, en *Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 5, 6.^a ed. Beck. Red. Mathias Habersack, München, 2013.
- VAN DAN, C., *European Tort Law*, Oxford University Press, 2013.
- VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: Tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994.
- VINEY, G., JOURDAIN, P. y CARVAL, S., «La responsabilité du fait de produits défectueux», en *Régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, en *Traite de Droit Civil*, J. Ghestin (Dir), 4.^o ed., LDGJ, París, 2017.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad extracontractual. Delimitación y especies. Elementos. Especies o consecuencias*, Dykinson, 2.^a ed., Madrid, 2016.

V

CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA

ANA CAÑIZARES LASO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. Concepto y regulación.-2. Contrato de opción y promesa de contrato. Opción de compra y promesa de venta.-3. Contrato de opción y derecho de opción.-4. Naturaleza jurídica del derecho de opción. Opción e inscripción.-5. Transmisibilidad del derecho de opción.-6. Cumplimiento e incumplimiento del contrato de opción.-7. Bibliografía.

1. CONCEPTO Y REGULACIÓN

Por el contrato de opción, una de las partes, el concedente de la opción, atribuye a la otra, beneficiaria de la opción, un derecho en virtud del cual esta última, durante un cierto periodo de tiempo, puede decidir unilateralmente, por su sola voluntad, la puesta en vigor del contrato proyectado, que puede ser de diversa naturaleza (compraventa, arrendamiento, etc.).

La celebración de un contrato de opción atribuye al beneficiario un derecho de opción, que debe encuadrarse dentro de la categoría de los derechos potestativos o facultades de configuración jurídica. Se entiende por derecho potestativo la facultad que se atribuye a una persona para crear, modificar o extinguir una relación jurídica mediante una acción o mediante una declaración de voluntad unilateral, que es, por lo general, una declaración de voluntad recepticia, a la que el sujeto pasivo simplemente queda sujeto y a cuyas conse-

cuencias debe atenerse. En rigor, el derecho potestativo o facultad de configuración jurídica no origina por sí mismo ningún tipo de pretensión (dar, hacer o no hacer alguna cosa) sino que crea, modifica o extingue una relación jurídica, a resultas de lo cual si pueden nacer genuinas pretensiones a cargo de una o varias partes.

Aunque la categoría de los derechos potestativos es doctrinalmente discutida¹ explica rigurosamente el contrato de opción: el concedente otorga al beneficiario la facultad de poner en vigor el contrato pactado dentro del plazo acordado en atención a su exclusiva voluntad. Si el beneficiario ejercita la opción, el concedente queda sujeto a tal ejercicio y se pone en vigor el contrato proyectado. Contrato, este sí, que ya da lugar a genuinas pretensiones, que serán las que correspondan al mismo (típicamente, en caso de compraventa, pago del precio y entrega de la cosa)².

El contrato de opción no está regulado por nuestro Código civil, como tampoco se recogió en los Códigos civiles de nuestro entorno como el Código francés o el italiano, lo que es lógico puesto que esta figura contractual, como tal, responde a una construcción doctrinal y jurisprudencial del siglo xx. Es en la última parte del pasado siglo cuando esta construcción se incorpora en algunos cuerpos legales actuales de nuestro país como es la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 460) o el Código Civil de Cataluña (art. 568-1), en los términos que luego se verán. El Reglamento hipotecario (art. 14) regula la opción de compra sobre bienes inmuebles, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

De la opción se ha dicho que, en su esencia, no es más que una modalidad de precontrato, una promesa unilateral aceptada (Díez-Picazo y Gullón, 2016, pág. 66). Pero nuestro Código civil, como sus antecedentes, tampoco reguló con carácter general la categoría, más amplia, del precontrato o de la promesa de contrato. Solo reguló lo que llama «promesas de comprar y vender» en el artículo 1451: «la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la

¹ Análisis del origen de la categoría en SECKEL (1903), que los caracteriza por ser un poder para la formación de relaciones jurídicas concretas mediante un negocio jurídico unilateral. *Vid.* también HATTENHAUER (2011), pp. 243 y ss., que recoge la distinción entre «Gestaltungsrecht» y «Wollensbedingung» específicamente en su traducción de la obra de Seckel (1903). *Vid.* también el estudio del origen de los derechos potestativos en mi trabajo sobre la caducidad (2001).

El derecho potestativo confiere al titular un «poder» jurídico que se traduce en la posibilidad de producir efectos jurídicos sólo según su voluntad, para producir los cuales, dado que por ello es afectada la esfera jurídica de otro, se requiere normalmente el consentimiento de éste. Al derecho potestativo corresponde por parte del otro, el oponente a ese derecho, una vinculación, debido a la que éste ha de aceptar y tolerar la modificación jurídica y la irrupción en su propia esfera jurídica. Esa irrupción consiste precisamente en la modificación jurídica. *Vid.* por todos LARENZ (1989, pp. 220 y ss.) y MEDICUS (1990, pp. 33 y ss).

² *Vid.* mis trabajos sobre opción (1995); y sobre la caducidad de los derechos (2001).

cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato». Añade este precepto que «Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para el vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro».

Las regulaciones más modernas sí han introducido una norma general. Ya el Código civil italiano de 1942 en su art. 1331 estableció que Cuando las partes acuerdan que una de ellas permanece vinculada a su declaración y la otra tiene la facultad de aceptarla o no, la declaración de la primera se considera una propuesta irrevocable de los efectos previstos en el art. 1329». Y el actual y reformado Código civil francés regula la promesa unilateral en su art. 1124: «La promesa unilateral es el contrato por el cual una parte, el promitente, otorga a la otra, el beneficiario, el derecho a optar por la conclusión de un contrato cuyos elementos esenciales están determinados y para cuya formación solo falta el consentimiento del beneficiario.

La revocación de la promesa durante el tiempo que le queda al beneficiario para optar no impide la formación del contrato prometido.

El contrato celebrado en violación de la promesa unilateral con un tercero que conocía su existencia es nulo».

Nuestro Derecho se podría haber sumado a esta tendencia si hubiese llegado a buen fin la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación del año 2009, que en su art. 1259 regula la promesa de contrato en los siguientes términos: «Una o ambas partes pueden facultar a la otra parte o a cualquiera de ellas para decidir, en el plazo o condiciones estipuladas, mediante comunicación al otro contratante la entrada en vigor del contrato prometido. Si éste estuviera sujeto por ley a especiales requisitos de forma, de capacidad o de poder, serán aplicables a la promesa».

Con los escasos mimbres legales que han quedado expuestos, en nuestro ordenamiento el tratamiento jurídico del contrato de opción responde a una construcción que paulatinamente ha sido realizada por doctrina y jurisprudencia durante el pasado siglo. Esto contrasta con el hecho de que la opción se haya convertido en un instrumento muy utilizado en el tráfico jurídico desde hace ya mucho tiempo. Tiene la virtualidad de que mediante la vinculación inicial de las partes se aseguran situaciones futuras sin tener que aceptar la eficacia inmediata del negocio en sí y cumple de esa forma una función económica muy importante. Hay multitud de posibilidades de configuración de contratos de opción. Así, se suele incorporar a negocios muy variados, que van desde los inmobiliarios a los que tienen por objeto operaciones financieras

muy complejas. Las opciones de compra, venta, préstamos, o negocios de mediación o de financiación, se han convertido en un instrumento muy útil en la contratación. No obstante, el caso más habitual es el de la opción de compra por lo que, salvo menciones especiales, en las páginas que siguen se utilizará como modelo.

2. CONTRATO DE OPCIÓN Y PROMESA DE CONTRATO. OPCIÓN DE COMPRA Y PROMESA DE VENTA

Contrato de opción y promesa de contrato no son figuras distintas, podríamos decir que representan el género respecto del contrato de opción de compra o de la promesa de venta, que serán supuestos concretos de contratos de opción o promesas de contrato. Pueden existir múltiples tipos de contratos de opción al igual que múltiples tipos de promesas de contrato dependiendo de lo que en virtud de ellos se prefigure. En cualquier caso, se trata de verdaderos contratos en virtud de los cuales la relación jurídica que existe entre las partes tras su celebración es de naturaleza contractual. Se trata de distinguir, aunque pueda parecer innecesario mencionarlo, las diferentes etapas que surgen desde el inicio de la relación que las partes establezcan. La relación es contractual por lo que inicialmente no estamos en presencia de tratos preliminares ni de una posible responsabilidad, en su caso, precontractual.

Por el contrato de opción, el concedente de la opción se obliga, en el caso de la opción de compra, a vender en las condiciones pactadas, no teniendo nada más que hacer para estar vinculado y cumplir el contrato en su caso. El optante, por el contrato de opción, tampoco necesita hacer ninguna declaración más para obligarse, bastará que exija el cumplimiento del contrato proyectado para que el concedente de la opción esté obligado a entregar la cosa y el optante por su parte a entregar el precio objeto de la venta.

La semejanza que existe entre los supuestos de hecho del contrato de opción y de la promesa de contrato, y más aún, entre el contrato de opción de compra y la promesa unilateral de venta, es tal que desde el primer momento se suscitó la duda respecto de si se trataba o no de la misma figura jurídica³. Se puede decir, como subrayara De Castro que, en realidad, los términos de opción y precontrato o promesa de contrato no son distintos; que es equivalente la promesa unilateral de contrato al contrato de opción, e incluso la misma promesa bilateral de contrato en nada difiere esencialmente de la opción. De-

³ Díez-PICAZO, (2007), p. 412.

cía De Castro «*Este nombre se ha divulgado como seudónimo, sólo porque permite continuar utilizando eficazmente la vieja figura de la promesa de contrato, sin el lastre de las confusiones y perjuicios que se habían unido al antiguo nombre de pactum de contrahendo*»⁴.

Aunque se ha dicho que se distingue del precontrato, porque en la opción no es necesario que el otorgante concluya otro nuevo contrato o preste un nuevo consentimiento para ello, ya que basta la unilateral declaración de voluntad del beneficiario para que el contrato prefigurado se entienda puesto en vigor, esa idea responde a una antigua doctrina ya superada. La distinción entre ambas figuras partía de una idea del precontrato como contrato dirigido a crear la obligación de celebrar otro nuevo contrato («obligarse a obligarse») defendida en algún momento por parte de la doctrina. De acuerdo con esa antigua tesis se consideraba el precontrato como un contrato en virtud del cual las partes quedaban obligadas a celebrar en un momento posterior un nuevo contrato, el contrato definitivo que hasta ese momento estaría meramente proyectado. Del contrato proyectado surgiría la obligación de contratar, esto es, la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual, obligación que sería de hacer, por lo que tratándose de un acto estrictamente personal sería incoercible y su incumplimiento se traduciría únicamente en la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados⁵.

El problema de esa concepción del precontrato se centraba en la ejecutoriedad de la obligación de hacer, es decir, si alguien podría ser compelido por la fuerza a hacer lo que prometió o bien podría liberarse indemnizando a la persona con quien se obligó, entendiéndose en general que las obligaciones de hacer consistentes en emitir una declaración de voluntad no pueden ser ejecutadas coactivamente y que sólo puede imponerse coactivamente el que se indemnice si no se hace lo prometido. Se llega así a la consecuencia de que la promesa, por ejemplo, de vender una finca no concede al comprador la facultad de exigir judicialmente del vendedor el cumplimiento del proyectado contrato de compraventa, esto es, la entrega de la finca, sino que sólo podrá pedir la indemnización de los daños y perjuicios que le haya causado el no entregársele la finca. Así en el origen de la cuestión se llega a la distinción entre promesa de venta y compraventa, en el sentido de que mientras ésta permite exigir la entrega de la finca vendida, aquélla sólo da acción a pedir indemnización de daños y perjuicios, lo que marca la diferencia entre ambas figuras. En esos términos esta doctrina condujo a poner en cuestión la figura del precontrato,

⁴ (1950), p. 1167.

⁵ Díez-PICAZO (2007), p. 395.

llegando incluso a negar en algún momento la existencia misma del contrato preliminar y a establecer una equiparación entre contrato preliminar y contrato definitivo. Ciertamente si los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, una vez manifestado existe ya el contrato definitivo, sin necesidad de construir una etapa previa y una posterior en la que se articule una nueva declaración. Sin embargo, en el supuesto de la compraventa tras su celebración surgen las obligaciones para ambas partes, la entrega del precio y la entrega de la cosa; mientras que en la promesa de venta o en el contrato de opción de compra, celebrado el contrato proyectado solo surgirá la obligación de entrega de la cosa y del precio cuando el optante ponga en vigor el contrato proyectado. En nuestro ordenamiento, además, dada la regulación de la promesa de vender y comprar recogida en el art. 1451 CC, se distinguen de forma clara la promesa de comprar y vender de la compraventa al remitir dicho precepto a las reglas de las obligaciones y contratos y no a las relativas a la compraventa⁶.

En realidad, como afirmara De Castro⁷, la promesa de contrato aparece como una etapa preparatoria de un iter negocial complejo de formación sucesiva. La relación contractual se abre ya entre las partes desde el momento mismo en que el precontrato queda celebrado. Lo que ocurre es que las partes se reservan, bien ambas, bien una de ellas la facultad de exigir en un momento posterior la puesta en vigor del contrato proyectado. Lo que caracteriza la promesa de contrato es que en ella se deja o queda al arbitrio de una de las partes o bien de las dos, la posibilidad de determinar a su voluntad el momento de la exigibilidad o de la puesta en vigor del contrato prometido o proyectado. Así en la relación contractual se distinguen dos momentos o fases distintas: Un primer momento el de la promesa de contrato en el que las partes convienen el contrato proyectado y se atribuyen la facultad de exigirlo; un segundo momento, el del ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento del contrato proyectado por aquella de las partes a quien la facultad le haya sido atribuida, a una de ellas o a ambas indistintamente. El ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento determina la vigencia o entrada en vigor del contrato que había sido proyectado⁸.

Tanto la promesa de contrato como el contrato de opción suponen una etapa preparatoria de un iter negocial, llámese contrato preparatorio o contrato

⁶ En nuestro Derecho no hay confusión alguna, de manera distinta a lo que ocurría en el derecho francés con su art. 1589 al señalar que la promesa de venta vale venta, cuando hay consentimiento de las dos partes sobre la cosa y el precio. Por ello se vieron forzados a reformular la cuestión teniendo en cuenta, además, su sistema transmisivo de la propiedad (art. 1583, Código civil francés).

Vid. SANCIÑENA (2003), pp. 80 y ss.

⁷ DE CASTRO, (1950), pp. 1133 y ss.

⁸ DE CASTRO (1950), p. 1169; DÍEZ-PICAZO (2007), p. 400.

de opción en un primer momento en que los contratantes de mutuo acuerdo se obligan a que el contrato proyectado tenga plena eficacia desde el momento en que lo exija la parte (o las partes) a la que se concede esta facultad; y un momento posterior en el que se pone en vigor el contrato o se ejercita la opción. No se trata de dos contratos, hay un solo contrato con dos momentos diferentes y la relación jurídica desde el primer momento es de naturaleza contractual⁹.

La evolución de la construcción doctrinal del contrato de opción ha ido en paralelo con la realizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde los años 40 del siglo xx y en la que se muestra que el Alto Tribunal ha ido perfilando los problemas que sin duda aparecen en el funcionamiento y desenvolvimiento del contrato de opción.

El Tribunal Supremo desde sus primeros pronunciamientos ha sostenido que el contrato de opción de compra es verdaderamente un contrato¹⁰. No obstante, durante mucho tiempo la evolución de su jurisprudencia ha sido realmente confusa, como lo fue en general toda la relativa a la figura del precontrato.

La doctrina jurisprudencial relativa al contrato de opción a partir de los primeros años de este siglo es ya uniforme entendiéndose, en general, que el precontrato de opción es aquél por el que una de las partes atribuye a la optante el derecho de decidir la puesta en vigor de un contrato, habitualmente de compraventa, en un concreto plazo. En este sentido, la sentencia 8478/2000, de 21 de noviembre, dice literalmente que *«implica la concesión por una parte a la otra de la facultad exclusiva de decidir la celebración o no del contrato*

⁹ Lo que necesariamente se debe diferenciar de los acuerdos o compromisos de intenciones con lo que podía llegar a confundirse lo que defendió en su momento ROCA SASTRE (1948, pp. 323 y ss.) y que en algún momento el Tribunal Supremo acogió. Decía este autor que el precontrato es un contrato pero que no la cuestión no radicaba en la obligación de contratar en el futuro o en prestar un nuevo consentimiento contractual, sino que se trataba de una obligación de colaborar o de cooperar para establecer el contrato definitivo. Por lo tanto, en el precontrato, en realidad, lo que se establecían eran los criterios básicos para su desarrollo posterior.

En la línea de la opinión de Roca Sastre, en la STS de 5 de octubre de 1961 se afirma: «en el precontrato litigioso se ha creado una obligación por las partes contratantes dirigida al desenvolvimiento o complementación de una compraventa futura, o sea, a cooperar en el desenvolvimiento de las bases sentadas en aquel contrato». En el mismo sentido, la STS de 16 octubre 1965 sintetiza: «el precontrato o contrato preliminar que aunque no recogido expresamente en nuestro Derecho positivo, ha tenido plena acogida tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia de esta Sala, cuya especialidad consiste en que lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero, que por ello mismo fue calificado de auténtica ley de bases del siguiente, pero cuya fuerza vinculante debe quedar atemperada a la que se deriva de su propia esencia consistente en «obligarse a obligarse», de suyo difícilmente coercible, por lo que la sanción en caso de incumplimiento queda reducida a la indemnización de los daños y perjuicios que sean consecuencia del mismo».

¹⁰ Vid. inicialmente las antiguas SSTS 23 marzo 1945, 10 julio 1946, 18 enero 1947, 4 diciembre 1953, 18 mayo 1955, 17 octubre 1961, 22 junio 1966.

principal de compraventa»¹¹; o la sentencia 2155/2010, de 23 de abril, que señala que «... el efecto que produce es que, si el optante ejercita su derecho, pone en vigor el precontrato y la otra parte, la concedente, tiene el deber jurídico de celebrarlo efectivamente; siendo así que el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la opción, puede exigir dicha celebración...»; o la 1656/2011, de 24 de marzo, al subrayar la necesidad de distinguir entre el ejercicio de la opción de compra «que por sí perfecciona el contrato en cuanto une al consentimiento previamente prestado por el futuro vendedor el del optante de cuya decisión –comunicada en plazo– se hacia depender de la perfección del contrato, de las incidencias que puedan surgir acerca de las circunstancias propias del cumplimiento del mismo».

El Tribunal Supremo mantiene esta línea jurisprudencial constante hasta la actualidad¹². En una de las últimas sentencias la sentencia 308/2020, de 3 de febrero relativa a una típica opción de compra sobre inmueble, recoge la doctrina anterior y reitera con cita de la sentencia 2155/2010, de 23 de abril, que: «El precontrato de opción es aquel por el que una de las partes atribuye a la optante el derecho de decidir la puesta en vigor de un contrato (normalmente, como en el presente caso, de compraventa) en un concreto plazo. [...] Por tanto, el efecto que produce es que, si el optante ejercita su derecho, pone en vigor el precontrato y la otra parte, la concedente, tiene el deber jurídico de celebrarlo efectivamente. Y el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la opción, puede exigir dicha celebración, que se hará de mutuo acuerdo o por resolución judicial, tras el procedente proceso». Señalando además que «ya antes del ejercicio del derecho potestativo de la opción, del propio contrato preliminar surgen obligaciones para el concedente u optatario (y en su caso también para el optante, como el pago de una prima)».

Es evidente, que al menos en lo relativo a lo que significa la promesa de venta y el mismo contrato de opción no hay dificultad alguna en la jurisprudencia actual más allá, por supuesto, de las propias dificultades de los distintos supuestos prácticos como veremos a continuación. No obstante, si se debe subrayar que no es la mejor expresión «facultad exclusiva de decidir la celebración o no del contrato principal». Sería, sin duda, mejor «facultad de poner en vigor el contrato celebrado», también utilizada en ocasiones. Es cierto que si sabemos a lo que estamos haciendo referencia no hay ningún inconveniente en utilizar unos términos u otros, lo único es que a veces las expresiones ter-

¹¹ En igual sentido las sentencias 3878/2003, de 5 de junio, y 1536/2009, de 26 de marzo.

¹² Se pueden comprobar las sentencias de la última década y en los últimos años las sentencias 604/2020, de 19 de febrero; 294/2019, de 5 de febrero; 51/2019, de 15 de enero; y 4028/2018 de 20 de noviembre.

minológicas son importantes si pueden inducir a algún tipo de confusión. En este caso, bajo mi punto de vista, no hay duda de que desde hace más de dos décadas cuando se hace referencia a la celebración del contrato posterior no se duda de que el contrato quedó celebrado en el primer momento; que no hay dos contratos; y que la relación que une a las partes desde el primer momento lo es de naturaleza contractual. No obstante, sería mejor utilizar la expresión «puesta en vigor» que la de «celebrar el contrato».

En realidad, y en definitiva, lo más importante es poder determinar en la práctica, en el caso concreto, cuando hay un contrato ya celebrado, si reúne todos sus elementos esenciales, y si se ha otorgado la facultad de ponerlo en vigor en un momento posterior. Por ello es muy importante la distinción entre unos tratos preliminares y el contrato celebrado; entre un contrato que regule la celebración de un contrato (carta de intenciones); y efectivamente y en el caso de la compraventa entre un contrato de compraventa celebrado y una promesa de compra y venta, precontrato de compraventa o contrato de opción. En estos últimos supuestos mientras que del contrato de compraventa celebrado surgen las obligaciones de entrega y pago del precio; en el resto enunciado existe el contrato proyectado y la facultad de ponerlo en vigor en un momento posterior y sólo con el ejercicio de esta facultad surgirá la obligación de entrega de la cosa y entrega del precio.

3. CONTRATO DE OPCIÓN Y DERECHO DE OPCIÓN

Por el contrato de opción, una de las partes, el concedente de la opción, atribuye a la otra, beneficiaria de la opción, una facultad de modificación jurídica o derecho potestativo por el que esta última y durante un cierto periodo de tiempo podrá decidir unilateralmente la puesta en vigor del contrato proyectado.

El contrato de opción puede ser oneroso o gratuito dependiendo de que el concedente de la opción reciba o no, a cambio de dicha concesión, el pago de un precio, prima de la opción. El contrato de opción crea, como todo contrato, obligaciones. El concedente de la opción queda vinculado de una parte, a cumplir el contrato prefigurado si es que el optante decide ejercitar su derecho, y de otra, queda sujeto a no celebrar contratos incompatibles con terceros durante la vigencia de la opción. Para el optante únicamente surgirá el pago de la opción y sólo cuando ésta tenga un precio. Así, el contrato de opción podrá ser unilateral o bilateral, según los casos, esto es, dependiendo de que existan o no obligaciones para ambos.

La celebración de este contrato, como se ha dicho inicialmente, atribuye al beneficiario un derecho de opción que puede calificarse de derecho de adquisición a modo de derecho potestativo, entendiéndose por tal, el que corresponde a una determinada persona de llevar a cabo una relación jurídica con otra, o de determinarla específicamente en su contenido, o de modificarla o rescindirla, mediante un acto constitutivo unilateral que, por lo general, es una declaración de voluntad recepticia. En realidad, estamos en presencia de una facultad (derecho potestativo) otorgada al optante que en ningún momento origina una pretensión sino una sujeción del sujeto pasivo.

La dificultad que existe en la figura del contrato de opción o promesa de contrato es advertir y desentrañar el desenvolvimiento del negocio nacido y sus posibles vicisitudes. De la misma manera que en la promesa de contrato, deben distinguirse dos momentos: un primer momento en que los contratantes de mutuo acuerdo se obligan a que el contrato proyectado tenga plena eficacia en el momento en que lo exija la parte (o las partes) a la que se concede esta facultad, momento en que las partes crean un derecho potestativo que de alguna manera funciona con cierta independencia; y un segundo momento en el que se pone en vigor el contrato mediante el ejercicio del derecho creado, de manera que si el optante u optantes ejercitan su derecho de opción originan por su sola voluntad la puesta en vigor del contrato.

Dicho lo anterior, respecto del contrato de opción en general, en el caso del contrato de opción de compra, las partes celebran un contrato en virtud del cual nace el derecho de opción a favor del comprador. Durante un tiempo determinado, plazo de la opción, el beneficiario podrá ejercitar su derecho unilateralmente, de manera que en caso de ejercicio dentro del plazo el vendedor deberá cumplir el contrato de compraventa en el sentido de las obligaciones surgidas de éste y por consiguiente entregar la cosa. En este sentido se ve claramente el funcionamiento de los derechos potestativos que no originan en ningún momento una pretensión sino una sujeción del sujeto pasivo. El vendedor queda sujeto por el contrato de opción a la voluntad unilateral del beneficiario de la misma para el caso en que decida ejercitar su derecho y por tanto poner en vigor el contrato de compraventa.

Para analizar y resolver los problemas que pueden plantearse en la práctica desde la celebración del contrato y hasta su extinción se debe, como siempre dice el profesor Miquel, «distinguir, distinguir y distinguir».

En el momento de la celebración del contrato de opción deben valorarse las cuestiones relativas al consentimiento de las partes; capacidad; vicios y las diferentes condiciones que puedan formularse con base en la autonomía priva-

da y la libertad de pactos que rige nuestro ordenamiento¹³. En el momento de la celebración del contrato de opción queda configurado este contrato y las condiciones de ejercicio del derecho de opción creado con él. Así, se establecerá el plazo de ejercicio de la opción; el precio de la opción si es que así lo quieren las partes; su posible inscripción; y las condiciones del ejercicio de la opción.

En un primer momento del contrato de opción surgen las obligaciones para el concedente de la opción y en su caso también para el optante si se pactó el pago de la prima como precio de la opción. Las obligaciones que surgen de la opción de compra para el concedente son básicamente su vinculación al posible ejercicio de la opción en plazo y no disponer del bien objeto de la opción¹⁴. Por lo que hay que distinguir entre el nacimiento del derecho de opción de compra en virtud de la celebración del contrato de opción, que como tal contrato se perfecciona cuando concurre el consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación, sobre el objeto y la causa del contrato (arts. 1261 y 1262 CC); y el ejercicio del derecho de opción por el optante lo que en principio se hará mediante la oportuna declaración recepticia dirigida al concedente dentro del plazo previsto en el precontrato.

El derecho de opción es vinculante para el promitente y potestativo para el optante. Es importante la determinación de un plazo de la opción, no obstante, no es esencial. En principio no se entendería un contrato de opción que no tenga previsto un plazo dentro del que pueda ser ejercitada, sería tanto condición de existencia como condición de ejercicio de la opción. Lo normal será que se haya establecido un plazo, pero si ello no hubiera sido así los tribunales podrían fijarlo (art. 1128 CC). Entendido el derecho de opción como derecho personal, en algún momento se entendió por la jurisprudencia que habría que estar a lo previsto por el art. 1964 CC, sin embargo, tratándose de un plazo de caducidad se abandonó esa opinión¹⁵. Distinto será que se inscriba la opción para lo que naturalmente se estará a los plazos previstos por el art. 14 RH.

Por el ejercicio del derecho de opción se pone en vigor el contrato proyectado, de manera que el concedente de la opción deberá cumplir con las obligaciones derivadas del contrato y por consiguiente la obligación que surgirá a su cargo será la de la entrega de la cosa, mientras que para el optante la obligación de la entrega del precio, además de las posibles obligaciones que hayan asumido contractualmente. Otorgándose la escritura pública, o bien po-

¹³ Vid. la sentencia 1821/2011, de 6 de abril.

¹⁴ Por todos Díez-PICAZO (2007), pp. 410-411; vid. la sentencia 3975/2006, de 5 de julio.

¹⁵ Díez-PICAZO (2007), p. 413.

niendo en posesión al comprador, habrá *traditio* y por lo tanto transmisión del dominio. Deben distinguirse nítidamente los efectos obligacionales, en el sentido de cumplimiento de las obligaciones surgidas de contrato, de la transmisión de la propiedad operada por la *traditio*.

Solamente puede defenderse la posibilidad de que el ejercicio de la opción transmita el dominio cuando: o bien se entiende que el derecho de opción es un derecho real; o bien se configure legalmente como tal. De distinta manera, y si partimos de la naturaleza obligacional del derecho de opción, no podremos compartir que el concedente de un derecho de opción de compra se sujete a la unilateral decisión por parte del optante de transmitir la propiedad. Por el derecho de opción, como hemos visto el optante tiene un derecho potestativo que significa que con su ejercicio el concedente de la opción se vea sujeto al cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato, pero el contrato, no la transmisión del derecho real, esto es, se halla sujeto a realizar la entrega y dicha entrega si operará la transmisión de la propiedad. El optante podrá exigir una vez ejercitada la opción que el vendedor otorgue escritura pública o bien que entregue la posesión, entonces ya sí se habrá operado la transmisión del dominio¹⁶. Si se entregó la posesión lo que ocurrirá es que para inscribir el dominio en el Registro se necesitará un documento público que recoja dicha transmisión, transmisión que evidentemente se opera al margen del Registro. De negarse el concedente de la opción a cumplir con las obligaciones dimanantes del contrato podrá ser obligado judicialmente tras lo cual también se podrá inscribir. El ejercicio de la opción, reiteramos, vincula al concedente a pasar por dicha opción a los efectos de cumplir el contrato no a los efectos de entenderse operada la *traditio*¹⁷.

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE OPCIÓN. OPCIÓN E INSCRIPCIÓN

La naturaleza del derecho de opción es una cuestión discutida entre los autores, defendiéndose tanto su naturaleza personal como real. Debe reiterarse que la opción no está regulada en el Código civil. Es importante señalarlo porque la cuestión no se plantea de la misma manera en otros derechos como es el

¹⁶ Vid. CAÑIZARES (2000), en la *RDGRN* de 27 de octubre de 1999 se analiza este caso.

¹⁷ Por insistir en el argumento si nos fijamos en el único supuesto que el Código Civil, prescindiendo de las promesas de comprar y vender, se refiere a una promesa de contrato es el artículo 1862, este precepto dice que la promesa de constitución de prenda e hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, distinguiendo netamente de la definitiva constitución de la prenda e hipoteca.

caso de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra¹⁸ o el Código Civil de Cataluña¹⁹. Mientras que en aquélla tendrá carácter personal o carácter real según se establezca, en el Código civil de Cataluña se regula entre los derechos de adquisición y se configura como derecho real²⁰.

Puede plantearse la configuración del derecho de opción como derecho personal o real²¹ según lo que las partes podrían naturalmente en virtud de la libertad de pactos y del *numerus apertus* de los derechos reales que aquí si que parece tener vigor²². La cuestión sin duda importa, pero lo cierto es que la calificación de este derecho como derecho personal o real es fundamental sobre todo en el supuesto de la venta de inmuebles. Si el derecho de opción es eficaz sólo *inter partes*, como cualquier derecho de crédito, el beneficiario de la opción perjudicado por la conducta del concedente, si por ejemplo vende a un tercero, vigente la opción, podrá únicamente reclamarle indemnización de daños y perjuicios, pero no podrá dirigirse contra el tercero. Si se entiende que el derecho de opción es un derecho real, el contrato celebrado entre concedente y tercero, por supuesto, inscrita la opción en el Registro, será ineficaz pudiendo el beneficiario de la opción dirigirse y reclamar al que contrató con su concedente.

Desde el principio hemos señalado que el derecho de opción es un derecho potestativo lo que implica de alguna manera alejarlo de una elección entre derecho personal y real, no obstante, en la alternativa creemos que se ajusta mejor su calificación como derecho potestativo con alcance personal y eficacia *inter partes*. El beneficiario de la opción perjudicado por la conducta del concedente podrá únicamente reclamarle indemnización por los daños y perjuicios causados, pero no podrá dirigirse contra el tercero.

¹⁸ La Ley 460 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra prevé en su primer párrafo que «Los derechos de opción, tanteo y retracto voluntario tendrán carácter real cuando así se establezca; si se constituyen con carácter personal se registrarán por las disposiciones del título II del libro IV...»

¹⁹ Arts. 568-1 y ss. Que regulan únicamente el de opción de naturaleza real.

²⁰ De acuerdo con el apar. E) de la DD de la Ley 5/2006 se derogó en su totalidad la regulación que se hacía de los derechos de adquisición en los arts. 19 a 35 LSSDA, por lo que la opción de compra ha dejado de estar regulada en el derecho catalán. Naturalmente cabe configurar una opción de compra con carácter personal si partimos del principio de la libertad de pactos.

Vid. BOSCH CAPDEVILA (2004); YSÁS (1989); DEL POZO CARRASCOSA, *et. al.* (2015), pp. 483 y ss.

²¹ Como señala BRANCOS NÚÑEZ (1994, p. 260) asumiendo que cabe tanto la opción real como la personal, dependiendo de la voluntad de las partes y con independencia de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que no puede tener la virtualidad de cambiar la naturaleza del derecho, señala el autor que «*cabría una opción de compra real no inscrita y una opción de compra personal inscrita*».

²² En los ordenamientos en los que el derecho de opción se configura como derecho real, se regula también la posibilidad de hipotecar este derecho, así el art. 569-33.1 CCCat. dispone que los derechos de adquisición de carácter real se pueden hipotecar. En nuestra Ley Hipotecaria solo se hace referencia en su art. 107.8 a la hipoteca del retracto convencional.

Se ha querido ver en la opción un derecho real cuando ésta se halla inscrita en el Registro de la Propiedad, cosa que permite el artículo 14 RH respecto de la opción de compra. De acuerdo con este precepto:

«Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

- 1.º Convenio expreso de las partes para que se inscriba;
- 2.º Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción;
- 3.º Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.»

Debe recordarse, sin embargo, que la inscripción no opera un cambio de naturaleza en el derecho, y además la opción no otorga un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino simplemente la facultad de poner en vigor un negocio jurídico con independencia de la voluntad del sujeto pasivo. Del negocio jurídico, compraventa, nace ya el derecho a exigir su cumplimiento y por tanto una pretensión de naturaleza obligacional. El derecho real nacerá cuando se entregue la cosa como consecuencia de la *traditio*. La inscripción de la opción la hace oponible a terceros adquirentes, pero no la convierte en un derecho real. Por lo que, naturalmente, si la opción está inscrita, la venta posterior de la cosa objeto de la opción no imposibilita el ulterior ejercicio de la opción frente al tercero que deberá pasar por su ejercicio²³.

Por consiguiente, la opción de compra puede ser inscrita, o no, en el Registro de la Propiedad, pero su inscripción no opera un cambio de naturaleza en el derecho²⁴. Si la opción no se inscribe y el concedente de la opción infringe su obligación de respetar la misma, el optante podrá exigir indemnización de daños y perjuicios, pero no más. Sin embargo, si la opción fue inscrita y el optante ejercita su derecho, el tercero deberá pasar por la opción por serle

²³ Vid. BOSCH (2020a y 2020b) respecto de los efectos del ejercicio del derecho real de opción, en el CCCat, con relación a la adquisición de la propiedad del bien por el optante. De la misma manera los efectos de este derecho entendido y configurado, por otra parte, en ese Código como derecho real en relación con los derechos posteriores incompatibles.

²⁴ Vid. las sentencias 6301/1987, de 9 de octubre; 5208/1989, de 9 de octubre; y 6092/1989, de 6 de noviembre, entre otras con cierta falta de claridad en esos años.

oponible. La opción no supone un poder directo e inmediato sobre la cosa, pero sí la facultad de exigir un comportamiento de su concedente.

Cabría desde luego defender, de situarnos ante la alternativa derecho personal-derecho real, su naturaleza de derecho personal. Lo que ocurre es que la peculiaridad de los derechos potestativos se manifiesta en esa especial sujeción del sujeto pasivo que necesariamente sucede, tras concederse la opción, por su ejercicio sin ninguna colaboración ya especial por el concedente. Como puede sostenerse, en realidad, el derecho de opción es un derecho potestativo.

5. TRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO DE OPCIÓN

La opción tiene en si misma un valor económico y entra a formar parte del patrimonio de una persona²⁵. En el contrato de opción cabe que las partes contemplen la posible cesión de la opción a un tercero, configurándose así la llamada opción mediatoria²⁶. Pero también cabe regular la opción con carácter personalísimo, en atención a la persona de su titular. Regulada la opción de alguna de estas formas no habrá mayor problema. Surge la duda cuando las partes no se han manifestado ni en un sentido ni en otro. En este caso sería reconducible a la figura de la cesión de contrato, por lo que se necesitará el consentimiento del concedente de la opción. No debe dudarse de que la cesión no será posible cuando se haya tenido en cuenta la persona a quien se otorgó, por ejemplo, en el caso de un arrendamiento de servicio; o su crédito, en el caso de la venta a plazo. En cambio, si esto no hubiera sido así cabe admitir la cesión cuando la persona del optante sea por completo indiferente para el obligado, por ejemplo, una venta al contado, solución que es amparable en el artículo 1112 CC²⁷. De Castro entendió la solución, de convertir en regla la excepción, técnicamente más correcta, considerando como inadmisibles la cesión, en cuanto implica cambio de titularidad en una relación obligatoria bilateral, pero con la restricción de que implícitamente, de acuerdo con el art. 1258

²⁵ En caso de fallecimiento del optante, dentro del plazo de la opción, y de no haberse ésta constituido con carácter personalísimo, formará parte de los derechos transmisibles que integran el patrimonio hereditario del optante.

²⁶ *Vid.* la sentencia 530/1995, de 4 de febrero; *vid.* TALMA (1996), pp. 329-335; *vid.* SANCINIENA, (2003), pp. 32-35.

²⁷ *Vid.* CAÑIZARES (1990a) En el caso de la sentencia 6092/1989, de 6 de noviembre, se puede ver la cuestión en el supuesto de un arrendamiento con opción de compra y la cesión del derecho en favor de uno de los cotitulares de este derecho de opción. Se utiliza la posible analogía con los arts. 1514 y 1515 CC entendiendo el derecho de opción como semejante al retracto convencional, en cuanto ambos son supuestos de derechos potestativos.

CC, se entiende consentida la cesión, cuando el obligado no tenga interés legítimo en la persona del optante²⁸.

Frente a lo anterior, en aquellos ordenamientos en los que se configura el derecho de opción como derecho real, la regla general es la transmisibilidad del derecho de opción²⁹. Esto permite que el derecho de opción cumpla distintas funciones a modo de inversión, caso de la opción mediatoria, e incluso como medio de pago lo que, en realidad, supondría una dación en pago.

6. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OPCIÓN

Sabemos que en el momento de la celebración del contrato de opción quedan configuradas tanto las condiciones de ejercicio del derecho de opción como el contrato proyectado. En él se habrá establecido el plazo de ejercicio de la opción, fuera del que ya no podrá ejercitarse el derecho de opción porque habrá caducado³⁰; el precio de la opción, si es que así lo quieren las partes; su posible inscripción; y las condiciones del ejercicio de la opción. De la misma manera se habrán acordado los elementos esenciales del contrato que se ha de poner en vigor tras el ejercicio de la opción (típicamente, precio y modalidades de pago, entrega de la cosa, etc.). Es importante delimitar las estipulaciones que las partes hayan incluido respecto de la opción y su ejercicio y aquellas referidas al contrato de que se trate (típicamente, compraventa). Estas últimas deben contemplar las referidas a los elementos esenciales del contrato, que ha de ser puesto en vigor sin necesidad de ningún tipo de nuevo acuerdo de voluntades entre los contratantes, y a todas las demás condiciones pactadas en el contrato proyectado³¹.

²⁸ DE CASTRO (1950), p. 1179.

²⁹ Es el caso del Código civil de Cataluña que expresamente señala en el art. 568-9.2 CCCat, que los derechos de opción son transmisibles, salvo que se hayan constituido en consideración a su titular.

³⁰ No se duda que, transcurrido el plazo de ejercicio del derecho de opción, la opción se extingue por caducidad. *Vid.* STS 21-5-1962, las partes habían celebrado un contrato de «compromiso de venta» o de «promesa de venta», en virtud del cual se obligaban a otorgar en un plazo de quince días un contrato de compraventa de un cable transportador propiedad del demandado. Ejercitada la opción fuera del plazo, el Tribunal Supremo entendió la caducidad. *Vid.* las sentencias 3259/2001, de 20 de abril; y en el caso de la sentencia 2155/2010, de 23 de abril que se había pactado que el *dies a quo* para el ejercicio de plazo de ejercicio de la opción fuese el de la inscripción en el Registro de la finca. Entre las más recientes la ya citada 308/2020, de 3 de febrero.

³¹ Problemas que pueden afectar al objeto del contrato como, por ejemplo, la modificación urbanística del inmueble, posterior a la celebración del contrato, puede afectar al ejercicio de la opción en un caso o bien al cumplimiento de la compraventa. *Vid.* MARTÍNEZ VELENCOSO (2000), pp. 185 y ss.

A veces se puede introducir alguna confusión respecto de las cosas futuras y habrá que distinguir entre contrato de compraventa, precontrato de compra y venta, promesa de venta o contrato de opción de compra. Mientras que en el primer caso el contrato se celebra si concurren los requisitos y a partir de ese momento surgen las obligaciones para las partes, esto es, entrega de la cosa y precio; en el caso de la promesa o de la opción se celebra el contrato proyectado del que surge la facultad para una de las partes, o para ambas, de poner en vigor dicho contrato o lo que es lo mismo el ejercicio del derecho potestativo, entendido que en este caso también nos encontramos con un verdadero contrato, el proyectado, que deberá reunir los requisitos de consentimiento, objeto y causa. Si el contrato de compraventa, o bien el precontrato de compra y venta, no reúnen los requisitos del contrato, no habrá contrato en ningún caso, ni en el de compraventa ni el de la promesa de compra y venta. Otra cuestión, distinta por completo de la anterior, es que el objeto sobre el que recaiga el contrato sea una cosa futura. Si se trata de una cosa futura, debe decirse que estamos en presencia de un contrato, eso si de compraventa de cosa futura. Por la misma razón cabrá que, en vez de tratarse de una compraventa, se trate de una promesa de compra y venta, donde se deja su puesta en vigor para un momento posterior, y su objeto sea una cosa futura. Si la compraventa de cosa futura es válida, la promesa de compra y venta sobre cosa futura también lo es.

Se ha señalado con anterioridad que una de las obligaciones que surgen de la opción de compra para el concedente es básicamente, además de su vinculación al posible ejercicio de la opción en plazo, la de no disponer del bien objeto de la opción³². Un cumplimiento correcto de la compraventa por parte del concedente de la opción pasará por no haber dispuesto del bien sobre el que recae la opción. Es obvio que el contrato de opción no encierra una prohibición de disponer, como tal, sino que en realidad de él surge una obligación de no disponer cuyo incumplimiento generará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. De manera distinta, y de haberse inscrito la opción, la transmisión por parte del concedente de la opción, incumpliendo el contrato de opción, le será inoponible al optante, pero el tercero deberá pasar por el ejercicio de la opción³³. En ese caso estaremos ante un supuesto de incumplimiento del contrato de opción, lo natural es que haya existido precio de la opción por lo que fácilmente podría sostenerse la resolución del contrato de opción, de no existir prima habrá que ejercitar la opción y resolver la venta, en

³² Por todos Díez-PICAZO (2007), pp. 410-411; *vid.* la sentencia 3975/2006, de 5 de julio.

³³ DE CASTRO (1950, p.1179, nota 160) señala que «Nada se opone a la validez de una venta condicionada al ejercicio de la opción; no hay por qué cerrar el Registro».

el caso de la opción no inscrita, o bien ejercitar la opción si está inscrita como acabamos de señalar.

De no haberse incumplido el contrato de opción y ejercitada la opción en el plazo convenido, la opción se extingue por su ejercicio y quedará perfeccionada la venta, en el sentido de puesta en vigor del contrato, lo que implica que ésta ya quedará sometida a su propia regulación de los artículos 1445 y siguientes del Código Civil. A partir de ese momento nacerán las pretensiones de cumplimiento de la cosa y el precio, que ya si estarán sometidas a un plazo de prescripción. Por consiguiente, a partir del ejercicio de la opción, la enajenación habrá de cumplirse en la forma pactada, las discrepancias o incidencias que puedan surgir después entre los contratantes quedan en el ámbito del contrato de compraventa. Necesariamente habrá que distinguir la capacidad de las partes que ya se valoró en el momento del contrato proyectado del poder de disposición que lo exigirá la entrega, obligación que deberá cumplirse por el concedente tras el ejercicio de la opción por el optante. Por ello no siendo el poder de disposición requisito de validez del contrato sino de la *traditio* como modo de adquirir, en dicho momento habrá de valorarse³⁴.

De la misma manera y en sede de cumplimiento, en ocasiones se plantea la resolución del contrato por incumplimiento para lo que habrá que distinguir, necesariamente, entre el ejercicio de la opción de compra de cuya decisión, en plazo, se hacía depender la puesta en vigor del contrato, de las incidencias que puedan surgir acerca de las circunstancias propias del cumplimiento del mismo³⁵. De la misma manera se debe entender la solución a los problemas que puedan plantearse respecto del pacto de arras incluido en el contrato que deberá analizarse tras el ejercicio de la opción y ya en el marco del cumplimiento de la compraventa puesta en vigor³⁶.

³⁴ Vid. el poder de disposición exigido en supuestos de comunidad postganancial, la sentencia 2857/2019, de 17 de septiembre; igualmente, en el caso de una opción otorgada por la esposa, tratándose de un bien privativo de ambos esposos por mitad en el caso de la sentencia 8995/2012, de 26 de diciembre.

³⁵ Vid. la sentencia 1656/2011, de 24 de marzo. En esta sentencia se señala con claridad que la optante –dentro del plazo concedido– manifestó inequívocamente su voluntad de ejercer el derecho de opción. sin perjuicio de que la optante, en virtud de su particular entendimiento del contrato, afirmase que, siendo condición esencial de la compraventa la transmisión de la licencia de edificación en unas determinadas condiciones, la vendedora había de darle cumplimiento según lo pactado anunciando que, en caso contrario, respondería dicha vendedora del saneamiento por evicción y vicios o defectos. Así en esta sentencia se subraya la necesaria distinción entre la opción y sus consecuencias en cuanto al cumplimiento del contrato de compraventa que aquélla ha perfeccionado, pues resulta posible que, ejercido el derecho de opción por el optante, surjan después ciertas incidencias o diferencias entre las partes sobre el cumplimiento del contrato de compraventa que incluso en determinados casos puedan determinar la procedencia de su resolución cuando efectivamente se haya dado un incumplimiento con entidad suficiente para ello.

³⁶ Vid. la sentencia 4028/2018, de 20 de noviembre.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BOSCH CAPDEVILA, E., *Opción, tanteo y retracto*, Bosch 2004.
- «La opción en garantía», en *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*, dirigido por Ana Cañizares Laso, Tirant lo Blanch, Valencia, en prensa, pp. 253-283.
- «Precontrato de opción y derecho real de opción», *RDC*, vol. VII, núm. 4 (julio-septiembre, 2020), pp. 51-98.
- BRANCOS NUÑEZ, E., «La opción de compra. La evolución jurisprudencial y su actual utilidad como instrumento habitual en el tráfico inmobiliario», *AAMN*, vol. XXXIII, 1994, pp. 249 y ss.
- CAÑIZARES LASO, A., «Arrendamiento con opción de compra: cesión del derecho a favor de uno de los titulares», *Poder Judicial*, 20, 1990.
- «Tanteo y opción: Frustración del interés del titular del derecho», *ADC*, 1990.
- Voz «opción», *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid 1995.
- «Efectos del ejercicio del derecho de opción: comentario a la RDGRN de 27 de octubre de 1999», *RDPat* 5, 2000.
- DE CASTRO y BRAVO, F., «La promesa de contrato», *ADC*, 1950, pp. 1133 y ss.
- DEL POZO CARRASCOSA, P./VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, 5.^a ed., Marcial Pons. Madrid, 2015.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Cizur menor, 2007.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil II-1*, 11.^a edic. 2016.
- HATTENHAUER, C., *Einseitige private Rechtsgestaltung: Geschichte und Dogmatik*, Mohr Siebeck, 2011.
- LARENZ, K., (1989), *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München §12, pp. 220 y ss.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, «Contrato de opción de compra y modificación de la situación urbanística del inmueble (comentario a la STS de 14 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7327]», *RDPat* año I, núm. 5, 2000, pp. 185-194.
- MEDICUS, D. (1990): *Allgemeiner Teil des BGB §12*, Heidelberg.
- ROCA SASTRE, R., *Estudios de Derecho Privado, I, Obligaciones y contratos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1948.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., *La opción de compra*, Dykinson 2007 (y 2003).
- SECKEL (1903): «Die Gestaltungsrechte», en *Festgabe der juristische Gessellschaft*, zu Berlin für Koch, 1903.
- TALMA CHARLES, J., *El contrato de opción*, Bosch 1996.
- «Crónica jurisprudencial sobre el contrato de opción relativa a la década de los noventa», *RDPat*, año I, núm. 2, 1999, pp. 557-578.
- TORRES LANA, J. A., «Contrato y derecho de opción», *Trivium*, 1987.
- YSÁS SOLANES, I., «El derecho de opción», *ADC*, 1989.

VI

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

MARIO E. CLEMENTE MEORO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Código Civil y contratación electrónica.-2. Contratación y comercio electrónicos.-3. Evolución tecnológica, social y económica.-4. Evolución jurídica.-5. Equivalencia entre forma escrita y forma electrónica.-6. Los requisitos formales específicos de los contratos electrónicos.-7. La prestación del consentimiento: déficit de información y déficit de reflexión.-8. Momento de perfección de los contratos electrónicos.-9. Lugar de perfección de los contratos electrónicos.-10. Propuestas de codificación.-11. Bibliografía.

1. CÓDIGO CIVIL Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1.1 El Código Civil es ajeno a la contratación electrónica, salvo en una muy concreta cuestión y de manera casi clandestina, cuando se refiere en su artículo 1262, párrafo tercero, a los «contratos celebrados mediante dispositivos automáticos».

Este artículo 1262 CC fue redactado en su actual versión por la Disposición adicional cuarta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE núm. 166, de 12.7.2002; corrección de errores en BOE núm. 187, de 6.8.2002; en adelante, LSSI). De esta manera se adecuó el precepto a una realidad muy distinta de la existente en el momento en que se promulgó en su versión original, y, además, se hizo

que coincidieran textualmente los arts. 1262 CC y 54 CCom en cuanto a la perfección de los contratos a distancia. Hasta esta modificación legislativa, el Código Civil sólo se refería a la aceptación por «carta», prescindiendo del telegrama, que ya existía, mientras que el art. 54 CCom regulaba la contratación mercantil celebrada por «correspondencia», que es un término más genérico y que incluía la telegráfica (*cf.* art. 51.2 CCom).

1.2 El caso es que la única cuestión de la contratación electrónica que ha preocupado al legislador codicial es la del momento de perfección de los contratos, ni siquiera la del lugar de celebración, prevista, sin embargo, en el art. 29 LSSI.

Hay que acudir a textos legales extracodiciales para encontrar referencias normativas relativas a otras cuestiones suscitadas por la contratación electrónica. Es el caso de la ya mencionada LSSI y del 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 (BOE núm. 287, de 20.11.2007; en adelante, LGDCU).

2. CONTRATACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICOS

2.1 La categoría de los contratos electrónicos comprende aquellos en que el consentimiento no se presta por los cauces tradicionales –las declaraciones de voluntad orales o escritas–, sino a través de un proceso electrónico básicamente automatizado y que requiere una intervención humana mínima. Se trata de un proceso que se da entre dispositivos conectados a una red informática de comunicación en línea. Inicialmente, mediante computadoras u ordenadores y a través de redes privadas y cerradas; después, a través de redes públicas y abiertas, especialmente, Internet; en la actualidad, no sólo a través de ordenadores, también a través de otros dispositivos: teléfonos inteligentes, tabletas, consolas de juegos, electrodomésticos especialmente configurados para ello (p. ej., televisores digitales interactivos), etc.

Se trata de dispositivos que prestan una o varias utilidades, pero que, en todo caso, funcionan mediante programas informáticos (aplicaciones). Así, un teléfono inteligente sirve para comunicarse mediante voz (llamadas), también mediante voz e imagen (videollamadas), pero asimismo para transmitir y recibir datos (texto, imágenes, vídeos, música, información meteorológica, noticias, radio, televisión, información bursátil, aplicaciones), adquirir bienes, suscribirse a servicios, reservar billetes de avión, alojamiento en hoteles, excursiones, entradas para espectáculos... Mediante estos aparatos se llevan a

cabo los «contratos celebrados por vía electrónica» (*cf.* Título IV LSSI, en trasposición del Capítulo II, Sección 3, de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre Comercio Electrónico).

2.2 Estos contratos son elemento esencial de lo que se ha dado en llamar «comercio electrónico», definido, desde una perspectiva económica, y poco técnica jurídicamente, por algunos organismos internacionales.

Así, la Organización Mundial del Comercio (OMC o, en inglés, WTO) partió en su momento, a los efectos de su programa de trabajo sobre el comercio electrónico, de la consideración del mismo como «*la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos*» (OMC, 1998, p. 1). Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE; OECD, por sus siglas en inglés) define el comercio electrónico como la «*venta o compra de bienes o servicios que se realiza a través de redes informáticas con métodos específicamente diseñados para recibir o colocar pedidos*» (OCDE, 2020, p. 17). Y la Oficina Europea de Estadística (Eurostat), reproduce la definición de la OCDE a efectos de las encuestas de utilización de tecnologías de la información y la comunicación; y añade que el pago y la entrega de los bienes o servicios no han de ser realizados en línea, y que las operaciones de comercio electrónico excluyen los pedidos realizados por medio de mensajes de correo electrónico transcritos manualmente (Eurostat, 2020, p. 29).

Con mayor precisión y técnica jurídica, la Comisión Europea, en su Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones de 12 de abril de 1997, «Iniciativa europea de comercio electrónico» [COM (1997) 157 final] declaró (Capítulo 1, apartado 5): «*El comercio electrónico consiste en realizar electrónicamente transacciones comerciales. Está basado en el tratamiento y transmisión electrónica de datos, incluidos texto, imágenes y vídeo.*»

2.3 Más allá de estas definiciones, el comercio electrónico presenta ventajas e inconvenientes frente al que se desarrolla en los mercados tradicionales o «mercados físicos».

Así, para quienes operan en el mercado electrónico como proveedores de bienes y servicios, o como intermediarios entre éstos y los destinatarios, el comercio electrónico, por el alcance global de Internet y por utilizar estándares universales, reduce los costes de entrada en los mercados, incluso de los geográficamente remotos; por su permanente disponibilidad, facilita las relaciones

comerciales y el soporte al cliente; por su carácter interactivo, permite prescindir de distribuidores y redes de ventas, así como fidelizar a los clientes, que pueden exponer inquietudes y comentarios; permite integrar diferentes recursos, como texto, vídeo y audio; reduce errores, tiempo y costes en el tratamiento de la información, lo que permite diversificar y adaptar los productos; mejora la gestión de las transacciones, con incremento de la eficiencia empresarial; ahorra en costes de publicidad y marketing; reduce los costes de distribución, en especial, en relación con productos intangibles, que pueden suministrarse por la red (p.ej., *software*); y genera menores costes de salida.

Por su parte, son ventajas para los destinatarios de los bienes o servicios: el acceso a ingentes cantidades de información sobre bienes y servicios; la mayor capacidad de elección del producto más adecuado a sus necesidades; la comodidad en la realización de las transacciones, desde cualquier lugar y a cualquier hora; el sencillo intercambio de información entre los consumidores; la mayor sensibilidad a las reacciones del consumidor; y carácter impersonal de las operaciones.

En cuanto a los inconvenientes, se ha señalado la dificultad de uso para los destinatarios no familiarizados con las nuevas tecnologías; la necesidad de infraestructuras de comunicaciones; el precio de los dispositivos y de los servicios de acceso a la red; los problemas de seguridad, con riesgos de suplantación, de alteración del mensaje, de prueba del envío y de la recepción de la transmisión, y de la filtración de la información; la existencia de barreras psicológicas, que llevan a desconfiar de las transacciones no presenciales; y la necesidad de intermediarios, como las autoridades de certificación, los mediadores para los convenios y la resolución de conflictos.

2.4 En lo que respecta a las operaciones previas, simultáneas y posteriores a la celebración de los contratos electrónicos, procede mencionar como incluidas en el ámbito del comercio electrónico las siguientes:

a) El acceso a redes de comunicación en línea, lo que suele darse mediante contratos con prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información, como los operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14 LSSI), los prestadores de servicios de copia temporal de datos (art. 15 LSSI) y los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 16 LSSI). En este mismo ámbito, también hay que incluir los servicios de diseño y construcción de páginas web, así como los de mantenimiento a distancia de programas y su actualización.

b) Con carácter previo a la contratación, las actividades publicitarias, comunicaciones comerciales, ofertas promocionales (descuentos, premios, re-

galos), concursos, juegos (arts. 21 a 22 LSSI y 61 y 94 LGDCU); y tiene especial trascendencia la información precontractual que hay que suministrar, en general, en los contratos electrónicos (art. 27 LSSI), en los contratos con consumidores y usuarios (art. 60 LGDCU) y en los contratos a distancia, como son los electrónicos (arts. 97 y 98 LGDCU).

c) La prueba de la celebración de los contratos electrónicos (24 LSSI), con intervención, en su caso, de certificadores de firma electrónica, y el posterior suministro de información contractual (arts. 28 LSSI y 98 LGDCU).

d) El pago de los bienes o servicios contratados –y, en su caso, de los correspondientes tributos–, que puede darse en línea (con tarjeta de crédito o débito, con dinero electrónico o digital, mediante aplicaciones de teléfono inteligente o a través de plataformas de pago), o fuera de ella (mediante transferencia, cheque o pagaré, incluso en metálico); y con carácter previo, simultáneo o posterior. También existen sistemas de pago por descarga, por licencia, por acceso o por suscripción.

e) La entrega de los bienes y la prestación de servicios, que puede llevarse a cabo tanto electrónicamente, cuando sea posible (p.j., descarga de contenidos), como fuera de línea, esto es, mediante sistemas tradicionales, como los de mensajería. En el primer caso de habla de comercio electrónico directo; en el segundo, de comercio electrónico indirecto.

f) Tanto con carácter previo como posterior a la contratación, la remisión de la documentación correspondiente: presupuestos, facturas, albaranes, ordenes de transporte, documentos aduaneros, etc.

g) La protección de datos de carácter personal y de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

3. EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA, SOCIAL Y ECONÓMICA

3.1 Las primeras manifestaciones del comercio electrónico tuvieron lugar a partir de 1970 en relación con la Transferencia Electrónica de Fondos (*Electronic Funds Transfer*; ETF), entre cuentas bancarias y sin intervención del personal de las entidades financieras.

En esa misma década se comenzó a implantar entre empresas, instituciones o entidades una serie de sistemas automatizados de intercambio de datos de carácter comercial, dando lugar a lo que se conoce como Intercambio Electrónico de Datos (*Electronic Data Interchange*; EDI).

El art. 2.2 del Modelo Europeo de Acuerdo de EDI [Anexo 1 de la Recomendación 94/820/CE de la Comisión, de 19 de octubre de 1994, relativa a los

aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (L 338/98, de 28 de diciembre de 1994)] definió el intercambio electrónico de datos como *«la transferencia electrónica, de ordenador a ordenador, de datos comerciales y administrativos que estructuran un mensaje EDI con arreglo a la norma acordada»*. En el mismo sentido, la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; más conocida por sus siglas en inglés: UNCITRAL) sobre Comercio Electrónico, aprobada por Resolución de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1996, entiende por intercambio electrónico de datos (EDI) *«la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto»* (art. 2 b).

Se trata, por tanto, de formas estandarizadas y estructuradas de transferencia de datos por medios electrónicos. La información («mensajes de datos») se genera, envía, recibe, archiva o comunica por medios electrónicos a través de un sistema previamente convenido, de manera que se minimizan las transacciones en soporte papel, así como las intervenciones humanas (impresión, envío de documentos, regrabación y alineación de datos) y los errores que le son propios, se automatiza el intercambio de datos y se agilizan las transacciones. Se utiliza para ofertas, pedidos, órdenes de compra, albaranes, facturas y otros documentos entre empresas o entidades. Es un sistema que exige un previo acuerdo entre las partes sobre el contenido de los mensajes y una inversión en tecnología, por lo que sólo resulta rentable si se van a mantener relaciones comerciales de tracto continuado.

Tanto la transferencia electrónica de fondos como el intercambio electrónico de datos utilizan redes propias, cerradas y seguras, exigen un acuerdo previo entre los participantes, y éstos son conocidos y de confianza, y se encuentran limitados por su pertenencia a un sector de actividad o entorno de negocio (banca, transporte de mercancías, fabricación de automóviles...).

3.2 Un salto cualitativo se produce cuando se generaliza el uso de Internet como red informática en la que cabe desarrollar todo tipo de actividades, incluidas, desde luego, las comerciales.

Internet es una red abierta en la que participan sujetos tanto conocidos como desconocidos, de alcance global, que utiliza estándares tecnológicos universales, está disponible en cualquier sitio y a cualquier hora, permite la transmisión de todo tipo de datos (texto, audio, vídeo) de manera integrada, y funciona de manera interactiva. Estas características de Internet han propiciado el desarrollo del comercio electrónico.

También ha favorecido el comercio electrónico la constante mejora en los dispositivos informáticos y en las telecomunicaciones.

Cuando comenzó a despegar el acceso a Internet, hace unos treinta años, sólo las grandes empresas y algunas instituciones tenían acceso a Internet mediante banda ancha y ordenadores con suficiente capacidad para operar en redes de comunicaciones. La mayoría de los hogares no contaba con ordenador y las pequeñas y medianas empresas lo usaban, básicamente, para llevar su contabilidad y la gestión de la empresa, como sustitutivo en la oficina de las máquinas de escribir, de las calculadoras y de los archivadores. La herramienta web más utilizada en aquel entonces era el correo electrónico y la conexión se hacía, sobre todo, a través de línea conmutada (telefonía analógica y, luego, digital), mediante el uso de módems. Pero paulatinamente se extendió la informatización de las empresas y hogares y el acceso mediante ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line*), que es una tecnología de banda ancha por cable de cobre. El siguiente paso fue el incremento de la conexión mediante banda ancha de cable coaxial y de cable de fibra óptica, que incrementan considerablemente la velocidad de transmisión de los datos por la red. Asimismo, se ha desarrollado la conexión vía satélite, y generalizado la banda ancha móvil con tecnologías GPRS (*General Packet Radio Service*), 2G, 3G, 4G y, en fase inicial, 5G; y también se ha operado un significativo crecimiento de las redes Wi-Fi, que ofrecen acceso inalámbrico a las redes informáticas.

Consecuencia de estos avances tecnológicos es que, en la actualidad, las empresas, entidades e instituciones, y la mayor parte de la población, tengan varias vías de acceso constante a Internet mediante una amplia gama de dispositivos plenamente adaptados para ello.

3.3 En paralelo a la mejora tecnológica, la opinión pública ha ido tomando una posición cada vez más favorable al comercio electrónico. En un primer momento la regla general era la desconfianza hacia la contratación electrónica. Se cuestionaba la seguridad de la red, se dudaba de la veracidad de las ofertas y de la buena fe de los oferentes, se temía el incumplimiento del contrato y, sobre todo, el uso indebido de las tarjetas de pago utilizadas. En definitiva, se sospechaba el fraude. Sólo unos pocos intrépidos se arriesgaban a contratar por Internet.

Sin embargo, todas estas prevenciones han ido desvaneciéndose conforme se ha ido comprobando que los temores eran infundados y los fraudes la excepción; en especial, si se contrata con quienes tienen una bien ganada reputación comercial.

El caso es que lo que se inició como un nuevo modo de operar entre empresas conocidas por redes propias, cerradas y en que la seguridad era requisito ineludible (comercio electrónico B2B), se ha pasado a un comercio electrónico en que el mayor volumen de negocio se da en las relaciones entre

empresarios y consumidores (B2C), en el que también participa la Administración (B2G y C2G), sobre todo la tributaria, y en el que ha crecido la contratación entre ciudadanos (C2C). De hecho, en el estado de alarma por la pandemia por COVID-19 la contratación electrónica B2C ha sido un recurso ampliamente utilizada para soslayar el cierre de la mayor parte de los establecimientos comerciales.

3.4 Según la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC, 2020), el comercio electrónico superó en España los 48.000 millones de euros en 2019, casi un 25% más que el año anterior.

En el cuarto trimestre de 2019 aumentó la facturación por comercio electrónico un 23,5% interanual, hasta alcanzar los 13.365 millones de euros. Para el mismo trimestre la facturación fue de 4.316 millones en 2014, 5.309 en 2015, 6.656 en 2016, 8.526 en 2017 y 10.116 en 2018.

Los sectores de actividad con mayores ingresos en el cuarto trimestre de 2019 fueron las agencias de viajes y operadores turísticos, con un 12,5% de la facturación total, las prendas de vestir, con el 7,1%, y el transporte aéreo, con un 6,5%. A continuación, se situaron los hoteles y alejamientos similares (4,2%), juegos y azar y apuestas (3,5%), espectáculos artísticos, deportivos y recreativos (3,0%), transporte terrestre de viajeros (2,8%), suscripción a canales de TV (2,7%), marketing directo (2,6%) y grandes almacenes (2,4%).

La CNMC señala que es importante destacar que estos datos reflejan la situación del mercado antes del estado de alarma provocado por la pandemia de COVID-19.

4. EVOLUCIÓN JURÍDICA

4.1 Con anterioridad a la aprobación en 2002 de la LSSI, en nuestro ordenamiento eran escasas las normas que, de manera directa o indirecta, contemplaran la contratación electrónica.

La principal de todas ellas se encontraba en el que era entonces el art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 89, de 14.4.1998; en adelante, LCGC), que exigía, en la contratación telefónica o electrónica, que constase, en los términos reglamentariamente estable, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional, con envío inmediato al consumidor de justificación escrita de la contratación efectuada, donde consten todos los términos de la misma.

La remisión de este apartado 3 del art. 5 LCGC –que pasó a ser el 4 con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE núm. 313, de 31.12.2001; en adelante, LMFAOS) y fue derogado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 76, de 28.4.2014)– a «los términos que reglamentariamente se establezcan» se concretó en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre (BOE núm. 313, de 31.12.1999), cuyo art. 1.1 establecía su aplicación a los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contuvieran condiciones generales de la contratación.

Este Real Decreto que no se ajustaba a lo previsto en la Directiva de Comercio Electrónico, ni en la posterior trasposición de ésta por la LSSI, ni a lo que preveía el art. 47 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Mercado Minorista (BOE núm. 15, de 17.11.1996; en adelante, LOCM) para las ventas a distancia, ni a lo establecido en el art. 98 LGDCU para los contratos a distancia, fue derogado por la LMFAOS.

También precedió a la LSSI el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, de Firma Electrónica (BOE núm. 224, de 18.9.1999), que se adelantó a la trasposición la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por el que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (L 13/12, de 19 de enero de 2000). Esta Directiva fue traspuesta por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (BOE núm. 304, de 20.12.2003; en adelante, LFE), que tiene que ver con el comercio electrónico y, en consecuencia, con la contratación electrónica, en cuanto regula los servicios de certificación y la eficacia jurídica de la firma electrónica (*cf.* art. 24 LSSI).

4.2 Como se ha señalado más arriba, la LSSI, al trasponer la Directiva sobre Comercio Electrónico, incluye un Título III sobre comunicaciones comerciales por vía electrónica (arts. 19 a 22) y un Título IV sobre contratación por vía electrónica (arts. 23 a 29). Además, como también se puso de manifiesto *supra*, la Disposición adicional cuarta LSSI modificó los arts. 1262 CC y 54 CCom en cuanto al consentimiento contractual.

Algunos de los referidos preceptos de la LSSI han sido objeto de sucesivas modificaciones. Así, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, de General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4.11.2003) modificó los arts. 21 y 22; la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (BOE núm. 312, de 29.12.2007; en adelante, LMISI), el art. 20; el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, que traspone directivas

en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas... (BOE núm. 78, de 31.3.2012), los arts. 20, 21 y 22; y la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 114, de 10.5.2014), los arts. 20 y 22.

4.3 Además de las normas específicamente concebidas para los contratos electrónicos, existen otras en nuestro ordenamiento que le son aplicables como consecuencia de su tipología.

Los contratos electrónicos constituyen un vehículo idóneo para incluir cláusulas predispuestas cuya incorporación se imponga por una de las partes con la finalidad de incorporarlas a una pluralidad de contratos (*cf.* art. 1.1 LCGC). En consecuencia, resultará aplicable la LCGC en cuanto contengan este tipo de cláusulas (*cf.* STS 886/2011, de 12 de diciembre, sobre contratación electrónica de transporte aéreo, condiciones generales y cláusulas abusivas).

Cuando los contratos se dan entre empresas y consumidores (B2C), resulta aplicable la normativa de consumo (*cf.* art. 2 LGDCU), lo que no sucede en los contratos en que sólo intervienen empresas (B2B) o sólo particulares (C2C). Y cuando el proceso de contratación implica a una Administración Pública, resultará aplicable la normativa sobre contratos del sector público (*cf.* art. 2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014; BOE núm. 272, de 9.11.2017).

El encuadramiento de los contratos electrónicos entre los celebrados a distancia resulta relevante a efectos de determinar el momento y lugar de su celebración y la aplicación de las reglas previstas para los contratos con consumidores o usuarios (arts. 92 a 106 LGDCU), o las más especiales relativas a servicios financieros a distancia (Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; BOE núm. 166, de 12.7.2007; en adelante, LCDSFC).

4.5 La dispersión normativa que se acaba de reseñar plantea el problema de combinar adecuadamente las distintas normas aplicables a los contratos electrónicos, que muchas veces se solapan y no resultan del todo concordantes.

La mayor parte de estos problemas se planteaban en relación con la regulación de las ventas a distancia en la LOCM (arts. 38 a 48 LOCM) y con el Real Decreto 1906/1999. Pero la LMFAOS, con la simple derogación de los artículos 39 a 48 LOCM y del Real Decreto, así como la modificación del art. 38 LOCM, que ahora remite a la LGDCU en cuanto a los contratos a distancia, ha resuelto aquellas cuestiones.

4.6 De otra parte, el art. 94 LGDCU soluciona la doble regulación de los contratos electrónicos, en la LSSI como tales y en la LGDCU como contratos a distancia cuando se celebran con consumidores. En cuanto a la determinación de la norma aplicable en caso de contradicción, prevalece su carácter de contratos electrónicos, sobre ser, en su caso, contratos de consumo. Porque si no hay contradicción, son aplicables tanto unas como otras normas a los contratos electrónicos con consumidores (*cf.* arts. 20 LSSI y 96 LGDCU, respecto de las comunicaciones comerciales; arts. 27 LSSI y 97 y 98 LGDCU, en cuanto a la información precontractual; y arts. 28 LSSI y 98 LGDCU en relación con la información posterior a la celebración del contrato).

4.7 Se exponen a continuación, con base en la normativa reseñada, las especialidades de la contratación electrónica y, en su caso, las cuestiones problemáticas que se han planteado.

5. EQUIVALENCIA ENTRE FORMA ESCRITA Y FORMA ELECTRÓNICA

5.1 A efectos de evitar que los requisitos formales entorpezcan la contratación electrónica (*cf.* Considerando 34 y art. 91 de la Directiva de comercio electrónico), el art. 23.2 LSSI establece que para que sea válida la celebración de los contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. En consecuencia, ha de entenderse derogado el art. 51.2 CCom, en cuanto exige un previo acuerdo por escrito entre las partes sobre la admisión de la contratación por correspondencia telegráfica.

5.2 Con la misma finalidad –soslayar obstáculos formales–, dispone el art. 23.3 LSSI que siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

La equivalencia entre forma escrita y electrónica no sólo actúa respecto de la validez y eficacia del contrato, sino también respecto del cumplimiento de otros deberes, como los de información, cuando la ley exija que consten por escrito.

De otro lado, la equivalencia funcional se produce entre el soporte papel y el soporte electrónico. Cuando la ley exige un documento escrito (p. ej., art. 69 LGDCU en cuanto al desistimiento), cumple su función la constancia del contrato o la información en formato electrónico. Sin embargo, si la ley exige un docu-

mento con firma manuscrita, este requisito sólo se verá satisfecho si el documento electrónico incorpora firma electrónica reconocida (*cf.* art. 3.4 LFE).

5.3 Se excluye la equivalencia entre forma escrita y electrónica respecto de los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones, y en relación con aquellos en que, para su validez o producción de determinados efectos, la Ley exija documentación pública o la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad o mercantiles o autoridades públicas, que se registrarán por su legislación específica (art. 22.4 LSSI).

Esta remisión a la legislación específica ha permitido la adaptación de ésta a las posibilidades de la tecnología digital. Es el caso del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero (BOE núm. 25, de 7.2.2007), que ha modificado el Decreto de 2 de junio de 1944, de Reglamento Notarial, en relación con la firma electrónica, el archivo electrónico de actas, el depósito notarial de documentos electrónicos, las copias autorizadas y simples y los índices. Asimismo, se ha adaptado a los medios electrónicos en la contratación con la Administración la LCSP.

6. LOS REQUISITOS FORMALES ESPECÍFICOS DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

6.1 Aunque de una manera poco clara, la LSSI ha venido a recoger en los arts. 27.1 c) y 28.1 las exigencias formales específicas de los contratos electrónicos establecidas en el artículo 11 de la Directiva sobre Comercio Electrónico.

6.2 En primer lugar, se impone al prestador del servicio la obligación de poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación, la posibilidad de identificar y corregir los errores en la introducción de datos. Esto se traduce en la exigencia de una página de recapitulación a tal efecto.

Uno de los riesgos de la contratación electrónica es la comisión de errores obstativos, esto es, que el consumidor declare su voluntad de contratar por error. Es lo que puede suceder si el contrato electrónico se perfecciona con sólo presionar una vez el botón de aceptación del pedido formulado. Para evitar ese tipo de errores se exige que los oferentes permitan a los aceptantes identificar y corregir sus errores, y la mejor manera de hacerlo es la disposición de una página en la que al contratante se le indique cuál es su pedido y se le pida confirmación. En resumen, no basta un solo clic sino que hacen falta, al menos, dos. Y el prestador del servicio ha de haber configurado de esta manera el proceso contractual.

6.3 En segundo lugar, el oferente ha de confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo: por correo electrónico u otro medio de comunica-

ción electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación; o por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario (artículo 28.1 LSSSI).

La confirmación de la aceptación se impone al oferente, y en nuestro Derecho se suele identificar al oferente con el empresario y aceptante al consumidor. Así, en el art. 98.7 LGDCU se impone al empresario facilitar al consumidor o usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable. Se parte de que en los contratos a distancia, el catálogo de productos y precios es una oferta al público, lo mismo si se trata de un catálogo en papel como si se ha incorporado a un sitio web. Sin embargo, en otros ordenamientos, como el alemán y el inglés, los catálogos de productos no son oferta al público, sino invitación a hacer ofertas, de manera que el consumidor es oferente y el empresario aceptante. Desde este planteamiento, el empresario evita el riesgo de una demanda que no pueda atender (p. ej., por falta de existencias), pues el contrato no se perfecciona mientras no acepte la oferta del consumidor.

En este punto, la Directiva de Comercio Electrónica se muestra neutral, y no habla de oferta o aceptación, sino de pedido del destinatario de un servicio de la sociedad de la información, del que debe acusar recibo el prestador de servicios (art. 11). En este mismo sentido, el art. 28.1 LSSI contempla el caso en que la obligación de confirmación de la aceptación corresponda al destinatario del servicio, imponiendo al prestador que ponga a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en el apartado anterior –correo electrónico o medio de comunicación electrónica equivalente o medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación–.

6.4 No todos los contratos electrónicos están sujetos a estos requisitos formales (confirmación del pedido en página recapitulativa y acuse de recibo). No lo están aquellos en que ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, ni cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente.

7. LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO: DÉFICIT DE INFORMACIÓN Y DÉFICIT DE REFLEXIÓN

7.1 En la contratación a distancia –y, por tanto, en la contratación electrónica– el consumidor sufre un déficit de información, pues sólo conoce el

producto por la presentación comercial que de él hace el empresario o profesional mediante catálogos, imágenes televisivas o páginas *web*, y puede sufrir un déficit de reflexión en la medida en que la oferta le llega fuera de los espacios habituales de contratación. Es por ello que cabe hablar de una relación contractual asimétrica, en la que los consentimientos de ambas partes (empresario o profesional y consumidor) no son homologables; lo que justifica la imposición al empresario de una obligación de información previa a la contratación y la concesión al consumidor de un derecho de desistimiento o arrepentimiento que puede ejercitar sin necesidad de alegar causa alguna. No se trata de proteger al consumidor frente a vicios de consentimiento ni frente a incumplimientos del empresario –sin perjuicio de que el derecho de desistimiento también pueda ejercitarse para hacer frente a estas patologías contractuales–, sino de tutelar su libertad de decisión negocial y fortalecer al mismo tiempo estos canales de distribución comercial.

7.2 En la contratación electrónica el déficit de información puede ir más allá del escaso conocimiento del producto o servicio. Así, en la LSSI la información previa a la contratación tiene que ver, sobre todo, con las condiciones del proceso de contratación, porque el déficit de información del consumidor suele alcanzar en esta modalidad no sólo al producto o servicio sino también a la manera en que se llegará al acuerdo de voluntades en que consiste un contrato. Así, el apartado a) del art. 27.1 LSSI obliga al prestador del servicio a poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara «los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato»; y el apartado c) «los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos». En la contratación electrónica ha de prevenirse el riesgo de que el destinatario del servicio lleve a cabo actos que puedan equivaler a la prestación del consentimiento sin que exista verdadera voluntad contractual por su parte, bien porque no sepa en qué fase del proceso contractual se encuentra (cree que aún ha de confirmar su pedido cuando, para el prestador del servicio, ya ha concluido el contrato), bien porque no sepa cómo o cuándo rectificar errores (v. gr., ha solicitado algo distinto de lo realmente querido o en cantidad distinta a la deseada).

7.3 La LSSI también obliga al oferente del bien o servicio a suministrar cierta información con posterioridad a la celebración del contrato (art. 28). Mas no se trata en este caso de proteger la *calidad* del consentimiento del consumidor. El contrato ya se ha concluido –por eso se habla de «información posterior a la celebración del contrato»–. Se trata, sencillamente, de informar

de que el pedido ha sido recibido, y no se establecen las consecuencias de incumplir esta obligación, que, en cualquier caso, no creo que pueda ser la inexistencia o nulidad del contrato.

7.4 En cuanto al déficit de reflexión, es de señalar que en la contratación electrónica no es especialmente relevante, pues el consumidor, por regla general, tiene un margen amplio de reflexión previa a la decisión de contratar y la posibilidad de comparar ofertas, incluso mediante buscadores especializados en esta tarea. Es por ello que resulta criticable que se regulara conjuntamente la contratación electrónica y la contratación telefónica con condiciones generales en el Real Decreto 1906/1999, pues en la telefónica sí que hay que proteger al consumidor de la eventualidad de que la técnica de comercialización empleada le lleve a tomar una decisión de contratar insuficientemente meditada, ya que la iniciativa contractual es del comerciante, y se lleva a cabo en un lugar –domicilio, centro de trabajo– en el que el consumidor puede verse sorprendido y presionado para contratar.

8. MOMENTO DE PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

8.1 Antes de la reforma de los arts. 1262 CC y 54 CCom por la Disposición adicional 4 LSSI, eran distintos los criterios sobre el momento perfecto de los contratos celebrados entre personas distantes o geográficamente alejadas. El art. 1262 CC seguía el criterio de la cognición o conocimiento (*cf.*: SSTS 3 de diciembre de 1926; 1 de diciembre de 1992, rec. núm. 716/1991). El contrato sólo se entendía perfeccionado cuando cada una de las partes conocía la declaración positiva de la otra. Sin embargo, el art. 54 CCom acogía el criterio de la expedición, comunicación o remisión. No hacía falta conciencia mutua del acuerdo, sino acuerdo real conocido por el aceptante y encauzamiento de la voluntad de aceptar hacia el oferente.

8.2 En realidad, el supuesto contemplado por estos preceptos no es el de contratantes que se encuentren en lugares distintos. Si se utiliza un medio de comunicación a distancia, pero la oferta, la aceptación y el conocimiento de ésta por el oferente se producen de manera instantánea [p.j., en la contratación telefónica (*cf.*: STS de 3 de enero de 1948), o por videoconferencia], no se plantea cuestión sobre el concurso de oferta y aceptación. El problema se puede dar si oferta y aceptación no son simultáneas. Si existe un lapso de tiempo jurídicamente relevante entre la emisión de la oferta y su conocimiento por el destinatario, o entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de ésta por

el oferente, procede determinar cuándo se produjo el concurso entre oferta y aceptación, especialmente si ha habido revocación de alguna de las manifestaciones de voluntad.

8.3 Para aquellos contratos que no se formen instantáneamente, la distinción entre civiles y mercantiles resulta imprecisa y discutida, así como difícil de explicar. Además, la regla histórica del art. 1262.2 CC fue interpretado en el sentido de hacer tránsito al sistema de la recepción, sobre la base de considerar que desde el momento en que la aceptación llega al círculo de intereses del oferente, se presume su conocimiento [cfr. SSTS 1166/1992, de 22 de diciembre (correo certificado por vía notarial); 98/1995, de 14 de febrero (requerimiento notarial); 24 abril 1995, rec. núm. 419/1992 (requerimiento notarial); 1076/1998 de 24 de noviembre; 552/2010, de 17 de septiembre (requerimiento notarial); 738/2016, de 21 de diciembre (burofax)]. Es por esto que se propugnó aplicar a los contratos electrónicos el criterio o sistema de la recepción, con base en ser esta tesis coherente con la calificación de los contratos electrónicos –al menos de los celebrados mediante EDI– como un supuesto típico de contrato entre personas distantes y de formación sucesiva; y por ser la regla de la recepción la general para todos los contratos, como admite la doctrina y consagran los códigos modernos. Pero también se argumentó como más lógico el sistema del CCom en el contexto de la contratación electrónica, haciendo irrelevante a tales efectos la mayor o menor diligencia del oferente en la recepción de la aceptación, y dotando de mayor protección al consumidor al limitar el periodo de tiempo en que el oferente puede revocar su oferta.

8.4 La Directiva de comercio electrónico prescindió de la cuestión relativa al momento de perfección de los contratos electrónicos. Sin embargo, la LSSI modificó los arts. 1262 CC y 54 CCom, de donde resulta:

a) Se ha procedido a la unificación de los regímenes civil y mercantil en cuanto al momento perfectivo de los contratos a distancia.

b) La regla general sobre el momento perfectivo de los contratos a distancia aboca al criterio de la recepción: basta con que el aceptante haya emitido la aceptación y el oferente no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe, lo que sucederá cuando haya llegado a su círculo de intereses, esto es, cuando la haya recibido. Con mayor motivo, se entiende perfeccionado el contrato si ha conocido la aceptación.

c) Existe una regla especial para los «contratos celebrados mediante dispositivos automáticos».

8.5 El concepto de «contratos celebrados mediante dispositivos automáticos», parece referirse, entre otros supuestos, a los contratos celebrados mediante los llamados «agentes inteligentes», que no a los contratos de venta automática o mediante máquinas expendedores a que se refieren los arts. 49 y ss. LOCM. Se distingue entre los contratos electrónicos celebrados mediante el uso de un lenguaje convencional, como son los que se realizan mediante correo electrónico o medios equivalentes, y los que se celebran haciendo clic en una página web, lo que determina la transmisión de una información que es procesada de manera automática y sin intervención humana.

La peculiaridad de los contratos mediante dispositivos automáticos es que se perfeccionan desde que se manifiesta la aceptación, lo que no hay que entender en el sentido extremo de la teoría de la emisión, esto es, que basta con que el oferente manifieste su aceptación de cualquier manera para que el contrato quede concluido, sino conforme al criterio de la remisión o expedición: la aceptación ha de consistir en la realización de los actos previstos en el proceso de contratación (p. ej., pulsar la opción de aceptar en la página web de la tienda virtual), eso sí, sin que tenga que probar que tales actos supusieron la expedición y consiguiente recepción de su aceptación. El riesgo de error en la transmisión es de cuenta del oferente, que puede resultar vinculado sin saber si el contrato ha sido aceptado; lo que parece razonable, en cuanto se trata de un prestador de servicios de la sociedad de la información que opera mediante instrumentos de comercio electrónico automatizado. Puesto que es el prestador el que recurre al mecanismo automatizado de contratación, es él quien ha de sufrir los riesgos inherentes a su funcionamiento, incluido el de falta de recepción de la aceptación. Por el contrario, cuando la contratación se lleva a cabo mediante correo electrónico o medio equivalente, los contratantes operan con una misma tecnología, por lo que no cabe endosar al oferente el fallo en la transmisión de la aceptación.

9. LUGAR DE PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

9.1 Con el objeto de superar los graves problemas interpretativos suscitados por la aplicación del último inciso del artículo 1262 CC a los contratos electrónicos, el art. 29 LSSI dicta una norma específica sobre el lugar de celebración de tales contratos, en cuanto pueda ser relevante para determinar la jurisdicción competente y, en algunos casos, la legislación aplicable.

La solución dada al problema del lugar parece adecuada: en el caso de contratos con consumidores se produce una atracción del contrato hacia su lugar de residencia habitual, lo que facilita que éstos puedan pleitear en su propio foro y se aplique su propia legislación; en el caso de contratos entre empresarios o profesionales rige el principio de autonomía privada y en su defecto el criterio del lugar de establecimiento del prestador del servicio.

9.2 Sin embargo, no se entiende que el lugar de celebración del contrato se conciba como una mera presunción. Si se tiene por presunción *iuris tantum*, esto es, de las que admiten prueba en contrario, cabría pensar en que por acuerdo de las partes se entendiera celebrado el contrato en lugar distinto del de residencia habitual del consumidor, con lo que el sentido protector de la norma se perdería. En consecuencia, parece conveniente entender que la expresión legal («se presumirán celebrados») tiene por objeto poner de manifiesto el carácter de ficción legal de la norma: cuando un consumidor contrata electrónicamente la ley crea la ficción de que el lugar de celebración es el de su residencia habitual.

9.3 No se establece en el art. 29 LSSI el lugar de celebración cuando el contrato electrónico se celebra entre particulares. En consecuencia, resulta aplicable la previsión del art. 1262.2, segundo inciso, CC, que presupone celebrado el contrato en el lugar en que se hizo la oferta. Cabe considerar, entonces, tres opciones: a) el lugar desde el que el oferente pone en la red o envía la oferta; b) el lugar en que tiene su domicilio o residencia habitual; y c) el lugar en que se encuentra el servidor en que se almacena. Acaso quepa recurrir a la previsión del art. 29.1 LSSI, equiparando particular y consumidor, y establecer como lugar de celebración el de residencia habitual del oferente.

10. PROPUESTAS DE CODIFICACIÓN

10.1 Como se ha puesto de manifiesto, existe en nuestro ordenamiento una regulación dispersa de la contratación electrónica, con problemas de solapamiento normativo. Es acaso por ello que las iniciativas recodificadoras han incluido en sus propuestas una regulación, más o menos amplia, de esta forma de contratación. Se trata de reubicar las normas sobre esta materia en un cuerpo de leyes racionalmente formado sobre principios armónicos y coherentes, unitario y sistematizado, superador del particularismo jurídico.

Se exponen a continuación, de manera acrítica, las líneas fundamentales de estas propuestas.

10.2 La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, aprobada por la Sección de

Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (2009) –en adelante, PMCC– se limita a regular la contratación electrónica en el art. 1268, que es el único de la Sección 7.^a («De la contratación electrónica») del Capítulo II («De la formación del contrato») del Título II («De los contratos») del Libro IV («De las obligaciones y contratos»).

En él se establece la información que ha de poner a disposición del destinatario quien se valga de técnicas de comunicación electrónica con la finalidad de celebrar contratos (trámites, lenguas, medios técnicos para identificar y corregir errores, forma de archivo del documento electrónico y condiciones generales), sin perjuicio de lo previsto para el caso de que uno de los contratantes sea un consumidor. El plazo de desistimiento no comenzará a contar sino desde que se cumplan tales deberes de información. En relación con las ofertas se determina su plazo vigencia. Se impone al oferente la confirmación por vía electrónica y sin demora de la aceptación. Se establece el carácter dispositivo de estas disposiciones si ninguno de los contratantes tiene la condición de consumidor, o cuando el contrato se haya celebrado mediante correo electrónico o medio equivalente, se equipara el documento escrito con el soporte digital y se excluye la aplicación del precepto a los actos en que se exija documento público y a los contratos de familia y sucesiones.

10.3 La Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (2013) –en adelante, PCM– dedica a la contratación electrónica los arts. 421-1 a 421-13, que constituyen el Capítulo I («De la contratación electrónica») del Título II («De las formas especiales de contratación») del Libro IV («De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general»). En ellos se regula la posibilidad de celebrar contratos mercantiles mediante una comunicación electrónica, la equivalencia entre documento escrito y soporte electrónico. Se establece que la propuesta de celebrar un contrato por medio de comunicación electrónica dirigida a personas indeterminadas o sólo accesible para quienes utilicen un sistema de información se considerará una invitación a hacer ofertas, y también la que haga uso de específicas aplicaciones interactivas destinadas a facilitar la realización de pedidos comerciales. Se fija la vigencia de las invitaciones a hacer ofertas y las ofertas, cuándo será emitida una comunicación electrónica, cuándo se entiende que ha llegado a su destinatario y su acuse de recibo. Se remite a la legislación sobre firma electrónica en cuanto a las comunicaciones electrónicas. Se contempla la inclusión y acceso a las condiciones generales en las comunicaciones electrónicas, la factura electrónica, el cambio de soporte de papel o soporte electrónico y viceversa, la contratación automatizada, los medios de cumplimiento y liquidación de las obligaciones contraí-

das mediante comunicación electrónica y la cesión de derechos derivados de contratos mercantiles instrumentada electrónicamente.

10.4 Finalmente, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2016) – en adelante, PCCAP– regula puntualmente la contratación electrónica. Así, el art. 522-8, en sede de formación del contrato, se refiere a la vigencia de la oferta; el art. 523-6 a los documentos electrónicos en la formación del contrato, con equiparación del soporte electrónico al soporte papel; el art. 525-6 a la incorporación al contrato electrónico de condiciones generales de la contratación; y el art. 528-9 a la formalización de los contratos con consumidores en cualquier soporte duradero y a la factura electrónica. Además de estas referencias a los contratos electrónicos, se propone una amplia regulación de los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas (arts. 587-1 a 587-30: Capítulo VII del Título VIII, relativo a los contratos de servicios, del Libro Quinto, de las obligaciones y contratos).

10.5 La PMCC se circunscribe a unas pocas de las cuestiones suscitadas por la contratación electrónica, las de mayor trascendencia, que aborda en una sección y artículo propios. Hay que tener en cuenta que esta propuesta no pretende reescribir el Código Civil en materia de obligaciones y contratos, sino sólo adaptarlo a la realidad vigente, pero respetando, en la medida de lo posible, su estructura, y la numeración de los preceptos. De otra parte, esta limitada regulación se enmarca en la de la teoría general del contrato; aplicable, por tanto, a todo tipo de contratos.

Por el contrario, el tratamiento de la contratación electrónica en la PCM es mucho más amplia y gira en torno al concepto de comunicación electrónica. Ciertamente, se refiere sólo a los contratos mercantiles (*cf.* art. 421-1), pero dado la expansión del concepto de contrato mercantil propugnada por esta propuesta (*cf.* arts. 001-2, 511-1, 521-1 y 531-1, en cuanto al ámbito subjetivo de sus normas y la mercantilidad de los contratos de compraventa, obra por empresa y prestación de servicios mercantiles), resulta innegable su vocación de aplicación a la mayor parte de los contratos celebrados electrónicamente, con la única exclusión de aquellos en los que no intervenga un empresario.

Finalmente, la PCCAP prescinde de un tratamiento unitario, aunque limitado, de la contratación electrónica. En su lugar, incluye referencias dispersas a los contratos electrónicos al hilo de otras cuestiones más generales, como la extinción de la oferta, los documentos electrónicos, las condiciones generales de la contratación y las obligaciones formales en los contratos con consumidores. Llama la atención, sin embargo, la amplitud del tratamiento de los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas.

11. BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2016), *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC) (2000), «El comercio electrónico superó en España los 48.000 millones de euros en el año 2019, casi un 25% más que el año anterior», Nota de Prensa, 2 julio 2020, <https://www.cnmc.es/prensa/cnmc-ecommerce-IVT19-20200603>.
- OFICINA EUROPEA DE ESTADÍSTICA (Eurostat) (2020), *Methodological Manual for statistics on the Information Society*, versión 1.3, European Commission, <https://ec.europa.eu/eurostat/web/digital-economy-and-society/methodology> (visitado por última vez el 5 de octubre de 2020).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) (1998), *Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico*, adoptado por el Consejo General el 25 de septiembre de 1998, WT/L/274, 30 de septiembre de 1998.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE) (2020), *Panorama del comercio electrónico. Políticas, tendencias y modelos de negocio*, trad. de Asociación Mexicana de Internet, <https://www.oecd.org/sti/Panorama-del-comercio-electro%CC%81nico.pdf>, publicado originalmente por la OCDE en inglés con el título *Unpackink E-Commerce: Business Models, Trends and Policies*, París, 2019, <https://doi.org/10.1787/23561431-en> (visitado por última vez el 5 de octubre de 2020).
- SECCIÓN DE DERECHO CIVIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (2009), «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009.
- SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (2013), *Propuesta de Código Mercantil*, Ministerio de Justicia, Madrid.

VII

DE LA GRATUIDAD A LA ONEROSIDAD EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL

JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Planteamiento.–2. La regulación de los contratos gratuitos en el Código Civil. 2.1 El mandato. 2.2 El comodato. 2.3 El préstamo. 2.4 El depósito.–3. La regulación de los contratos de depósito, mandato y préstamo en el Marco Común de Referencia. 3.1 El depósito. 3.2 El mandato. 3.3 El préstamo.–4. La propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. 4.1 El comodato. 4.2 El mandato. 4.3 El préstamo. 4.4 El depósito. –5. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

En este trabajo se va analizar la transformación de los contratos que el Código Civil considera naturalmente gratuitos: el mandato, el comodato, el préstamo y el depósito a su actual función en el tráfico.

Dice Ataz López¹ que el movimiento de modernización del derecho de obligaciones nace en el último cuarto del siglo xx, como consecuencia de un aumento del comercio internacional y de un intento de unificación de las soluciones legales para garantizar la seguridad jurídica en este tipo de transaccio-

¹ ATAZ LÓPEZ, 2019, p. 97.

nes. Es opinión común de que en la base de este movimiento se encuentra la Convención de las Naciones Unidas sobre Venta Internacional de Mercaderías de 1980. En Europa este movimiento está impulsado por la labor de aproximación de las legislaciones nacionales que es fruto de cerca de medio siglo de Directivas Comunitarias. Pero la peculiaridad de los contratos gratuitos hace que se haya incidido poco en ello, concluye Ataz López.

Por lo que respecta a las propuestas europeas de modernización de la regulación de los contratos hay que tener en cuenta los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y el Marco Común de Referencia (DCFR).

Morales Moreno² destaca la importancia que el Marco Común de Referencia ya tiene en el Ordenamiento español. La pone, sobre todo, de manifiesto su utilización por nuestros Tribunales en la interpretación de las normas de nuestro Derecho. El DCFR es un buen instrumento para que los jueces puedan cumplir el mandato del artículo 3.1 del Código Civil. En lo que se refiere al derecho de contratos, la propia Ley de Bases del Código Civil español (Base 20) establecía el mandato de redactar sus reglas generales según los principios consagrados por las legislaciones modernas.

Según Morales Moreno este mandato sigue vigente pues el derecho de contratos en sus aspectos básicos no puede ser diverso; plasma unos principios que encuentran su justificación en una racionalidad compartida por las legislaciones modernas, en el lenguaje de nuestro legislador del siglo XIX, en lo que hoy puede denominarse los principios del nuevo derecho de contratos. El Marco Común de Referencia formula estos principios.

En dicho Marco los contratos de préstamo y depósito se regulan como contratos onerosos. Desaparece la regulación del comodato. En el caso del depósito, aunque no se contempla el depósito gratuito, habría que aplicar el artículo IV. C I:101.1.b de acuerdo con el cual la regulación prevista en el Título dedicado a los servicios se aplica con las modificaciones oportunas a los contratos en virtud de los cuales el prestador de servicios se compromete a prestar un servicio al cliente sin que medie el pago de un precio.

Respecto al contrato de mandato si está prevista la posibilidad de que el mandatario actúe gratuitamente. El artículo IV. D.1:101.3 señala que la regulación del mandato se aplica cuando el mandatario tiene derecho a una remuneración y, con las adaptaciones apropiadas, cuando no tiene derecho a la misma. El artículo IV. D.3:103.4 dice que para determinar la diligencia uno de los aspectos que hay que valorar es si las obligaciones son cumplidas por una persona no profesional o de manera gratuita. El artículo IV. D. 6:104.2 autoriza al man-

² MORALES MORENO, 2015, p. 24.

datario que represente al mandante por otro motivo distinto del precio a extinguir la relación de mandato, notificándolo con una antelación razonable.

Según la Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil a la hora de establecer una regulación general de las obligaciones hay que ampliar la perspectiva de la codificación civil decimonónica. Nuestro Código Civil, para merecer el nombre de Civil, tiene que servir para la contratación entre particulares tanto como para la contratación entre y con profesionales. De modo que la profesionalización de la contratación no debe llevar a establecer una regulación que sea inadecuada entre particulares. La norma debe tomar en consideración todos los casos en los que podría ser aplicable y establecer en cada caso la regla más razonable.

Aunque posteriormente se volverá a hacer referencia a los artículos en los que están regulados, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil declara que el mandante debe pagar una retribución al mandatario profesional que opere en el ámbito de su actividad económica habitual a menos que espere o pueda razonablemente esperar que cumpla sus obligaciones de forma gratuita. Del comodato se dice que es esencialmente gratuito. El préstamo de dinero obliga al prestatario a devolver la cantidad recibida, incrementada en su caso con el correspondiente interés. El depósito podrá ser gratuito u oneroso.

Álvarez Cora³ explica las razones históricas de la gratuidad de esos contratos. Según la Partida 5.1. el préstamo responde a la naturaleza de «pleyto de gracia», fuente de reciproca ayuda entre los hombres, movidos en puridad por un afán dadivoso. Subyace así, en esta caracterización de auxilio recíproco, el optimismo por su aliento de la gratitud, del amor humano.

Sobre el comodato, Álvarez Cora dice que se procede a la entrega de una cosa de forma gratuita; si mediara la contraprestación de una merced o un interés pecuniario, no habría comodato, sino contrato de locación, y de existir un interés en especie, un contrato innominado. Lo que no impide, con todo, que se admita un precio del comodato que no funcione como *quasi merces*. Los caracteres esenciales de gratuidad y de aprovechamiento a tiempo cierto son requeridos por la Partida 5.2.1.

Respecto al depósito Álvarez Cora hace referencia a la Partida 5, 3, 2 en la que se señala que la gratuidad es propia del contrato, porque de existir una merced en calidad de contraprestación no se trataría de un contrato de depósito sino de un contrato de locación. Ahora bien, esta inexistencia de precio o

³ ÁLVAREZ CORA, 2005, pp. 29, 72, 89 y 539.

galardón, o de su mera promesa, que se exige al contrato de depósito, termina por influir en otros elementos del contrato, como el objeto.

Acerca del contrato del mandato, para mantener que es esencialmente gratuito, Álvarez Cora se apoya en las opiniones de Diego Pérez de Salamanca, Antonio Pérez y Luis de Molina para concluir que es una relación jurídica nacida *ab amicitia*. No obstante, no se excluye que pueda existir una remuneración siempre que ésta no sea ofrecida por el mandante y aceptada por el mandatario, a título de precio o de merced, lo que quiere decir que incluso de no haber existido la promesa de la remuneración el mandatario habría mostrado su disposición a la ejecución del mandato y que la obtención de la remuneración o de su expectativa no implica el cumplimiento de ninguna otra obligación extra sumada a la propia del mandato.

2. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS GRATUITOS EN EL CÓDIGO CIVIL

2.1 El mandato

Sánchez Román⁴ señala que antes de la entrada en vigor del Código Civil la jurisprudencia se había pronunciado a favor de la gratuidad del mandato y tras citar varias sentencias dice que el contrato de mandato es gratuito por naturaleza, sin que pueda exigirse salario ni honorarios por los trabajos que ocasione, a no ser que se haya pactado expresamente.

Scaevola⁵ dice que en España, antes de la publicación del Código Civil, la doctrina siguiendo la tradición romanística fundamentó la definición del mandato en la gratuidad y cita, entre otros, a Asso y Manuel, Gutiérrez Fernández y Del Viso.

Manresa⁶ mantiene que la jurisprudencia anterior a la publicación del Código Civil daba como nota esencial del mandato y expresiva de su concepto jurídico la gratuidad. Con posterioridad a la publicación del Código, el Tribunal Supremo, sin desdeñar ni repugnar la antigua doctrina de la gratuidad del mandato, ha fijado con más acierto la naturaleza del mismo, basándola en la representación, de suerte que dondequiera exista hay un mandato.

⁴ SÁNCHEZ ROMÁN, 1899, p. 507.

⁵ SCAEVOLA, 1949, pp. 232 y 233.

⁶ MANRESA Y NAVARRO, 1950, p. 447.

Según el artículo 1711 CC a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Ello, no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presupone la obligación de retribuirlo.

León Alonso⁷ destaca que hace tiempo que nuestra jurisprudencia comenzó a apreciar la necesidad social de retribuir el mandato siempre que no hubiera sido inspirado en los clásicos conceptos de la fiducia y la amicitia, supuestos en que la gratuidad se imponía con carácter natural. En ese sentido, aún con cierta timidez y casi siempre con referencia a albaceazgos entendidos como mandatos impropios se pronunciaron las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1940, 23 de mayo de 1958 y 4 de junio de 1959.

González Carrasco⁸ comentando la gratuidad del mandato como nota distintiva de otros contratos de gestión señala que a diferencia del Código Civil italiano de 1942 que rompió con la presunción de gratuidad del mandato, el Código Civil español a semejanza del modelo francés (artículo 1986 del Code) estableció la gratuidad del mandato, salvo pacto en contrario. Los orígenes de la gratuidad provienen del Derecho Romano y más inmediatamente del artículo 1692 del Proyecto de Código Civil de 1851, en el que García Goyena comentaba que la retribución del mandatario podía considerarse merced pero no salario, porque si mediaba retribución el contrato debía considerarse arrendamiento de servicios y no mandato. Según González Carrasco con la adopción del modelo francés, el mandato regulado en nuestro Código Civil deja de ser esencialmente gratuito para pasar a no ser retribuido por naturaleza.

2.2 El comodato

Según el artículo 1740 CC el comodato es esencialmente gratuito. El artículo 1741 CC dispone que si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato.

De Ángel Yágüez⁹ señala que la existencia de una contraprestación por el uso daría lugar a un arrendamiento de acuerdo a lo previsto en el artículo 1543 CC o en su caso a un contrato atípico, por ejemplo, si la contraposición es un servicio o la cesión de uso de otra cosa. No constituye contraprestación ni desnaturaliza la gratuidad del comodato, el hecho de que el comodatario quede obli-

⁷ LEÓN ALONSO, 1991, p. 1529.

⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, p. 11691.

⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1605.

gado al abono de los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa (artículo 1743 CC) ni el pago por él de los gastos extraordinarios, que serán de cargo del comodante (artículo 1751 CC).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1920 declaró que, siendo la característica del comodato su condición de gratuito, es indudable que la entrega que se hizo de un camión mientras no llegase el camión vendido no determina la naturaleza del comodato porque medió lucro, siquiera fuese consistente en el pago de los jornales y sueldos de los maquinistas encargados del camión sustituto y los términos concertados por las partes.

Juan José Marín López¹⁰ mantiene que la gratuidad es un elemento definidor del tipo porque si en el comodato se pacta un precio este deja de ser tal y se consideraría arrendamiento de cosas. Si se pacta una prestación distinta, la entrega de un bien o la realización de un servicio, entraríamos en el campo de la atipicidad contractual.

Parra Lucán¹¹ dice que el análisis del requisito de la gratuidad permite considerar algunas situaciones especiales, en las que es discutible si, al obtener cierto beneficio el propio comodante como consecuencia del uso por el comodatario, puede mantenerse la calificación del contrato como de comodato. Así, en el caso de que las dos partes del contrato de cesión de uso obtengan un beneficio y la cesión de uso no se lleva a cabo con un ánimo liberal, altruista, de favorecer a la otra parte. Así, por ejemplo, la joyería o el modisto que entrega a una actriz pendientes y gargantilla o un traje de fiesta para una entrega de premios o una gala benéfica, o el concesionario que entrega a un jugador de fútbol un vehículo de alta gama durante la temporada futbolística. En estos supuestos, las empresas obtienen un beneficio de promoción y publicidad que es el móvil por el que llevan a cabo la cesión de uso de la cosa. Ejemplos parecidos pueden ser el pintor que cede su obra para un reportaje fotográfico de un local o de una vivienda de lujo, o la utilización de ropa en programas de televisión.

La cesión de uso, sigue diciendo Parra Lucán, puede comportar beneficios para el comodante como ahorrarse gastos durante el tiempo que dura el comodato. Es el caso de la cesión de uso del local o de la vivienda o de la plaza de garaje que no usa, ya que los gastos de comunidad son de cuenta del comodatario. En estos casos, parece preciso analizar, caso por caso, si se mantiene la función típica del comodato como negocio de cortesía o si, por el contrario, el beneficio que obtiene el cedente excluye esa función, aun cuando

¹⁰ MARÍN LÓPEZ, J. J., 2009, p. 1990.

¹¹ PARRA LUCAN, 2013, pp. 11907 y 11908.

no reciba contraprestación. Si te dejo el coche porque acordamos que te encargas de llevar a mis hijos al colegio, no hay comodato, sino prestación de servicio para cuyo cumplimiento te proporciono el uso de mi vehículo. No hay comodato porque el objeto del contrato no es la cesión del uso del vehículo, sino el compromiso de llevar a mis hijos al colegio. O en otros casos te dejo el vehículo para que transportes determinadas mercancías.

2.3 El préstamo

Según el artículo 1740 CC el simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés. El artículo 1755 CC dispone que no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado.

Marín Pérez¹² mantiene que con criterio diferente al de los Códigos Civiles inspirados en el napoleónico, los Códigos más modernos sientan la presunción contraria a la que contiene el artículo 1755 CC en relación con el pacto de intereses. Así, el artículo 1815 del Código Civil italiano de 1942 dice que mientras no conste la voluntad de las partes en el otro sentido, el prestatario deberá pagar intereses al prestador.

De Verda y Beamonte¹³ también se refiere a otros Códigos Civiles más modernos en los que el préstamo se configura como un contrato naturalmente oneroso que devenga intereses, salvo pacto en contrario. El artículo 1145-1 del Código Civil portugués dispone que las partes pueden pactar el pago de intereses, como retribución del mutuo, presumiendo el carácter oneroso en caso de dudas. El artículo 313 del Código suizo de las Obligaciones distingue, según el préstamo sea civil o mercantil, estableciendo que, en el primer caso, el prestamista no puede reclamar intereses salvo que hayan sido estipulados; mientras que, en el segundo caso, se deben, incluso, en defecto de pacto.

Por lo que se refiere al artículo 1755 CC, De Ángel Yáguez¹⁴ dice que este artículo con un cierto despego de la realidad contempla el mutuo como normal o naturalmente gratuito porque sólo se deben intereses si se han pactado. La misma presunción de gratuidad se establece de manera más sorprendente en el artículo 314 del Código de Comercio que dice que los préstamos no devengarán interés si no se hubiese pactado por escrito.

¹² MARÍN PÉREZ, 1982, p. 109.

¹³ DE VERDA Y BEAMONTE, 2013, p. 11984.

¹⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1603.

Según Bataller Ruiz¹⁵ la doctrina ha venido criticando por no realista la presunción de gratuidad proclamada por el artículo 1755 CC, pero que no comparte esta idea porque entiende que en el ámbito civil no ha de sorprender que, en atención a relaciones familiares, profesionales, de amistad o de otra índole, alguien se vea impelido socialmente a asumir una posición de prestamista desde la que no pretende obtener lucro sino sólo la cobertura legal mínima para conseguir la posterior recuperación de lo prestado.

Parra Lucan¹⁶ señala que existe una diferencia sustancial entre el comodato y el simple préstamo, y es la nota de la gratuidad que en el comodato es esencial y en el préstamo no. Por lo que se refiere a la función social de uno y otro contrato, cabe observar como el préstamo o mutuo tiene una función de financiación que, salvo los casos que tienen lugar en el ámbito familiar, incrementados en las épocas de crisis económicas, se llevan a cabo mayoritariamente por entidades financieras.

2.4 El depósito

El artículo 1760 CC establece que el depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario.

A juicio de Manresa¹⁷ con la redacción del artículo 1760, el Código Civil rinde homenaje a la tradición, al establecer la presunción *iuris tantum* de la gratuidad del depósito y al mismo tiempo se inspira en la realidad moderna, porque al permitir el pacto en contrario a la gratuidad no desnaturaliza la esencia del depósito, se aparta del rigorismo del antiguo Derecho y atiende a lo que es base y sustancia de la contratación en nuestros días. La intención de las partes al contratar, sin que los pactos secundarios lleguen a modificar la esencia de la relación jurídica que quisieron crear. Y que no hay que temer la confusión con el arrendamiento, aplicando el criterio de Pothier, según que la entrega de la cosa implique utilización, uso, consumo o servicio o simplemente su conservación y custodia.

Roca Juan¹⁸ resalta que la doctrina española defiende la gratuidad del depósito no impide que el depositario reciba del deponente algún regalo, con tal que no sea precio, sino un obsequio de atención y reconocimiento y en análogo sentido se afirma que el depósito aunque por regla general es gratuito,

¹⁵ BATALLER RUIZ, 2011, p. 894.,

¹⁶ PARRA LUCAN, p. 11897.

¹⁷ MANRESA Y NAVARRO, p. 665.

¹⁸ ROCA JUAN, 1982, p. 176.

no debe dejarse de reputar como depósito aquel en el que intervenga alguna corta remuneración de recompensa de los gastos y daños que ocasione, eludiendo así la palabra precio, en el sentido de contraprestación, lo que podía sostenerse sobre la base de que la remuneración (gratificación) no altera la gratuidad.

Para Badosa Coll ¹⁹la consideración de la gratuidad del contrato de depósito como un simple elemento natural comporta la desaparición del criterio tipificador tradicional de éste respecto del contrato del arrendamiento de servicios, diferencia que se hallaba precisamente en el elemento externo de la causa gratuita del depósito y onerosa del arrendamiento y no en el interno del objeto que el servicio a prestar. A partir del artículo 1760 el criterio tipificador entre el depósito y el arrendamiento de servicios ya no estará en su causa sino en el tipo o modalidad del servicio. El contrato de depósito tiene como objeto el servicio que consista precisamente en la conservación de la cosa lo que deja para los demás, excepto la gestión de negocios ajenos, que constituyen el objeto del contrato de mandato igualmente gratuito sólo por naturaleza.

Precisamente, sigue diciendo Badosa Coll, la transformación conjunta en el Código Civil del depósito y del mandato de contratos gratuitos por esencia a serlo sólo por naturaleza impone delimitar la relación entre el arrendamiento y los otros dos, depósito y mandato en base a la modalidad o tipicidad de la actividad debida.

Martín Santisteban ²⁰ comenta que la doctrina coincide en la posibilidad de que el carácter retribuido del depósito resulte de estipulación expresa o tácita, deducida de los hechos, defendiéndose que en el ámbito civil debe considerarse tácitamente retribuido el depósito cuando, según las circunstancias, la guarda o custodia de las cosas sólo pueda esperarse mediante precio. La remuneración, en aquellos casos en que las partes no la hubieran fijado pero se deduce que así la quisieron, será la que resulte de los usos, ya sea en lo referente a su cuantía como a su naturaleza, dineraria o no, o si fuera preciso la fijada judicialmente.

Sánchez Arísti ²¹ destaca que si el depósito tuviese naturaleza mercantil el artículo 304 del Código de Comercio contiene una presunción opuesta a la del artículo 1760 CC. En el ámbito de las relaciones entre comerciantes, por tanto, la regla pasa a ser la de que el depositario tendrá derecho a exigir una retribución y la gratuidad la que se hace depender de que haya mediado pacto expre-

¹⁹ BADOSA COLL, 1991, p. 1640.

²⁰ MARTÍN SANTISTEBAN, 2011 p. 913.

²¹ SÁNCHEZ ARISTI, 2009, p. 2010.

so en contrario. Hay una notable coincidencia doctrinal en aceptar que sí, aún dada la naturaleza civil del depósito, el depositario se dedica profesionalmente a prestar esta clase de servicios de guarda, cabe entonces aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 1711-2 CC para el mandatario sobreentenderlo retribuido.

Díez Soto²² mantiene que el depósito es un contrato naturalmente gratuito, salvo pacto en contrario, pero se entiende que dicho pacto no ha de ser expreso, y que incluso cabe presumir el carácter retribuido del depósito cuanto el depositario se dedique profesionalmente a la actividad de custodia. Al respecto tiene en cuenta lo establecido por el artículo 1711-2 CC y la Ley 547-2 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

Por lo que respecta al depósito mercantil, dice Díez Soto, que ha de tenerse en cuenta que no bastará el hecho de que el depositario sea comerciante para que se pueda aplicar la presunción de onerosidad del artículo 304 del Código de Comercio, porque será necesario que concurran todos los requisitos exigidos por el artículo 303 del Código de Comercio para que el contrato sea mercantil, o bien que la onerosidad pueda deducirse de otras circunstancias como el hecho de que la recepción de cosas en depósito sea precisamente la actividad habitual del depositario.

3. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DEPÓSITO, MANDATO Y PRÉSTAMO EN EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA

3.1 El depósito

En lo concerniente al depósito, El Marco Común de Referencia en el Libro IV Contratos Específicos y Derechos y Obligaciones Derivados de Ellos, Título C, Servicios, Capítulo I, Disposiciones Generales, en el artículo IV. C-1.101: Ámbito de Aplicación dice lo siguiente:

1) El presente Título del Libro IV se aplica:

a) a los contratos en virtud de los cuales una de las partes, el prestador de servicios, se compromete a prestar un servicio a la otra parte, el cliente, a cambio de un precio; y

²² Díez Soto, 2013, p. 12039

b) con las modificaciones oportunas, a los contratos en virtud de los cuales el prestador de servicios se compromete a prestar un servicio al cliente sin que medie el pago de un precio.

2) Se aplica en particular a los contratos de construcción, procesamiento, depósito, diseño, información o asesoramiento y tratamiento médico.

El artículo IV. C-1:102: Excepciones, establece que el presente Título no se aplica a los contratos de transporte, seguro, constitución de garantía, ni suministro de productos o servicios financieros.

El capítulo 2, Reglas aplicables a los contratos de servicios en general, en su artículo IV. C-2:101: Precio, dispone que cuando el prestador de servicios es un empresario o profesional el contrato se presume oneroso, salvo indicación en contrario.

El Capítulo 5 se ocupa del almacenamiento y depósito. Artículo IV. C.-5:101: Ámbito de aplicación:

1) El presente Capítulo se aplica a los contratos en virtud de los cuales una parte, el depositario, se compromete a almacenar un bien mueble o un bien incorporal para otra parte, el cliente.

2) El presente Capítulo no se aplica al depósito de: a) bienes inmuebles; b) bienes muebles o incorporales durante su transporte; ni c) dinero o valores [salvo en las circunstancias mencionadas en el apartado 7 del Artículo 5.110 (Responsabilidad del hotelero del Título C. del Libro IV)] o derechos.

El artículo IV. C.0-5:106: Pago del precio, dispone que (1) El precio se abonará en el momento en que se devuelva el bien al cliente de conformidad con el artículo 5:104 (Devolución del bien almacenado) del Título C del Libro IV o cuando el cliente, sin tener derecho a ello, rechace la devolución del bien. (2) El depositario puede retener el bien hasta que el cliente abone el precio. Se aplicará entonces el artículo 3:401 (Derecho a suspender el cumplimiento de una obligación recíproca) del Libro III.

El artículo IV. C.-5:110: Responsabilidad del hotelero establece que los hoteleros son responsables, en calidad de depositarios, de cualquier daño, destrucción o pérdida que pueda sufrir un bien llevado al hotel por cualquier huésped que se aloje en el mismo.

Cosialls Ubach²³ mantiene que el Código Civil regula el contrato de depósito con un articulado que, a pesar de responder a una economía y sociedad de otro tiempo, en sus soluciones de fondo no muestra problemas de incompatibilidad insalvables con la que propone el Marco Común de Referencia. El contrato de depósito es típicamente gratuito en el Código Civil, salvo que se pacte remuneración y el pacto de retribución puede ser expreso o tácito, y las partes son libres de configurar el precio de la manera que les parezca más oportuna, lo que constituye otro punto de confluencia con el Marco Común de Referencia.

3.2 El mandato

El Libro IV, Título D, Contratos de mandato, Capítulo I, Disposiciones generales, artículo IV. D. 1:101. Ámbito (3) señala que este Título se aplica cuando el mandatario tiene derecho a una remuneración y, con las adaptaciones apropiadas, cuando no tiene derecho a la misma.

Según el artículo IV. D-2:102: Remuneración. (1) El mandante debe pagar una retribución si el mandatario cumple las obligaciones derivadas del mandato en el ámbito de su profesión o actividad económica habitual, salvo que el mandante esperase o pudiese razonablemente haber esperado que el mandatario cumpliera sus obligaciones por un motivo distinto al de la remuneración.

El artículo IV. D.-3:103: Obligación de competencia y diligencia (4) prescribe que para determinar la diligencia que el mandante tiene derecho a esperar debe tenerse en cuenta, entre otras cosas: b) si las obligaciones son cumplidas por una persona no profesional o de manera gratuita.

El artículo IV. D.-6:104: Extinción por el mandatario cuando la relación es por un período indefinido o cuando es a título gratuito 2) si el mandatario representa al mandante por otro motivo distinto del precio, puede extinguir la relación de mandato notificándolo con una antelación razonable.

Según Del Pozo Carrascosa²⁴ aunque el mandato puede ser tanto oneroso como gratuito, el Marco Común de Referencia reconoce que, en la realidad social, será habitual que el mandatario perciba una remuneración o precio. En efecto, el mandato se presume oneroso si el mandatario se dedica a esas funciones en el ámbito de su profesión o actividad económica habitual. Por tanto, en este caso, la remuneración es debida aunque no se haya mencionado en el contrato. Lógicamente, sigue diciendo, Del Pozo Carrascosa, la presunción no

²³ COSIALLS UBACH, 2012, p. 1249

²⁴ DEL POZO CARRASCOSA, 2012, p. 1249.

opera cuando se ha establecido explícitamente lo contrario, o cuando la gratuidad pueda deducirse razonablemente del contexto del mandato.

3.3 El préstamo

El Libro IV, Título F, Contratos de Préstamo, artículo IV. F.-1:101: Ámbito (2) dispone que un contrato de préstamo es aquel en virtud del cual una de las partes, el prestamista, se obliga a proporcionar a la otra parte, el prestatario, un crédito de cualquier importe durante un período definido o indefinido (duración o plazo del préstamo) en la forma de un préstamo dinerario o de un crédito al descubierto, y por el cual el prestatario se obliga a reembolsar el dinero obtenido, con independencia de si el prestatario está obligado a pagar intereses o cualquier otro tipo de remuneración que las partes hayan acordado.

El artículo IV. F._1:104: Interés establece:

- 1) El prestatario deberá abonar intereses u otra clase de remuneración según las condiciones de contrato.
- 2) Aunque el contrato no especifique el interés que puede pagarse, el interés resultará pagadero salvo que ambas partes sean consumidores.
- 3) El interés se devenga diariamente desde la fecha en la que el prestatario acepta el préstamo monetario o hace uso del crédito al descubierto, pero se abonará al final del plazo del préstamo o anualmente, lo que suceda antes.
- 4) Los intereses pagaderos de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior se sumarán al capital pendiente cada doce meses.

Simón Moreno²⁵ resalta que según el Marco Común de Referencia el contrato de préstamo puede tener un carácter oneroso o gratuito con lo que sería posible pactar un contrato de préstamo sin interés. De acuerdo con su regulación si las partes no pactan en el contrato un tipo de interés determinado, el interés será pagadero salvo que ambas partes sean consumidores. Lo que se pretende, sigue diciendo Simón Serrano, no es establecer una regulación imperativa para el prestatario sino únicamente una presunción de onerosidad del contrato de préstamo. Dicha obligación existirá necesariamente si las partes acuerdan la modalidad de pago aplazado (en caso contrario, el contrato no entraría dentro del ámbito de aplicación del Marco Común de Referencia). En segundo lugar, las partes pueden pactar un préstamo con interés u otro tipo de remuneración.

²⁵ SIMÓN MORENO, 2012, p. 1629.

4. LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL

El Libro Quinto, De las Obligaciones y Contratos, en diferentes Títulos regula los contratos que están siendo comentados.

4.1 El comodato

El Título VII, Del Comodato, en el artículo 571-1, Concepto de comodato, establece que por el contrato de comodato una de las partes entrega a otra una cosa no consumible para que la use por cierto tiempo y posteriormente la devuelva.

El artículo 571-2, Naturaleza del comodato, dispone: 1. El comodato es esencialmente gratuito. Si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, el contrato deja de ser comodato. 2. Es posible la imposición de un modo o carga al comodatario siempre que por su naturaleza no pueda considerarse contraprestación de la cesión del uso.

4.2 El mandato

El Título IX, Del Contrato de Mandato, en el artículo 593.2, Remuneración, dice:

1. El mandante debe pagar una retribución al mandatario profesional que opere en el ámbito de su actividad económica habitual, a menos que espere o pueda razonablemente esperar que cumpla sus obligaciones de forma gratuita.

2. A falta de acuerdo sobre la cuantía y forma de la remuneración, se está a lo establecido por la ley así como a las prácticas y usos del lugar donde se pacte el mandato.

3. Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que la remuneración incluye el reembolso de los gastos realizados.

4. La remuneración, salvo pacto expreso en contrario, se devenga desde el momento en que el mandatario haya ejecutado el acto objeto del mandato, y es exigible una vez que haya rendido cuentas de su gestión.

5. Cuando la tarea encomendada no haya podido ser completada, pero las partes hayan pactado el pago de una retribución por los servicios prestados,

el mandatario puede exigir su satisfacción una vez que haya rendido cuentas del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

4.3 El préstamo

El Título XII, De Los Contratos De Financiación, regula en el capítulo I El Préstamo de Dinero y en el capítulo II el Préstamo de Otros Bienes Fungibles.

El artículo 5121-5, El interés del préstamo, dispone que:

1. Salvo estipulación en contrario, el dinero prestado produce interés.
2. Pueden pactarse los intereses del préstamo sin más limitaciones que las derivadas de las normas protectoras de los consumidores y usuarios y de la prohibición de los préstamos usurarios.
3. Salvo que las partes estipulen una fecha posterior, el interés comienza a devengarse desde el momento en que se produce la entrega o puesta a disposición del dinero al prestatario. Su pago es exigible cuando expire el plazo fijado al efecto o cuando venza, total o parcialmente, la obligación de restitución.
4. Salvo pacto en contrario, la aplicación del tipo de interés sobre la suma adeudada se refiere a períodos anuales. En todo caso debe constar su coste efectivo anual.
5. Cuando no se pacta nada sobre la retribución del préstamo, se aplica el menor interés de los siguientes: el interés legal del dinero o la media del tipo nominal de interés practicado por las entidades de crédito en el semestre precedente a su devengo.

En cuanto al préstamo de otros bienes fungibles, según el artículo 5122-1, Régimen jurídico, en todo lo no previsto en este Capítulo y en tanto sea compatible con su naturaleza, el préstamo de bienes fungibles distintos del dinero se rige por las normas del préstamo de dinero.

El artículo 5122-3, Retribución, dice:

1. La retribución del prestamista puede consistir en el aumento de los bienes que deban devolverse, en el porcentaje convenido, o en una suma de dinero, fija o variable, determinada en función del valor de los bienes objeto del préstamo.
2. Si los bienes prestados consisten en valores o efectos rentables, la retribución puede establecerse en los réditos o dividendos que produzcan, a los que puede añadirse el margen que se fije contractualmente.

4.4 El depósito

El Título XIV, Del Depósito, en el artículo 5141-2, Gratuidad u onerosidad del depósito, declara:

1. El depósito podrá ser gratuito u oneroso.
2. El depósito se presume gratuito, salvo pacto en contrario.
3. Se presumirá oneroso el depósito cuando el depositario se dedique profesionalmente a la prestación del servicio de custodia de bienes ajenos.
4. En el depósito oneroso, la retribución será la pactada o, en su defecto, la que resulte de los usos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CORA, E, «La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)». Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p. 29, 72, 89 y 539.
- ATAZ LOPEZ, J., *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Coord. Ataz López, et. al., Thomson Reuters, 2019, p. 71.
- BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 1760 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Dir. Paz-Ares et. al. Ministerio de Justicia, Tomo II, 1991, p. 1460.
- BATALLER RUIZ, E., «Comentario al artículo 1755 del Código Civil», en *Código Civil Comentado*, Dir. Cañizares et. al., Tomo IV, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 894.
- COSIALLS UBACH, A. M., «Contrato de Depósito», en *Derecho Europeo de Contratos*, Libros II y IV del Marco Común de Referencia, Tomo II, Coord. Vaquer, A., Atelier, 2012, p. 1249.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Comentario al artículo 1740 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Dir. Paz-Ares et. al. Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1603.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Comentario al artículo 1753 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz, R., Tomo VIII, Tirant lo Blanch, 2013, p. 11984.
- DEL POZO CARRASCOSA, F., «Contrato de Mandato», en *Derecho Europeo de los Contratos*, Libros II y IV del Marco Común de Referencia, Tomo II, Coord. Vaquer, A., Atelier, 2012, p. 1401.
- DÍEZ SOTO, C. M., «Comentario al artículo 1760 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz, R., Tomo IX, Tirant lo Blanch, 2013, p. 12039.

- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «Comentario al artículo 1711 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz, R., Tomo VIII, Tirant lo Blanch, 2013, p. 11691.
- LEÓN ALONSO, J. R., «Comentario al artículo 1711 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Dir. Paz-Ares *et. al.* Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1529.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentario a los artículos 1711 y 1760 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XI, Instituto Editorial Reus, 1950, pp. 447 y 665.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al artículo 1741 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Coord. Bercovitz, R., Aranzadi Thomson Reuters, 2009, p. 1990.
- MARÍN PÉREZ, «Comentario al artículo 1755 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo, M., Tomo XXII-V.1, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, p. 109.
- MARTÍN SANTISTEBAN, S., «Comentario al artículo 1760 del Código Civil», en *Código Civil Comentado*, Dir. Cañizares, A., *et. al.*, Volumen IV, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 913.
- MORALES MORENO, A. M., *Presentación*, en *Principios, definiciones y en reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Coord. Jerez Delgado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 24
- PARRA LUCAN, M. A., «Comentario a los artículos 1740 y 1741 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz, R. Tomo VIII, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 11897 y 11907.
- ROCA JUAN, J., «Comentario al artículo 1760 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo, Tomo XXII-Volumen 1, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, p. 176.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario al artículo 1760 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Coord. Bercovitz, R., Aranzadi Thomson Reuters, 2009, p. 2010.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación Española*, Tomo Cuarto, 1899, p. 507.
- SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil comentado y concordado*, Tomo XXVI, 1949, pp. 232 y 233.
- SIMÓN MORENO, H., «Contrato de Préstamo», en *Derecho Europeo de Contratos*, Libros II y IV del Marco Común de Referencia, Tomo II, Coord. Vaquer, A. Atelier, 2012, p. 1629.

VIII

DE LA MORA AL RETRASO

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Burgos

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Reubicación de la mora en la doctrina del incumplimiento del contrato.–3. Las propuestas de reforma del Derecho europeo de los contratos y las propuestas de principios de Derecho europeo de los contratos.–4. Las exigencias de la armonización europea del derecho de los contratos. Consideración especial de la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la mora en las obligaciones dinerarias.–5. Consideraciones específicas atinentes a algunas deudas de dinero: a) Los llamados sistemas de información crediticia y los derechos fundamentales del deudor. b) Las deudas de valor.–6. Las propuestas de reforma del Código civil español: su tratamiento del retraso en el cumplimiento.–7. El retraso en el cumplimiento y las medidas de protección del crédito. a) Retraso en el cumplimiento y pena convencional. b) Retraso en el cumplimiento y resolución de las obligaciones recíprocas. c) Retraso en el cumplimiento y las facultades de retención posesoria.–8. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La Profesora Díez-Picazo Giménez afirmaba en las primeras líneas introductorias de su tesis doctoral sobre la mora del deudor¹, que este instituto jurídico, «aun entrando de lleno en la teoría general de las obligaciones y tenien-

¹ La tesis doctoral fue públicamente defendida en el año 1994 mereciendo la máxima calificación y se puede consultar en el repositorio de la Universidad Autónoma de Madrid. Está publicada con el título *La mora del deudor y la responsabilidad contractual*, ed. Civitas, Madrid, 1996.

do gran importancia para el desarrollo del tráfico jurídico no ha sido objeto de gran atención por nuestra doctrina moderna».

La afirmación, sin duda exacta hasta aquellos momentos, apuntaba a resaltar la necesidad de la investigación realizada, y afortunadamente comenzaba a dejar ser cierta² esa relativa escasez de estudios, explicada con base en que el único artículo dedicado íntegramente a la mora del deudor en el Código civil español, el artículo 1.100, «es insuficiente, confuso y desorientador» a juicio de G. Díez-Picazo Giménez.

Qué duda cabe de que «en el origen de cualquier esfuerzo teórico –y una tesis doctoral es el arquetipo de tal esfuerzo–, debe haber probablemente siempre cierto sentimiento de insatisfacción ante el estado de los conocimientos o de su presentación»³, y eso acaecía con la mora, pero lo cierto es que las discrepancias doctrinales sobre el precepto y su interpretación, habían tardado mucho tiempo en aflorar, por cuanto las cuestiones relativas al resarcimiento de los daños generados por el retraso o su influencia en la atribución de los riesgos por perecimiento o imposibilidad sobrevienda de las prestaciones, se habían tenido por resueltas.

Más recientemente, retornando sobre el tema con ocasión de la Directiva 2000/35/CE de Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio, Díez-Picazo Giménez rectifica en parte su antigua afirmación⁴, ante el indudable y persistente renacimiento del tratamiento teórico de la mora en general y de la mora del deudor en particular, lo que sin duda era indicio de que se agudizaba progresivamente la insatisfacción generada por su regulación y por los efectos de su aplicación.

Estamos hoy conmemorando nada menos que el 130º aniversario del Código civil español, tiempo más que suficiente de pervivencia para demostrar que los muchos y profundos cambios en la realidad contemplada por el derecho de obligaciones hubiesen hecho necesaria su modificación en este y otros muchos puntos, y de hecho ha habido y hay propuestas de modificación del derecho de contratos, de variadas finalidades e inspiraciones, además de la indicada Directiva armonizadora, a los que se hará en su momento cumplida referencia.

Para contemplar el nacimiento de la insatisfacción en torno al tratamiento de la mora en nuestro ordenamiento jurídico conviene hacerlo retrospectiva-

² En efecto, poco tiempo antes había sido publicada la monografía de GRAMUNT FOMBUENA, M. D., *La mora del deudor en el Código civil*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1993, y sobre la *mora credendi*, había aparecido la monografía de CABALLERO LOZANO, J. M., *La mora del acreedor*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1992.

³ ATIAS, C., *Théorie contre arbitraire*, ed. Presses Universitaires de France, 1987, p. 56.

⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La Directiva 2000/35/CE sobre la *mora debendi* en las obligaciones comerciales. Un eficaz intento para luchar contra la morosidad», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, ed. Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2003, T. II, p. 1.731.

mente, ya que el Código civil indudablemente continuaba el derecho precedente, pero como señalan sus comentaristas innovó en cuestión tan sensible como la exclusión⁵ de la regla *dies interpellat pro homine*, que forzaba la distinción entre el retraso y la mora, privando a la exigibilidad de la obligación de los efectos automáticos de que le había dotado el romanismo medieval, y alejando el retraso y la mora del concepto de incumplimiento.

No había en aquellos comentarios ningún asomo de insatisfacción con la ubicación sistemática del tratamiento de la mora, ni tampoco con la armonización entre el primero y el último párrafo del artículo 1.100 del Código civil relativo a las obligaciones recíprocas y la llamada *compensatio morae*⁶.

Pero va a ser precisamente este último párrafo del artículo 1.100 del Código civil el que desencadene mayor discusión doctrinal y alguna vacilación jurisprudencial, cuya primera muestra aparece a finales de los años sesenta del pasado siglo con las interpretaciones divergentes de ese precepto propuestas por Manuel Albaladejo⁷ y Luis Díez-Picazo⁸ de modo casi simultáneo.

La discrepancia se ha mantenido hasta el presente, porque además de aparecer alguna opinión más sobre el tema, como las ofrecidas por J. I. Cano Martínez de Velasco⁹ y por A. Cristóbal Montes¹⁰, el propio Albaladejo volvió sobre tema con nuevos argumentos¹¹, de modo que la discusión sigue abierta,

⁵ Ver en tal sentido MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, 4.ª ed. Reus, Madrid, 1929, t. VIII, pp. 57 y ss.

⁶ El comentario de MANRESA, *op. y loc. cit.*, nos dice respecto del último párrafo del artículo 1.100, que «el último párrafo de este artículo, conforme con el espíritu del derecho anterior, ni ofrece dudas en cuanto a su alcance ni en cuanto a su fundamento, basado, como está, para admitir la compensación de mora que establece, en la íntima relación que guardan las obligaciones recíprocas o bilaterales en las que el cumplimiento de cada una debe ser, por lo general, para el cumplimiento de la otra supuesta condición como la hay eventualmente para que existan. Decimos por lo general, porque en bastantes casos pueden establecerse fechas distintas...». SCAEVOLA, *Código Civil*, Madrid, 1902, t. XIX, pp. 460 y 461, por su parte considera que el último párrafo del artículo 1.100 se refiere a casos de incumplimiento total y no de mora.

⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., «La mora en las obligaciones recíprocas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, p. 9.

⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «El retardo y la resolución de los contratos sinalagmáticos» en *Anuario de Derecho Civil*, 1969, p. 383. Una visión de conjunto de las relaciones entre retardo y mora ofrece este autor en su obra *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6.ª edición, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 657 a 665.

⁹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La mora*, ed. Edersa, Madrid, 1978, pp. 83 y 84, que sostiene una interpretación ecléctica.

¹⁰ CRISTÓBAL MONTES, A., *La mora del deudo en los contratos bilaterales*, ed. Civitas, Madrid, 1984, pp. 36 y ss. en las que defiende la innecesidad de intimación para constituir en mora al deudor de acuerdo con el tenor literal del precepto en las obligaciones recíprocas.

¹¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., «De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España Consejo General del Notariado, t. I, pp. 29 y ss. y *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos M. Albaladejo, ed. Edersa, tomo XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, pp. 364 y ss. En el mismo sentido, BADOSA COLL, F., *sub* artículo 1.100 del Código civil, en *Comentario del Código Civil*, ed. del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. II, p. 33.

como lo pone de relieve Díez-Picazo Giménez quien sigue la doctrina de su padre y maestro en uno de los comentarios más recientes del Código civil¹², de considerar innecesaria en ese supuesto la intimación del acreedor al deudor para que éste constituido en mora.

Por lo demás los presupuestos y requisitos de la constitución en mora del deudor han sido por lo general objeto de mayor acuerdo doctrinal y jurisprudencial, y así puede considerarse como presupuesto de la mora del deudor la exigibilidad del cumplimiento de la obligación, de manera que mientras el deudor goce de discrecionalidad, su abstención será un no cumplimiento, a lo sumo un retraso irrelevante, pero no un incumplimiento¹³, al igual que el carácter positivo de la prestación, toda vez que en las obligaciones negativas cualquier retraso en la abstención del deudor sería un incumplimiento definitivo.

En cuanto a los requisitos de la constitución en mora del deudor, como se ha comprobado, un sector doctrinal considera que la intimación que menciona el artículo 1.100 párrafo 1.º del Código civil es un requisito general de la constitución en mora en las obligaciones positivas, salvo que la ley o el pacto revivan la vieja regla *dies interpellat pro homine*, mientras que otro importante sector entiende que la intimación no es requisito de la mora en las obligaciones positivas recíprocas, salvo en aquellas de cumplimiento diferido de una de las prestaciones.

El requisito añadido por la jurisprudencia con absoluta uniformidad por largo tiempo, y con apoyo en D. 50.17.99¹⁴, que en el Derecho anterior a la codificación civil se expresaba en el aforismo *in illiquidis non fit mora*, y cuya constante aplicación jurisprudencial resultó a veces criticada por la doctrina, comenzó a resquebrajarse en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1992, de modo que hoy puede considerarse abandonada en favor de una aplicación muy matizada, por ejemplo en la STS de 9 de febrero de 2007, habiendo acuerdo doctrinal en que su aplicación indiscriminada incentivaba la litigiosidad mediante la discusión de la cuantía de la deuda para eludir los intereses moratorios¹⁵.

¹² Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., comentario del artículo 1.100 del Código civil, en *Código civil comentado*, de Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P. Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R., Directores, ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, t. III, pp. 98 y 99.

¹³ En tal sentido BADOSA COLL, F., *sub* artículo 1.100 del Código civil, en *Comentario del Código Civil*, lugar citado en nota 11 *supra*.

¹⁴ Se trata de un fragmento del jurista Venuleyo que se considera interpolado en el período justinianeo, pero que se generalizó en el derecho anterior a la codificación civil.

¹⁵ Ver Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., en *Código civil comentado*, cit., t. III, pp. 95 y 96 y SALAS CARCELLER, D., «El abono de intereses por parte del deudor y la regla *in illiquidis non fit mora*», *Repertorio de jurisprudencia*, n.º 28/205.

Por lo que respecta a la mora *credendi*, existe, como es lógico, el supuesto adicional al retraso consistente en que la prestación requiera de la cooperación del deudor, ya que su consecuencia es la posible liberación forzosa del deudor. Además, como requisitos de tal liberación forzosa del deudor, exige el Código civil requerimiento al acreedor y posterior consignación, o solamente consignación judicial o notarial de la prestación en los casos en los que el párrafo 2.º del artículo 1.176 del Código civil no exige el previo requerimiento, así como que se anuncie previamente a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación como exige el artículo 1.177 párrafo 1.º, y, por último, la aceptación del acreedor o que la consignación se declare judicialmente bien hecha como prevé el párrafo 1.º del artículo 1.180 del Código civil ¹⁶.

2. REUBICACIÓN DE LA MORA EN LA DOCTRINA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Tras esta breve introducción en la que se trata de resumir a grandes rasgos lo sucedido en la interpretación doctrinal del artículo 1.100 del Código civil desde la entrada en vigor del Código civil hasta los años noventa del pasado siglo, es necesario afrontar el posicionamiento de la doctrina sobre la concepción y ubicación sistemática de la mora del deudor en el Código civil español, en la nueva doctrina general del contrato, que el Prof. Díez-Picazo y Ponce de León, se preguntaba si estaba llamada a surgir ¹⁷. La respuesta a este interrogante la iniciaba sugiriendo algunas materias que deberían tenerse en cuenta en una hipotética revisión.

¹⁶ Se trata de un grupo de preceptos, los artículos 1.176 a 1.181 del Código civil, algunos de los cuales han sido redactados por la Disposición Final Primera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de julio.

¹⁷ En efecto, en el *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección de los Consumidores* celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 15 a 18 de noviembre del año 1992, el Prof. Díez-Picazo y Ponce León desarrolló una Ponencia bajo el título «¿Una nueva doctrina general del contrato?», en la que exponía lo acaecido en el siglo XX en materia de contratos, con hitos como el auge del intervencionismo estatal, las sucesivas crisis económicas, la irrupción de la protección de los consumidores y las reglas del Convenio de Viena de 1990 sobre compraventa internacional de mercaderías ratificado por España el día 17 de julio de ese año, sucesos todos que marcaron profunda huella en el derecho civil de contratos, publicada en *Anuario de Derecho Civil*, 1993.

Desde el punto de vista del Derecho comparado ofrece una certera visión resumida de los tres modelos de responsabilidad por incumplimiento existentes en Europa (el francés el alemán y el inglés) la obra de GALGANO, F., *Atlas de Derecho Privado Comparado*, traducida de la 3.ª ed. italiana por J. A. Fernández Campos y R. Verdura Server, ed. Fundación General del Notariado, Madrid, 2000, pp. 207 a 242.

Lo cierto es que en el ya largo tiempo transcurrido ha habido nuevas y muy agudas crisis, y una irrupción seguida de una cada vez mayor incidencia del Derecho armonizador de la Unión Europea, que ha terminado por dar un nuevo aspecto, mediante leyes especiales en el caso español¹⁸, al derecho de contratos, además de una actividad doctrinal intensa que ha producido interesantes y variadas propuestas de reforma legislativa, tanto de aspectos concretos, como del conjunto del derecho de contratos, sin olvidar los abundantes cambios jurisprudenciales que han venido sucediéndose en la materia.

En todo caso corrían aires de reforma del derecho de los contratos, y en tal reforma, sería siempre necesario, al tratar de las consecuencias del incumplimiento, incardinar la mora para lograr «una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual»¹⁹, junto con los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u originaria, cumplimiento defectuoso, que habrían de incluir la evicción y las cargas o vicios ocultos de la cosa vendida, los defectos de calidad o de extensión de las cosas vendidas, y los llamados vicios generadores de ruina en la construcción.

Pero en esa revisión de la responsabilidad contractual se empezaba a mostrar muy claramente que la mora y su tratamiento doctrinal y jurisprudencial aparentemente escaso y parco, ocultaba una realidad mucho más amplia que no era otra que la del retraso como incumplimiento generador de responsabilidad contractual. Así Durán Rivacoba²⁰, afirmaba que «debe reconocerse que la mayoría de los estudios emprendidos en la materia (retraso en el cumplimiento de las obligaciones) tratan de la mora, en las dos vertientes del fenómeno, según quién sea el protagonista del retraso en que la prestación tendrá lugar, el acreedor o el deudor. El hecho viene justificado desde la perspectiva de que la interpelación a quien se muestra renuente a cumplir sus obligaciones, bien sea desde la óptica pasiva o activa, es la piedra del arco del sistema de indemnización de los daños derivados del retardo en la satisfacción de lo debido».

Este estado de cosas comienza a modificarse con los trabajos ya citados de Pantaleón Prieto, Díez-Picazo Giménez y otros, aunque puede encontrarse algún precedente más alejado en el tiempo en la monografía de J. Cardenal Fernández,

¹⁸ Como la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la Ley para la Mejora del Funcionamiento de la Cadena Alimentaria y la Ley para la Lucha contra la Morosidad en Operaciones Comerciales, por referirse únicamente a las de más amplio ámbito de aplicación.

¹⁹ Palabras utilizadas por PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1.720 y 1.721.

²⁰ DURÁN RIVACOBA, R., prólogo a la monografía *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, de J. BARAONA GONZÁLEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 17.

*El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*²¹, en la que se plantean, por extenso, efectos del retraso no identificables con la mora ni subsumibles en ella.

Y es que, la realidad económica y social cambiante, termina por reflejarse en la aplicación del Derecho de modo implacable, y al igual que se ha hecho notar en la matización de la aplicabilidad por los Tribunales de la vieja máxima *in illiquidis non fit mora*²², otrora implacable y ahora muy matizada, la consideración de los preceptos que el Código civil dedica a la mora no daba respuesta satisfactoria a problemas relacionados con el retraso en relación con la frecuente previsión de penas convencionales por retraso²³, y en relación con la acción resolutoria por incumplimiento en las obligaciones recíprocas o la llamada *exceptio non adimpleti contractus*²⁴.

La noción de incumplimiento contractual que tiende a imponerse y que se ve reflejada en los *Principles of European Contract Law*²⁵, (en adelante PECL) en su artículo 1:103, define el incumplimiento como «cualquier inejecución de una obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad el contrato».

Este concepto de incumplimiento es pieza clave del nuevo sistema de responsabilidad contractual y constituye el supuesto básico de todos los remedios: la acción de cumplimiento, la *exceptio non adimpleti contractus*, la acción resolutoria, la acción de reducción o *quanti minoris* y la acción de resarcimiento de daños, así como del recurso a las garantías legales y convencionales de la obligación, y se caracteriza en opinión de Morales Moreno²⁶, en primer lugar por su amplitud, exigida por la unificación del sistema de responsabilidad contractual; en segundo lugar por contemplar «ante todo, la falta de satisfacción del interés del acreedor», y en tercer lugar por ser un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor, ya que se limita a tomar razón de la falta de realización de prestaciones exigibles en virtud de un contrato.

²¹ CARDENAL FERNÁNDEZ, J., *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, ed. Montecorvo, Madrid, 1979.

²² Ver p. 3 y nota 15 *supra*.

²³ En tal sentido ver BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 304, donde el autor se muestra partidario de la relevancia del retraso a efectos de pena convencional con independencia de la constitución del deudor en mora, pese a ser un criterio minoritario.

²⁴ Ver BARAONA GONZÁLEZ, J., *op. cit.* pp. 305 a 317.

²⁵ Publicados por *The Commission on European Contract Law*, Parte I y II, ed. Ole Lando y Hugh Beale, 2000, y parte III, editados por Ole Lando, Eric Clive, André Prüm y Reinhard Zimmermann (2003)

²⁶ MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, pp. 29 y 30.

3. LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS Y LAS PROPUESTAS DE PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

Paralelamente, desde el establecimiento en 1986 del mercado único en la CEE, y tras el Tratado de la Unión Europea suscrito en Maastricht de 7 de febrero de 1992 habían surgido iniciativas tendentes a la unificación del derecho de obligaciones y contratos de los Estados miembros²⁷, que fueron incentivadas por la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, que o bien propugnaban un Código europeo de contratos cuya necesidad derivaría de la conveniencia de evitar distorsiones del funcionamiento del mercado único ocasionadas por la diversidad legislativa, partiendo de un Código vigente, convenientemente reelaborado por juristas ajenos en principio a la tecnocracia de la Unión Europea²⁸, o bien se limitaban a postular la conveniencia de un régimen único al que las partes pudiesen someterse.

La primera de estas ideas, muy favorecedora de las tendencias más proclives a la progresiva integración de la Unión Europea, dio lugar a un interesante Proyecto de Código civil de contratos que ha sido objeto de comentarios en España²⁹, y ocasión de una notable floración de los estudios de Derecho comparado.

Casi simultáneamente, es decir en 1989, arrancan los trabajos de la Comisión para Derecho Europeo de los Contratos, presidida por Ole Lando, que no pretendía un código europeo de contratos único, sino la redacción de unos principios generales del derecho europeo de los contratos cuya virtualidad unificadora sería indirecta, al operar como un derecho aplicable en razón del pacto expreso de los contratantes, o de la remisión voluntaria, o simplemente como derecho supletorio, tal y como prevé su sección primera³⁰.

²⁷ GANDOLFI, G., «Una proposta di relettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, 11 pp. 217 y ss., poco después concretado con ocasión del Congreso Internacional celebrado en Pavía los días 20 y 21 de octubre de 1990, en que se presentó una propuesta del citado autor publicada más tarde, entre otras revistas en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, 4, pp. 707 y ss., bajo el título «Pour un code européen des contrats».

²⁸ Así sintetiza los presupuestos de la propuesta de G. Gandolfi, VATTIER FUENZALIDA, C., «Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones de la Unión Europea», en *Jornadas sobre la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Comunidad Europea* Cáceres 1993-1994, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 1993, p. 22.

²⁹ En España se dedicaron congresos y jornadas al Proyecto de la Accademia dei Giusprivatisti Europei de Pavía, que cristalizaron en publicaciones como *Código Europeo de Contratos: comentarios en homenaje al Prof. J. L. De los Mozos de los Mozos*, dirigidos por C. Vattier, J. M. de la Cuesta y J. M. Caballero, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Dykinson, Madrid, 2003; *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, coordinadas por G. García Cantero, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, y GARCÍA CANTERO, G., *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de contratos de la Academia de Pavia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

³⁰ Ver artículo 1.101 del texto indicado en la nota 24 *supra*.

Por último, en la misma línea y con semejantes finalidades y fundamento, el Marco Común de Referencia (en adelante DCFR)³¹, es otro texto que fruto del trabajo de dos grupos de expertos, que aspira también a ser base de un posible Derecho contractual europeo, momento en que dejaría de ser un estudio académico³².

Lo cierto es que, en el momento presente, se mantiene como un instrumento optativo, por más que despliegue notable influencia como tal, y que sean ya varios los Reglamentos de la Unión Europea que han abordado materias de Derecho Privado distintas del Derecho de los contratos, y que continúe siendo objeto de estudios académicos³³.

Todos estos trabajos coinciden ubicar el tratamiento de la mora, tanto del deudor como del acreedor, en sede de incumplimiento de los contratos, entendido en el amplio sentido que reflejan los PECL³⁴, incluso en el extenso proyecto de Código Europeo de Contratos, que tomó en cuenta a estos efectos el *Contract Code* redactado por H. Mc Gregor por encargo de la *English Law Commission*³⁵.

4. LAS EXIGENCIAS DE LA ARMONIZACIÓN EUROPEA DERECHO DE LOS CONTRATOS. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA DIRECTIVA 2000/35/CE POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES Y LA MORA EN LAS OBLIGACIONES DINERARIAS

Pero en materia de retraso en el cumplimiento, hay que pensar que la influencia del Derecho privado europeo en la legislación de los Estados miembros viene todavía principalmente de la mano de las directivas de armonización, que, como veremos, se producen tanto en el marco del derecho de los consumidores (relaciones b2c: *bussiness to consumer* en la jerga del *europaean private law*), como en la regulación de las relaciones entre empresas (relaciones b2b: *bussiness to bussiness*).

³¹ Versión española de estos principios, coordinada por C. Jerez Delgado, ha sido publicada bajo el título *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

³² Ver, Von BAR, Ch., «Desde el proyecto del marco común de referencia ¿hacia un Reglamento?», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 32, 2010, sección corporativa.

³³ Ver FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, A., *El derecho privado europeo en la transformación digital*, Discurso de Ingreso pronunciado el día 10 de diciembre de 2018, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2018.

³⁴ Ver en tal sentido CABALLERO LOZANO, J. M., *Código Europeo de Contratos: comentarios en homenaje al Prof. J. L. de los Mozos de los Mozos*, citado en nota 28 *supra*, T. II, pp. 194 y ss. Nótese que en la inspiración este proyecto de Pavía, tuvo notable influencia el *Contract Code* de H. Mc Gregor, que asumía una amplia definición de incumplimiento en su sección 301. Ver *Contract Code*, traducción de C. Vattier Fuenzalida y J. de la Cuesta Saenz, ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 81.

³⁵ Mc GREGOR, H., *Contract Code. Drawn up on behalf of the English Law Commission*, ed. Giuffrè, Milán, 1993, pp. 72 y ss.

Y verdaderamente, en ambos aspectos, la armonización europea del derecho de las obligaciones y los contratos ha tenido una gran importancia en los años transcurridos del siglo XXI, como lo puso de relieve muy tempranamente la reforma del BGB en materia de derecho de obligaciones por la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* de 26 de noviembre de 2001 que entró en vigor el día 1 de enero de 2002³⁶, y ha continuado poniendo de relieve la reforma del Código civil francés en materia de obligaciones y contratos (Tit. II del Libro III), aprobada por la Ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero³⁷.

Así, en materia de protección de los consumidores, vio la luz la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, que se traspuso al ordenamiento jurídico español mediante reforma de la Ley General de defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), Texto Refundido aprobado por R. D. L. 1/2007 de 16 de noviembre, modificado por Ley 3/2014 de 27 de marzo, que es una Directiva de armonización total, emanada para evitar la paradoja del efecto diversificador producido por la transposición de algunas directivas armonizadoras, que venían concediendo amplio margen de maniobra para la trasposición a los Estados miembros de la Unión Europea.

Y en materia de morosidad en las operaciones comerciales, 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 operaciones comerciales, es consecuencia como indica su Considerando número 11, de la constatación de la falta de mejoras en la mayoría de los Estados miembros tras la adopción de la Recomendación de 12 de mayo de 1995 relativa a los plazos de pago en las operaciones comerciales³⁸.

La citada Directiva asume en su Considerando n.º 16 la idea de que «la morosidad constituye un incumplimiento de contrato que se ha hecho económicamente provechoso para los deudores en la mayoría de los Estados miembros a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurren en mora y/o de la lentitud de los procedimientos de la reclamación. Es necesario un cambio decisivo incluida una compensación a los acreedores por los gastos en que hayan incurrido, para invertir esa tendencia y garantizar que las consecuencias de la morosidad sean disuasorias».

³⁶ Ver la reseña de LAMARCA I MARQUES, A., «Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones», *In Dret* 01-2002, que en materia de mora da cuenta de la regulación del párrafo 287 que establece responsabilidad objetiva en el resarcimiento, salvo en el caso que el acreedor también hubiera sufrido el daño en caso de cumplimiento puntual, y del párrafo 288 que en materia de obligaciones dinerarias, fija el interés moratorio en el interés legal del dinero más cinco puntos, si se trata de un consumidor y de 8 puntos entre empresarios, y de las limitaciones que su juicio tiene en todo caso la armonización mediante directivas

³⁷ Ver SAVAUX, E., «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIX, 2016, pp. 715 y ss.

³⁸ DO L 10-6-1995, p. 19.

El ámbito de aplicación de la Directiva 2000/35/CE son las relaciones entre empresas (b2b), por lo que no es de aplicación a las relaciones jurídicas de consumo, que quedan fuera de él como prevé su artículo 3.2. a)., y dentro de las obligaciones entre empresas, se contrae a las obligaciones dinerarias que son contraprestación de la adquisición de bienes o servicios.

Pero, dado que el concepto de empresa que asume la Directiva es muy amplio, no puede deducirse de modo simplista que se trate siempre de operaciones sometidas al Derecho Mercantil, y por ende al artículo 63 del Código de comercio. En efecto, el artículo 2.1 de la Directiva define las «operaciones comerciales» como «las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación», y en su párrafo segundo añade que «empresa» es «cualquier organización que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional, incluso si dicha actividad la lleva a cabo una única persona».

La trasposición al Derecho español de esta Directiva se llevó a cabo mediante la Ley 3/2004 de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, y en lo atinente a definiciones, en su artículo 2 a), la citada Ley define «empresa» como «cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional», lo que ciertamente abarca no pocas operaciones sometidas al Derecho civil, como pueden ser las realizadas sobre las producciones agroalimentarias por los agricultores y ganaderos, o las prestaciones de servicios de las profesiones liberales entre otras.

En tales casos la Ley 3/2004 de 29 de diciembre en su artículo 2 c) define la morosidad como «el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago».

Respecto de los plazos contractuales, no se impone, sin más, la regla *dies interpellat pro homine*, sino que el artículo 4.1 párrafo 3.º establece que «la recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura, y la recepción por el interesado», por lo que es la factura que cumple estas condiciones y el momento de su recepción la que constituirá en mora al deudor con efecto inmediato o previo transcurso del plazo pactado.

Por el contrario, no habiendo plazo contractual, en virtud del artículo 4.1 párrafo 1.º del mismo texto legal serán de aplicación los «treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o de prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad».

Cierra esta regulación subsidiaria del plazo contractual, el artículo 4.1. párrafo 2.º de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, estableciendo que «los proveedores deberán hacer llegar la factura o solicitud de pago equivalente a sus clientes antes de que se cumplan quince días naturales a contar desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o de la prestación de los servicios».

Si convencionalmente se regula un procedimiento de aceptación o de comprobación para verificación de la conformidad de los bienes, su duración no podrá exceder de treinta días naturales desde la recepción de los bienes o prestación de los servicios según el artículo 4. 2, computándose en tal caso el plazo general de treinta días naturales «desde la aceptación o verificación de los bienes o servicios».

Tales plazos son disponibles por voluntad de las partes «sin que en ningún caso se pueda acordar un plazo superior a 60 (*sic*) días naturales» según prescribe el artículo 4.3 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre.

Esta regulación de la constitución en mora es, como ya se ha indicado, aplicable a obligaciones surgidas algunos contratos civiles, en los que desplazaría la aplicación de los artículos 1.100 y 1.108 del Código civil, y también por supuesto, desplazaría, en su caso, la aplicabilidad del artículo 63 del Código de Comercio³⁹.

Pero, con las matizaciones que se derivan del artículo 4, lo cierto es que, respecto de las obligaciones dinerarias, el artículo 5 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre concede un efecto automático al plazo voluntario y al legal «sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor».

El efecto disuasorio de la morosidad que pretende la Directiva, dado que se trata de obligaciones dinerarias, aparece confiado, tanto en la propia Directiva como en su transposición por la Ley 3/2004 de 29 diciembre, a los intereses de demora que regula su artículo 7, que se someten a la libertad de pacto⁴⁰, y subsidiariamente

³⁹ En tal sentido Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., *sub* artículo 1.100 C.c. en *Código Civil comentado*, cit., vol. III, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 99.

⁴⁰ Esta libertad de pacto está limitada cuando se trate de una práctica comercial desleal, como las que contempla la Directiva UE 2019/633 del Parlamento y del Consejo de 17 de abril relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario, cuyo artículo 3.1 a) i. no permite otros plazos más prolongados que los señalados por la propia Directiva en los contratos de suministro alimentarios a los que resulte aplicable la Ley parara la Mejora del Funcionamiento de la Cadena Alimentaria, por su condición de PYME y/o su dependencia económica, a lo que se añade en general por el artículo 9 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la nulidad de las cláusulas contractuales o prácticas relacionadas con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes cobro manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor teniendo en cuenta toda las circunstancias del caso, incluidas: a) Cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal. b) La naturaleza del bien o servicio. c) Y cuando e deudor tenga alguna razón objetiva para apartarse del tipo de interés legal de demora del apartado 2 del artículo 7, o de la cantidad fija a que se refiere el apartado 1 del artículo 8».

a un tipo de interés legal que se fija en el apartado 2 «El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales» de acuerdo con el apartado 3 del mismo precepto «el Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el BOE el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior»⁴¹.

A ello se añade, de acuerdo con el artículo 8, la cantidad fija de 40 Euros que se sumará a la deuda principal, y que el «acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de éste y que superen la cantidad indicada en el párrafo anterior».

La prolongada vigencia de tipos de interés bajos que se atraviesa, no impide que haya de considerarse suficientemente disuasorio⁴² semejante recargo del interés moratorio convencional o legal, cuya suficiencia solo podría verse comprometida o atenuada por la inexistencia de procedimientos adecuados de cobro de los créditos.

En el Derecho procesal civil español la figura del proceso monitorio parece, en su regulación actual, cumplir las exigencias del artículo 5 de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio que estableció que «los Estados miembros velarán por que se pueda obtener un título ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en el plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el Tribunal u otra autoridad competente», especialmente después de las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero introducidas por la Ley 37/2011 de 10 de octubre sobre medidas de agilización procesal y por la Ley 42/2015 de 5 de octubre, que resolvió algunas dudas en materia de proceso monitorio, y que además reformó el Código civil en materia de prescripción extintiva abreviando el plazo establecido para la prescripción de las obligaciones del artículo 1.964 del Código civil.

Se trata, sin duda, de una aportación decisiva y eficaz⁴³, aunque reducida al campo de ciertas obligaciones dinerarias surgidas en relaciones entre empre-

⁴¹ Los tipos de interés moratorio publicados por el BOE desde la entrada en vigor de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre hasta la actualidad han oscilado entre el mínimo actualmente vigente del 8% anual y el máximo alcanzado de 11,20% anual en el primer semestre del año 2008.

⁴² Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La Directiva 2000/35/CE sobre la *mora debendi* en las operaciones comerciales: un eficaz intento para luchar contra la morosidad», en *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, citado, t. II, pp. 1.742 y ss.

⁴³ No faltan tampoco iniciativas tendentes a mejorar la eficacia de la Ley 3/2004 de diciembre, que se han plasmado en proposiciones de ley en las dos últimas legislaturas y que han dado lugar a un acuerdo en el marco de la Comisión para Reconstrucción post COVID-19 (la última de ellas la proposición de Ley

sas, que comprenden un importante número de obligaciones de naturaleza civil, como las derivadas de venta y suministro de producciones agroalimentarias por los agricultores, o contratos de arrendamiento de servicios de muchas clases. Pero lo cierto es que en el panorama general del tratamiento jurídico del retraso en el cumplimiento como variedad de éste, del que la mora es una importante consecuencia⁴⁴, hay otros aspectos que afectan a todo tipo de obligaciones, y no solo a las dinerarias, que se relacionan con otros efectos o consecuencias del retraso, como pueden ser las derivadas de la llamada cláusula penal en cualquiera de sus funciones, o las derivadas de la llamada condición resolutoria tácita, a las que será preciso dedicar tratamiento diferenciado y específico.

Por lo demás a las obligaciones dinerarias civiles de cantidad, serán de aplicación los artículos 1.100 y 1.108 del Código civil, el primero de ellos respecto de la constitución en mora, y el segundo respecto de los intereses moratorios legales o convencionales.

5. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS ATINENTES A ALGUNAS DEUDAS DE DINERO: A) LOS «SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA» Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL DEUDOR: EL DERECHO AL HONOR Y LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES. B) LAS LLAMADAS DEUDAS DE VALOR

a) **Los llamados sistemas de información crediticia y los derechos fundamentales del deudor**

Paralelamente a la tutela de los derechos de crédito han surgido, como consecuencia de la proliferación e intensificación de la morosidad, intentos de combatir preventivamente sus perniciosos efectos, consistentes en sistemas originados y gestionados por la propia iniciativa privada, cuya aplicación ofrece también algunas proyecciones jurídicas diversas, que van desde prácticas de compulsión indirecta bastante agresivas y poco respetuosas de los derechos fundamentales de los deudores, hasta sistemas de publicación de la existencia

del Grupo Parlamentario Plural del Congreso que se publicó en el BOCG de 18 de mayo de 2020), mediante la reducción del ámbito de la autonomía privada en materia de plazos y mediante la aprobación de un régimen sancionador más riguroso y con multas muy elevadas en la línea del ya existente en materia de prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario mencionadas en la nota 39 *supra*.

⁴⁴ En tal sentido ver Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., obra citada en nota precedente, pág., 1.747, donde explica que «cuando se afirma que un deudor está en mora se quiere significar que se le han trasladado los riesgos de los casos fortuitos. Tratándose de un deudor de una obligación pecuniaria, además se habrá de afirmar que pesa sobre él la obligación de abonar el interés moratorio devengado».

de morosos, conocidos legalmente por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en su artículo 20, como «sistemas de información crediticia», tendentes a advertir a los posibles contratantes del riesgo que supone la contratación con las personas incursas en determinados registros, lo que supone además una coerción indirecta por la indudable restricción del crédito de los deudores cuya morosidad se hace pública.

El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador delimitan esas actuaciones privadas que pueden incidir en los derechos de la personalidad de quien se retrasa en el cumplimiento, en concurrencia con el Derecho privado, tal y como se desprende de las normas sobre protección de datos personales aplicables hoy en España, como el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante RGPD) y la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales, Ley 3/2018 de 5 de diciembre, ambos de indudable influencia en las condiciones en que se puede generar lícitamente esa inclusión del deudor, como ya ocurría en la legislación precedente (LO 15/1999 de 13 de diciembre), sobre la que se ha pronunciado la interesante Sentencia del TS 1.321/2019 de 25 de abril, en la que se afirma que la necesidad de reclamación previa (conforme a la LOPD del año 1999) por el acreedor al deudor no es solo una exigencia formal, sino sustantiva cuyo no cumplimiento, no solo convierte la publicidad en listas de morosos en un ilícito desde el punto de vista de la normativa de protección de datos, sino también en una intromisión ilícita en el honor de la persona con las consecuencias indemnizatorias que se pueden derivar de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de Protección del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, lo que arroja una nueva luz en materia de derechos fundamentales sobre exigencia de intimación al deudor, por más que la existencia de la deuda y del retraso en el cumplimiento sea indiscutible.

Bien es verdad que el artículo 20 1. c) de la vigente LOPDGDD, se conforma con la existencia de previsión contractual o información coetánea a la reclamación, pero en el caso de retraso con perspectivas de renegociación (o de dación en pago como acaece en el caso resuelto por la S. Sala 1.ª del TS 1.321/2019 de 25 de abril), la falta de aviso de inclusión constituye una infracción del principio de buena fe merecedora de consideración como intromisión ilícita en el honor, y la previsión contractual en tal sentido puede constituir un cláusula abusiva en muchos casos, lo que resulta especialmente delicado cuando se trata de derechos fundamentales de la persona.

Por otra parte, el artículo 20.1 c) de la LOPDGDD impone también a la entidad que mantenga el sistema de información crediticia la obligación de notificar su inclusión al deudor interesado e informarle de los derechos que le asisten (arts. 15 a 22 del RGPD) en los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, así como bloquear la publicación de los datos durante ese mismo plazo.

Acreeador y entidad mantenedora del sistema de información crediticia se consideran corresponsables del tratamiento conforme al artículo 20.2 de la LOPDGDD.

b) **Las deudas de valor**

Resta, sin embargo, examinar el problema que plantean las llamadas deudas de valor, en las que, a diferencia de las deudas de cantidad, expresadas en una cifra concreta de un signo monetario determinado, lo debido es el valor de cualquier tipo de prestaciones expresado en una determinada moneda. Respecto de tales deudas, que son sin duda pecuniarias o dinerarias, como por ejemplo las obligaciones de restitución o las pensiones compensatorias o de alimentos a las que no resulta aplicable el principio nominalista, puede cobrar en ellas importancia el aforismo *in illiquidis non fit mora*, por lo que no les serían aplicables las reglas de las deudas de cantidad hasta el momento en que se haya producido la liquidación, es decir, la valoración de la prestación de que se trate expresada en un cantidad determinada de dinero correspondiente a un signo monetario⁴⁵, momento a partir del cual cobraba plena vigencia el llamado «principio nominalista»⁴⁶.

6. PROPUESTAS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: SU TRATAMIENTO DEL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO

De modo obligadamente breve, por causa de la amplitud de las materias a tratar y de los límites a la extensión del trabajo, parece oportuno referirse a la actividad desplegada por un amplio número de autores que bien de manera oficial, en el seno de la sección civil de la Comisión General de Codificación,

⁴⁵ Ver BARAONA GONZÁLEZ, J., obra citada, pp. 301 y 302.

⁴⁶ Ver BONET CORREA, J., «Indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias», en *Anuario de Derecho Civil*, 1979, p. 371, y *Las deudas de dinero*, ed. Civitas, Madrid, 1983.

o bien como fruto de la iniciativa de una entidad privada como la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) han llevado a cabo importantes aportaciones a esta materia.

Realmente se han sucedido en los años transcurridos del siglo XXI varias propuestas de reforma del Derecho privado de los contratos, algunas oficiales y elaboradas por las Secciones Mercantil y Civil de la Comisión General de Codificación, y otras privadas como la elaborada por iniciativa de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

Por razones obvias se va a tener en cuenta únicamente estas últimas, que continúan en elaboración, y que tienen una cierta coincidencia en la noción amplia de incumplimiento de la que ya se ha tratado en parte.

La propuesta de modernización de la Comisión General de Codificación Sección Civil relativa al Libro IV del Código civil vio en parte la luz en el año 2009, pero al quedar incompleta dio lugar la constitución de una nueva Ponencia en el seno de la Sección de Derecho Civil para la revisión de la propuesta⁴⁷.

En lo que atañe al retraso y a la mora, la Propuesta de 2009 definió el incumplimiento en el artículo 1.188.1 como el supuesto en que el «deudor no realiza exactamente la prestación principal a que se obligó o cualquier otro de los deberes que resulten de la obligación», de manera que no se menciona ninguna modalidad o tipo de incumplimiento, ni aparecen por lo tanto el retraso y la mora.

«Si hay fecha fijada para el cumplimiento en esta propuesta desaparece la exigencia del Código civil de la intimación al cumplimiento» afirma Fenoy Picón⁴⁸. Ello no obstante, según indica la citada autora, en otros lugares de la Propuesta que nos ocupa se emplea el término «mora» en el sentido de retraso en el cumplimiento, y añade que en la Propuesta «puede considerarse incumplimiento el mero hecho de que el deudor no cumpla en la fecha de vencimiento de la obligación contractual (el retraso es incumplimiento) aunque en otros preceptos como el artículo 1.138, relativo a la solidaridad de acreedores, parece tratarse la mora en el sentido tradicional toda vez que establece que «Cualquier acreedor podrá poner en mora al deudor con efectos para todos los acreedores. Los efectos de la mora en recibir de un acreedor solidario se extienden a los demás»⁴⁹.

⁴⁷ Orden del Ministerio de Justicia de 7 de abril de 2017, que crea la Ponencia presidida por Antonio Manuel Morales Moreno e integrada por Teodora Torres García y María Paz García Rubio como Vocales Permanentes, y Nieves Fenoy Picón como Vocal Adscrita, debiendo aprobarse por el Pleno de la Sección antes del 31 de octubre de 2017, plazo este que se ha sido prorrogado.

⁴⁸ Así se expresa FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIII, fasc. 1, 2010, pp. 72 y 73.

⁴⁹ FENOY PICÓN, N., *ibidem*, y nota 48.

La Propuesta de modernización de la Asociación de Profesores de Derecho Civil define el incumplimiento en el artículo 518-5 en los siguientes términos: «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquiera de los deberes que resultan de la relación obligatoria», definición ésta que no difiere en amplitud y neutralidad de la propuesta formulada por la Comisión de Codificación, pero que contrasta con aquélla en su mayor apego al derecho todavía vigente por cuanto define la mora del deudor en su artículo 515-7 apartado 1 en los siguientes términos: «El deudor obligado a entregar o hacer alguna cosa incurre en mora desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación», y añade en el apartado 2 que «La interpelación no es necesaria cuando así resulte de pacto, de la ley o de la naturaleza y circunstancias de la obligación», para concluir en su apartado 3 que «en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro»⁵⁰.

Ciertamente, resulta difícil desprenderse del peso de la larga tradición que ya tiene el Derecho civil codificado, y de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que se han sedimentado⁵¹ en torno a los ya viejos textos, por más que se tenga clara la conveniencia de su renovada ubicación sistemática en el campo del incumplimiento de los contratos.

Buen ejemplo de tal dificultad ha dado la reforma del Código civil francés, en la materia que nos ocupa, ya que, aunque se trata de un compromiso entre dos proyectos alternativos de reforma, no llegó a plasmarse una innovación general de la materia de la responsabilidad contractual y los nuevos preceptos en materia de retraso en el cumplimiento apenas difieren de los que consagró el bicentenario *Code civil*, como reconoce la doctrina⁵², lo que ocurre precisamente con el artículo 1.231 y siguientes que reproducen muy aproximadamente los artículos 1.146 a 1.153-1, a la espera de la reforma de la responsabilidad que se proyecta.

Hay, pues, una cierta dificultad a la hora de perfilar los preceptos relativos al retraso en el cumplimiento, alejándose de los modelos de los siglos XIX y XX

⁵⁰ Ver *Propuesta de Código Civil. Libro Quinto. De las obligaciones y los contratos*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 116.

⁵¹ La «sedimentación» es una fase importante en la evolución de la teoría jurídica como acertadamente puso de relieve C. Atias, *Théorie contre arbitraire*, ed. PUF, París, 1993, porque viene a significar el asentamiento de las soluciones generalmente aceptadas.

⁵² Se trata de los proyectos Terré y Catala, conocidos por los nombres de sus ilustres autores los civilistas François Terré y Pierre Catala. Sobre la «reescritura» de los artículos citados ver SAVAUX, E., «El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos», obra citada., p. 723.

y también se puede decir que no se aprecia como una necesidad acuciante, toda vez que las principales aristas han podido ser limadas a través modificaciones de la jurisprudencia que aplica el viejo derecho codificado⁵³.

En tal sentido, algunos de los autores que se han ocupado del tema han expresado la necesidad de grandes modificaciones en el Código civil español⁵⁴, mientras que otros han relativizado la necesidad cambios legislativos, y así ha afirmado Díez-Picazo Giménez que lo que «se necesita es una interpretación correcta y una voluntad unánime por parte de toda la doctrina y de la jurisprudencia de uniformar el sistema»⁵⁵.

7. EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO Y LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CRÉDITO

La primera de las medidas de protección del crédito es, sin duda, la pretensión de cumplimiento, y respecto de ella, si acepta la definición amplia de incumplimiento, está claro que el retraso en el cumplimiento, sin cualificación alguna, permite el ejercicio del derecho de crédito, es decir, su exigencia en vía judicial o extrajudicial.

Ahora bien, el derecho positivo arbitra medidas legales de protección del crédito, y permite a la autonomía privada crear a su vez otras medidas de protección y garantías de los derechos de crédito, que obligan a introducir matizaciones en los efectos del retraso en el cumplimiento.

a) Retraso en el cumplimiento y pena convencional

La exigibilidad de la pena impuesta por una cláusula penal, se ha entendido mayoritariamente por la doctrina y por la jurisprudencia como aplicable desde que el deudor se haya constituido en mora, pues, como afirmó la STS de 21 de marzo de 1904, ese sería el momento en que la obligación quedaría incumplida.

Disienten de esta afirmación algunos autores⁵⁶, para quienes la función de valorar anticipadamente los daños resarcibles de que el artículo 1.152 del Código civil dota a la cláusula penal, implica que opere en supuestos de mero retraso.

⁵³ Ver nota 15 *supra* sobre la regla *in illiquidis non fit mora*.

⁵⁴ Ver PANTALEON PRIETO, F., obra citada, p. 1.720.

⁵⁵ Díez-Picazo Giménez, G., *La mora del deudor*, citada, pp. 356 y 357.

⁵⁶ Ver CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *sub* artículo 1.152 del Código civil, en *Comentario del Código Civil*, T. II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 158 y 159; BARAONA GONZÁLEZ, J., obra citada, p. 304, y DE CASTRO VÍTORES, G., *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 112 y nota 290.

Por otra parte, las cláusulas penales exclusivamente moratorias, muy frecuentes en la práctica en multitud de contratos, bien pueden considerarse como supuestos de mora *ex re* de acuerdo con el artículo 1.100 2 n.º 2 del Código civil, en los que el retraso por sí mismo daría lugar a la aplicabilidad de la pena⁵⁷, ya que, siendo imputable al deudor operaría la valoración anticipada de los daños que el artículo 1.152 del Código civil considera función ordinaria de la pena convencional.

b) Retraso en el cumplimiento y resolución de las obligaciones recíprocas

La facultad resolutoria que concede el artículo 1.124 del Código civil, también imprecisamente llamada «condición resolutoria tácita», ya que lo que regula el artículo 1.124 del Código civil para las obligaciones recíprocas es una medida legal de protección del crédito que faculta al acreedor que ha cumplido su obligación para optar entre la pretensión de cumplimiento y la pretensión de resolución del contrato, y no una verdadera y genuina condición⁵⁸.

Se trata de una institución de gran importancia en el derecho de los contratos, al igual que su contrafigura, la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, que permite, en el mismo tipo de obligaciones, oponerse a la acción de cumplimiento ejercitada por el contratante que no ha cumplido su obligación, y como es obvio, guarda una estrecha relación con el retraso en el cumplimiento que constituye elemento básico de su supuesto de hecho, además de los presupuestos de existencia del contrato y reciprocidad de las prestaciones, retraso al que la jurisprudencia y la doctrina habían perfilado como incumplimiento esencial y grave⁵⁹.

En el caso del retraso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo hacia depender su virtualidad a efectos de ejercicio de la facultad resolutoria cuando obedece a causa imputable al deudor, no al mero retraso en el cumplimiento, que daría lugar al otorgamiento en su caso de nuevo plazo por los Tribunales, sino al retraso que determina la frustración del fin práctico perseguido por el negocio, o un interés atendible del contratante, o a «la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», expresión ésta muy repetida durante largo tiempo por la jurisprudencia como criterio diferenciador entre el mero retraso, y el retraso consti-

⁵⁷ En tal sentido BARAONA GONZÁLEZ, J., obra citada, p. 305.

⁵⁸ En tal sentido CLEMENTE MEORO, M. E., *sub* artículo 1.124 del Código civil, en *Código Civil comentado*, dirigido por A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, ed. Civitas Thomson-Reuters, t. III, Pamplona, 2011, p. 229.

⁵⁹ Ver CLEMENTE MEORO, M. E., *sub* artículo 1.124 del Código Civil, obra citada, pp. 230 y 231

tutivo de incumplimiento que fundamentaría la estimación de la pretensión resolutoria del contrato esgrimida por el contratante que a su vez ha cumplido.

Señalaba, no obstante, el citado autor⁶⁰, que el Tribunal Supremo había comenzado a matizar esa doctrina dando lugar a tres líneas jurisprudenciales acerca de esa «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» de que trataba una reiterada jurisprudencia, la primera de las cuales la entiende en su más estricto sentido como indagación de una voluntad del deudor de incumplir el contrato (SSTS 30 de octubre de 1996, y 11 de noviembre de 1996, línea ésta que pasaba a ser una línea minoritaria frente a las líneas alternativas que, o bien presumían tal voluntad rebelde a partir del hecho mismo del incumplimiento (SSTS 5 de abril de 2006 y 22 de noviembre de 2006), o bien prescindían del elemento volitivo y encuentran el fundamento de la facultad resolutoria en el hecho objetivo de la frustración del fin práctico de contrato (SSTS 11 noviembre 2003, 14 febrero 2007, 31 mayo 2007 y 19 enero 2014).

Ciertamente, la exigencia de «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», había servido en la línea tradicional para «fundar la improcedencia de la resolución»⁶¹, y las nuevas líneas jurisprudenciales, aunque rompieron esa asentada tendencia, no llegaron a postular el retraso, como hecho en sí mismo fundante del triunfo del ejercicio de la facultad resolutoria.

La aguda crisis económica iniciada en la primera década del siglo XXI y que ha marcado el devenir de la segunda década del siglo, como la nueva crisis generada por la pandemia llamada COVID-19 marcará probablemente su tercera década, tuvo la consecuencia de revitalizar la aplicación de viejos textos legales, entre los que curiosamente se encuentra la Ley 57/1968 de 27 de julio sobre percibo de cantidades entregadas en la construcción y venta de viviendas, consagraba en su artículo 3 una facultad «rescisoria» que permitía al frustrado comitente o comprador resolver el contrato y obtener la restitución de la cantidad entregada con el interés moratorio del 6%, que los Tribunales han aplicado en ese tiempo reciente (STS 20 enero 2015), y que sin duda es una consagración de la consecuencia resolutoria del retraso, en beneficio de un tipo concreto de consumidores y usuarios.

Faltaba para consagrar el retraso como un tipo más de incumplimiento resolutorio, una línea jurisprudencial que aplicase tal facultad resolutoria sin fundamento en una ley especial y sin referencia alguna a la indagación de la voluntad de incumplimiento del deudor, y en tal sentido ha sido la STS de 25 mayo 2016⁶²

⁶⁰ Ver CLEMENTE MEORO, M. E., obra citada, p. 233.

⁶¹ Ver CLEMENTE MEORO, M. E., *ibidem*.

⁶² STS 2292/2016 de 25 de mayo de 2016, de la que fue Magistrado Ponente D. Fernando Pantaleón Prieto, comentada por GREGORACI, B., en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIX, 2016, pp. 1097 y ss.

la que ha abierto claramente ese camino, en una relación contractual entre empresas, y con un fundamento susceptible de la máxima generalización⁶³.

Tal línea jurisprudencial debería tener continuidad para afianzar la consolidación, pero lo cierto es que la reforma del Código civil en materia de prescripción de las acciones personales no dotadas de plazos especiales, por Ley 42/2015 de 5 de octubre, deja reducido plazo de prescripción de la acción resolutoria muy drásticamente, pasando de quince años a solamente cinco años, lo que reduce notablemente las posibilidades de que haya retrasos en el cumplimiento susceptibles de fundar pretensiones resolutorias como la que resultó estimada por la STS de 25 de mayo de 2016.

Fuera del ámbito de las obligaciones contractuales recíprocas se ha producido también algún tratamiento jurisprudencial del retraso en el cumplimiento de la obligación de alimentos que aplica la doctrina del retraso desleal de manera cuando menos discutible⁶⁴.

c) Retraso en el cumplimiento y las facultades de retención posesoria

No cabe tampoco duda de que el llamado derecho de retención, que incorpora el Código civil como garantía de origen legal a disposición de los acreedores de determinadas obligaciones de origen contractual o legal, tiene también como base exclusivamente el retraso en el cumplimiento⁶⁵.

Sobre su naturaleza jurídica parece asentada la opinión de que no se trata en rigor⁶⁶ de un genuino derecho subjetivo, sino de una mera facultad de retención posesoria aneja a otros derechos de variada naturaleza, toda vez que acompaña a derechos de crédito de origen contractual (arts. 1.600, 1.730, 1.780 y 1.866 del Código civil), así como a créditos derivados de la sucesión en la posesión de las cosas (arts. 453, 461, 500 y 502 del Código civil).

⁶³ Ver LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, A., «El retraso como causa de resolución de los contratos: hacia una nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo (Comentario a la sentencia de 25 de mayo de 2016, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 49-2018, 150-157, que el autor refiere a los casos «en que conforme a la buena fe no resulta exigible al acreedor seguir vinculado al contrato dado el largo tiempo transcurrido». En contra, matizadamente, con cita crítica de la misma sentencia, ver HERRERA BAZÁN, V., «Incumplimiento y resolución contractual (con especial referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias)», *Revista de Derecho Civil*, 1 (2017), p. 48.

⁶⁴ MORENO-TORRES, M. E., «La discutible aplicación de la doctrina del retraso desleal en un caso de alimentos», en *Revista de Derecho Privado*, 1(2020), pp. 21 y ss.

⁶⁵ En tal sentido BARAONA GONZÁLEZ, J., obra citada p. 318.

⁶⁶ Ver BARAONA GONZÁLEZ, J., obra citada, p. 319. Ahora bien, en el propio Derecho común no han faltado vacilaciones doctrinales y jurisprudenciales, y además, desde el año 2006, el Código de Derecho Civil de Cataluña en su artículo 569.3 y 4 lo configura como un verdadero derecho real de garantía sobre cosas muebles e inmuebles, ya que permite a su titular realizar el valor de la cosa retenida para aplicar el resultado a la extinción de la deuda.

Lo que no resulta discutible es que el presupuesto del ejercicio de la facultad de retención es el retraso, y que la retención convierte el retraso en restituir en el legítimo ejercicio de una facultad.

Por último, tampoco se debe pasar por alto que, tanto la intimación dirigida al deudor para exigirle el cumplimiento y en su caso constituirle en mora, como la facultad del acreedor de rechazar el pago, son facultades de los sujetos de la obligación que tienen como presupuesto imprescindible la existencia de un retraso en el cumplimiento, que aparece como pródromo de la mora *solvendi* en el primer caso, y de la mora *credendi* en el segundo caso, con la posible entrada en escena de sus respectivas consecuencias en orden a la responsabilidad del deudor en el primer caso, y a su liberación forzosa en el segundo caso.

8. CONCLUSIÓN

La ubicación de la mora dentro del más amplio marco de las consecuencias del incumplimiento hace visible el retraso como faceta esencial de la primera y del segundo, y permite recuperar el papel exclusivo que la mora y sus requisitos juegan en la transmisión de los riesgos por pérdida de la cosa y de imposibilidad sobrevenida de la prestación, lo que permite alcanzar una visión de conjunto, y más nítida, de la responsabilidad de los sujetos de la obligación, y de los medios de protección del derecho crédito⁶⁷ en los que el retraso es presupuesto de variadas consecuencias jurídicas tanto en el Derecho vigente como en el Derecho proyectado.

Por lo que atañe al Derecho vigente la virtualidad del mero retraso como causa de resolución de las obligaciones bilaterales ha sido acogida por a STS de 25 de mayo de 2016, pero ciertamente tal virtualidad se ha restringido en cierta medida por la abreviación de los plazos de prescripción extintiva de las acciones personales carentes de plazo especial de prescripción fijado por la ley a cinco años consagrada por la reforma introducida en ese precepto por la Ley 42/2015 de 5 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el caso de que se entiendan aplicables al ejercicio de la acción de resolución, puesto que es sobre todo la longitud del tiempo transcurrido sin cumplimiento desde que la obligación fue exigible, la que serviría de base a su ejercicio.

⁶⁷ Que incluye, como es lógico, la *exceptio non adimpleti contractus* en las obligaciones recíprocas. Ver BARAONA GONZÁLEZ, J., obra citada, pp. 313 a 318.

IX

LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS

SILVIA DÍAZ ALABART

Catedrática de Derecho civil

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1 Sentido de la ubicación de la rescisión en el CC.–2. Concepto de rescisión.–3. Supuestos de actos y contratos rescindibles en el CC. 3.1 Supuestos de rescisión por lesión. 3.1.1 Contratos celebrados por tutores o curadores representativos. 3.1.2 Contratos celebrados en representación de los ausentes. 3.2 ¿Es posible establecer convencionalmente la rescisión por lesión de un contrato? 3.3 Contratos celebrados en fraude de acreedores. 3.3.1 Pagos anticipados efectuados en estado de insolvencia. 3.4 Contratos referidos a cosas litigiosas. 3.5 «Cualesquiera otros contratos que determine la ley». 3.6 La rescisión por lesión en la partición hereditaria (arts. 1074 y ss. CC). 3.7 La rescisión de los actos en fraude de los derechos de un cónyuge por parte del otro, cuando hubiera concurrido mala fe (art. 1391 CC).–4. La acción de rescisión. 4.1 Caracteres de la acción rescisoria. 4.2 Ejercicio de la acción. 4.2.1 Naturaleza del plazo. 4.2.2 Duración del plazo e inicio de su cómputo. 4.2.3 Legitimados para el ejercicio de la acción. 4.2.4 Enervamiento de la acción por abono del perjuicio.–5. Efectos de la rescisión. 5.1 Efectos de la rescisión por lesión. 5.2 Efectos de la rescisión por fraude de acreedores. 5.3 Efectos de la rescisión en los contratos respecto de cosas litigiosas.–6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La regulación del Código civil adolece de una cierta dosis de confusión en relación con algunas de las figuras que se ocupan de la ineficacia de los contratos. Es necesario revisar toda esa parte tanto en el sentido de darle una nueva y mejor sistemática, como en el de mejorar la redacción de algunos de

los preceptos que la integran. Probablemente todo esto ha ocasionado qué en general, la doctrina española aún no se ha ocupado con la suficiente profundidad y extensión sobre ese tema (Orduña, J., «Comentario a los arts. 1290-1299 CC, en «Comentarios p. 684).

Entre los modos de extinción de los contratos se encuentra la rescisión. Su actual regulación en el Código Civil prácticamente no ha sufrido modificaciones. Respecto de la rescisión por lesión, se retocó la redacción original del art. 1291, 1.º CC, en relación con el acotamiento de los contratos celebrados por los tutores que pueden ser rescindibles, y se hizo cambiando la mención original de que se trate de contratos que no precisen para su celebración de autorización al tutor por parte del consejo de familia, órgano tutelar ya eliminado por la Ley 13/1983, para sustituirlo por la autorización judicial.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad, que ha supuesto un cambio total en las figuras de guarda para las personas mayores, añade junto a los tutores a los curadores con facultades de representación.

El régimen que para la rescisión establecen actualmente los artículos 1290-1299 del Código Civil tiene algunas carencias e inconcreciones. Doctrina y jurisprudencia se han ido ocupando de la interpretación y aplicación de dichos preceptos, con lo que se ha puesto de relieve la conveniencia de hacerles algunos retoques de cara a una futura modificación del CC.

Para examinar adecuadamente la disciplina de la rescisión, partiendo de la regulación vigente hay que tomar en cuenta las ya mencionadas aportaciones de jurisprudencia y doctrina, y en su caso, las opciones legislativas adoptadas por otros derechos cercanos al nuestro. Para realizar ese estudio resulta muy útil servirse de dos importantes trabajos prelegislativos muy distintos.

En primer lugar, el elaborado por la sección civil de la Comisión General de Codificación, una Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos, que aborda una reforma parcial para un sector del CC, que claramente la precisa ya. El texto se ha publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia de enero 2009 (a partir de ahora PMOC). Y, en segundo lugar, la más moderna Propuesta de Código Civil completo, elaborada y poco después publicada en 2018 por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, (a partir de ahora PCC). Ambas propuestas en la parte que toca la rescisión de los contratos introducen cambios, algunos coincidentes, en relación con la actual disciplina de la figura que, en general, pensando en una necesaria futura reforma del CC, de llegar a adoptarse por el legislador, sin duda, la mejorarían.

1.1 Sentido de la ubicación de la rescisión en el CC

Nuestro CC dedica el Capítulo V del Título II del Libro IV (arts. 1290-1299), a la «rescisión de los contratos». Se ha seguido en este punto la pauta del Proyecto de 1851, y no el modelo del CC francés. García Goyena señaló a este respecto que, «separando en el Proyecto la regulación de la nulidad de los contratos de la de su rescisión, ya no podrá haber confusión entre ambas figuras». Probablemente esta apreciación del jurista navarro fue excesivamente optimista, ya que el término «rescisión» muchas veces se utiliza de forma impropia en otras partes del CC¹, y en algunas leyes especiales², para supuestos que verdaderamente son de desistimiento o de resolución por incumplimiento.

A este carácter en algunos extremos confuso de la regulación de la rescisión en nuestro CC contribuye sin duda, la mención de la acción pauliana o revocatoria que hace el art. 1111 *in fine* CC, artículo introducido en el Proyecto de CC 1882-1888³ que es una acción de protección del crédito a través de la conservación del patrimonio del deudor (García Amigo, p. 67), situada dentro del capítulo dedicado en general a la naturaleza y efectos de las obligaciones. Se ha llegado a señalar que, «se deforma además el concepto, al arropar bajo la rescisión los problemas de fraude de acreedores que siempre fueron perseguidos a través de la acción revocatoria» (Martín Pérez, J. A., 1995).

Si bien puede decirse que la gran mayoría de los autores entiende que se trata de una acción rescisoria (entre otros, De Castro, 1967 p. 522, Albaladejo, p. 244, García Vicente, pp. 9207 y 9219), alguno ha considerado que técnicamente es una acción revocatoria (D'Ors).

Es opinión común destacar la relación existente entre la acción revocatoria o pauliana (De Castro, 1967 p. 522, señala que el supuesto del art. 1111 CC está dentro del art. 1291, 3.º) y la acción de rescisión del art. 1299, destacando que los plazos de la segunda se aplican a la primera, así como sus caracteres comunes. En realidad, la revocatoria o pauliana es la acción de rescisión de los actos y contratos celebrados en fraude de acreedores, no son dos acciones diferentes, de hecho, es frecuente ver en la jurisprudencia que los arts. 1111

¹ Así, aunque se emplee el término rescindir, por ejemplo, en los arts. 1454, 1479, 1556, 1595, 1818 y 1819 del CC., en todos ellos se trata de facultades de desistimiento o resolución del contrato, que si bien son también supuestos de ineficacia contractual no lo son propiamente de rescisión.

² Por ejemplo, en la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS), en sus arts. 12 y 35.

³ Es posible que la falta de verdadera coordinación entre los arts. 1111 y 1290 y siguientes del CC se deba precisamente a que su procedencia es diferente.

y 1291, 3.º aparecen frecuentemente alegados conjuntamente en favor de la pretensión de rescisión que se presenta.

Lo que puede resultar algo confuso es que ubicándose el fraude de acreedores entre los supuestos de rescisión del art. 1291, luego el art. 1111 con una ubicación tan diferente y sin hacer remisión alguna a esos arts. 1290 y ss, hable de una acción para el supuesto de fraude.

Algún autor ha tratado de diferenciar ambas acciones señalando que la del art. 1111 CC, literalmente se refiere a actos del deudor y, en cambio la del art. 1290 CC y ss. está prevista para los contratos (Veiga, A., p. 8143). Esa distinción es solo aparente y únicamente puede justificarse en la ya señalada pura literalidad de los preceptos. Aunque el art. 1111 CC. hable de actos (es destacable que con ese término, resulta más sencillo incluir la donación que en puridad no es un contrato), y el art. 1290 CC hable de contratos, eso no indica respectivamente la exclusión de lo no mencionado. En conclusión, una vez más nuestro CC no es riguroso en la utilización técnica de los términos, pero eso no significa que hayan de entenderse los arts. 1111 y 1290 CC conforme a su estricta literalidad sin atender a su espíritu. De hecho, en las acciones de reintegración de la Ley Concursal, cuando habla de la facultad de rescisión en su art. 71, 1, dice que «serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa», y no cabe duda de que dentro de esa expresión caben también a los contratos. La opinión común de doctrina y jurisprudencia es que la rescisión afecta tanto a los actos como a los contratos. Se podría decir que la acción rescisoria se prevé para negocios jurídicos *inter vivos* de contenido patrimonial, ya sean actos o contratos.

La PMOC enumera los supuestos de rescisión de los contratos en su art. 1310, y no hay en ella ningún precepto equiparable al actual art. 1111 CC. En dicho art. 1310, 2.º CC, se deja bien claro que son rescindibles: «Los contratos y demás actos jurídicos patrimoniales celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan cobrar lo que se les deba». Con esta redacción propuesta queda claro que no hay ninguna razón para dar un tratamiento distinto en lo referente a los supuestos de rescisión por fraude a los contratos, de los demás actos jurídicos patrimoniales.

Al examinar la regulación de la rescisión en el CC aparece con claridad, una cuestión de fondo, el inconveniente de regular conjuntamente, sin marcar las obligadas diferencias de régimen, la rescisión por lesión en sentido estricto, y por otro la rescisión de los contratos en fraude de acreedores dentro de la protección del crédito por medio de la conservación del patrimonio del deudor, para que éste pueda cumplir la función de garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas por su titular que le atribuye el

art. 1911 CC. Como iremos viendo, el régimen actual de la rescisión, en varios aspectos no está pensado para el supuesto de la que se deriva del fraude de acreedores, lo que conlleva que para este supuesto, en algunos extremos, falte regulación.

2. CONCEPTO DE RESCISIÓN

Siguiendo el axioma de que los Códigos no deben definir las figuras jurídicas, tarea que corresponde a doctrina y jurisprudencia, en el nuestro no hay ningún precepto que se ocupe del concepto de rescisión que, por otra parte, no resulta demasiado sencillo especialmente por la heterogeneidad de los supuestos que se enumeran en el art. 1291 CC.

Como definición general, que sirva para casi todos los supuestos, se ha dicho que el negocio rescindible es, «un negocio patrimonial celebrado válidamente, pero que si produce un perjuicio considerado legalmente injusto a una de las partes o a un tercero⁴, y no hay otro medio legal para obtener su reparación podrá declararse ineficaz (o ver reducida su eficacia) a petición del perjudicado» (De Castro, 1971, p. 520). Se trata pues, de una ineficacia del negocio jurídico no inicial, sino sobrevenida o provocada, en cuanto no es automática, sino que opera a través del ejercicio de la acción *ad hoc* (Orduña, J., *ob. cit.* p. 684). Como puede constatarse es de esencia la naturaleza patrimonial del negocio (acto o contrato).

No se puede dar una definición unitaria de la rescisión más detallada porque los supuestos enumerados en el art. 1291 CC, de lesión, fraude de acreedores o contratos sobre bienes litigiosos son demasiado distintos para ello⁵.

Dentro del capítulo del CC de la rescisión de los contratos se regulan tanto la rescisión por lesión del interés de personas vulnerables que actúan por representante legal, como la que se produce por los contratos sobre cosas litigiosas, o por fraude de acreedores.

Las diferencias que existen entre los diferentes tipos de rescisión hacen que no les sea aplicable todos ellos la totalidad de la regulación general de la rescisión.

⁴ Incluir al tercero ya desnaturaliza un tanto la definición, pero es el modo de tratar de incluir en esta definición el fraude de acreedores.

⁵ Una de ellas es que la rescisión por lesión sí que hace ineficaz el contrato, pero, en cambio en la derivada de haber celebrado en fraude de acreedores esa ineficacia no es total, ni en cuanto solo se produce frente al acreedor que ejercita la acción, como que no afectará siempre al contrato en su totalidad, sino solo hasta el punto en el que sea necesario para que el acreedor pueda cobrar su crédito.

3. SUPUESTOS DE ACTOS Y CONTRATOS RESCINDIBLES EN EL CC

Aunque al ser la rescisión un remedio subsidiario, en principio los supuestos en los que puede emplearse son solo aquellos en los que la ley así lo establece, pero, aun así, «no será óbice para que sea aplicable a situaciones análogas a las reguladas por la Ley y cuando así lo exija su *ratio iuris*» (De Castro, 1971, p. 521). No obstante, esta posibilidad de aplicación por analogía de la rescindibilidad a otros supuestos distintos de los recogidos en las normas será compleja, como de hecho sucede en todas las aplicaciones de normas por analogía.

Si examinamos todos los supuestos enumerados en el art. 1291 CC, de acuerdo con la opinión común se puede concluir que tiene cierta base la consideración de la rescisión «como un cajón de sastre, en el que se acomodan o pueden acomodarse los supuestos más heterogéneos» (De Castro, 1967, p. 519), o incluso que «realmente son un amontonamiento de supuestos heterogéneos», y que no todos ellos pueden ser calificados en puridad de rescindibles (Albaladejo, p. 474), o que se trata de un sector en el que el legislador del CC introdujo confusión (Martín Pérez, J. A., p. 346).

El dispar elenco de contratos rescindibles contenido en el art. 1291 CC. podemos ordenarlo en cuatro categorías.

Los contratos rescindibles por lesión que podríamos denominar directa, que contemplan supuestos muy concretos en los que la lesión en el interés del perjudicado deriva directamente del contrato que se declara rescindible, pues de él y solo de él se deriva la lesión (art. 1291, apartados. 1.º y 2.º).

Los contratos rescindibles por poder presumirse que se han celebrado en fraude de acreedores. En ellos la lesión no deriva tanto del propio contrato que se rescinde, sino de que su celebración supone que a partir de ese momento el patrimonio del deudor no es suficiente para pagar al acreedor que interpone la acción rescisoria.

Los contratos rescindibles por recaer sobre cosas litigiosas y haberse celebrado por el demandado sin el conocimiento y autorización que exige el apartado 4.º del art. 1291 CC, supuesto en el que no existe lesión en el sentido de los dos primeros apartados del art. 1291, ni tampoco necesariamente fraude de acreedores, y que presenta particularidades propias que justifican su consideración como supuesto individual.

Y, finalmente cualesquiera otros contratos que la ley (el propio CC u otras leyes especiales) determine que sean rescindibles, bien por lesión o bien por fraude de acreedores. La mención a la Ley es totalmente genérica dejando amplio margen al legislador.

3.1 Supuestos de rescisión por lesión

En el CC se restringe la rescisión por lesión únicamente a los dos casos excepcionales que se mencionan en el art. 1291 CC, 1.º y 2.º, sin dejar abierta la posibilidad general de rescindir contratos por lesión enorme (en más de la mitad del valor de la prestación), a causa de un contrato oneroso aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, como en cambio recoge la Ley 500 del Fuero Nuevo de Navarra. Por su parte el art.621-46 del CC catalán también admite ese tipo general de rescisión por lesión, sin la exigencia de que concurran la inexperiencia o necesidad del contratante perjudicado. Probablemente sería deseable que en una posible futura modificación del CC en el sector de las obligaciones y contratos se reflexionara sobre la conveniencia de incluir la rescisión por lesión enorme, con la matización subjetiva del perjudicado que se recoge en el Derecho navarro. Es cierto que ese tipo de lesión puede producirse en escasos supuestos, pero lo cierto es que si se da, puede resultar difícil encontrar en el Código el precepto que permita deshacer un contrato que aun celebrado válidamente es totalmente injusto que sea eficaz, ya que no siempre se puede probar la existencia de vicios de la voluntad que lo harían anulable.

Los dos supuestos que se recogen en el art. 1291 CC, 1.º y 2.º, tienen entre sí un cierto paralelismo, y su *ratio* estriba en la protección de los sujetos perjudicados contemplados en ambos. Son sujetos vulnerables por diferentes circunstancias, que no pueden actuar por sí mismos sino por medio de un representante legal: menores, personas con un alto grado de discapacidad y ausentes. Para estos casos, en general, ya existen en el CC mecanismos de protección patrimonial, como la necesidad de autorización judicial para los actos o contratos que pueden implicar un mayor perjuicio económico para el representado, pero la rescisión por lesión es un remedio excepcional que completa dicha protección para los casos en que los contratos no necesitan de esa autorización previa, pero que en el supuesto concreto producen un perjuicio de cierta entidad.

3.1.1 CONTRATOS CELEBRADOS POR TUTORES O CURADORES REPRESENTATIVOS

El art. 1291, 1.º, dispone que son rescindibles, «*los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores o los curadores con facultades de representación, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos*».

Aunque en el texto de este apartado, como en otros del art. 1291 CC se limite a los «contratos» rescindibles, no hay obstáculo en aplicar la figura de la rescisión a supuestos en los que el perjuicio a los sujetos mencionados en dicho artículo, «resulte no de un contrato propiamente dicho, sino de otro negocio o de una declaración negocial», criterio seguido por el Código en varios casos, así por ej. arts. 1292, 1073 y ss., etc. (De Castro, 1971, p. 521).

En este apartado 1º del art. 1291 los perjudicados por los contratos rescindibles han de ser los menores sometidos a tutela⁶ (los no emancipados no sometidos a la patria potestad o en situación de desamparo, pues tras la reforma efectuada por la LAPD son los únicos que pueden estarlo), y los mayores discapacitados bajo curatela representativa.

A partir de la LAPD la medida de apoyo para los mayores discapacitados con un mayor nivel de necesidad de apoyo es la curatela. Ésta sólo será representativa «en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de las personas con discapacidad» (art. 269, tercer párrafo, *ab initio*). Aun así, en ningún momento se prevé una representación absoluta, sino limitada a los actos concretos que el juez determine en resolución motivada (art. 269, tercer párrafo, *in fine*). El art. 287 CC enumera los actos para los que el curador representativo precisa autorización judicial, a los que añade otros actos que pueda determinar la resolución judicial en la que se establece su ámbito de actuación. Visto dicho listado queda claro que la aplicación práctica de esta causa de rescisión es muy escasa, ya que los contratos que pueden celebrar sin autorización judicial los curadores representativos, de ordinario, tendrán escasa incidencia económica⁷.

Dado que la base para la rescindibilidad de los contratos, además de su condición de lesivos, es que se hayan celebrado en base a una representación legal de la persona con discapacidad, no lo serán los realizados por el curador sin funciones de representación, ni por el defensor judicial o guardador de hecho que actúen solamente asistiendo a la persona con discapacidad.

El perjuicio ocasionado con los contratos rescindibles ha de superar la cuarta parte del valor de las cosas objeto de aquéllos. El criterio para fijar el valor será el del precio de mercado (Álvarez Lata, 2021, p. 1003). La existencia de la

⁶ Para los sometidos a la patria potestad también los progenitores deben recabar autorización judicial para celebrar contratos sobre los bienes de sus hijos menores (art.166 CC), pero gozan de un régimen especial respecto de la administración de dichos bienes (art. 168 CC).

⁷ Aunque el art.287 2º CC, exceptúa de la necesidad de autorización judicial la venta del derecho de suscripción preferente de acciones y si el número de éstas es bastante elevado puede ser una operación de entidad económica, no ofrece riesgo para el curatelado ya que el precio de la enajenación se fija en el mercado.

lesión debe apreciarse respecto del momento de la celebración del contrato lesivo, aunque los desequilibrios se puedan producir posteriormente.

No son rescindibles los contratos celebrados por los tutores o curadores representativos sin autorización judicial cuando la misma sea exigible. El art. 287 CC no contempla este caso, pero conforme a las últimas sentencias del TS, las SSTs 20.4.2016 (RJ 2016, 1687) y 10.01.2018 (RJ 2018, 156), esta segunda de pleno, la sanción no es la nulidad absoluta, pese que con esa actuación se contraviene una norma imperativa, sino la anulabilidad que protege mejor el interés del perjudicado.

3.1.2 CONTRATOS CELEBRADOS EN REPRESENTACIÓN DE LOS AUSENTES

Asimismo son rescindibles a tenor del art.1291, 2.º, «*Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior*».

También este supuesto tiene un ámbito de aplicación especialmente restringido, pues lo mismo el representante del ausente, como el tutor precisa de autorización judicial para llevar a cabo por su representado los actos de mayor trascendencia patrimonial (art. 186, tercer párrafo CC). Aunque el precepto no lo aclara, se entiende en general que el representante al que se refiere es el legal. Los celebrados por un representante voluntario cuando el representado, aunque se halle en paradero desconocido aún no ha sido declarado ausente, se entiende que si se otorgaron dentro de los límites del mandato, serán válidos (RDGRN de 1 de julio de 1980).

En cuanto a la exigencia común para los dos primeros apartados del art. 1291 CC de que la lesión que permite rescindir los contratos ha de superar la cuarta parte del valor de las cosas objeto de los mismos, ha de poder apreciarse en el momento de la celebración del contrato a rescindir y deberá persistir en el momento en que se ejercite la acción de rescisión. Obviamente toda la prueba al respecto corresponde al perjudicado que ejercite la acción.

El criterio para calcular el volumen del perjuicio ha de ser el valor de mercado de la prestación en el momento de la celebración del contrato.

La prueba de la lesión es una cuestión de hecho, por lo que su apreciación corresponde a los tribunales de instancia⁸.

⁸ La STS 16-III.1989, con abundante cita de sentencias anteriores, dice que es doctrina uniforme y reiterada de esta Sala.

3.2 ¿Es posible establecer convencionalmente la rescisión por lesión de un contrato?

La ley no lo prohíbe y hay que partir del principio de libertad de pactos (art. 1255 CC). La limitación de casos de rescisión establecida específicamente en el art. 1293 CC, únicamente hace referencia a la no concesión legal de la facultad de rescindir en otros casos fuera de los del art. 1291, 1.º y 2.º, pero no afecta a la libertad de pacto de las partes. (Albaladejo, M., p. 478, seguido por Moreno Quesada, pp. 120-122). Para que verdaderamente ese pacto tenga la naturaleza rescisoria y no otra⁹, es evidente que la acción tiene que ser subsidiaria, el contrato ha de haber producido una lesión en más de la cuarta parte, y que sus efectos, expresados o no en el contrato¹⁰, han de ser los de restitución de las prestaciones.

3.3 Contratos celebrados en fraude de acreedores

La rescisión por fraude de acreedores es una rescisión con características propias, lo que determina que no le sea aplicable todo el régimen legal contenido en los arts. 1290 y ss. del CC, y que, precisamente por las diferencias que presenta con otros supuestos, —como ya he apuntado previamente—, estaría mejor ubicada dentro de los medios de defensa de los créditos. De hecho, en el CC portugués no existe una regulación de la rescisión como tal, sino que dentro de la garantía general de las obligaciones se dedican varios artículos a la que denomina «impugnación pauliana» (arts. 610 y ss.) que se ocupa del fraude de acreedores (Almeida Costa, M. J., 2010, p. 856, nota 1, pone de relieve que en el CC portugués antiguo la acción pauliana se denominaba también revocatoria o rescisoria, pero que estas expresiones venían siendo criticadas por los autores por prestarse a equívocos, por lo que dicha denominación no se usa en vigente código). Así mismo en el CC italiano de 1942 se regula separadamente la rescisión por lesión (art. 1448 y ss.), de la acción «revocatoria» (claramente equivalente a nuestra acción rescisoria), dentro de los medios de conservación de la garantía patrimonial (arts. 1901 y ss.). Las acciones para cada uno de los casos son distintas, incluso tienen un plazo de ejercicio de diferente duración.

⁹ Por ejemplo, no es lo mismo acordar un desistimiento unilateral sometido a ciertas causas o al libre albedrío del contratante beneficiado.

¹⁰ Si no se expresaron se aplicará el art. 1295, como el resto de preceptos generales de la rescisión como normas supletorias.

La rescisión por fraude de acreedores aparece en el apartado 3.º del art. 1291 CC. Es un supuesto especialmente amplio pues incluye a «*Los [contratos] celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba*». También se recoge en la parte final del art. 1111 CC, que permite a los acreedores, también de un modo genérico, «*después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe...; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho*». En la práctica este tipo de rescisión es el que origina el mayor número de litigios y consecuentemente más abundante jurisprudencia.

En realidad, este supuesto como el de los contratos referidos a cosas litigiosas son tipos de rescisión con características particulares. En los contratos que defraudan los intereses de los acreedores se trata de arbitrar un medio más de proteger su crédito, a través de la facultad de éstos de rescindir los contratos que puedan disminuir injustamente en su perjuicio el patrimonio de su deudor, que es el que responde del cumplimiento de sus obligaciones *ex art. 1911 CC* (en este sentido la STS 643/203 de 5 de noviembre, RJ 2013/8429).

De este modo se aborda acertadamente en la PCC, que por un lado, contempla la rescisión por lesión de los contratos (art. 527-22 y 527-23), y por otra parte, dentro de la protección y garantía del crédito, en la 2.ª sección, *De la protección e integración del patrimonio del deudor*; regula la rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores y los que se refieren a cosas litigiosas, así como otros actos y contratos que determine la ley (arts. 519-4 a 519-8). De adoptarse esta sistemática por nuestro legislador en una posible futura reforma, ello supondría una mejora digna de ser tomada en cuenta, no solo porque la ubicación propuesta es más coherente sino porque dota a la rescisión por fraude de acreedores de la regulación específica de la que hoy carece.

La PMOC por su parte mantiene la ubicación común de todos los tipos de rescisión en un mismo capítulo si bien aporta una regulación de los efectos de la rescisión en fraude de acreedores que actualmente no existe en el CC.

Para entender que estamos ante un contrato celebrado en fraude de acreedores deben darse tres requisitos esenciales:

El primero es doble, que el acto o contrato que se pretenda rescindir ha de haber producido un perjuicio al acreedor, en tanto que provoca una disminución en el patrimonio del deudor, sin necesidad de que se siga un procedimiento previo para concluir la insolvencia, ni de que se trate de una insolvencia absoluta, que esa disminución es la determinante de que no pueda pagar su deuda (la STS 1256/1998 de 31 de diciembre estima que no procede la rescisión de una donación ya que el deudor- fiador tenía bienes suficientes para que

el acreedor se hiciera pago), y que el acreedor no tenga otro medio de hacer efectivo su crédito que la acción rescisoria (como se recuerda en la STS 328/2014 de 18 de junio, RJ 2014/4376). Para ejercitar la acción no se exige al acreedor que pruebe la insolvencia, sino sencillamente que no conoce la existencia de otros bienes del deudor sobre los que pueda hacerse pago. Para ello bastará con acreditar que ha perseguido los bienes conocidos del deudor, según las circunstancias del caso (STS 204/2001 de 7 de marzo).

El segundo que el acto se haya realizado en fraude del derecho del acreedor, que sea fraudulento.

Si el acto o contrato celebrado es a título gratuito, en cuanto produzca el perjuicio señalado al acreedor ya se considerará fraudulento, lo sea de verdad o no. Es decir, no es rescindible por el mero hecho de ser gratuito, sino por haber provocado la insolvencia del deudor. El hecho de la gratuidad implica que no tiene una contrapartida patrimonial, por lo que deviene fraudulento para quien, después de celebrarlo, no tiene patrimonio suficiente para pagar a sus acreedores. Se puede decir que, «antes es pagar que regalar». Entre esos actos gratuitos pueden incluirse las renunciaciones del deudor a derechos que les corresponden (así, por ejemplo, la STS 27 de noviembre de 1991, RJ 1991/84/93, caso en el que el deudor renuncia tanto a su cuota legal de gananciales al disolver la sociedad como a su cuota legitimaria, con lo que provoca su insolvencia frente a sus acreedores).

Y el tercero que el acto fraudulento rescindible se haya producido cuando ya existía el crédito al que perjudica. La jurisprudencia ha matizado que también se entiende que se cumple este requisito cuando aunque en el momento de la enajenación aún no exista un crédito liquidado frente al deudor, pero éste efectuó la disposición en función de un crédito que nacería con toda probabilidad más adelante, a fin de procurarse una insolvencia frustrante de los derechos del futuro acreedor» (STS 28 mayo 1997, RJ 97/4116, en la que el demandado frente al que la hacienda pública había iniciado un procedimiento en relación con irregularidades en pagos de impuestos, hace a un familiar cercano una donación que le convierte en insolvente)

Respecto de la presunción del carácter fraudulento de los negocios gratuitos que se establece en este sentido en el art. 1297 CC, primer párrafo, la doctrina mayoritaria (Albaladejo, M, pp. 238 y ss., Moreno Quesada, B., p. 233, y más recientemente Jerez, C., p. 186, y Zurilla 2013, pg.1772), así como la jurisprudencia en la misma medida (SSTS, 24.3.2003, RJ 2003, 3327, y 21.11.2006, RJ 2006, 8077), entienden que se trata de una presunción *iuris et de iure*.

La PMOC, extiende algo más el concepto *ex lege* de negocio fraudulento de los gratuitos, al no exigir para ello la falta absoluta de onerosidad en el contrato, lo que supone que en ese caso sería solo parcialmente fraudulento, exactamente en la medida en que sea gratuito. Por tanto, habría que entender que la rescisión, salvo prueba de fraude en la parte onerosa, solo afectará a la parte gratuita. Así en su art. 1310, 2, establece que, «Las disposiciones onerosas en las que en detrimento del patrimonio del deudor, haya un notable y manifiesto desequilibrio entre el valor de las prestaciones, serán tenidas por gratuitas en la medida del enriquecimiento del otro contratante» (en el art. 419.3 de la PCC se incluye esta misma regla).

Si el acto o contrato es oneroso, el concepto de fraudulento ya no es tan automático. Este es uno de los aspectos de la rescisión que se ha reelaborado por la jurisprudencia. Se pasa de una idea inicial, atribuida por los tribunales a «la interpretación sesgada y dogmática de los antecedentes históricos de la materia» (STS 510/2012, de 7 de septiembre, núm. de recurso 560/2010), que exigía en el deudor un comportamiento doloso, que era lo que se sancionaba con la rescisión, a una exigencia menos rígida. Esto es, de una concepción subjetiva del fraude, se ha pasado a una concepción más flexible y objetiva, basada preferentemente en la protección patrimonial del derecho de crédito. Ya no se entra en la intencionalidad del deudor al pactar el contrato perjudicial, sino que basta con que éste perciba o hubiera debido percibir que con dicho acto o contrato lesivo su acreedor no podría cobrar su crédito. En relación con este importante cambio jurisprudencial es destacable la STS 510/2012, de 7 de septiembre que desarrolla la cuestión con cita de otras sentencias anteriores.

3.3.1 PAGOS ANTICIPADOS EFECTUADOS EN ESTADO DE INSOLVENCIA

El art. 1292 CC, incluye expresamente entre los actos rescindibles el pago por el deudor en estado de insolvencia de obligaciones que aún no están vencidas, créditos que todavía no son exigibles. Este puede considerarse un subtipo de los actos en fraude de acreedores, en tanto que el deudor que no tiene bienes suficientes para pagar sus obligaciones ya vencidas, perjudica a esos acreedores y favorece al que recibe el pago anticipado de su crédito, sin respetar el principio *pars conditio creditorum*. Pero aunque esa actuación, independientemente de la intencionalidad del deudor, pueda ser fraudulenta para sus acreedores con créditos ya vencidos, para la rescisión no es necesario probar la existencia del fraude, que se entiende ya implícito en el pago en situación de insolvencia de la deuda inexigible (Zurilla, 2013, p. 1766), basta con

que se den los requisitos de pago adelantado cuando el deudor no tiene patrimonio para pagar las deudas ya vencidas. Si el acreedor que cobra anticipadamente su crédito tiene relación de parentesco o es familiar del deudor, la presunción de la existencia de *consilium fraudis* es evidente.

Para entender que el deudor se encuentra en estado de insolvencia no es preciso que haya sido declarado en concurso o que se haya abierto el proceso para ello, basta con que en el momento de llevar a cabo el pago anticipado no haya atendido los créditos ya vencidos y que carezca de bienes suficientes para que sus acreedores puedan hacerse pago.

Tanto en la PMOC como en la PCC se mantiene este supuesto de rescisión sin cambios respecto al art. 1292 CC, con la particularidad que en los dos textos prelegislativos no se incluye en un artículo específico, sino que se ubica en el general que enumera los supuestos de rescisión.

3.4 Contratos referidos a cosas litigiosas

Es un supuesto que no aparece en otros Derechos cercanos al nuestro. No está en el Proyecto de 1851 sino que se introduce en el CC, a través del Anteproyecto de 1882 (art.1304), pero su antecedente histórico directo son las Partidas, en concreto, la ley XIII, Título VII, de la Tercera partida, «*Qué pena merece el emplazado que enajena la cosa sobre la que lo emplazaron*» (antecedente que recuerda la STS de 28 de octubre 2009, Rec. 398/2005, La Ley 200555/2009). En esa Ley XIII la sanción que se establece para el demandado (el emplazado), es que la enajenación de la cosa litigiosa «no valga» (sea ineficaz), con lo que el vendedor deberá restituírsela al demandante. Además, el vendedor en base a su mala fe evidente pagará el valor de la cosa a la Cámara del rey. En cuanto al adquirente, si era de buena fe tendrá derecho a la devolución del precio pagado por la cosa y además a recibir del vendedor como pena un tercio del valor de la misma. Si el adquirente era conocedor del fraude perderá el precio que dio por ella. Estas duras sanciones monetarias ponen de manifiesto que la rescisión en este caso no solamente protege el interés del demandante, sino el interés público de la eficacia de las sentencias.

La rescisión de contratos sobre cosas litigiosas es un caso muy concreto, con menos incidencia práctica que el general de rescisión por fraude de acreedores y que presenta particularidades dignas de mención en relación tanto con la de lesión como la del fraude de acreedores. Todo ello determina que, en general, haya sido tratado por la doctrina con menor profundidad y que, asimismo la jurisprudencia recaída tampoco sea abundante. En ocasiones, se ha

tratado como si el apartado 4.º del art. 1291, en el que se recoge la rescindibilidad de los contratos sobre cosas litigiosas, estuviera directamente relacionado con el apartado 3.º del mismo artículo (Moreno Quesada, 2, T. II, 1991, p. 526), con lo que se le podría considerar como un subtipo de la rescisión en fraude de acreedores. No hay razón objetiva suficiente para pensarlo así. La redacción del inicio del texto del apartado no favorece la idea de esa relación entre los apartados 3.º y 4.º del 1291 CC, sino todo lo contrario, abunda en la idea de que es un supuesto independiente del anterior.

Además, en el texto de dicho apartado 4.º no se habla como en el 3.º de «acreedores», ni tampoco se mencionan deudores. Se menciona al «demandado», con lo que el juego se establece entre demandado y demandante, ya que es éste el que se vería perjudicado por el contrato que se celebra sobre la cosa litigiosa si, posteriormente, la sentencia le es favorable. Nada se dice de que para poder rescindir ese tipo de contratos el demandante tenga que ser acreedor del demandado, exigencia que por otra parte haría reiterativo este apartado ya que no dejaría de ser un caso más de contrato en fraude de acreedores, y no habría razón objetiva suficiente para tratarlo de forma individual. Por lo tanto, hay que entender que el demandante perjudicado puede ser acreedor del demandado o no serlo.

Las características más reseñables del supuesto son:

De una parte, que, además de no encajar en los supuestos de lesiones, tampoco lo hace en el de fraude de acreedores (Díez Soto, p. 5), pues aquí —como ya he apuntado—, no hay necesariamente ningún acreedor cuyos intereses se defrauden, sino alguien que es parte, como demandante en un procedimiento judicial, y que tiene derecho a que la decisión del litigio a su favor sea efectiva, y no se vea burlada por la actuación de su contraparte.

Por otro lado, realmente aquí no existe el requisito general a la rescisión de la subsidiariedad, ya que no se exige que el demandante haya de emplear previamente otros mecanismos de protección, por lo que se ha afirmado que aquí, «la subsidiariedad es solo aparente, porque no hay una regla que fije la preferencia o prevalencia de unos mecanismos sobre otros en la prosecución de resultados análogos» (García Vicente, J. R.; p. 9214). También Díez Soto, (pp. 12-13), quien manifiesta que pueden existir dudas sobre si aquí también existe el requisito de subsidiariedad, aunque en su opinión la respuesta es afirmativa, aunque entendida en un sentido distinto del general, sentido que no queda suficientemente claro

Algún autor, pese a las peculiaridades del caso, entiende que es rescisión, y que esto es fruto de una decisión político-legislativa del legislador que ha

optado por dejar el supuesto fuera del régimen de nulidad absoluta que resultaría excesiva cuando lo que se dirime son intereses privados (Díez Soto; p. 8). En cambio, otro autor ha defendido que no es de verdadera rescisión sino de impugnabilidad o anulabilidad (Albaladejo, M. p. 474), lo que se protege son las expectativas del demandante derivadas del litigio, impidiendo que una sentencia favorable a su pretensión resulte inoperante por el contrato celebrado en el interín por el demandado con un tercero (SSTS: 9.10.2007, RJ 2007, 7403, 28.10.2009, RJ 2009, 5816, 24.5.2010, RJ 2010, 3712). Es más, en este supuesto parece que subyace el objetivo de preservar, frente a la decisión de una sola de las partes, el valor y la eficacia de las decisiones judiciales (una vez comenzado el litigio, ambas partes pueden realizar un acuerdo transaccional, o bien una parte desiste del procedimiento que comenzó, o la demandada puede allanarse a la pretensión del demandante, pero, salvo el acuerdo de los litigantes, las otras posibilidades han de llevarse a efecto antes de la sentencia. No es aceptable que una vez que haya dos partes implicadas en un procedimiento judicial, una de ellas maniobre de forma contraria a Derecho, para privar de eficacia a la decisión del juez. En este supuesto se defiende algo que forma parte del orden público que es la potestad jurisdiccional de los Jueces y la eficacia de la cosa juzgada. El art. 118 de la CE, deja bien clara la obligación de «cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales, así como de prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto». Además, el art. 18.1 de la Ley Orgánica del poder Judicial, establece que, «Las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes».

Quicios (2013, p. 1491, con apoyo en la STS 9.10.2007 tol 1161159), entiende que a finalidad del precepto es evitar que se defrauden los derechos de un tercero (inicialmente expectativas, pues mientras no se los reconozca la sentencia no pueden calificarse de derechos ejercitables), respecto de ese contrato como es el demandante que espera ser beneficiado por la decisión judicial que ponga fin al litigio a que se encuentra sometida la cosa objeto del mismo.

Con todo, la rescisión en los contratos sobre cosas litigiosas, «no es quizás el remedio más práctico, ya que solo puede operar como remedio sobrevenido frente a una enajenación ya consumada, mientras que el demandante puede solicitar al juez la adopción de medidas cautelares que puedan prevenir la efectividad de la resolución que se dicte» (Díez Soto, p. 6). Aún siendo así, hay que tener en cuenta que no siempre las medidas cautelares solicitadas se van a conceder.

Una cosa se considera litigiosa desde el momento de la presentación de la demanda, por lo tanto, no son rescindibles por esta causa¹¹ los contratos celebrados antes de dicha presentación.

Como exceptúa el 1291, 4.º CC, *a sensu contrario*, no es rescindible el contrato sobre cosas litigiosas celebrado con el conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente.

Tal como se ha dicho (Moreno Quesada, 1 1988, p. 148), «no es preciso que el contrato se haya celebrado maliciosamente, con ánimo de defraudar», aunque también es posible que en un mismo caso se den conjuntamente las dos causas de rescisión (así sucede en la STS 6 abril 1992, RJ 1992/2942).

En la PMOC, art. 1310, 3.º, la mención a los contratos referidos a cosas litigiosas conserva el texto del vigente art. 1291, 4.º CC, pero para evitar cualquier duda respecto del inicio del plazo para interponer la acción de rescisión incorpora que, «se tendrá por litigiosa una cosa desde que se presenta la demanda». Idéntica opción es la de la PCC de la APDC (art. 519-4, 1, b).

La singularidad de este tipo concreto de rescisión se pone de manifiesto en el art. 1311 de la PMOC al exceptuarlo de la posibilidad de que el demandado de rescisión pueda evitarla indemnizando el perjuicio producido. Entiendo que la razón, además de la del comportamiento doloso del demandado, ha de ser el que aquí no se protege solamente el interés del demandante, sino la eficacia de la cosa juzgada.

Aunque cuando se habla de litigios en primer lugar se piensa en litigios judiciales, pero hay que recordar que no son solamente los tribunales ordinarios los que pueden resolver litigios con plena eficacia, también pueden hacerlo los tribunales arbitrales cuando la cuestión se les haya sometido válidamente a ellos, por lo tanto, la rescisión del art. 1291, 4.º CC habrá de predicarse tanto de los litigios presentados ante los tribunales ordinarios, como los sometidos a arbitraje.

Aunque el art. 1535 CC hace referencia a la venta de los créditos litigiosos, y a la facultad del deudor, ejercitable en un plazo brevísimo, de extinguirlo reembolsando al cesionario lo desembolsado, el único punto en común con la rescisión de los contratos sobre cosas litigiosas estriba en que tanto el art. 1535 como el art. 1291,4.º, recaen sobre cosas litigiosas, lo que ha permitido afirmar, que aun teniendo un objetivo distinto, los dos artículos conjuntamente, «revelan el disfavor con que la ley contempla los contratos sobre cosas litigiosas» (García Cantero, 1980, p. 699).

¹¹ No obstante, podrían serlo por haberse realizado en fraude de acreedores.

3.5 «Cualesquiera otros contratos que determine la ley»

Es la una expresión genérica del art. 1291, 5.º CC que permite al legislador incluir otros casos distintos de rescisión, por lesión o por fraude de acreedores, bien dentro del propio Código Civil, bien en otras leyes. En estos posibles supuestos habría que entender que salvo que se establezca expresamente otra cosa o sea contrario a su naturaleza, su régimen ha de ser el de los arts. 1290 y ss. CC.

3.6 La rescisión por lesión en la partición hereditaria (arts. 1074 y ss. CC)

En el propio CC, junto a casos incluidos en artículos ya mencionados al principio de este estudio, en los que aunque se emplee el término rescisión, no se trata de tal cosa (por ej. el art. 1454 CC, en el que lo que se contempla es la posibilidad de desistimiento del contrato celebrado), hay otros supuestos de rescisión aunque no sea de contratos, en concreto los recogidos en los arts. 1074 y 1391.

Es este uno de los supuestos en los que la rescisión no se refiere necesariamente a un contrato, sino que indistintamente también a un acto, ya que la partición aunque pueda realizarse como contrato (partición hecha por acuerdo unánime de los coherederos), igualmente puede hacerse como un acto (partición hecha por el propio causante o por el contador-partidor nombrado por éste).

Son rescindibles todas las particiones, a excepción de la realizada por el propio causante, pues si bien el art. 1075 CC (artículo que De la Cámara, 1991, p. 2522 califica como de difícil interpretación), puede parecer que la establece, aunque únicamente en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o que de algún modo aparezca que fue otra la voluntad del testador. Si se diera el primer caso no estaríamos ante un acto válido (presupuesto esencial para la rescisión), sino ante un acto contrario a normas imperativas (las que establecen las cuotas hereditarias), por lo que lo que técnicamente corresponde más bien una acción de nulidad o de anulabilidad (no es este el lugar para entrar en la discusión del alcance del art. 6.3 CC). Si vemos el segundo supuesto, puede discutirse si al estar no ante un acto plenamente válido sino afectado del vicio de la voluntad que produce el error, más que acudir a la rescisión corresponderá hacerlo a la anulabilidad. De hecho, el art. 1075 CC no emplea el término rescisión, sino impugnación, y una vez más se pone de relieve la cierta dosis de confusión que se aprecia en la regulación de la rescisión en el CC. No obstante, la doctrina no se ha ocupado de profundizar en esta cuestión y parece aceptar sin mayores problemas que el art. 1075 CC contem-

pla dos supuestos de rescisión (entre otros, Martínez Espín, 2009, p. 231). En la Propuesta de la APDC dentro del art. 468-75, *De la rescisión por lesión en la partición*, recoge el mismo texto que el del art. 1075.

La acción rescisoria tiene un plazo de 4 años que se inicia «desde que se hizo la partición», aunque sería más correcto decir que desde que se finalizó la partición (art.1076 CC).

Todas estas reglas de la rescisión de la partición a tenor de la remisión que se hace en el art. 406 CC, serán aplicables a la división de la cosa común. Aunque no se trate de que haya de entenderse que dicha remisión sea absoluta, sino que las normas de rescisión de la partición se aplican en tanto en cuanto no se opongan o estén en contradicción con los arts. 400 a 406 CC. En concreto, los arts. 1073 y ss. CC, se aplicarán con las adaptaciones que sean necesarias al tratarse de dividir una cosa particular (Miquel, 1985, p. 534, y más recientemente, Pérez Conesa, 2013, p. 3321).

3.7 La rescisión de los actos en fraude de los derechos de un cónyuge por parte del otro cuando hubiera concurrido mala fe (art. 1391 CC)

Dentro de la regulación de la administración de la sociedad de gananciales, el art. 1391 CC se ocupa de un supuesto muy especial en el que existe la facultad de rescisión. El supuesto es el de que uno de los cónyuges hubiera realizado un acto sobre los bienes gananciales en fraude de los derechos del otro, cuando el tercero adquirente hubiere procedido de mala fe¹² (STS 28.2.2001 Tol 131041)¹³ La existencia del *consilium fraudis* es lo que determina la concesión de esa acción, además del nacimiento de un crédito a favor del consorcio por el importe del daño que se le haya causado o el lucro obtenido exclusivamente para el cónyuge que actuó ilícitamente (art.1391 CC, que remite al art.1390). El plazo para interponer la acción es opinión común que es el de 4 años del art. 1299 CC (Por todos, Rebolledo Varela, A. L.,

¹² En la Propuesta de CC de la APDC se refunden en el art. 264-29 lo que hoy dispone el CC en los arts. 1390 y 1391, si bien respecto de los actos realizados por un cónyuge en perjuicio de su consorte, en vez de establecer el régimen específico de rescisión que hoy establece el art. 1391 para el caso de que el tercero adquirente haya actuado de mala fe, se limita a establecer que además de que nazca un crédito a favor de la sociedad y a cargo del cónyuge que actuó fraudulentamente, esto será, «sin perjuicio del ejercicio de las acciones que correspondan», que pueden ser las que se establecen en el art. 519-4 de la misma Propuesta sobre la rescisión de contratos por fraude de acreedores. Merece la pena destacar que el artículo mencionado, apartado 1, a) dispone que esas acciones rescisorias son de naturaleza subsidiaria.

¹³ En dicha sentencia se rescinde por fraude un contrato de arrendamiento de un inmueble ganancial celebrado por un cónyuge sin el consentimiento del otro, mientras estaban separados de hecho. El arrendatario era una sociedad formada por el propio cónyuge que contrató y familiares suyos.

p. 9802, y Moralejo Imbernón, N., p. 1889, y Quicios Molina, S., p. 1492). Con todo, es una acción rescisoria que no está tanto pensada para evitar la vulneración de los derechos del cónyuge que no actuó, como en beneficio de la sociedad de gananciales (Rebolledo Varela, A. L., p. 9802).

Inicio del *dies a quo* ha de situarse en el momento en el que el cónyuge perjudicado hubiera tenido conocimiento de la realización del acto fraudulento o hubiera podido tenerlo.

Como se ha destacado, aquí la acción rescisoria no tiene el carácter de subsidiariedad propio de la acción rescisoria en general ya que «expresamente el art. 1391 contempla su ejercicio además de la aplicación del art. 1390» (Rebolledo, 2013, p. 9802).

Ejemplo de actuación realizada por un cónyuge en fraude de la sociedad de gananciales es el de la STS 12.3.2008 tol 1353299.

4. LA ACCIÓN DE RESCISIÓN

4.1 Caracteres de la acción rescisoria

Se ha destacado que la característica específica y esencial de la acción de rescisión contemplada en el Código Civil es la subsidiariedad. La doctrina es pacífica en este punto, (por todos, García Vicente, 2013, p. 9219). Asimismo, la jurisprudencia también lo manifiesta uniformemente, así entre otras las SSTS 30.5.2008, RJ 2008,3191, y 21.11.2005, rec. 1238/1999, esta segunda, con cita de otras anteriores, subraya para los contratos en fraude de acreedores la esencialidad de la subsidiariedad. Ésta se establece tanto en el art. 1294 CC dentro del régimen general de la rescisión, como en el art. 1111 CC para la rescisión por fraude en perjuicio de los acreedores. La mención concreta de la subsidiariedad, se mantiene en la Propuesta de Anteproyecto de la CGC (art. 1311), así como en la propuesta de CC de la APDC (arts. 519-4, a) y 527-2.2).

Esta característica de la acción rescisoria encaja bien con el carácter excepcional del recurso a la rescisión y con la regla general de que los contratos válidamente celebrados obligan a las partes al cumplimiento de lo pactado, cumplimiento que no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (arts. 1258 y 1256 CC), por lo que solamente serán rescindibles los contratos válidamente celebrados cuando así lo disponga la ley, esto es en supuestos especiales.

La subsidiariedad, tanto en la rescisión por lesión como en la que resulta en fraude de acreedores, supone que la rescisoria sea una acción extraordinaria

que solamente pueda ejercitarse cuando no exista otro medio para satisfacer el interés del lesionado o del acreedor: literalmente para la rescisión por lesión en particular, «cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio» (art. 1294 CC), y para el fraude de acreedores, «después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe» (art. 1111 CC). No podrá ejercitarse con éxito la acción de rescisión cuando en el caso sea posible reclamar la nulidad del contrato o su invalidez por simulación. En cambio, no plantea ningún problema que reclamando como petición principal la ineficacia del contrato por alguna de estas razones, el que por economía procesal se pueda incluir de forma subsidiaria o condicional una acción rescisoria. Tal como se ha señalado, la rescisión no sólo puede plantearse como acción, sino también como excepción (Díez-Picazo Ponce de León, 1970, p. 327).

Así pues, en general, es un requisito imprescindible para poder ejercitar la acción el que se dé el presupuesto de que no exista otro medio para subsanar la lesión producida u obtener el pago del crédito. Constituye una excepción, al menos parcial, por la propia naturaleza del supuesto contemplado y, por el fin que en este caso pretende el legislador con la facultad rescisoria, como ya se apuntó antes, la referente a los contratos sobre cosas litigiosas cuando falta el conocimiento y aprobación que establece el art. 1291, 4.º CC. El fin del art. 1291, 4.º es garantizar la eficacia de la sentencia recaída sobre las cosas litigiosas, preservar el valor de la cosa juzgada, y para ello, cuando el contrato celebrado entre demandado y tercero no sea nulo o anulable, no queda sino la rescisión. Tampoco aparece la nota de subsidiariedad en la rescisión del art. 1391 CC, con lo que queda claro que si bien es una nota común de la acción rescisoria en general, no está presente, o no lo está del mismo modo en todos los tipos de rescisión.

El acreedor que interpone la acción es quien, en principio, tendría que probar la inexistencia de otros medios de reparación o de bienes atacables en el patrimonio del deudor. En cuanto a la inexistencia de otros bienes del deudor, claro que no se le puede pedir al acreedor la realización de pesquisas exhaustivas en ese sentido, que pueden ser complejas y gravosas económicamente y que harían inoperante la acción en la práctica, máxime con la dificultad que conlleva una prueba negativa. Bastará con que el acreedor acredite una conducta diligente al respecto considerando las circunstancias del caso (por ejemplo, STS 328/2014, de 18 de junio, RJ 2014/4376), como por ej. averiguaciones en los registros y bancarias. La actuación diligente del acreedor implica instar e impulsar los juicios ejecutivos que puedan caer sobre los bienes conocidos del deudor.

Por su parte el deudor además del deber genérico derivado de la buena fe de facilitar el cobro o de reparar la lesión (García Vicente, 2013, pp. 9220-9221), puede también estar interesado por la razón que sea en que no se rescinda el contrato.

Más complejo resultará probar que no hay otros recursos legales distintos de la rescisión para obtener la reparación del perjuicio. Entiendo que en este caso no es razonable pedir ninguna actuación previa a la interposición de la demanda por parte del acreedor. Será en la reconvenición cuando el deudor, pueda alegar la existencia de otros recursos legales para subsanar el perjuicio.

Si hubiera otros obligados que no han sido demandados, como por ej. fiador solidario, no es el acreedor que va a ejercitar la rescisoria quien tiene que probar que éste también carece de bienes, sino que será el demandado el que deberá acreditar –en su caso–, que los otros obligados tienen patrimonio suficiente para pagar el crédito (Quicios, 2013, p. 1474).

De la descripción de la acción que se hace en el CC se sigue que se trata de una acción personal y que se sustanciará en el proceso declarativo que corresponda en cada caso.

4.2 Ejercicio de la acción

La escasa regulación del ejercicio de la acción rescisoria está contenida en el art. 1299 CC (el art. 1111, salvo poner de relieve su subsidiariedad en el fraude de acreedores que es el único supuesto al que se refiere, no dice nada al respecto), que, como en general todo el capítulo dedicado a la rescisión, se ocupa preferentemente de la producida por lesión antes que de la derivada del fraude de acreedores. Tal como se ha dicho, «La acción de rescisión se aplica a supuestos muy dispares; por ello habrá de funcionar de modo distinto, adecuado a la naturaleza de cada uno de los mismos» (De Castro, 1967, p. 523).

4.2.1 NATURALEZA DEL PLAZO

En el art. 1299, como en otros muchos artículos del CC que regulan otras figuras, no se aclara expresamente si el plazo de ejercicio es de prescripción o de caducidad. Se limita a decir: «la acción para pedir la rescisión dura cuatro años». No obstante, es opinión común de los autores, aunque alguno excepcionalmente haya defendido que «es un plazo de prescripción, al igual que la acción anulatoria por vicios del consentimiento» (Espín, 1988, p. 232, sin dar

ningún argumento que sustente su opinión), y es también la línea que sigue la jurisprudencia desde hace tiempo (entre otras muchas sentencias del TS, las de, 31.1.2006, RJ 2006, 363, 6.5.2008, RJ 2008, 4131 y la de 10 de octubre de 2016, RJ 2016/4896), que se trata de un plazo de caducidad (acertadamente en la Propuesta de CC de la APDC y en la propuesta de modernización de la CGC se dice expresamente que es un plazo de caducidad). Es coherente que, para preservar lo más posible la seguridad del tráfico jurídico, se considere que corresponde establecer la caducidad en los casos «de las facultades o poderes que, sin ser verdaderamente derechos subjetivos, otorgan la posibilidad de alterar una situación jurídica patrimonial. Así la de impugnar un contrato o rescindirlo» (Albaladejo, 2013b, pp. 633-634).

Asimismo, la expresión del art. 1299 CC, al decir que el plazo, «dura cuatro años», para el común de los autores es una que se corresponde con la rigidez de la caducidad.

Consecuencia directa de que sea un plazo de caducidad es que no es susceptible de interrupción y que solo excepcionalmente podrá suspenderse en los supuestos establecidos legalmente. Así, la Ley 5 /2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su art. 4, y más recientemente el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, que en su Disposición adicional 4.^a establece la suspensión de los plazos de prescripción o caducidad mientras se mantenga el estado de alarma.

Precisamente esta rigidez del plazo propia de la caducidad ha hecho que se haya planteado la posibilidad de su suspensión por la pendencia de un proceso penal derivado de los mismos hechos que dan lugar a la rescisión, ya que pendiente un proceso penal no es posible promover uno civil sobre los mismos hechos (arts. 111 y 114 LECrim). El TS en su sentencia de pleno de 10 de octubre de 2016, RJ 2016/4896, ha reiterado (ya lo había manifestado así previamente en la STS 422/2005, de 5 de julio) su criterio favorable, con un voto particular, a esa suspensión del plazo hasta finalizar el proceso penal. En las dos sentencias mencionadas sobre rescisión por fraude de acreedores, el juicio penal tenía por objeto el alzamiento de bienes cuya transmisión se buscaba rescindir después en el procedimiento civil. El TS en los Fundamentos de Derecho incide en la necesidad de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva. Por su parte el voto particular en contra, favorable a entender que la caducidad se había producido, ya que en el proceso penal no se había hecho reserva de las acciones civiles.

Otra consecuencia de que se trate de plazo de caducidad es que se puede apreciar de oficio por el tribunal.

4.2.2 Duración del plazo e inicio de su cómputo

El plazo de ejercicio de la acción es de 4 años, tanto cuando se ejercita en la demanda como cuando se hace en la reconvencción o cuando se plantea como excepción. Este plazo será aplicable a todos los casos de rescisión¹⁴ en sentido técnico¹⁵ (Zurilla, 2013, pp. 1774-1775), siempre y cuando en ellos no se establezca otro distinto (así por ej., sucede en la acción rescisoria opcional contemplada en el art. 1391 CC que no fija plazo por lo que se entiende que será de 4 años (Rebolledo, 2013, pp. 9801-9802).

Con respecto a la facultad de rescisión convencional si no se pacta nada sobre el plazo, éste será también el de cuatro años del art. 1299 CC. Sin duda es posible que las partes pacten un plazo más breve, pero, en cambio, en base a que la rescisión se produce sobre contratos celebrados válidamente y puede afectar a terceros ajenos a los mismos, hay que concluir que no se podría pactar un plazo de mayor duración, pues eso sería dejar en manos de los particulares algo que atañe a la seguridad del tráfico jurídico.

En la actualidad, especialmente tras la importante reducción del plazo de prescripción de las acciones personales efectuada por la Disposición final primera de la Ley 1/2015, de reforma de la LEC, que de quince años lo deja en cinco merece la pena reflexionar sobre ello. Lo coherente sería reducir también ese plazo de caducidad de cuatro años, adecuado en el momento de la promulgación del CC, pero excesivo en la actualidad. Esa idea de reducción la han seguido los trabajos prelegislativos a los que se ha ido haciendo referencia.

En el primero en el tiempo, la PMOC, el plazo de caducidad establecido es de 2 años (art. 1312).

En la más reciente PCC el plazo fijado es de tres años. Aunque ambos son aceptables quizás resulta más adecuado el cambio menos tajante que supondría optar por un plazo de tres años

El momento en el que se inicia el cómputo del plazo por razón de las diferencias que presentan los supuestos de rescisión derivados de lesión respecto de los que se producen por fraude de los acreedores, no es el mismo en todos los casos.

¹⁴ También en la rescisión de la partición hereditaria por lesión, el art. 1076 CC fija un plazo de cuatro años para la acción. Igualmente sucede con el art. 37, 4.º, b) de la LH, en relación con la acción rescisoria para el supuesto de enajenaciones en fraude de acreedores

¹⁵ Respecto de las acciones rescisorias recogidas en el art.71 y ss. de la Ley Concursal, si bien se dice que serán rescindibles los actos perjudiciales celebrados antes de la declaración del concurso, no especifica el plazo para interponer la acción de rescisión por lo que habrá de entenderse que es el general de 4 años del art. 1299 CC.

Para los primeros, si se trata de contratos celebrados por los representantes legales de menores, el momento inicial del plazo es aquél en el que éstos alcancen la mayoría de edad. Para los mayores con discapacidad provistos de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación, lo será en el momento en que dejen de tener esa medida de apoyo. También hay que contemplar la posibilidad de que la persona sometida a esa curatela padezca algún tipo de discapacidad que por sus características, de acuerdo con el estado actual del conocimiento científico, no vaya a cesar mientras viva (como sucede por ej. con las personas ancianas aquejadas de enfermedades neurodegenerativas en un estadio avanzado), o incluso en personas que al mejorar su discapacidad pasen de una curatela representativa a otra figura de apoyo de menor entidad, pero que no le permite ocuparse por sí mismo de sus asuntos patrimoniales o al menos de los cierta trascendencia (no se puede considerar que no necesita apoyo en el manejo de su patrimonio la persona que meramente se ocupa de manejar el dinero de bolsillo) Respecto de las primeras, además de que estén legitimados sus herederos mientras no haya transcurrido el plazo de ejercicio, también podría plantearse como una posibilidad la de la actuación del Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de cualquier interesado (art. 270 CC), si bien esto es inseguro porque aunque no es razonable que no se haya fijado un inicio de cómputo pensado para cuando el sometido a curatela representativa no tenga posibilidad real de salir de ella y debería haberse establecido, por ej. el momento en el que el curador conozca o haya podido conocer la rescindibilidad del contrato, lo cierto es que no parece que el supuesto planteado haya sido previsto por el legislador. No es extraño que no se haya contemplado esta posibilidad, ya que la LAPD se puede decir que no toma en cuenta a las personas con discapacidad permanente y prácticamente absoluta, lo que constituye uno de sus aspectos negativos.

Respecto de los segundos, aunque la curatela representativa no afecte a todos los sectores de la vida del discapacitado, si se extiende al ámbito patrimonial no hay duda de que se podrá rescindir, ahora bien, si hablamos ya de situaciones en las que la persona solamente cuenta con un apoyo para la toma de determinadas decisiones, entiendo que no tiene sentido permitir la rescisión, pues ya no hay representación.

Con respecto al representante del ausente, el art. 1299 CC, 2.º párrafo, fijaba el inicio del cómputo literalmente cuando se conociese el domicilio de éste, pero conforme consideraba la doctrina en su conjunto (Por todos, Moreno Quesada, pp. 220-221), el momento inicial es aquel en el que finaliza la situación de ausencia legal con el correspondiente auto judicial, pues es solo entonces cuando realmente el perjudicado podrá interponer la acción de rescisión

(así lo establecen tanto el art. 1312 de la PMOC, como el art. 527-22, apartado a), *in fine*, de la Propuesta de la PPC). La LPDA 8/21, en esa línea ha modificado el art. 1299 y dice ahora que para los ausentes el cómputo se iniciará cuando cese la situación de ausencia legal.

Si durante el período de ausencia legal el representante hubiera celebrado algún contrato rescindible, y la ausencia finaliza con una declaración de fallecimiento del ausente, habrá que entender que serán los herederos del declarado fallecido (en tanto en cuanto no sean ellos los que hayan ejercido la representación del ausente), quienes podrán interponer la acción de rescisión dentro del plazo legal que en este caso se iniciará con el auto judicial que declare el fallecimiento.

Para los supuestos de rescisión por fraude de acreedores, el CC no dice nada sobre el *dies a quo*. Aunque tiempo atrás se pensaba que el plazo se iniciaba en el momento de la enajenación fraudulenta (como recoge Moreno Quesada, B., 2, p. 540), actualmente partiendo de que este vacío legal se solventa recurriendo a las reglas generales sobre la prescripción que también se aplican a la caducidad (art. 1969 CC), se ha modificado esa opinión, flexibilizando el *dies a quo*, en beneficio del perjudicado (por todos García Vicente, J. R., p. 9234). Así, ahora se entiende que el plazo debe iniciar su cómputo desde el día en el que la acción pueda ejercitarse. En este caso de actos o contratos en fraude de acreedores, el inicio del plazo hay que fijarlo en el momento en el que el acreedor que sufre el perjuicio conoció o pudo conocer, de haber actuado diligentemente, la celebración del contrato perjudicial, así como su carácter lesivo para el crédito (en relación con un negocio rescindible se ha considerado el *dies a quo* la fecha de la inscripción del mismo en el registro que es cuando el acreedor puede conocer su celebración, STS 232/2003 de 8 de marzo, RJ 2003/2564)). Teniendo en cuenta el hecho de que las actuaciones defraudatorias no suelen aparecer al exterior claramente, si el criterio aplicado para el inicio del cómputo del plazo fuera muy rígido, podría dar lugar a que en el momento en el que el acreedor perjudicado tenga el conocimiento de la celebración del contrato y quiera interponer la acción rescisoria, se encuentre con que el plazo ha transcurrido antes de poder hacerlo. Por esta razón la jurisprudencia más reciente (con una línea iniciada desde los años 90) ha mantenido un criterio flexible adaptado a cada caso, sin que ello pueda significar que el inicio del plazo quede al arbitrio del acreedor, pero favoreciendo su interés como perjudicado que es. En este sentido es especialmente clarificadora la STS de 16.2.1993, cuya doctrina han seguido otras sentencias más recientes (García Vicente, J. R., p. 9236). Este mismo momento de inicio del plazo de caducidad es el adecuado para los pagos a obligaciones aún no exigibles, cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia (art. 1292 CC).

Para el caso concreto de la enajenación de cosas litigiosas, tomando en cuenta las peculiaridades de ese caso, aunque la acción podrá ejercitarse desde la celebración del contrato, en muchos casos no será factible porque el demandante desconocerá dicha celebración, por ello el inicio del cómputo del plazo se sitúa en el momento en el que finaliza el pleito con una sentencia favorable para el demandante (Lacruz, J. L./Delgado, J., p. 408 y ss). Para algún otro autor es posible interponer la acción aún pendiente el procedimiento, sin necesidad de esperar la sentencia (Díez Soto, p. 35). Esta segunda opinión resulta discutible ya que implica ir contra un contrato que hasta el momento de la sentencia no se puede conocer si es rescindible o no, ya que si el fallo favorece al demandado el contrato realizado por éste será inatacable. El mismo autor defiende que ejercitada la acción pendiente el procedimiento, la recuperación del objeto del litigio no puede producirse hasta que no acabe dicho aquél, pero ya no le será oponible al demandante.

4.2.3 Legitimados para ejercitar la acción

En cuanto a los legitimados para ejercitar la acción hay que distinguir según el tipo de rescisión de que se trate.

Para la rescisión por lesión, el legitimado activo además de los propios menores cuando hayan alcanzado la mayoría de edad, o los discapacitados cuando no precisen medidas de apoyo representativas o los declarados ausentes cuando aparezcan, en el caso de los discapacitados y de los ausentes, también podrá interponer la acción de rescisión un ulterior representante legal o curador representativo de cualquiera de ellos que desempeñe su función después del representante que celebró el contrato lesivo. Si el representante legal o curador representativo que contrató, posteriormente hubiera sido sustituido de forma temporal, por ejemplo por enfermedad, el defensor judicial estaría también legitimado durante el tiempo que dure la sustitución.

En caso de fallecimiento del perjudicado, podrán ejercitar la acción sus herederos, siempre que en el interín no hubiera caducado (Quicios Molina, S., 1454).

No hay discusión sobre que el legitimado pasivo sea la persona que celebró el contrato (el adquirente) con el representante legal o -en su caso sus herederos. En cambio, no se plantea directamente que pueda utilizarse la acción rescisoria contra los subadquirentes posteriores a la enajenación lesiva, cosa que si hace siempre que los subadquirentes lo sean a título gratuito o de mala fé. No queda claro si en este supuesto la acción rescisoria puede interponerse

demandando solamente al subadquirente o si es preciso demandar conjuntamente al adquirente y al subadquirente.

En el caso de rescisión por fraude de acreedores los legitimados activos son los acreedores de créditos preexistentes al negocio fraudulento, y los pasivos el deudor y quien contrató con él. Si el fraude procede de pagos en estado de insolvencia a obligaciones no vencidas, los legitimados son los acreedores con sus créditos vencidos, y los pasivos el deudor y el acreedor que cobró anticipadamente.

Para la rescisión de los contratos sobre créditos litigiosos el legitimado activo es el demandante (pero no pueden ejercitar la acción de rescisión por esta causa los acreedores que no tengan la condición de demandante en el pleito en cuestión), y los legitimados pasivos el demandado enajenante y su contraparte en el contrato que se pretende rescindir.

4.2.4 Enervamiento de la acción por abono del perjuicio

El demandado, aunque no se recoja expresamente en ningún precepto de la regulación general de la rescisión en el CC, según la opinión común, puede paralizar la acción rescisoria por pérdida del interés de la misma para el actor, siempre que entregue el monto del perjuicio causado con el contrato lesivo al perjudicado (por todos, De Castro, F., p. 528). Esta idea se recoge en el art. 1311 de la PMOC, con la excepción de la rescisión de los contratos sobre cosas litigiosas (Díez Soto, p. 35.) lo que resulta coherente con la idea de preservar la eficacia de la sentencia que es el objetivo de este supuesto de rescisión. Asimismo, pero sin contemplar la excepción que acabo de mencionar aparece en la Propuesta de PPC, en el art. 527-22.2.

5. EFECTOS DE LA RESCISIÓN

Tal y como se ha dicho, «uno de los nudos más intrincados de todo orden civil es buscar el modo de neutralizar los efectos producidos por un contrato» (Martín Pérez, p. 425), y eso sucede con la rescisión

Los artículos que tratan dichos efectos en general son el 1295 y el 1298, ambos del CC.

El art. 1295 CC se ocupa genéricamente de los efectos de la rescisión y pone de relieve una vez más, los problemas que surgen de la falta de una buena sistemática en el art.1291 CC al enumerar supuestos tan dispares de rescisión, lo que hace imposible que esos mismos efectos sean predicables a todos ellos. Únicamente son aplicables en su totalidad a los casos de rescisión por lesión

(Martín Pérez, p. 425, García Vicente, p. 9223, Zurilla 2013, p. 1770. Esta última autora señala que, «no obstante hay varias sentencias de los años 90 que tratan de hacer valer ese art. 1295 a los casos de rescisión por fraude de acreedores contemplados en dicho artículo ¹⁶»).

5.1 Efectos de la rescisión por lesión

En el caso de la rescisión por lesión el efecto buscado —en cuanto eso sea factible, como veremos después—, es la restitución de las prestaciones que efectuaron los contratantes por sí mismos o a través de su representante legal ¹⁷. Se trata de que, en la medida de lo posible, la situación en la que queden las partes tras la rescisión sea la misma en que estaban antes de celebrarse el contrato lesivo. Con ello se salvaguardan tanto los intereses del representado como los de la otra parte que contrató (por sí misma o también a través de un representante) con dicho representante. Esa restitución de prestaciones habrá de ser simultánea. Los efectos, en este caso, se producen *ex tunc*. Asumiendo el carácter retroactivo de la rescisión conforme al art. 1295 CC, no se puede olvidar que el contrato rescindido era inicialmente válido, por lo que la rescisión no conlleva la ineficacia de los negocios celebrados en base a un título válido y perfecto, sino que solo afecta, en principio a las relaciones *inter partes* del contrato o negocio rescindido (Martín Pérez, p. 427). Así, por ej. si el adquirente celebra antes de la rescisión un contrato de arrendamiento del bien que adquirió, el contrato será eficaz.

Las cosas objeto del contrato habrán de devolverse con sus frutos, así como el precio con sus intereses. Esta sería una restitución en *natura* completa, la ideal. Puede resultar muy compleja o incluso imposible la devolución de los frutos si ya en el momento de la rescisión se hubieran consumido. Si esos frutos fueran cosas genéricas sería posible la devolución conforme al aforismo, «el género nunca perece» (así lo apunta García Goyena, al comentar el art. 1175 del proyecto CC de 1851), pero en cualquier caso se ha entendido que bastaría con abonar el valor de los mismos. La monetización de la obligación simplifica su cumplimiento (Moreno Quesada, B., p. 170 y ss.).

¹⁶ No, en cambio, a otros supuestos de rescisión por lesión contemplados también en el CC, como la rescisión por lesión de la partición (art. 1074 CC), ya que como recuerdan Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., «Sistema de Derecho Civil», Vol. IV, Tecnos, 5.ª ed., Madrid 1978, p. 609, la rescisión particional no lleva siempre a restituir las cosas al estado anterior a la partición, ya que los coherederos demandados tienen la facultad de optar entre la indemnización del daño o que se proceda a una nueva partición.

¹⁷ En la Propuesta de CC de la APDC, ese efecto de la devolución de las prestaciones objeto del contrato solamente se prevé para los contratos rescindibles por lesión (arts. 527-22 y 527-23).

Aunque el art. 1295 CC no dispone nada sobre la liquidación del estado posesorio que trae consigo la rescisión, la opinión más común es que sería aplicable el régimen general de los arts. 451 y ss. (en este sentido se manifiesta, Orduña, J., p. 699).

En cuanto al interés del precio a restituir se sobreentiende que su cuantía habrá de ser la del interés legal.

Es obvio que la restitución, tal como exige el art. 1295 CC, solo podrá tener lugar cuando se pueden devolver ambas prestaciones. Tanto la recibida por el contratante demandado de rescisión, como la recibida por el que interpone la acción (el perjudicado), cosa que no planteará especiales problemas cuando la prestación a restituir sea una cantidad de dinero.

El último apartado del art. 1295 CC, se dice, «*En este caso* [lo que lo enlaza directamente con el párrafo anterior del mismo artículo] *podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión*». El apartado penúltimo es el que dispone que no habrá rescisión cuando el objeto del contrato esté en poder de terceros de buena fe.

El juego de estos dos párrafos del art. 1295 CC plantea la duda de si cuando el perjudicado no pueda devolver la prestación recibida por el contrato lesivo (por ejemplo, porque la enajenó a una tercera persona o porque se destruyó, o, incluso porque sin que intervenga mala fe, un tercero ha ejercitado por ej., un derecho de accesión sobre ella), podría reclamar el perjuicio sufrido al causante del mismo. La doctrina en este punto no es pacífica y es escasa la jurisprudencia al respecto. Se ha dicho, pensando en el supuesto de una posible enajenación, que de alguna forma ello puede entenderse como que el perjudicado al disponer de lo recibido ha asumido como plenamente eficaz el contrato celebrado, e incluso que es posible que esa transmisión de lo recibido haya minorado los daños sufridos con la lesión (García Vicente, p. 9224). Ciertamente es posible que sea así, pero también que no lo sea, e incluso que el perjudicado no pueda devolver la prestación recibida porque el propio representante legal que otorgó el contrato lesivo enajene también la prestación recibida a través de otro contrato posterior. Por otra parte, la aleatoriedad de que esa posible enajenación resulte ser un «buen negocio» para el interesado, no parece argumento suficiente para negar cualquier compensación a quien sufrió el perjuicio.

También se ha defendido que cuando no sea posible la restitución ha de proceder la indemnización, ya que la lesión es un hecho injusto objetivamente considerado. A lo que se añade que el juego de intereses que se maneja en los apartados primero y segundo del art. 1295 CC no son muy distintos, por lo que en ambos casos parece razonable permitir reclamar la indemnización de los

perjuicios sufridos por el lesionado. El escollo de la literalidad del texto del artículo se trata de salvar interpretando el artículo con un criterio finalista, entender que el art. 1295 CC lo que pretende es regular el supuesto de hecho de que no se pueda restituir y que para la consecuencia jurídica de la indemnización debe ser indiferente de quien proceda la imposibilidad. Un argumento añadido es que esta indemnización tiene un alcance económico limitado al monto efectivo de la lesión (Moreno Quesada, 1989, pp. 173-175), más recientemente parece adscribirse a esta posición para el supuesto de que el reclamante no pueda restituir la prestación recibida por la pérdida de la misma por caso fortuito, (Zurilla, 2013, p. 1770).

Aunque la literalidad del texto del art. 1295 CC dificulte la defensa del derecho del reclamante a la indemnización del perjuicio sufrido cuando sea él quien no pueda restituir la prestación recibida, la idea de enjugar de alguna manera el daño sufrido es la que mejor encaja con el principio de equidad. En cualquier caso, a la vista de que tanto la PMOC como la PCC conservan la redacción del art. 1295 para este caso, pensando en una posible futura reforma del régimen de la rescisión sería conveniente reflexionar si la del art. 1295 es verdaderamente la solución más adecuada.

El supuesto de que la prestación obtenida en el contrato lesivo se encuentre legalmente en poder de un tercero de buena fe no plantea las mismas dudas. La existencia de la facultad de rescindir un contrato no puede chocar frontalmente con la seguridad del tráfico jurídico, en relación con los terceros adquirentes. Por eso, tampoco podrá darse esa devolución de prestaciones cuando las cosas objeto del contrato estuvieran legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fé¹⁸, sin que en el texto del precepto se distinga entre que esa adquisición de los terceros se haya producido a título oneroso o a título gratuito. El que no se haga la salvedad de que para esa protección es necesario que se trate de un adquirente oneroso, ha hecho que se haya defendido que la protección alcanza tanto a los adquirentes onerosos como a los gratuitos, (Moreno Quesada, B., p. 179), si bien la opinión común no es esa. Por más que el adquirente a título gratuito pueda ser de buena fe, la salvedad está en el espíritu del artículo, conforme en este punto a las reglas generales de menor fortaleza de los negocios gratuitos (Albaladejo, M., p. 246).

Aunque en razón a la protección de los adquirentes ya mencionada no pueda llevarse a efecto la restitución de las prestaciones, en este supuesto el perjudicado puede reclamar al contratante causante de la lesión la indemniza-

¹⁸ Hay que recordar que la mala fe no se presume, sino que hay que probarla, lo que puede resultar difícil.

ción de los daños producidos con el contrato (art. 1295, *in fine* CC), que se cuantificarán en la diferencia entre el precio pagado y el valor de mercado del bien al tiempo de la enajenación. En el art. 1313 de la PMOC se recoge esta misma regla, con la mención expresa aclaratoria de que los adquirentes lo hayan sido a título oneroso. Igualmente lo hace así el art. 527-23,2 de la PCC.

Los Contratos celebrados con el fundamento del contrato rescindido, no pueden atacarse por el perjudicado con dicho contrato ya que como se ha señalado previamente, la acción rescisoria es personal (De Castro, p. 527 y recientemente Quicios; 2013, p. 1455).

No obstante, la PMOC (art. 1314, último párrafo), para la rescisión de contratos en fraude de acreedores, dispone que, «la acción de rescisión por fraude procederá también contra los subadquirentes posteriores a la enajenación fraudulenta que sean a título gratuito o de mala fe». La PCC recoge esta misma idea en su art. 519-7, apartado 3. De este modo, se establece la posibilidad de lo que podríamos denominar una rescisión en cascada, en cuanto afecta no solo a adquirente sino incluso a los subadquirentes, lo que es correcto ya que el modo en que se ha producido esa subadquisición les hace de una u otra forma, copartícipes del fraude, aunque no sean deudores del acreedor perjudicado.

5.2 Efectos de la rescisión por fraude de acreedores

Tal como vengo reiterando a lo largo de este estudio de la rescisión, aplicar los efectos de la acción rescisoria del art. 1295 CC al fraude de acreedores no es algo sencillo, lo que hace que esta sea una cuestión en la que existe cierta confusión¹⁹. Lo que es seguro es que aquí no tiene sentido la restitución de las prestaciones del art. 1295 CC ya que quien ejercita la acción no ha sido parte en dicho contrato, nada ha adquirido con él, y por consiguiente nada puede restituir.

¹⁹ El problema está resuelto en la PCC que al tratar independientemente la rescisión por lesión y la rescisión por fraude de acreedores, establece para esta segunda efectos propios recogidos en el art. 519,7, *Consecuencias de la rescisión*. Dichos efectos no suponen la ineficacia absoluta del acto o contrato (salvo para los terceros de buena fe) de la rescisión por lesión, sino que en línea con la construcción dogmática de los efectos de la acción pauliana o revocatoria del art. 1111 CC, solamente produce la ineficacia frente al acreedor perjudicado, por lo que aunque el bien no sale del patrimonio de quien lo adquirió, dicho acreedor pueda cobrar su crédito sobre él. En cuanto a lo que exceda del valor del crédito queda en el patrimonio del adquirente.

Si el adquirente fuera de mala fe responderá del perjuicio por la enajenación a terceros de esos bienes, o por la pérdida o deterioro de los mismos. En cambio, si el adquirente fuera de buena fe solo responderá del perjuicio causado en cuanto se haya enriquecido.

Es interesante destacar que en el último párrafo del art. 519-7 se disponga que la rescisión por fraude también procede contra los adquirentes posteriores a la enajenación fraudulenta que sean a título gratuito o de mala fe.

Para ver esos efectos los autores toman en cuenta, además del art. 1298 CC, el desarrollo de doctrina y jurisprudencia de la acción rescisoria del art. 1111 CC (Quicios Molina, S., p. 1456). Esto es, que el ejercicio de la acción no da lugar a que el bien vuelva al patrimonio del deudor, sino que permaneciendo en el del tercero adquirente, el acreedor que ejercitó la acción, y solo él, puede perseguirlo para hacerse pago con el bien, como si no hubiera salido del patrimonio de su deudor (Albaladejo, 2011, pp. 246-247). Y no sólo con el bien sino asimismo sus frutos o intereses.

Además, el acreedor beneficiado solamente podrá cobrar hasta el límite su crédito, con lo que si una vez hecho éste efectivo quedara un remanente, el mismo quedaría en el patrimonio del tercer adquirente (STS 12.3. 2004, RJ 931).

Así pues, la doctrina es pacífica en cuanto que, la rescisión por fraude de acreedores produce una ineficacia del contrato relativa, solo frente al acreedor defraudado que ejercita la acción, y parcial, pues es únicamente en la medida en que sea preciso para que el acreedor perjudicado pueda resarcirse (por todos, Albaladejo, M.; p. 244). Esto que, en general es claro, plantea dudas en el caso del art. 1291, 4.º CC, la rescisión de los contratos referidos a cosas litigiosas. La duda estriba en si la rescisión significará que el contrato celebrado será ineficaz en su totalidad, que en realidad es la única forma de que la sentencia en la que se reconoce la titularidad del derecho controvertido al demandante se acate totalmente, o bien que como sucede en general con la rescisión, lo único que sucede sea que frente al tercero ajeno a la litis que ha contratado con el deudor, el vencedor en ella puede cobrarse su crédito, pero nada más.

La PMOC, establece en su art. 1314 el detalle de los efectos de la rescisión en fraude de acreedores, régimen jurídico que, con mínimas variantes de redacción se recoge en el art. 519-7 de la Propuesta de la PCC.

Aunque jurisprudencia y doctrina como acabamos de ver ya lo entendían así, se dispone expresamente que esta rescisión, «hará ineficaz el contrato sólo a favor del acreedor que lo haya impugnado y en la medida necesaria para que éste pueda cobrar, pudiendo ejecutar los bienes transmitidos en el patrimonio del adquirente». El adquirente tiene distinto tratamiento dependiendo de si ha actuado de buena o de mala fe. En el primer caso responderá del perjuicio causado si los bienes objeto del contrato se perdieron o deterioraran por cualquier causa, solamente en cuanto se haya enriquecido. En cambio, en el segundo supuesto responderá de todo el perjuicio ocasionado.

El art. 1298 CC dedicado expresamente a los efectos de la rescisión de contratos en fraude de acreedores para el adquirente de mala fe, y estos son la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados cuando por la causa que sea no se pueda devolver lo adquirido.

5.3 Efectos de la rescisión en los contratos respecto de cosas litigiosas

Otra peculiaridad de la rescisión en este supuesto es que aquí no produce restitución de prestaciones al modo de lo que ocurre en la rescisión por lesión, ni tampoco tiene sentido el efecto de ineficacia relativa de la rescisión por fraude de acreedores. El efecto lógico, aún no contemplado en el Código es que el efecto sea la plena eficacia de la sentencia favorable al demandante, que es precisamente el objetivo de establecer esta causa de rescisión. Por tanto, el contrato sobre cosas litigiosas contemplado en el art. 1291, CC 4.º será ineficaz frente al demandante, que tendrá sobre la cosa litigiosa el derecho que le haya reconocido la sentencia. Aunque en algún supuesto este efecto pueda no privar totalmente al adquirente de todos los derechos que le trató de transmitir el demandado. Por ej. si el demandado se comprometió en el contrato a transmitir al adquirente la plena propiedad de un bien, cuando lo que se discutía en el pleito era el usufructo, el demandante será usufructuario, y el adquirente podrá mantener la nuda propiedad, en la mayor parte de los casos el adquirente se verá privado de todos los derechos adquiridos. Evidentemente no hay problema cuando se trate de una transmisión a título gratuito, puesto que la situación del adquirente no es protegible, tampoco cuando, aunque sea oneroso, el adquirente sea de mala fé. La cuestión se plantea cuando el contrato es oneroso y el adquirente no es de mala fé. Aquí no puede obviarse la protección a dicho adquirente que también lo es la de la seguridad del tráfico jurídico, por lo que se mantendrá la adquisición realizada y el demandado tendrá que reintegrar al demandante el valor de la cosa litigiosa.

También es posible que el adquirente de la cosa litigiosa la haya enajenado a otra persona antes de que se haya instado la acción de rescisión. En tal caso si hubo mala fe, lo coherente es que la ineficacia que produce la rescisión alcance también a esas ulteriores transmisiones.

En el supuesto de que la cosa litigiosa se haya destruido o perjudicado en poder del adquirente, el demandante podrá reclamar su valor y los daños y perjuicios correspondientes, entre los que puede considerarse los gastos del litigio, puesto que por la conducta del demandado el litigio no surtió los efectos que se buscaban cuando se interpuso.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil», T, I, 19.^a, Edisofer, Madrid, 2013.
— «Derecho Civil». T. II, *Derecho de obligaciones*, 14.^a ed., Edisofer, Madrid 2011

- ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das obrigações*, 12.^a ed., Almedina, Coimbra 2010.
- ÁLVAREZ LATA, N., *Comentario a los arts. 1291 y 1299 CC*, en «Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», dirigidos por C. Guilarte Martín-Calero, vol.III Thomson-Aranzadi, 2021, pp. 997-1005.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Comentario a los arts. 1073 y ss», en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, 1991.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1967.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. II 2, p. 312.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Tecnos, 5.^a ed., Madrid 1978.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», T. I, Vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, Madrid 1970.
- DÍEZ SOTO, C. M., «La rescisión de contratos de cosas litigiosas», en *Revista de Derecho Privado*, 2011, pp. 3-40.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., «Algunos aspectos de la rescisión por causa de lesión», en *RDP*, 1988.
- GARCÍA AMIGO, M., «Comentario al art. 1111 CC», en *Comentario del CC*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del CC español*, T. III Madrid 1852.
- GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentario a los arts. 1290-1299 CC», en *Comentarios al CC*, VVAA, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, T. VII, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a los arts. 1535-1536 CC», en *Comentarios al CC*, VVAA, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- JEREZ DELGADO; C., *Los actos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Centro de estudios registrales, Madrid 1999.
- MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato*, Barcelona 1995.
- MÁRTINEZ ESPÍN, P., «Partición y colación», en *Derecho de Sucesiones*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid 2009.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al art. 1406», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, VV AA, dirigido por M. Albaladejo García, T. V, vol.2.º, Edersa, Madrid 1985.
- MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al art. 1391», en *Comentarios al CC*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 4.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2013.

- MORENO QUESADA, B., «Comentario a los arts. 1290-1299 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, VV AA, dirigido por M. Albaladejo García, T. XVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid 1981, pp. 58-229.
- «Comentario a los arts. 1290-1299 CC», en «Comentario del Código Civil», T. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- ORDUÑA MORENO, J., «Comentario a los arts. 1290-1299 CC», en *Código Civil comentado*, vol. III (arts. 1088-1144) Civitas-Tomson, 2.ª ed., Pamplona 2015.
- PÉREZ CONESA, C., «Comentario al art.1406 CC», en «Comentarios al código Civil», T. III, dirigido por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Titant lo Blanch, Valencia 2013.
- QUICIOS MOLINA, S., «La ineficacia contractual», en *Tratado de contratos*, VVAA,, dirigido por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, T. I, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2013 pp. 1363-1588.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «Comentario al art. 1391 CC», en *Comentarios al código Civil*, T. VII, dirigido por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Titant lo Blanch, Valencia 2013.
- VEIGA COPO, A., «Comentario al art. 1111 CC», en *Comentarios al Código Civil*, dirigido por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, T. VI, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- VVAA, *Propuesta de Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid 2018.
- ZURILLA CARIÑANA, M.ª A., «Comentario a los arts. 1290-1299», en *Comentarios al CC*, VVAA, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2013, pp. 1761-1774.

X

EL CASO FORTUITO: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO*
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Concepto. 2.1 La noción de caso fortuito en la responsabilidad extracontractual. 2.2 El caso fortuito en la responsabilidad contractual.—3. Distinción entre caso fortuito y fuerza mayor.—4. Requisitos. 4.1 La imprevisibilidad e inevitabilidad del acontecimiento. 4.2 El nexo causal. 4.3 La ajenidad del suceso al control del deudor.—5. Efectos. 5.1 Principio general: Exención de responsabilidad del deudor. 5.2 Modificaciones al principio general. 5.2.1 Imposibilidad temporal. 5.2.2 Imposibilidad parcial. 5.2.3 Supuesto en que el obligado obtuviese algún beneficio del caso fortuito. 5.3 Excepciones al principio general. 5.3.1 La ley. 5.3.2 Culpa, dolo o mora. 5.3.3 Pacto de asunción de riesgos.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 1105 del CC trata, sin nombrarlo, del *caso fortuito*. Su ubicación a continuación del dolo y la culpa se justifica por razones de tradición dado que el caso fortuito formaba junto a ellos el tercero de los posibles fundamentos de responsabilidad. La diferencia era que mientras el dolo era siempre fundamento de responsabilidad y la culpa lo era en cuanto infracción de la diligencia

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación subvencionado con fondos públicos titulado: *Remedios no fundados en el incumplimiento contractual: aproximación de dos sistemas* (DER 2017-8497-P). Entidad Financiadora: Ministerio de Economía y Competitividad.

exigible pero no de la que excedía de tal concepto, en el caso fortuito la cuestión se resolvía negativamente excepto en casos en que la ley o la autonomía de la voluntad le atribuyeran expresamente tal eficacia¹. Es decir, a diferencia de lo que sucede en los casos de contravención culpable (arts. 1103 y 1104 del CC) o dolosa (art. 1102 del CC) de la obligación, la responsabilidad del deudor no subsiste mientras se produzca una causa de exoneración, que es la que menciona el art. 1105 del CC. No existe tampoco dificultad para considerar que la causa de exoneración de responsabilidad prevenida en el art. 1105 pueda calificarse como caso fortuito².

El precedente del art. 1105 se encuentra en el art. 1014 del Proyecto de Código Civil de 1851, según el cual *en ningún caso tiene lugar la responsabilidad por caso fortuito si no se hubiese pactado expresamente, salvo lo dispuesto en el párrafo dos del artículo 1006 y en el 1160*.

El art. 1006 del Proyecto de 1851 trataba de la responsabilidad en caso de mora, de cuando el obligado se ha comprometido a entregar una cosa a dos o más personas diversas y de que una vez perfeccionado el contrato el riesgo de la cosa corre a cargo del acreedor. Mientras el 1160 del citado Proyecto es consecuencia y repetición de lo dispuesto sobre el riesgo de la cosa y efectos de la culpa o mora en los artículos 981, 1006, 1013, y sobre el caso fortuito en el 1014³.

En 1874 se consideraba que no había contrato donde uno de los contratantes hubiese de responder al otro de las pérdidas y daños causados por caso fortuito, pues la pérdida de la cosa que perece o experimenta algún menoscabo de este modo, recae sobre el contratante propietario de ella. Esta regla, sin embargo, tenía dos excepciones: La primera es cuando la cosa perece por culpa del que la tiene en su poder. La segunda excepción es cuando uno de los contratantes por cláusula expresa toma a su cargo los casos fortuitos, haciéndose responsable de la pérdida o menoscabo que la cosa pudiera sufrir de este modo, mientras la tenga en su poder⁴.

Como veremos a lo largo de este trabajo el caso fortuito tiene como aplicación más importante ser causa de exoneración de responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones.

¹ BADOSA COLL, F., en *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia II (Madrid 1993) pp. 42-43.

² Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* II (Cizur Menor-Navarra 2008) p. 726.

³ Véase GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* III (Madrid 1852) pp. 42-43 y 173.

⁴ ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* II (Madrid 1874) pp. 228-229.

2. CONCEPTO

El Código Civil establece la siguiente regla en su art. 1105: *Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*. Esta fórmula recogida por el legislador supone sin duda una definición legal del caso fortuito.

2.1 La noción de caso fortuito en la responsabilidad extracontractual

En el Derecho Penal se utiliza la noción de caso fortuito entre las causas que excluyen de culpabilidad y ha sido utilizada también en materia de responsabilidad extracontractual. En uno y otro campo, al fundarse la responsabilidad indiscutiblemente en la culpa, la noción de caso fortuito coincide con la de falta de culpa⁵.

Éste, como se ve, es un concepto meramente negativo porque implica solamente una negación de la culpa. El campo propio del caso fortuito comienza allí donde la culpa termina. Existirá el caso fortuito cuando no se da en la relación concreta la necesidad de la previsión y la obligación de un especial cuidado en evitarlo⁶.

La jurisprudencia coincide plenamente con este criterio en numerosas sentencias entre las que se deben destacar las SSTs de 23 de mayo de 2008 y 27 de marzo de 2004, donde la Sala 1.^a tiene declarado que se entiende por caso fortuito un hecho realizado sin culpa alguna del agente o, dicho de otro modo, todo suceso imposible de prever, o que previsto sea inevitable, y, por tanto, realizado sin culpa.

2.2 El caso fortuito en la responsabilidad contractual

Surge el problema de determinar si lo mismo ocurre en el caso de la responsabilidad contractual.

La noción de caso fortuito como equivalente de inexistencia de culpa en la responsabilidad contractual posee un amplio seguimiento en la más reciente jurisprudencia. Así, la STS de 28 de abril de 2008 dice que el caso fortuito, es

⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *o. c.* nota 2, p. 726.

⁶ RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil II-1* (Madrid 1931) pp. 134 y siguientes.

todo suceso imposible de prever, o que previsto, sea inevitable y, por tanto, *realizado sin culpa del agente*, de tal forma que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que, para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible o inevitable, y que, cuando el acaecimiento dañoso fuese debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidados requeridos con arreglo a las circunstancias del caso. En los mismos términos se había pronunciado con anterioridad la STS de 11 de octubre de 2005.

En consecuencia, se entiende que existe caso fortuito cuando el incumplimiento no es imputable a culpa del deudor, y la culpa del deudor consiste, bien en que el obstáculo es previsible y no se ha adoptado alguna medida para evitarlo, o bien que al tiempo en que se presenta el obstáculo, sin que haya podido preverse, no se ha hecho todo lo necesario para evitarlo. No basta con que el deudor no pueda evitar las consecuencias del incumplimiento, sino lo primordial es precisar si en el caso concreto pudo remediar las producidas por el hecho inevitable, mediante la diligencia que exige la obligación. Por ejemplo, la caída de un rayo podrá alegarla como caso, el humilde campesino a quien, por la modestia de su economía, pequeñez de la prestación debida..., no se le puede tener por falta de diligencia el no instalar un pararrayos; pero no lo será para el industrial o comerciante, al no concurrir en él tales circunstancias, por tanto, cabe reputar de negligente su omisión.

Sin embargo, autores como Badosa Coll y Díez-Picazo dan otro significado al caso fortuito del art. 1105 del CC, ya que no puede pasar inadvertido que el Código Civil hable de *sucesos*, ello supone que está haciendo referencia a que los hechos determinantes del impedimento de la prestación han debido romper la relación de causalidad existente entre las acciones u omisiones del deudor y los daños experimentados por el acreedor. El deudor ha de adoptar una conducta destinada a crear un círculo o ámbito de seguridad en torno a la cosa debida. Si se adoptase esta posición se borraría por completo en materia de responsabilidad contractual la diferencia, que algunos pretenden que existe entre el caso fortuito y fuerza mayor, que sólo puede darse en otros terrenos diferentes⁷.

⁷ BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Bolonia 1987) pp. 414-415; y DÍEZ-PICAZO, L., *o. c.* nota 2, p. 727.

En este sentido, aclara Morales, que el caso fortuito o fuerza mayor (conceptos que en ocasiones se consideran equivalentes) describen una situación no habitual, calamitosa, que puede incidir sobre la ejecución de un contrato al estar conectado a su incumplimiento, al que justifica en la medida en que el impedimento que lo provoca no puede ser controlado por el deudor⁸.

Por influencia de este último autor se ha recogido en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos un concepto acorde con la realidad actual que establece que la *fuerza mayor o caso fortuito es un hecho ajeno al control del deudor, cuyo riesgo no asumió, y que le impide cumplir la obligación, temporal o definitivamente, y cuyo acaecimiento o efectos no ha podido resistir*⁹.

3. DISTINCIÓN ENTRE CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

Para entender el caso fortuito hay que ponerlo en relación con la fuerza mayor. Normalmente, como veremos, ambos conceptos son lo mismo, ya que producen idéntica eficacia liberadora de responsabilidad. Sin embargo, en determinados supuestos deben distinguirse, ya que hay casos en que los efectos de la fuerza mayor son distintos del caso fortuito, como explicaré a continuación.

El origen del caso fortuito actual se encuentra en la siguiente teoría del jurista austriaco Exner, que ha sido tenida en cuenta también para justificar la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor en aquellos casos en que sus consecuencias no son las mismas.

Para este autor hay que atender a la procedencia interna o externa del obstáculo que impide el cumplimiento de la obligación. El caso fortuito es el acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación (ejemplo, el incendio, las averías de material, los accidentes

⁸ MORALES, A. M., *El efecto de la pandemia en los contratos ¿Es el Derecho ordinario de los contratos la solución?*, ADC 2 (2020) pp. 448-449.

⁹ Artículo 89 de *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (Madrid 2017) p. 95. El texto, presentación y contenidos fundamentales de estos Principios ha sido elaborado por DE LA MAZA, A.; PIZARRO, C., y VIDAL, Á. Conviene precisar que los países de América del Sur y gran parte de los de América Central, incluido México, han seguido entendiendo el Derecho Privado según la tradición continental europea.

Todos estos países comparten una misma lengua, salvo Brasil, y un sistema apegado al método de los Códigos. A pesar de estas circunstancias, estos Principios han pretendido tener una identidad jurídica propia e intentar mejorar, dentro de lo posible, lo realizado en este sentido en Europa. Pero sería inútil y equivocado reproducir los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

Lo que han intentado los Principios Latinoamericanos es rescatar la cultura jurídica de sus países y mejorarla; así como, procurar el acercamiento entre sus distintos Derechos al poder servir de instrumento de inspiración para llevar a cabo reformas legales en muchos de ellos.

profesionales). Mientras la fuerza mayor es el acontecimiento que se origina fuera de esa empresa o círculo del deudor, y con una violencia insuperable tal que, desde un punto de vista objetivo, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario de la vida¹⁰.

El Tribunal Supremo consideró al caso fortuito y la fuerza mayor como conceptos distintos en el Derecho constituyente, pero uniformes en la legislación positiva¹¹. De igual modo considera la identificación del caso fortuito y la fuerza mayor al interpretar el art. 1105 del CC, por liberarse en ambos casos el deudor del cumplimiento de la obligación¹².

Aunque dentro del Código Civil la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor no tenga transcendencia conceptual alguna, ya que el Código se sirve habitualmente de las expresiones caso fortuito o fuerza mayor indistintamente para eximir al deudor de responsabilidad¹³, fuera de él sí es necesario distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor en aquellos supuestos en que se regulan materias relativas a vehículos de motor, caza, navegación aérea, daños nucleares, responsabilidad de las administraciones públicas, responsabilidad medioambiental..., en los que se hace necesario reducir en lo posible el número de casos susceptibles de exonerar de la obligación de indemnizar.

El criterio de distinción del Tribunal Supremo se aplica de forma unánime a aquellas situaciones en que deba responderse de caso fortuito más no de fuerza mayor y, más concretamente, en supuestos de responsabilidad objetiva. Aquí, el TS configura el caso fortuito como un acontecimiento que tiene lugar

¹⁰ EXNER, A., *De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual* (Madrid 1905) p. 134 y ss.

¹¹ STS de 2 de febrero de 1926.

¹² SSTS de 19 de enero de 1972, 25 de mayo de 1965 y 10 de diciembre de 1963.

¹³ Así, en el supuesto del art. 1602 del CC parece inútil que se haga referencia a la fuerza mayor si se le considera como algo distinto del caso fortuito, porque si para la producción del efecto que ese artículo determina basta lo menos, que podría ser el caso fortuito, no habrá necesidad de hacer mención a lo más, que podría ser la fuerza mayor.

Podría decirse también que en el art. 1784 el legislador ha querido utilizar la expresión fuerza mayor sin ninguna transcendencia conceptual, por lo que hubiera sido indiferente si se hubiese utilizado en lugar de la expresión fuerza mayor el término fortuito.

El art. 1905, que alude a un suceso de responsabilidad extracontractual, refleja con claridad la distinción entre ambas figuras, pero si aplicamos el concepto que hemos dado de caso fortuito en este trabajo, no se producirían distintos efectos si hablamos de caso fortuito o fuerza mayor.

Por último, el art. 1575 referente a los casos en que procede rebajar la renta del arrendamiento de fincas rústicas, habla de casos fortuitos ordinarios y de casos fortuitos extraordinarios, entendiendo por éstos últimos los desastrosos y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever, para atribuir únicamente a estos últimos dicho beneficio de reducción. Este art. 1575 hace referencia a *casos fortuitos ordinarios* y *casos fortuitos extraordinarios e imprevistos*, esta distinción implica que serán únicamente los extraordinarios los que gocen de los efectos propios del caso fortuito. Los ordinarios parece que han sido calificados como casos fortuitos de una manera impropia al no tener los caracteres ni los efectos de tal figura jurídica.

en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, mientras que la fuerza mayor se caracteriza por el hecho de que el acaecimiento impeditivo se origina fuera de la empresa o círculo del deudor, esto es, fuera del ámbito que, razonablemente, puede controlar el deudor (SSTS de 4 y 18 de abril de 2000, 5 de noviembre de 1993 y 30 de septiembre de 1983).

Más recientemente la STS de 4 de febrero de 2015 vuelve a recalcar la distinción entre fuerza mayor, propiamente dicha, entendiéndola por fuerza mayor la que es extraña al riesgo específico que se analiza y el caso fortuito como la fuerza mayor interna, es decir, ínsita en el riesgo. La distinción entre fuerza mayor y caso fortuito se funda en la ajenidad de aquélla a la actividad de la empresa.

4. REQUISITOS

Se pueden considerar como requisitos del caso fortuito:

- 1.º La inevitabilidad e imprevisibilidad del acontecimiento, que deberá dar lugar a una imposibilidad del cumplimiento de la obligación.
- 2.º La existencia de una relación causal entre el suceso o acontecimiento y el incumplimiento o daño producido.
- 3.º La ajenidad del suceso al control del deudor.

4.1 La imprevisibilidad e inevitabilidad del acontecimiento

Sobre el primer requisito debemos precisar que el caso fortuito, es todo suceso imposible de prever, o que previsto, sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa del agente, de tal forma que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente. Para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable, y que, cuando el acaecimiento dañoso fuese debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidados requeridos con arreglo a las circunstancias del caso¹⁴.

¹⁴ SSTS de 23 de mayo de 2008, 11 de octubre de 2005 y 4 de noviembre de 2004, por citar de las más recientes.

La imprevisibilidad debe encontrarse presente al tiempo de constituirse la obligación y exigírsele al deudor. La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de su evitabilidad. El prever o no prever constituye una cuestión fundamentalmente interna, intelectual, consistente en contar con la posibilidad y probabilidad de que acontezca un determinado suceso.

Aunque normalmente se habla de imprevisibilidad e inevitabilidad, debemos aclarar que en algunos casos la inevitabilidad por sí sola no es suficiente para que haya caso fortuito, ya que un suceso previsible para el deudor al momento de constituirse la obligación hace que éste haga suyos los riesgos que de tal suceso puedan derivarse. Del mismo modo, si el acontecimiento es imprevisible pero evitable los riesgos han de recaer sobre el deudor que no cumplió o sobre el agente que causó el daño, ya que dichos riesgos evidentemente se encuentran dentro de la esfera de control de estos últimos.

Además, la imprevisión del suceso ha de estar fuera de lo normal y razonable que se exija adoptar en cada supuesto concreto¹⁵. La previsibilidad es evidente, aunque se puede decir que es muy escasa, cuando está acreditado que el suceso ocurre dos veces de cada cien. Sucede algo parecido con el juego de la lotería, los premios tocan pocas veces, pero está previsto que toquen¹⁶.

El deudor ha de adoptar una conducta destinada a crear un círculo o ámbito de seguridad en torno a la prestación debida, ya que hay supuestos en que la inevitabilidad del acontecimiento no puede determinarse atendiendo únicamente al mismo, entonces la inevitabilidad del evento impeditivo se determinará confrontando la conducta del deudor con el grado de diligencia que éste debía prestar a tenor de lo que se declare en la obligación. Si la obligación no determina expresamente la diligencia del deudor, la confrontación habrá de realizarse con la conducta que debiese prestar un buen padre de familia o un profesional, por existir en uno y otro caso esferas de control diferentes. El juicio sobre la posibilidad de controlar el riesgo de que se trate nos lleva a lo que cabía razonablemente esperar del deudor.

La STS de 2 de enero de 2006 considera que la pericia que es exigible en la actuación del agente es incompatible con el caso fortuito y que para que la exoneración del deudor o del agente proceda por el *casus* se requiere que el deudor o el agente se estén comportando correctamente en el desarrollo de la actividad de que se trate, ya que no se producirá imputación cuando aun de haber obrado diligentemente el deudor o el agente en el concreto evento daño-

¹⁵ SSTS de 20 de julio de 2000 y 11 de marzo de 1996.

¹⁶ Véase STS de 31 de julio de 1996.

so se hubiera producido con total seguridad o con tal probabilidad que haya de ser tenida por equivalente a la certeza.

El evitar consiste normalmente en un hacer o un no hacer mucho más tangible que la imprevisión, y supone actuar u omitir una conducta determinada conducente a frustrar el propio suceso o sus efectos.

4.2 El nexo causal

En cuanto al nexo causal por caso fortuito, la jurisprudencia tiene sentado que el caso fortuito requiere que el vínculo de causalidad se produzca entre el acontecimiento y el daño. En esta relación causal no podrá intervenir directa o indirectamente culpa o dolo por parte del deudor, pues en tal caso el acontecimiento sería evitable¹⁷.

Puede ocurrir que el suceso fortuito sea inoperante cuando su actuación concurra con otros acontecimientos, de tal modo que en el conjunto de todos ellos no tenga una influencia decisiva sobre el resultado dañoso.

Una de las consecuencias de la doctrina de la relación de causalidad es que el autor del incumplimiento puede verse exento de responsabilidad si acredita que entre su comportamiento y el resultado ha mediado una causa extraña e inimputable, de tal naturaleza y entidad que hace que aquél (el comportamiento) deba ser irrelevante en la *historia jurídica* del resultado lesivo.

El resultado dañoso ha de ser consecuencia natural, adecuada y suficiente del acto inicial; debiéndose entender por natural la que propicia entre el suceso inicial y el resultado una relación de necesidad conforme a los conocimientos generalmente aceptados; y debiendo valorarse, en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido¹⁸.

4.3 La ajenidad del suceso al control del deudor

Por último, del tercer requisito hay que decir que podrá estimarse o alegarse caso fortuito cuando el acontecimiento tiene lugar fuera de la esfera de control del deudor. A este presupuesto es perfectamente aplicable la siguiente jurisprudencia: podrá estimarse caso fortuito cuando el acontecimiento tiene

¹⁷ SSTS de 27 de mayo de 2004 y 9 de febrero de 1998.

¹⁸ SSTS de 5 de abril de 2019, 24 de febrero de 2017, 14 de febrero de 2000 y 1 de abril de 1997.

lugar fuera de la empresa que debe ser controlada por el empresario y escapa a su previsión como tal¹⁹. El origen de este requisito del caso fortuito se encuentra también en la ya reseñada teoría de Exner.

Los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL) consisten en un texto que se encuentra perfectamente articulado y codificado, y pretenden constituir un primer paso para la armonización o unificación del Derecho europeo de contratos. Es sumamente importante que recojan este requisito del caso fortuito consistente en que el suceso ha de tener lugar fuera de la esfera de control del deudor. Así, el apartado (1) del art. 8.107 dice: *El incumplimiento de una de las partes es excusable si se prueba que se debió a un impedimento fuera de su control y que no se podía suponer razonablemente que dicho impedimento hubiera sido previsto en el momento de la conclusión del contrato, ni tampoco que se hubieran evitado o superado el impedimento o sus consecuencias.*

También contiene este presupuesto el Marco Común de Referencia (DCFR), del que hay que destacar la importancia que ya tiene en el ordenamiento español, como lo pone de manifiesto su utilización por nuestros Tribunales, en la interpretación de las normas de nuestro Derecho. El DCFR es un buen instrumento para que los jueces puedan cumplir el mandato del art. 3.1 del CC: aproximar las normas a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. En lo que se refiere al derecho de contratos, la propia Ley de Bases del Código civil español (Base 20) establecía el mandato de redactar sus reglas generales según *los principios consagrados por las legislaciones modernas*. Ese mandato sigue vigente, pues el derecho de contratos, en sus aspectos básicos, no puede ser diverso; plasma unos principios que encuentran su justificación en una racionalidad compartida por las *legislaciones modernas*, en el lenguaje de nuestro legislador del siglo XIX; en lo que hoy puede denominarse los principios del nuevo derecho de contratos. El DCFR formula estos principios²⁰. De este modo, el apartado (1) de su art. 3:104 dispone: *El deudor queda exonerado del cumplimiento de una obligación si el incumplimiento se debe a un impedimento que escapa a su control y si cabe razonablemente esperar que el deudor no podía evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias.*

Además, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, en su versión de 2016, que establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, y que deberán aplicarse cuan-

¹⁹ Véanse las SSTS de 4 de abril de 2000 y 3 de marzo de 1999.

²⁰ MORALES, A. M., en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, obra coordinada por Carmen Jerez Delgado (Madrid 2015) p. 24.

do las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos, insisten en este requisito del caso fortuito en el apartado (1) de su art. 7.1.7 que establece: *El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.*

Es importante hacer referencia al art. 1209 de la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, elaborada por la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil), y publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia en enero de 2009. Este art. considera como causas de exoneración de responsabilidad del deudor y, en consecuencia, el deudor queda liberado de responder de los daños y perjuicios causados: 1.º Cuando el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a la voluntad y extraño a su esfera de control, y 2.º Cuando de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias.

Los puntos 1 y 2 del art. 1209 no contienen supuestos distintos de exoneración, sino que se está conceptualizando de manera unitaria el caso fortuito²¹.

Por último, cuando traté *la noción de caso fortuito en la responsabilidad contractual*, al final de ese epígrafe me referí a *los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* y, concretamente a su art. 89 que dispone lo siguiente: *Fuerza mayor o caso fortuito es un hecho ajeno al control del deudor, cuyo riesgo no asumió, y que le impide cumplir la obligación, temporal o definitivamente, y cuyo acaecimiento o efectos no ha podido resistir.*

A modo de conclusión puede afirmarse, sin ningún género de dudas, después de lo examinado en este epígrafe, que es requisito esencial del caso fortuito que el suceso o acaecimiento sea extraño a la esfera de control del deudor.

5. EFECTOS

Dentro de este apartado trataré en primer lugar del principio general de exención de responsabilidad del deudor al producirse un caso fortuito; luego me referiré a las modificaciones que pueden darse sobre este principio general; y, por último, examinaré sus excepciones.

²¹ ROCA, E., *El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos*, en Boletín del Ministerio de Justicia 2132 (2011) p. 11.

5.1 Principio general: Exención de responsabilidad del deudor

Cuando se trata de un caso fortuito que impide total y definitivamente el cumplimiento de la prestación, el deudor queda liberado de manera definitiva de la obligación de cumplir y eximido de la indemnización de daños y perjuicios causados al acreedor. Como afirma Carrasco, el art. 1105 no se cuestiona si la obligación se ha extinguido, sólo cumple una función: exonerar al deudor de su responsabilidad²².

El efecto liberatorio y de exoneración se produce porque el riesgo de frustración del interés del acreedor se atribuye a éste, y no al deudor. La responsabilidad contractual, o sea, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor a consecuencia del incumplimiento del contrato requiere el dolo o culpa del deudor, conforme al artículo 1101 del CC²³.

La STS de 25 de abril de 1927 decía que si existe una imposibilidad física o jurídica de cumplir una obligación contractual, el deudor queda relevado de ella sin incurrir responsabilidad de abonar el importe de daños y perjuicios ocurridos con independencia de su voluntad. El incumplimiento por causas ajenas a la voluntad del deudor y la obligación de indemnizar daños y perjuicios son incompatibles.

La obligación contractual quedará extinguida por el caso fortuito, cuando se den los elementos de los arts. 1182 y 1184 CC, pues dichos preceptos, a diferencia del art. 1105, sí se están refiriendo precisamente a supuestos de imposibilidad sobrevenida de las prestaciones de dar y de hacer, respectivamente²⁴.

El caso fortuito no impide la resolución por incumplimiento del contrato por un hecho obstativo (lógicamente, no culpable) que impida la satisfacción del interés del acreedor²⁵. Entonces el caso fortuito actúa como parte del supuesto de hecho resolutorio (no indemnizatorio): el acreedor del bien perdido sin culpa del deudor puede resolver el contrato. El inquilino que no puede usar la cosa en la forma pactada por circunstancias de las que el arrendador no ha de responder, puede resolver el contrato²⁶.

²² CARRASCO, A., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart XV-1 (Madrid 1989) p. 648.

²³ CARRASCO, A., o. c., nota 22, p. 650; y LLAMAS, E., en *Cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del COVID-19* (Madrid 2020) pp. 189-190.

²⁴ Véase LLAMAS, E., o. c. nota anterior, p. 190.

²⁵ STS de 10 de diciembre de 1963.

²⁶ Si nos fijamos en el art. 1209 de la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, el incumplimiento por caso fortuito solo excluye la indemnización de daños y perjuicios, porque como señala el art. 1209.4 de la Propuesta, en esta situación, el acreedor puede ejercer todos los remedios derivados del incumplimiento menos la indemnización de los daños y perjuicios. Véase también el art. 1190 de la Propuesta.

Una cosa es que el deudor quede exonerado de responsabilidad (por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de su obligación) y otra distinta que el riesgo (derivado de la ausencia de contraprestación) se le asigne a él: el arrendador no responderá de los daños y perjuicios que deriven de la destrucción del local arrendado por caso fortuito; ni siquiera puede decirse que su deber de hacer las reparaciones necesarias llegue hasta el extremo de reconstruir totalmente el local; pero deberá soportar la consecuencia de no recibir el cobro de la renta ²⁷.

Ante la inexistencia de norma alguna en materia de responsabilidad civil que represente un papel paralelo al ofrecido por el art. 1105, la jurisprudencia del TS se muestra favorable a considerar aplicable dicho precepto a los casos de responsabilidad extracontractual ²⁸. Por tanto, el caso fortuito producirá los mismos efectos tanto en materia contractual como en materia extracontractual. En este segundo supuesto, habrá caso fortuito cuando el evento dañoso se ha producido fuera del círculo de actividad sometido a control y vigilancia del demandado a reparar el daño, y ajeno al dañado ²⁹.

5.2 Modificaciones al principio general

Dentro de este apartado voy a examinar aquellos supuestos en que habiendo caso fortuito se produce una imposibilidad temporal en el cumplimiento de obligación; o bien, una imposibilidad parcial; o bien, se da la circunstancia que el obligado obtiene algún beneficio a consecuencia del caso fortuito.

5.2.1 IMPOSIBILIDAD TEMPORAL

Si la imposibilidad ocasionada por el caso fortuito es sólo temporal, el deudor queda obligado al cumplimiento de la obligación cuando ésta vuelva a ser posible, por haber desaparecido la causa que originó la imposibilidad, y siempre que se satisfaga el interés del acreedor con ese cumplimiento tardío. En este supuesto, el caso fortuito produce un simple retardo en el cumplimiento, que libera al deudor de indemnizar los daños y perjuicios derivados de dicho retraso. Es decir, si de la naturaleza de la obligación o del contenido del contrato no fuera preciso el cumplimiento de la obligación en día fijo, la obligación queda en suspenso y no hay responsabilidad por mora ya que la quita el caso fortuito.

²⁷ *Cfr.* CARRASCO, A., *o. c.* nota 22, p. 653; MORALES, A. M., *o. c.* nota 8, p. 449.; y LLAMAS, E., *o. c.* nota 23, p. 191.

²⁸ SSTS de 4 de noviembre de 2004 y 11 de octubre de 1991, entre otras.

²⁹ Véanse las SSTS de 14 de junio de 2013, 26 de junio de 2003 y 31 de enero de 2000.

La jurisprudencia del TS confirma este criterio en sentencias de 16 de mayo de 1941 y 10 de diciembre de 1963, entre otras. La primera de ellas dice: la fuerza mayor opera unas veces en forma definitiva, extinguiendo la prestación del deudor, pero privándole a la vez del derecho a exigir la prestación correlativa, y otras veces actúa de manera transitoria, lo que retrasará el cumplimiento de la obligación y eximirá la indemnización por mora, caso este en que, generalmente, la obligación revive al cesar la actuación de la fuerza mayor, salvo que el contrato haya perdido su valor por no ser posible ya conseguir la finalidad perseguida por las partes. La segunda sentencia establece lo siguiente: la fuerza mayor y el caso fortuito liberan al deudor del cumplimiento de la obligación, bien totalmente, si la fuerza mayor opera en forma definitiva, extinguiendo la prestación de aquél, o bien en forma transitoria, si actúa retardando el cumplimiento de la obligación, la que revive, por regla general, al cesar la actuación de la fuerza mayor.

Tratándose de obligaciones recíprocas, la fuerza mayor actúa con ese carácter bilateral, es decir, el contratante afectado por aquella podrá suspender el cumplimiento de su prestación, pero no podrá exigir a la vez lo estipulado a cambio de esta prestación no efectuada³⁰.

En las obligaciones de dar cosas genéricas, el deudor no se libera del cumplimiento de la obligación por el hecho de que se pierdan fortuitamente las cosas del género pactado con que tuviese previsto cumplir. Esto ocurre cuando nos encontramos, por ejemplo, en presencia de una obligación pecuniaria. La exoneración del deudor por caso fortuito no es absoluta en estos casos, ya que en virtud del principio *genus nunquam perit*, el deudor pecuniario viene obligado a cumplir la prestación principal, sin que sus sobrevenidas adversidades económicas le liberen de ello, pues lo adeudado no es algo individualizado que ha perecido sino algo genérico como es el dinero³¹.

Como señala el art. 1209 de *la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, la exoneración de responsabilidad por caso fortuito prevista en este art. *surtirá efecto mientras dure el impedimento*.

5.2.2 IMPOSIBILIDAD PARCIAL

Si la prestación se ha hecho imposible sólo en parte y a consecuencia de caso fortuito, o bien afectase a circunstancias accesorias que posibilitemen la

³⁰ STS de 4 de febrero de 1947.

³¹ Cfr. SSTS de 19 de mayo de 2015 y 17 de enero de 2013, entre otras muchas.

satisfacción del interés del acreedor, el deudor se libera de la obligación cumpliendo la parte que siga siendo posible.

Nuestro Código Civil no contempla en forma expresa el caso de imposibilidad parcial; sin embargo, puede llegarse a la conclusión expuesta en el párrafo anterior mediante el análisis de alguno de sus preceptos. Así, establece el art. 1182 que quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora. *A contrario sensu*, la pérdida o destrucción parcial no extingue la obligación. De este modo, mientras la imposibilidad sobrevenida total y fortuita de la prestación ocasiona la extinción de la obligación, la parcial y fortuita la deja subsistente, pero el deudor no responde de la pérdida o deterioro producida a consecuencia de un suceso fortuito.

También podrá apoyarse este criterio en lo que establece la regla tercera del art. 1122 del CC que dice: *Cuando las condiciones fueren puestas con el intento de suspender la eficacia de la obligación dar, se observarán las reglas siguientes, en el caso de que la cosa mejore o se pierda o deteriore pendiente la condición: ... 3.ª Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.* Por consiguiente, el deudor conserva su obligación de cumplir, pero, sólo parcialmente, ya que el deterioro (imposibilidad parcial) que el caso fortuito produce sobre el objeto de la obligación le exonera del cumplimiento íntegro.

5.2.3 SUPUESTO EN QUE EL OBLIGADO OBTUVIESE ALGÚN BENEFICIO DEL CASO FORTUITO

Si en virtud del suceso fortuito que ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación surgen bienes en el patrimonio del deudor que van a reemplazar a los pericidos o lo van a habilitar para reclamar su valor, ellos subrogarán a la prestación debida que no se ha podido realizar, y por tanto aprovecharán al acreedor. Al acreedor le corresponderá tan solo el derecho de obtener las ventajas derivadas del caso fortuito, porque si él ha de sufrir el daño, es equitativo que disfrute de beneficios, si los hay. No es infrecuente que el deudor venga a tener derecho a ser indemnizado por la pérdida o destrucción de la prestación que debía realizar. Naturalmente, en semejantes casos bien se comprende que, conforme a los más elementales principios de justicia, debe ser el acreedor afectado el que venga, por subrogación, a percibir esa indemnización sustitutoria.

También, cuando la prestación ha sufrido un deterioro o cuando queda algo después de su perecimiento, el perjudicado por caso fortuito tiene derecho a los beneficios que puedan derivarse de tal suceso.

Aunque el Código civil no contempla expresamente esta regla, resulta implícita en su articulado. El art. 1186 establece: *Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta*. También, conforme al art. 1777 se dice que el depositario que por fuerza mayor hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, está obligado a entregar ésta al depositante. En análogo sentido nos encontramos con el art. 1778 al disponer que el heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado.

Otro supuesto en que el obligado obtuviese algún beneficio a consecuencia del caso fortuito y deba cedérselo al acreedor puede ser, la acción en caso de siniestro si la cosa debida estaba asegurada.

5.3 Excepciones al principio general

No siempre el caso fortuito exonera de responsabilidad al deudor, al existir supuestos en los que se mantiene (pese al suceso fortuito) el deber del deudor de hacer frente a la obligación. El caso fortuito no liberará al deudor en los siguientes casos, que se derivan del art. 1105 del CC: La ley; mora, culpa o dolo del deudor; y, cuando se asuma mediante convención.

5.3.1 LA LEY

El principio general de exención de responsabilidad del deudor como efecto del caso fortuito, es quebrantado en ciertos supuestos por la ley, ya que ésta no libera de responsabilidad al deudor pese a que la realización de la prestación se haya hecho imposible por caso fortuito. En el art. 1105 del CC expresamente se establece que *fuera de los casos expresamente mencionados en la ley* nadie responderá del caso fortuito.

Dentro del Código Civil se impone responsabilidad al deudor de concurrir caso fortuito en los arts. 1185, 1096-3.º, 457, 1744, 1891, 1745, principalmente. También, por disposición de ley los contratos aleatorios suponen una excepción al efecto liberatorio del caso fortuito. En tales negocios no cabe aducir el carácter

fortuito o irresistible del acaecer sobrevenido, ya que, por la propia esencia de estos contratos, se acepta desde el principio una contingencia de pérdida o de ganancia dependiente de acaecimientos de aquella índole; el riesgo viene a ser un factor esencial y connatural en esta especie de convenciones, toda vez que no cabe concebir contrato aleatorio sin que una de las partes asuma las consecuencias de contingentes o riesgos que puedan sobrevenir. Los riesgos y peligros más bien que ir a la zaga con carácter de consecuencias del negocio ya emprendido, van, por decirlo así, a la cabeza del convenio, al cual dan vida y existencia jurídica³².

Fuera del Código Civil se encuentran importantes aplicaciones de excepción al principio general de exoneración de responsabilidad del deudor por caso fortuito, establecidos también por ley, que suponen la acogida por parte del legislador del sistema de responsabilidad objetiva, es decir, la responsabilidad que surge cuando se produce el daño con independencia de toda culpa.

Así, la ley en unos casos excluirá el efecto liberatorio del caso fortuito, pero no el de la fuerza mayor. Por ejemplo, el art. 33.5 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, *de caza*. También, el art. 1.1 del Texto Refundido de la Ley sobre *responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Puede citarse, además, el art. 123 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre *Navegación Aérea*.

Otras veces la ley excluirá expresamente el efecto liberatorio tanto del caso fortuito como de la fuerza mayor. Así, el art. 3.1 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, *de Responsabilidad Medioambiental*, o el art. 4.1 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, *sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos*.

5.3.2 CULPA, DOLO O MORA

El suceso fortuito no liberará al deudor cuando ha sobrevenido por culpa, dolo o mora del mismo deudor.

Por tanto, en primer lugar, se puede afirmar que el deudor será responsable del caso fortuito cuando éste hubiere ocurrido por su culpa, es decir, en todos los casos en que el deudor haya dado ocasión al mismo por la omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, según el párrafo 1.º de art. 1104 del CC.

³² Cfr. ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa* (Madrid 1972), p.90; y LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil II* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo 2018) p. 150-151.

Racionalmente se justifica que así sea, pues, el caso fortuito no es aquí el resultado de un acontecimiento inevitable al deudor, sino su propia obra. En realidad, la responsabilidad del deudor nace de su culpa.

El deudor, con mayor razón, será también responsable del caso fortuito cuando éste hubiere ocurrido por su dolo. A diferencia de lo que ocurre con el dolo como vicio de consentimiento contractual, el Código Civil no determina cuándo el incumplimiento de una obligación es doloso. No exige este dolo la intención de perjudicar o dañar, sino la infracción de modo voluntario del deber jurídico que pesa sobre el deudor, con la conciencia de que con el hecho propio realiza un acto antijurídico, que con su actividad ejecuta algo que está prohibido por el ordenamiento jurídico y hace lo que no debe hacer³³. En este sentido, si bien en nuestro sistema el dolo civil no constituye propiamente una pretensión autónoma, en orden a configurarse ya como acción única, o bien como presupuesto de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación y, en su caso, del resarcimiento de los daños, no obstante, dentro del marco de la responsabilidad contractual o extracontractual de que se trate, su aplicación responde a un criterio de agravación de la responsabilidad como respuesta a la actuación frontalmente contraria al principio de buena fe³⁴.

Dentro de este grupo de excepciones, voy a concluir tratando la mora del deudor (retardo culpable que no quita la posibilidad de un cumplimiento tardío de la obligación). Durante ésta el deudor es responsable del caso fortuito, ya que cuando el evento fortuito se produce con posterioridad a la fecha establecida para el cumplimiento de la obligación, el deudor se constituye en mora y el incumplimiento es atribuible a su negligencia. Así, el art. 1096, párrafo 3.º, del CC dispone que si el obligado se constituye en mora serán de cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega. También dispone el art. 1182 que no quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada, cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor, después de haberse éste constituido en mora. Con ello se sanciona al deudor que retarda negligentemente el cumplimiento de la obligación, cuando el acreedor estaba dispuesto a recibir la prestación ofrecida. Ahora bien, si el caso fortuito es el que origina el retardo en el cumplimiento de la obligación, habrá una imposibilidad transitoria en el cumplimiento que eximirá al deudor de su responsabilidad y, en consecuencia, de la indemnización de daños y perjuicios³⁵. Puede ocurrir que el retardo en el cumplimiento de la obligación haga que el

³³ Cfr. Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil II* (Madrid 2005) p. 200.

³⁴ Véanse SSTS de 14 de enero de 2014 y 25 de febrero de 2013.

³⁵ SSTS de 10 de diciembre de 1963 y 24 de septiembre de 1953, entre otras.

contrato no haya perdido su valor, en tales circunstancias el caso fortuito opera en forma transitoria retardando el cumplimiento de la obligación³⁶.

5.3.3 PACTO DE ASUNCIÓN DE RIESGOS

Los pactos que modifican el régimen de responsabilidad legalmente establecido por el art. 1105 son, en principio, válidos y eficaces al amparo del principio de la autonomía de la voluntad del art. 1255 del CC.

Por lo que respecta al límite legal de los pactos, el art. 1102 declara la nulidad de la renuncia (preventiva) a la acción para exigir la responsabilidad por dolo. En cambio, el artículo 1103 no se pronuncia acerca de la acción para exigir la responsabilidad por culpa. Por tanto, las estipulaciones de las partes sobre la culpa y sus consecuencias son, en principio, válidas y eficaces³⁷. En definitiva, nos encontramos ante un pacto de asunción de riesgos. Es lo que los antiguos llamaban tomar a cargo el caso fortuito³⁸.

Podemos preguntarnos si tales cláusulas pueden abarcar la asunción por el obligado de todos los casos fortuitos, o si, por el contrario, sólo se pueden extender estos pactos a aquellos casos fortuitos que son ordinarios en ese negocio o actividad. Entiendo que la convención podrá comprender la responsabilidad del deudor de los casos fortuitos tal como lo hemos delimitado en este trabajo y en el ámbito contractual, fuera de él, habrá que negar la validez de este tipo de estipulaciones, por no ser válidas éstas en materia extracontractual o en supuestos de responsabilidad objetiva.

³⁶ SSTS de 24 de septiembre de 1953 y 16 de mayo de 1941.

³⁷ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *o. c.* nota 33, p. 203. Para LASARTE, C., *o. c.* nota 32, p. 150, incluso en el caso de que el legislador hubiera configurado el art. 1105 como una norma imperativa, no hubiera desaparecido la autonomía o libertad contractual.

³⁸ Véase D. 18. 1, 35, 4.

XI

EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Planteamiento general.-2. La doctrina de los primeros comentaristas del Código.-3. El desistimiento unilateral: naturaleza jurídica.-4. El desistimiento unilateral en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.-5. El desistimiento unilateral en la doctrina: tipos de desistimiento.-6. El derecho de desistimiento en los textos armonizadores.-7. Los supuestos de desistimiento unilateral admitidos legalmente. 7.1 Contratos por tiempo indeterminado. 7.2 Contratos de duración determinada. 7.3 Contratos basados en la confianza. 7.4 El desistimiento en los contratos con consumidores y usuarios.-8. Supuestos en que se puede admitir un desistimiento unilateral aunque la ley ni el negocio jurídico concedan una facultad semejante.-9. Ejercicio y efectos del desistimiento.-10. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Nuestro Código civil no contempla con carácter general la posibilidad de que una de las partes del contrato, o ambas, puedan poner fin a la relación obligatoria a través de un acto voluntario y libre que, en principio, no tiene que fundarse en ninguna causa especial. No obstante, como destaca Díez-Picazo (2008, p. 1086) sí que se recogen múltiples aplicaciones de este fenómeno: el art. 1594 CC permite al dueño de la obra «desistir» por su sola voluntad de la construcción de la obra contratada; dentro del contrato de sociedad, los

arts. 1700.4.º y 1705 CC admiten como causa de disolución de la sociedad la «voluntad o renuncia» de uno de los socios; el art. 1732.1.º y 2.º CC admite que se pueda extinguir el contrato de mandato en virtud de la revocación del mandante o la renuncia del mandatario. También los arts. 1775 y 1776 CC permiten en determinadas circunstancias poner fin a la relación derivada del contrato de depósito a instancias del depositante o el depositario; e igualmente el art. 1749 CC admite que el comodante pueda reclamar la restitución de la cosa aun antes de concluido el uso para el que la prestó.

Además de los supuestos en que legalmente viene reconocido este derecho de una manera expresa a una o ambas partes contratantes, el derecho de desistimiento se ha ido extendiendo por la jurisprudencia a otros contratos que no tienen una duración predeterminada por las partes. Fuera de estos casos, no se reconoce en relaciones obligatorias duraderas, con una duración determinada, salvo cuando se trata de una relación contractual *intuitu personae* o basada en la confianza, reconducible al contrato de mandato (arts. 1736 y 1737 CC), o en aquellos casos en que la relación contractual encaja o es reconducible a la sociedad civil (art. 1707 CC).

En todos estos supuestos, y otros en los que posteriormente nos vamos a detener, concurre una evidente imprecisión terminológica, utilizándose expresiones como desistimiento, revocación, renuncia, denuncia, etc., debidas a la falta de sistemática y a lo fragmentario de su regulación (Rodríguez Marín, 1991, pp. 53 y ss.).

2. LA DOCTRINA DE LOS PRIMEROS COMENTARISTAS DEL CÓDIGO

La posibilidad de desistir unilateralmente del contrato está ausente entre los primeros comentaristas del Código, porque no podían concebir que, una vez perfeccionado el contrato, cualquiera de las partes pudiera libremente desvincularse del mismo. Así, al analizar los arts. 1091, 1254 y 1258 CC, se pone el énfasis en el momento de perfección de contrato por el consentimiento, y en la obligación, a partir de entonces, de cumplir lo pactado y las demás consecuencias derivadas de la buena fe, el uso y la ley (Sánchez Román, 1899, pp. 234 y ss.; Manresa, 1901, pp. 565 y ss., y 584 y ss.; Mucius Scaevola, 1904, pp. 469 y ss., y 557 y ss.; Valverde, 1937, pp. 281 y ss.). Esta idea se refuerza con el art. 1256 CC, conforme al cual «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», lo que se enlaza a menudo con la nulidad de las condiciones rigurosamente potestativas, que dependen exclusivamente de la voluntad del deudor (art. 1115 CC). Es

aquí donde de manera más clara se manifiesta la imposibilidad de admitir un desistimiento unilateral. Así, Manresa (1901, p. 577) destaca un doble fundamento del art. 1256 CC: «Uno, la fuerza obligatoria del contrato, proclamada también en el art. 1258; el otro está en la igualdad esencial de los contratantes, que impide quede uno sujeto al convenio y el otro libre de él, con lo cual en rigor sólo habría una voluntad expresada, un sujeto sometido y faltaría verdadero consentimiento». En parecido sentido, para Mucius Scaevola (1904, p. 510), siendo el contrato el concurso de dos voluntades, «es claro que, dado tal concepto jurídico, se impone dígallo o no la ley, la consecuencia de no ser lícito dejar el acuerdo común a la merced de uno de los interesados».

Resulta curioso constatar que, para estos autores, la posibilidad de «desistir» sólo se plantea en un momento anterior a la perfección del contrato, pero referida de manera individualizada a la oferta y la aceptación cuando se producen en momentos diferentes o entre personas distantes (art. 1262 CC). Así, Manresa (1901, pp. 598 y ss.) utiliza la expresión «desistimiento» para reconocer el derecho del oferente a retirar la oferta, y negárselo al aceptante, una vez aceptada la oferta. Sánchez Román (1899, p. 244) niega que el aceptante pueda retirar la aceptación una vez emitida porque «admitir este criterio equivale a consagrar como buena la teoría del arrepentimiento en los contratos, lo cual es un evidente absurdo». Y esta misma perspectiva se mantiene, desde la opinión contraria, por Mucius Scaevola (1904, p. 588): «El art. 1256 se refiere a la fase contractual y postcontractual, y el párrafo 2.º del art. 1262 a la precontractual. En nuestro modo de ver, la facultad revocatoria va implícita al criterio de no existir contrato sino desde el conocimiento de la aceptación».

Desde la perspectiva de admitir la posibilidad de desistimiento, este planteamiento supone enfocar el problema como una excepción a la obligatoriedad del contrato y al carácter vinculante del mismo. Ello tendría como consecuencia que tuviera que ser objeto de interpretación restrictiva, e incluso la negación de un posible pacto entre las partes. Por ello entre los primeros comentaristas se vincula el art. 1256 CC con la existencia de una condición puramente potestativa. Sin embargo, el propio Valverde (1937, p. 320) no sólo admite el mutuo disenso, en el que ve en cierto modo un contrato en sentido inverso del primero, sino que considera que «el contrato puede ser resuelto por voluntad unilateral también cuando de aquél resultara facultada una de las partes para pedir la terminación del mismo».

Como vamos a ver, la doctrina posterior, se ha visto sin duda influida por la admisión del desistimiento unilateral en algunos Códigos modernos (así, en el art. 1373 del CC italiano) y considera que el desistimiento se puede explicar como una causa de extinción de la relación obligatoria, sin necesidad de con-

siderar que la validez y el cumplimiento del contrato se está dejando al arbitrio de uno de los contratantes.

3. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL: NATURALEZA JURÍDICA

En el desistimiento unilateral estamos ante una declaración de voluntad recepticia consistente en el ejercicio de un derecho potestativo que produce la extinción del contrato. Una de las partes contratantes, unilateralmente, incide en una relación jurídica bilateral provocando su extinción. Rodríguez Marín (1991, 174) lo define como «aquel acto por el cual una de las partes de la relación contractual pone fin al contrato antes del tiempo previsto, por causas que no tiene que justificar, sino comunicar dicha decisión a la otra u otras partes del contrato». Su naturaleza es, pues, la de los derechos potestativos (Rodríguez Marín, 1991, p. 200; Pasquau, 1997, p. 341; Klein, 1997, p. 15; Cimmino, 2000, p. 10). Como destaca Cañizares Laso (2017, p. 18), mientras que la condición potestativa hace nula la obligación cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, los derechos potestativos, de forma completamente distinta, facultan a una de las partes para constituir, modificar o extinguir una relación contractual mediante un acto unilateral.

La figura es diferente al mutuo disenso, cuya admisión ningún problema planteaba a los primeros comentaristas del Código, que lo explicaban como un consentimiento de común acuerdo entre las partes contrario al anteriormente pactado (Sánchez Román, 1899, p. 407; Valverde, 1937, p. 320). En la jurisprudencia no es infrecuente identificar el mutuo disenso con una resolución cruzada entre las partes, que deliberadamente incumplen sus prestaciones [SSTS 875/1999, de 25 octubre; 404/2002, de 6 mayo; 854/2008, de 26 septiembre; 868/2008, de 8 octubre; 605/2010, de 4 octubre (ECLI:ES:TS:2010:4789); 657/2013, de 22 octubre (ECLI:ES:TS:2013:5102)]. Sin embargo otras decisiones destacan la necesidad de diferenciar el mutuo disenso de la facultad resolutoria. Como se afirma en la STS 39/2015 de 16 febrero (ECLI:ES:TS:2015:1091) es necesario «un auténtico acuerdo de las partes y, por tanto, un nuevo negocio jurídico dirigido a dejar sin efecto una relación obligacional preexistente plenamente válida y eficaz» [en este mismo sentido, las SSTS 133/2015 de 23 marzo (ECLI:ES:TS:2015:1425); 434/2015 de 23 julio (ECLI:ES:TS:2015:3443); y 83/2016, de 19 febrero (ECLI:ES:TS:2016:802); y en la doctrina, Núñez Boluda, 1996, p. 42].

Nada de esto ocurre en el desistimiento unilateral, en el que la doctrina precisamente destaca su carácter extraordinario por permitir unilateralmente a

una de las partes la finalización del contrato, frente a la regla general de que, cuando no existe causa justificante, sólo cabe darlo por terminado si existe acuerdo entre las partes, es decir, a través del mutuo disenso (Klein, 1997, p. 157). No obstante, como ya he destacado, la posibilidad de desistimiento unilateral no viene reconocida con carácter general, sino referida a determinados contratos, en atención a su duración indefinida, a su fundamento en la confianza, o su carácter *intuitu personae*.

4. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La jurisprudencia no ha tenido ocasión de establecer una doctrina general sobre el desistimiento unilateral del contrato, pero sí ha destacado en numerosas ocasiones que los supuestos en que este desistimiento se admite legalmente o por voluntad de las partes, nada tienen que ver con el contenido del art. 1256 CC. En este sentido, según la STS 29 de mayo de 1972: dejar «a la voluntad de uno de los contratantes desistir de una relación jurídica creada por el contrato, no significa dejar ni el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sino autorizarle para poner fin a una situación jurídica sin perjuicio del contrato» (se refería a una cláusula en la que la compradora se comprometía a habitar con la vendedora, prestándole asistencia y alimentos, salvo que ésta prescindiera de ese contenido voluntariamente: el TS considera que la recurrente no podía ser obligada a la convivencia y a percibir la asistencia y cuidados, sin que ello afectara a la eficacia del contrato).

En la STS de 14 de febrero de 1973, dentro de un contrato de distribución y venta en exclusiva de máquinas de coser, se considera válido el pacto de concederse mutuamente los contratantes la facultad de dar por terminada la vigencia del contrato, en cualquier momento, sin otro requisito que la notificación o preaviso en la forma convenida. El contratante que desiste alega la baja considerable en la venta de dicha máquinas por el actor. El TS destaca, además, que en este tipo de contratos es fundamental su carácter *intuitu personae*, por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante pueda ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro. Por ello se considera que, «cuando el pacto en exclusiva se concierta sin fijación de un plazo, la propia práctica mercantil admite estos pactos de denuncia unilateral del contrato o de resolución *ad nutum*, con exención de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente corren». Se concluye así que «no se ha infringido el mencionado art. 1256 CC, y

que el empleo de la denuncia unilateral del contrato, por parte de la recurrida, no implica el abuso en el ejercicio del derecho a que el motivo se contrae, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspasó sus límites de la equidad y buena fe, sino que se redujo a ejercitar las acciones que estimó corresponderle».

La STS de 11 de febrero de 1984 se refiere también a un contrato atípico de concesión o venta en exclusiva, sin que se hubiese establecido un plazo de duración. En ella se afirma con claridad que el art. 1256 CC «no hace al caso presente en el que se trata, simplemente de decidir, no si la validez y cumplimiento de un contrato pueden quedarse al arbitrio de una de las partes, sino si el contrato de concesión en exclusiva, establecido sin límite temporal alguno, es revocable por la sola voluntad de uno de los contratantes, lo cual es, acertadamente, resuelto, en sentido positivo, por la sentencia de instancia, sin perjuicio, debe añadirse, de las consecuencias de todo orden, singularmente indemnizatorias, que podrían acompañar a la actuación de la parte que decidiese, abusivamente, la resolución del vínculo». Son muy numerosas las sentencias que siguen este mismo criterio para *contratos de distribución o concesión en exclusiva* [SSTS de 22 de marzo de 1988, 16 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1990, 24 de febrero de 1993 (recurso núm. 1942/1992), 27 de mayo de 1993 (recurso núm. 2778/1990), 23 de julio de 1993 (recurso núm. 2779/1990), 18 de diciembre de 1995 (recurso núm. 2792/1992), 25 de enero de 1996 (recurso núm. 1965/1992)]. Igualmente cabe citar las SSTS de 19 de diciembre de 1985 (*contrato atípico de exportaciones a determinado país*); 3 de julio de 1986 (*contrato de concesión mercantil*); 834/1996, de 22 octubre (recurso núm. 930/1993, *contrato de mediación de seguros*); 386/1997, de 12 de mayo (recurso núm. 1507/1993, *arrendamiento de servicios*); 237/2002, de 18 de marzo, 441/2004, de 20 de mayo; 1104/2008 de 13 noviembre (recurso núm. 80/2004, *contrato de comisión*); y 360/2009 de 25 mayo (ECLI:ES:TS:2009:3491, *contrato de mediación o corretaje*).

No hace al caso entrar en cada uno de los razonamientos de estas sentencias, porque lo que interesa destacar es que en todas ellas se considera que el desistimiento unilateral en contratos de duración indeterminada no supone dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

Aparte de lo anterior, en la misma jurisprudencia se pone de relieve que los supuestos que pueden justificar la concesión de un derecho de desistimiento unilateral obedecen a diferentes razones. En este sentido Rodríguez Marín (1991, pp. 195 y ss.) destaca la duración indeterminada del contrato, la interdicción de las obligaciones perpetuas, el elemento de la confianza, la excesiva onerosidad económica, la propia naturaleza del contrato o la prevalencia del

interés de uno de los contratantes. Parece claro que la terminación de una relación obligatoria por la libre iniciativa y voluntad de una de las partes no plantea problema cuando así lo han previsto éstas, o cuando es consecuencia de una concreta disposición legal. Lo problemático es decidir si cabe su generalización y aplicación a otros supuestos, es decir, si esas concretas disposiciones legales son excepciones contrarias a una regla general contraria a la posibilidad de admitir el desistimiento unilateral, o si de las mismas se puede deducir la existencia de un nexo común y encontrar un principio general aplicable a otros supuestos. Como destaca Díez-Picazo (2008, p. 1087), «el problema se plantea como una tensión entre dos fuerzas o reglas contrarias: por un lado aparece la idea de que la subsistencia y la ejecución de una obligación no puede nunca dejarse al arbitrio de una de las partes; por otro lado, se encuentra la exigencia de que una vinculación obligatoria no sea nunca indefinida, ni mucho menos perpetua y, además, que la relación sea un cauce de protección de los intereses de las partes».

5. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LA DOCTRINA: TIPOS DE DESISTIMIENTO

Los posicionamientos doctrinales en torno al derecho de desistimiento están en estrecha relación con la regulación de la figura en cada uno de los ordenamientos. De ahí la influencia que en España ha tenido la doctrina alemana e italiana (ampliamente, Klein, 1997, pp. 25 y ss.). En este sentido, la distinción entre desistimiento ordinario y extraordinario procede de la doctrina alemana. El primero se reserva para las relaciones contractuales duraderas que carecen de término final, y se caracteriza por no requerir para su ejercicio la alegación de una justa causa, aunque sí requiere un plazo de preaviso. El desistimiento extraordinario requiere la concurrencia de una circunstancia sobrevenida que impide la continuación del contrato, de manera que se puede ejercitar sin necesidad de preaviso (Cimmino, 2000, pp. 23 y ss.).

En la doctrina italiana ha sido tradicional diferenciar entre desistimiento *ad nutum* y desistimiento *con justa causa*, en función de que su ejercicio sea o no discrecional (Franzoni, 2013, pp. 331 y ss.). Ello permite incluir dentro de uno u otro tipo de desistimiento supuestos muy diversos, con independencia de que sea preciso o no el preaviso al otro contratante, de si estamos o no ante contratos de naturaleza duradera, o de si es preciso que exista o no una fijación del plazo de la relación contractual.

Trasladando esta distinción a nuestro derecho, el desistimiento *ad nutum* puede estar a disposición de ambas partes contratantes o de una sola de ellas, pero en cualquiera de los casos consiste en el ejercicio de este derecho sin necesidad de que concurra ningún otro presupuesto, aunque se exija el cumplimiento de determinados requisitos (v. gr., ponerlo en conocimiento del mandante en el inciso 1.º del art. 1736 CC). El desistimiento *con justa causa* se puede igualmente conceder a una o a ambas partes contratantes, pero es preciso que concurra el supuesto de hecho previsto legalmente para su ejercicio: la justa causa puede funcionar como un requisito de eficacia del desistimiento o como presupuesto para liberarse o no de la obligación de indemnizar el daño (inciso 2.º del art. 1736 CC). En cualquiera de los casos, con independencia de que se exija o no justa causa, es posible que la norma prevea el cumplimiento de determinadas obligaciones, como ocurre en el art. 1737 CC, que impone al mandatario el deber de continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias. Este deber es independiente de que el mandatario renuncie justificadamente o no.

De ello se infiere, a mi juicio, que la distinción entre desistimiento *ad nutum* y con *justa causa* tiene una cierta dosis de artificialidad. Cuando se admite el desistimiento, éste es libre para la parte que puede disponer del mismo. Lo demás son diferentes presupuestos o requisitos que se exigen para que sea reconocido a una de las partes contratantes en función del tipo de contrato. Por ello, conviene hacer un recorrido por los supuestos en que se admite de una u otra manera la posibilidad de desistimiento unilateral, para averiguar si esa misma posibilidad se puede extender a otros supuestos.

6. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS TEXTOS ARMONIZADORES

Aunque sea de manera sucinta, conviene tener en cuenta el moderno enfoque del derecho de desistimiento que se recoge en algunos de los textos armonizadores. Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos no contienen una regulación del derecho de desistimiento. En cambio el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR) lo regula con carácter general en el Capítulo 5 del Libro II, estableciendo su art. II-5:101(1) «Las disposiciones de la presente Sección serán de aplicación cuando, en virtud de las reglas recogidas en los Libros II a IV, una parte tenga derecho a desistir de un contrato dentro de un plazo determinado». Esta regulación tiene su antecedente en los *Principles on the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, formulados

en el seno del *Acquis Group* (Diéguez Oliva, 2009, pp. 8 y ss.). Aunque los supuestos específicos de desistimiento contenidos en el citado Capítulo 5 se refieren a contratos con consumidores, también se recoge de manera similar este derecho, con una regulación particular, referida a contratos diferentes (así, para el contrato de servicios, en el art. IV. C-2:111 DCFR).

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL), de 11 octubre 2011, incluye igualmente un tratamiento específico en sus arts. 40 y ss. sobre el derecho de desistimiento. Aunque este texto tenía como objeto principal el contrato de compraventa, también se extendía a los contratos de servicios relacionados, regulando en el art. 158 el derecho del cliente a rechazar la prestación del prestador del servicio. En cambio, en los Principios UNIDROIT se atribuye este derecho a cualquiera de las partes, pero sólo en los *contratos de tiempo indefinido*, notificándolo con razonable anticipación.

Por lo que se refiere a los trabajos realizados en el seno de la Comisión General de Codificación destacan los trabajos de las Secciones de Derecho Civil y de Derecho Mercantil. En la Sección de Derecho Civil cabe citar dos textos: a) La Propuesta para la Modernización del CC en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos de 2009 (en adelante PMCC). No contempla un régimen general para el derecho de desistimiento, sino que éste se regula dentro del Capítulo II dedicado a la formación de los contratos, únicamente con relación a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (art. 1265), a los contratos a distancia (art. 1267.11), y en la contratación electrónica (art. 1268.1 último párrafo). No obstante, dentro de la regulación de las obligaciones a plazo, el art. 1121 prevé que las relaciones obligatorias de duración indefinida se extinguen «por su denuncia por cualquiera de las parte de buena fe» [Diéguez Oliva, 2009, pp. 19 y ss.]. b) Propuesta de regulación del contrato de servicios (arts. 1581 a 1592 CC) de 2011: el art. 1592 no sólo prevé la posibilidad de desistimiento de una manera similar al vigente art. 1594 CC, sino que se refiere a los servicios contratados por tiempo indefinido, remitiéndose expresamente al art. 1121 de la PMCC.

La Sección de Derecho Mercantil elaboró una Propuesta de Código Mercantil en 2013, que con algunas modificaciones se presentó en 2014 como Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. En ambos textos, dentro de la regulación del contrato de prestación de servicios mercantiles, el art. 531-7 prevé que el ordenante pueda desistir unilateralmente y en cualquier momento del contrato aunque los servicios encargados ya hubieren empezado a prestarse, con obligación de resarcir a su contraparte de todos los gastos en que hubiera

incurrido, así como pagar el precio de los servicios ya realizados más un porcentaje razonable del precio de los pactados y no llegados a realizar.

En el seno de la Asociación de Profesores de Derecho Civil se ha elaborado un Propuesta de Código Civil, que regula un derecho de desistimiento en determinados contratos celebrados con consumidores, e igualmente dentro de la regulación del mandato. Pero además, dentro de las reglas aplicables a los contratos en general se regulan varias hipótesis de excepciones generales a la eficacia obligatoria del contrato, y se enuncia como regla general la facultad de desistimiento unilateral del comitente en los contratos con prestaciones de hacer.

7. LOS SUPUESTOS DE DESISTIMIENTO UNILATERAL ADMITIDOS LEGALMENTE

Dentro de la regulación del CC existen una serie de supuestos en que se reconoce la posibilidad de poner fin unilateralmente a una relación contractual, ya sea porque se trata de contratos basados en la confianza, o porque concurre una causa sobrevenida diferente al incumplimiento contractual. Así ocurre con el contrato de obra (art. 1594) el mandato (arts. 1733 a 1737), el comodato (art. 1749), el depósito (art. 1776) y la sociedad (art. 1707)

La posibilidad reconocida al dueño de la obra en el art. 1594 CC se ha considerado aplicable a todos los contratos de prestación de servicios (Morales Moreno, 2010, p. 59), entendiéndose que el comitente o principal puede desistir por su propia voluntad de la ejecución del servicio, indemnizando al prestador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella (Macanás, 2020, pp. 643 y ss.).

El desistimiento regulado dentro del contrato de mandato se considera el paradigma al que se pueden reconducir otro tipo de contratos basados en la confianza o en un tipo de relación *intuitu personae*. En este sentido, la STS 1104/2008 de 13 noviembre (recurso núm. 80/2004), relativa a un contrato de comisión mercantil destaca que «facultad de desistimiento unilateral, que es excepcional en el marco de las relaciones contractuales de carácter bilateral, se explica por la naturaleza de esta figura negocial, basada en la recíproca confianza, y se convierte en regla cuando la relación negocial no tiene plazo definido de duración». En sentido parecido, según la STS 386/1997, de 12 mayo (recurso n.º 1507/1993), referida a un arrendamiento de servicios, este tipo de contratos «se rige por lo pactado entre los interesados y, en su defecto, por la normativa que contienen los arts. 1544 y 1583 y ss. del CC, predominando en la relación contractual el principio *intuitu personae*, sin determinación del

tiempo de vigencia, configurándose como un negocio consensual, oneroso, bilateral y conmutativo, cuyo objeto viene determinado por la específica actividad de peritación, remunerada en tanto y en cuanto se preste efectivamente el servicio, pues *puede resolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, al igual que ocurre con el mandato, la comisión mercantil y tantos otros análogos* (arts. 1594, 1732 y 1700 del CC)». Además, como destaca Carrasco Perera (2021, p. 12010, nota 11), aunque el art. 1586 CC ha quedado inoperativo, ello no le priva de valor ilustrativo como regla para otros casos.

Por otro lado, en relaciones duraderas, constituidas por tiempo determinado o indeterminado, no hay problema en admitir el derecho de desistimiento unilateral, *ad nutum* o con justa causa, cuando se pueden reconducir al tipo general de la sociedad civil (arts. 1705 y 1707 CC). En este sentido, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (BOE n.º 65, de 16.3.2007) (en adelante LSP) dispone en su art. 13 que «los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento». A ello se añade que «si la sociedad se ha constituido por tiempo determinado, los socios profesionales sólo podrán separarse, además de en los supuestos previstos en la legislación mercantil para la forma societaria de que se trate, en los supuestos previstos en el contrato social o cuando concorra justa causa».

Conviene, no obstante, hacer abstracción de la regulación concreta de estos tipos contractuales, e intentar extraer cuáles son las características esenciales de los mismos que permiten fundamentar la existencia de un derecho de desistimiento en estos casos. De esta manera podemos deducir la existencia de un nexo común y encontrar un principio general aplicable a otros supuestos. En este sentido, podemos agruparlos de la siguiente manera:

7.1 Contratos por tiempo indeterminado

Existe una serie de contratos, cuya duración contractual no está prefijada, en los que el legislador suele conceder la posibilidad de desistimiento unilateral, aunque la denominación que se utilice sea diferente. El fundamento de la posibilidad de desligarse del contrato es, en todos estos casos, la duración indefinida de la relación obligatoria que liga a las partes. Cabe así destacar: a) El art. 1700 CC permite extinguir la sociedad por voluntad de cualquiera de las socios con sujeción a lo dispuesto en los arts. 1705 a 1707, cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio. b) En la misma línea el art. 13.1 LSP permite a los socios profesionales separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier mo-

mento, ejercitando este derecho conforme a las exigencias de la buena fe. c) Dentro de la regulación del contrato de agencia, la Ley 12/1992, de 27 de mayo (BOE n.º 129, de 29.5.1992) (en adelante LCA), dispone en su art. 25 que el contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito. d) El art. 1750 CC permite al comodante, si no se pactó la duración del comodato, reclamar la cosa a su voluntad. e) Dentro de la regulación de la comisión mercantil, y en particular de otras formas de mandato mercantil, el art. 302 CCom dispone que en los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes puede darlo por fenecido, preavisando a la otra con un mes de anticipación. f) El art. 1775 CC prevé que el depósito debe ser restituido al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo determinado para la devolución. En los supuestos del comodato y del depósito la reclamación no se limita a solicitar la restitución de la cosa, sino que estamos ante un acto concluyente que produce la extinción de la relación contractual (Klein, 1997, p. 99). Ello se produce en el depósito incluso antes de que haya transcurrido el plazo contractualmente pactado, lo que se explica por el principio de utilidad del depositante, que se aprecia más fácilmente en los casos de depósito gratuito.

Como se puede ver, en todos estos casos la onerosidad del contrato no afecta a la posibilidad de ejercicio unilateral del desistimiento. El fundamento de la posibilidad de desistir se encuentra en la duración indefinida de la relación obligatoria. Por ello en este tipo de contratos la jurisprudencia admite con mayor facilidad la posibilidad de desistimiento, sin que ello suponga dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

7.2 Contratos de duración determinada

En principio, cuando un contrato está sometido a una duración determinada, prevista por las partes, pretender desistir del contrato antes de la llegada del término debe ser considerado como un incumplimiento. Así, el art. 1579.1.^a CC contempla como causa de extinción la expiración del término convencional o el que se fija para la duración de los arrendamientos en los arts. 1577 y 1581 (lo mismo determina para el contrato de agencia, convenido por tiempo determinado, el art. 24.1 LCA). No obstante, el legislador prevé en ocasiones que una de las partes contratantes pueda desvincularse del contrato antes de la llegada del término. Esta posibilidad, con diferente fundamento, está presente en la normativa especial sobre arrendamientos. En estos casos, ya que no exis-

te el peligro de una vinculación perpetua, el desistimiento unilateral sólo debe admitirse cuando la ley expresamente lo reconozca. La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (BOE n.º 284, de 27.11.2003) (en adelante LAR), trata como causa de extinción la expiración del término convencional o legal y de la prórroga, en su caso. Pero su art. 24.d) se refiere también al «desistimiento unilateral del arrendatario, al término del año agrícola, notificándose al arrendador con un año de antelación». Aunque el contrato tenga una duración mínima de cinco años (art. 12), dicho plazo se establece en beneficio del arrendatario, que dispone de la posibilidad de desistir *ad nutum*, sin necesidad de justificar los motivos ni de que concurra ninguna causa especial (aunque debe comunicarlo al arrendador con la antelación de un año).

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE n.º 282, de 25.11.1994) (en adelante, LAU) regula un tipo de desistimiento parecido en su art. 11. Tras la reforma operada en este precepto por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE n.º 134, de 5.6.2013), con independencia de que haya transcurrido o no el plazo mínimo legal de cinco o siete años (art. 9 LAU), el arrendatario puede desistir libremente del contrato, una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. El art. 11 LAU establece igualmente que las partes pueden pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, el arrendatario debe indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Esta parte del precepto debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia surgida en torno al art. 56 LAU/1964 (que permitía al arrendador reclamar como indemnización todas las rentas hasta la finalización del período pactado). Lo que ahora se establece es que las partes no pueden pactar una indemnización mayor, impidiendo que se fije en una cantidad equivalente a la renta del todo el período convenido que reste por cumplir.

En definitiva, a diferencia de lo que ocurre en el art. 1594 CC, o en el art. 14.6.º del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), el ejercicio del derecho de desistimiento del arrendatario no está sujeto a la carga de la plena indemnidad al arrendador, que le obligaría a satisfacer incluso el lucro cesante que hubiera obtenido de no producirse el desistimiento (Carrasco, 2014, p. 387). La LAU contempla otras posibilidades diferentes de desistimiento del arrendatario: cuando el arrendador pretenda realizar obras de mejora cuya ejecución no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento, salvo que las obras no afecten o afecten de modo irrelevante a la vivienda arrendada (art. 22 LAU); y

cuando se ejecuten en la vivienda arrendada obras de conservación u obras acordadas por una autoridad competente, que la hagan inhabitable (art. 26 LAU). En cualquiera de los casos, el ejercicio del desistimiento por el arrendatario no es *ad nutum*, sino que queda sujeto a que las obras afecten de modo relevante a la vivienda arrendada, de modo que la hagan inhabitable para el uso convenido.

Es diferente el desistimiento *ad nutum* del arrendatario (que es una causa de extinción del contrato que se produce antes de que transcurra el tiempo previsto por la ley o por las partes) de la posibilidad que tiene el arrendador persona física de oponerse a las posibles prórrogas legales y recuperar la posesión de la finca cuando se cumplen determinados requisitos (art. 9.3 LAU). En este caso no estamos ante una causa de extinción del contrato, sino ante una declaración de voluntad dirigida a evitar que se produzca la prórroga obligatoria del contrato. Se requiere para ello que se hubiera hecho constar, en el momento de celebración del contrato, la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares o su cónyuge. El contrato en estos casos termina, pues, en el término inicialmente previsto.

7.3 Contratos basados en la confianza

Al margen de su duración, en los contratos basados en la confianza entre las partes, el deterioro o pérdida de esa confianza puede justificar la concesión de un derecho de desistimiento. Los supuestos pueden ser aquí bastante heterogéneos. Así, en el contrato de mandato se admiten dos tipos de desistimiento: la «revocación» que se reconoce al mandante (arts. 1732.1.º y 1733 CC), y la «renuncia» que corresponde al mandatario (arts. 1732.2.º y 1736 CC). Pero realmente la confianza o el carácter *intuitu personae* del contrato sólo justifica el desistimiento reconocido al mandante (Crespo Allué, 1984, p. 150). Además, en otras figuras dentro de la contratación mercantil, como ocurre con el contrato de agencia, la elección del agente se apoya, más que en las cualidades personales y profesionales del agente (*intuitu personae*) en la confianza que transmite su organización (*intuitu instrumenti*). Este fundamento en la confianza es más discutible en el desistimiento que reconoce al dueño de la obra el art. 1594 CC, que requiere mantener al contratista en situación de plena indemnidad, y que se considera el paradigma aplicable a los contratos de prestación de servicios hasta donde alcance la identidad de razón (Morales Moreno, 2010, p. 59), aunque este enfoque es discutido (Macanás, 2020, p. 643 y

nota 15), acaso porque se identifica la duración indefinida de un contrato con su base en la confianza. Al margen de la concreta regulación legal, sí parece que la pérdida de la confianza en este tipo de contratos justifica la atribución de un derecho de desistimiento, y es precisamente en ellos donde se incide más en la necesidad de que concurra buena fe.

7.4 El desistimiento en los contratos con consumidores y usuarios

En la normativa sobre consumo, el desistimiento es precisamente una de las técnicas utilizadas por el legislador para proteger los derechos de los consumidores. Conviene aclarar que no estamos ante un derecho que se reconozca al consumidor en cualquiera de los contratos de consumo, tal y como vienen definidos en el art. 59 del 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 (BOE n.º 287, de 30.11.2007) (en adelante TRLGDCU). Que este texto legal recoja el régimen común del derecho de desistimiento en sus arts. 68 y ss. no debe conducir a la equivocada consideración de que toda persona física o jurídica que, actuando en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional con fines privados, celebra contratos de bienes y servicios como destinatario final, va a disponer de la facultad de dejar sin efecto el negocio realizado (Beluche Rincón, *El derecho*, p. 39; Busto Lago *et al.*, 2020, p. 262). En realidad sólo cabe el desistimiento en los casos expresamente reconocidos en la ley, especialmente en los siguientes: A) Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil [arts. 92 y 102-108 TRLGDCU]. B) Los contratos de venta a plazos de bienes muebles [art. 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio]. C) Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico [art. 12 de la Ley 4/2012, de 6 de julio]. D) Contratos de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores [art. 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio]. E) Contratos con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (arts. 20 y 21 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo). F) Contratación de viajes combinados (art. 160 TRLGDCU).

Conviene poner de relieve que el hecho de celebrar el contrato a distancia, aunque la posibilidad de desistimiento venga regulada en otro texto legal al margen de la normativa sobre consumidores, puede suponer la aplicación del derecho de desistimiento contemplado en el TRLGDCU. Así se destaca en la STS 203/2021, de 14 abril (ECLI:ES:TS:2021:1346) relativa a un contrato

de obra celebrado a distancia. Aunque el desistimiento tiene una regulación específica en el art. 1594 CC, el TS considera que prevalece la especialidad derivada del modo de contratación a distancia. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 92.1 TRLGDCU, entiende el tribunal que si el contrato que ligaba a las partes se celebró sin la presencia física simultánea de los contratantes, en el marco de un sistema de prestación de servicios organizado por un empresario, mediante una comunicación vía internet (correo electrónico y utilización de formularios alojados en la página web del empresario) y no está incluido en el listado de exclusiones del art. 93, debe concluirse que el contrato es un contrato a distancia con consumidores y se rige por los arts. 92 a 113 TRLGDCU. En definitiva, para el TS la «obra» contratada se considera un «servicio» a efectos de la aplicación de esta normativa. De hecho, el Considerando 26 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores, destaca expresamente que se incluyen en su ámbito de aplicación los contratos que no supongan una transformación «sustancial» de edificios.

Algunos autores consideran que el derecho de desistimiento reconocido al consumidor es una institución diferente y con un fundamento diverso del desistimiento previsto para otro tipo de contratos (Beluche, 2009, p. 28). Esta postura se justifica porque sólo se reconoce al consumidor, por tener como finalidad proteger la posición más débil de éste y la libre formación de su consentimiento, por ser de ejercicio gratuito y por tener efectos *ex tunc* desde el momento de celebración del contrato. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que estamos ante un mismo derecho de desistimiento, que encaja con la figura clásica del desistimiento unilateral en materia de contratos (García Vicente, 1997, pp. 140 y ss.; Klein, 1997, p. 312; Pasquau Liaño, 1997, p. 341; Álvarez Moreno, 2000, p. 22; Sola Teyssiere, 2002, p. 510). Creo que el dato de que solo se reconozca este derecho al consumidor, su ejercicio gratuito, el momento desde el que el desistimiento produce efectos, o incluso su carácter imperativo, forman parte del régimen jurídico aplicable a este concreto supuesto de desistimiento unilateral. Pero ello no debe hacernos perder la perspectiva general de que estamos ante un mismo derecho de desistimiento unilateral, que admite diversas modalidades, cada una con un régimen jurídico que puede ser diferente, pero que en todo caso supone que uno de los contratantes puede poner fin discrecionalmente a la relación obligatoria. En este caso, parece claro que un derecho de desistimiento unilateral a favor del empresario no tendría validez (arts. 85.3 y 4, y 87.3 TRLGDCU), pero sí sería posible el pacto que autorizara tanto al empresario como al consumidor para desistir del contrato discrecionalmente (art. 87.3 TRLGDCU).

Aparte de lo anterior, desde que se introdujo el derecho de desistimiento a través de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (desarrollada inicialmente por la actualmente derogada Ley 26/1991, de 21 de noviembre), se produjo un debate doctrinal a torno a si su ejercicio afectaba a un contrato ya perfeccionado, provocando su extinción, o si por el contrario el contrato no quedaba perfeccionado hasta que transcurría el plazo previsto para el desistimiento, que vendría a funcionar como un período de reflexión. Esta segunda manera de enfocar las cosas se puede considerar hoy minoritaria (defendida por Fernández-Albor, 1993, pp. 589 y ss.; Vergez Sánchez, 1995, pp. 4030 y ss.; Llobet i Agudo, «El período», pp. 153 y ss.), entendiendo la generalidad de la doctrina que el desistimiento opera sobre un contrato ya perfeccionado (entre otros muchos, Klein, 1997, pp. 280 y ss.; Clemente Meoro, 2006, p. 175; Beluche, 2009, p. 50; Domínguez Luelmo, 2011, pp. 618 y ss.; Noval Lamas, 2018, p. 142).

En realidad, los contratos en que se admite el derecho de desistimiento del consumidor generan obligaciones para ambas partes a partir del momento en que se produce el acuerdo de voluntades, sin que el reconocimiento del derecho a desistir pueda alterar la consideración de contrato ya perfeccionado. Intentar obviar la cuestión de la naturaleza del desistimiento, sobre la base de considerar no perfeccionado el contrato hasta que transcurre el plazo correspondiente sin desistir, sólo supone trasladar el problema de las relaciones entre las partes a otro momento temporal, y no aclara correctamente la entrega de la cosa o prestación del servicio por parte del empresario, ni el eventual pago que pueda efectuar el consumidor en un momento anterior. La regulación que se recoge en el TRLGDCU abona esta interpretación: el art. 68.1 habla de «dejar sin efecto el contrato celebrado»; y el art. 74 se refiere a la necesidad de que las partes se restituyan recíprocamente las prestaciones y se remite a los arts. 1303 y 1308 CC.

El plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento es variable en función de que empresario haya cumplido o no con el deber de información y documentación establecidos legalmente (art. 71 TRLGDCU). Si ha cumplido con dicho deber, el plazo es de catorce días naturales, computados desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fue la prestación de servicios. En los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil, el plazo de catorce días se amplía a treinta días naturales cuando se han celebrado en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario, o de excursiones organizadas por el empresario con el objetivo o efecto de pro-

mocionar o vender bienes o servicios (art. 102.1 TRLGDCU). En caso contrario, es decir, cuando no se ha cumplido con el deber información y documentación, el plazo es de doce meses (arts. 71.3 y 105.1 TRLGDCU.. Aunque se ha querido identificar este segundo supuesto con una resolución del contrato, estamos ante el mismo derecho de desistimiento, ejercitable durante un plazo mayor en función del incumplimiento, no de la prestación del empresario, sino de su deber de información. No obstante, además de la ampliación del plazo para desistir, dicho incumplimiento puede acarrear consecuencias más desfavorables para el empresario. La imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor no le privan del ejercicio del derecho de desistimiento, pero cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable (con arreglo a un criterio de diligencia media: la del buen padre de familia de los arts. 1094 y 1104 CC), aquél responde del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento. No obstante, cuando no se ha informado de la existencia del derecho de desistimiento, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos (Domínguez Luelmo, 2012, p. 232).

El desistimiento de los consumidores desde luego tiene perfiles propios, y la cuestión se puede reconducir a la discusión dogmática sobre las ventajas e inconvenientes de incorporar o no al Código civil la normativa sobre consumo. El caso de Alemania sirve para valorar las consecuencias que ha tenido su incorporación al BGB, tras el esfuerzo realizado por el legislador para armonizar el Derecho de contratos general y el relativo a los consumidores. Ebers (2017, pp. 158 y ss.) destaca los numerosos problemas que esta técnica ha provocado (es muy gráfico el símil que utiliza, comparando la incorporación de la Directiva 1999/44 con un «caballo de Troya» dentro del Código), analizando cómo se integraron las Directivas sobre consumo en el BGB, y cómo se fusionaron con el Derecho de Contratos codificado; e igualmente destacando el papel que ha tenido el Tribunal Supremo alemán en la «descodificación» de algunas materias, por la negativa de los tribunales alemanes a interpretar el BGB en la misma línea que las sentencias del TJUE.

En mi opinión, creo que es mejor regular el Derecho de Consumo al margen del Código civil, formando un Código de Consumo o un Texto Refundido como cuerpo separado. Como destaca el propio Ebers (2017, pp. 163 y ss.), uno de los principales problemas que se ha tenido que afrontar en Alemania es que, al compás de los cambios que exige la aprobación de nuevas Directivas, cualquier cambio en el BGB afecta al resto del sistema y a los principios que lo inspiran. A ello añade que el TJUE puede imponer una interpretación in-

compatible con el desarrollo de que haya sido objeto la materia en el Derecho interno [como ocurrió en el caso *Heininger*, resuelto por la STJUE de 13 de diciembre de 2001 (asunto C-481/99, ECLI:EU:C:2001:684)]. E igualmente se muestra crítico con la técnica de las Directivas de armonización plena, que no dejan ningún margen de maniobra al legislador, lo que impide a éste mantener la coherencia del sistema para ajustarlo a los principios generales, y provoca la aparición de microsistemas dentro del Código.

8. SUPUESTOS EN QUE SE PUEDE ADMITIR UN DESISTIMIENTO UNILATERAL AUNQUE LA LEY NI EL NEGOCIO JURÍDICO CONCEDAN UNA FACULTAD SEMEJANTE

Llegados a este punto, podemos ya afirmar que, para admitir el libre ejercicio del desistimiento en un contrato en el que ni la ley ni las partes han previsto esta posibilidad, cabe inducir las características que debe reunir ese contrato de los diversos supuestos contemplados en la ley y de la jurisprudencia recaída sobre la materia:

1.º Relaciones obligatorias duraderas en las que no se haya pactado una duración predeterminada. Los supuestos recogidos en la jurisprudencia citada son muy numerosos, amparándose en la regulación legal prevista para la sociedad civil o el contrato de agencia. No cabe, en cambio, en las relaciones con una prestación única, aunque se fragmente en varias sucesivas, como ocurre con la compraventa a plazos. En las relaciones jurídicas de tracto único sólo se puede admitir excepcionalmente con un régimen específico, cuando así se haya previsto, como ocurre con la compraventa con facultad de desistimiento derivada del pacto de arras penitenciales [art. 1454 CC, y SSTs 507/2018, de 20 septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3182) y 583/2018, de 17 octubre (ECLI:ES:TS:2018:3513)].

2.º Relaciones obligatorias en las que no se haya previsto un plazo de duración temporal, de manera que su duración pueda considerarse indefinida. Está claro que un contrato puede tener una duración indefinida, pero no cabe una vinculación perpetua. En tales casos, Díez-Picazo (2008, pp. 366 y ss.) propone tres alternativas: realizar una interpretación integradora del contrato, aplicar la solución del art. 1128 CC, y permitir a las partes la posibilidad de liberarse través del desistimiento, que encontraría su fundamento «en la idea de la imposibilidad de mantener indefinidamente vinculadas a las partes y, además, en el hecho de que constituye una regla muy extendida en todas aque-

llas relaciones obligatorias que suponen una vinculación indefinida». Para este autor, no obstante, el ejercicio de esta facultad debe estar condicionado por las exigencias de la buena fe y los usos de los negocios (art. 1258 CC), que deben impedir el desistimiento antes de que transcurra el tiempo mínimo necesario para que la relación produzca los efectos que le son propios, y que pueden imponer la necesidad de un preaviso, con un margen de tiempo razonable previo a que el desistimiento produzca efectos.

La STS de 14 de marzo de 1986 ya marcó la diferencia entre contrato indefinido y vínculo perpetuo. La STS 672/2016, de 16 noviembre (ECLI:ES:TS:2016:5103) dispone que «la atribución del desistimiento *ad nutum*, contemplada incluso legalmente en algunos supuestos, trae causa de la prohibición de que una vinculación obligatoria sea indefinida o perpetua (art. 1583 CC), en aras, en última instancia, según autorizada doctrina, de la necesaria protección de la libertad individual». Y reiterando la doctrina de la STS 870/1997, de 9 octubre (recurso n.º 2494/1993) afirma que «asiste a los contratantes facultad de liberación, mediante su receso, producido por la resolución unilateral, condicionada dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas».

3.º Relaciones obligatorias basadas en la confianza entre las partes contratantes, con un fuerte componente de su carácter *intuitu personae* o *intuitu instrumenti*. El desistimiento puede reconocerse incluso en contratos de duración determinada, como ocurre con el mandato (art. 1733 CC, o la comisión mercantil (arts. 279 CCom y 541-14 ACM).

4.º Contratos de prestación de servicios o cuyo objeto directo consista en prestaciones de hacer. En su caso, la posibilidad de desistimiento sólo debe reconocerse al principal, con efectos *ex nunc*, y manteniendo la indemnidad del prestador del servicio que sufre la extinción contractual al margen de su voluntad.

9. EJERCICIO Y EFECTOS DEL DESISTIMIENTO

Para terminar, procede hacer una reflexiones sobre el ejercicio y efectos del desistimiento, pensando en una regulación general de este derecho, que luego puede tener sus especialidades en cada tipo de contratos. El ejercicio del desistimiento requiere en todo caso una declaración de voluntad dirigida a la otra parte contratante, de carácter recepticio. No se exige justificación en su ejercicio, lo que no debe confundirse con la necesidad de que se cumplan determinados presupuestos, para el reconocimiento de la posibilidad de desistir en algunos casos.

Por regla general, el ejercicio del desistimiento no requiere de una forma especial, pero puede someterse al cumplimiento de ciertas formalidades en función de las circunstancias, o a que se ejercite dentro de un determinado plazo (desistimiento de los consumidores). Salvo en los casos en que el ejercicio del derecho de desistimiento sea enteramente libre, con carácter general la declaración de desistir debe ser realizada de buena fe (Díez-Picazo, 2008, p. 1088; Klein, 1997, p. 160; Cimmino, 2000, pp. 28 y 64 y ss.; Franzoni, 2013, p. 332). Así aparece reflejado en los arts. 1705 y 1706 CC dentro del contrato de sociedad, y en el art. 13 LSP para las sociedades profesionales. La exigencia de buena fe puede implicar la necesidad de un preaviso como ocurre en los contratos duraderos, especialmente por tiempo indefinido [art. 24.d) LAR, art. 11 LAU y art. 25 LCA]. Sin embargo, no siempre la buena fe exigirá dicho preaviso. Como destaca Carrasco (2021, pp. 589 y ss.) el preaviso «sólo será preciso en los contratos en que sea razonable esperar que la parte adversa haya incurrido en gastos para cuya amortización requiera un tiempo, o que debe buscar una ocupación alternativa a los activos liberados por el desistimiento».

Por ello, la buena fe puede igualmente imponer la necesidad de que la relación contractual se prolongue durante un tiempo razonable para permitir que la otra parte adopte las medidas necesarias para cubrir la necesidad que le provoca la extinción del vínculo obligatorio, y evitar los perjuicios que se le pueden producir (art. 1737 CC). Según Díez-Picazo (2008, p. 1088) la contravención de la buena fe no impide la extinción de la relación obligatoria, y genera únicamente el deber del resarcimiento de daños y perjuicios (v. gr., por no respetar el plazo de preaviso, que se concretaría en el pago de las retribuciones por el tiempo de preaviso no respetado). Sin embargo, ello no es admisible en los casos en que el plazo de preaviso tenga la consideración de requisito para reconocer precisamente la posibilidad de desistir [art. 24.d) LAR, art. 11 LAU].

Con carácter general, de manera especial en el caso de relaciones obligatorias duraderas, los efectos del desistimiento no deben ser retroactivos. Los efectos se producen *ex nunc*, por lo que las prestaciones ya ejecutadas y las atribuciones patrimoniales realizadas como consecuencia de las mismas quedan consolidadas (Díez-Picazo, 2008, p. 1088).

Finalmente, el ejercicio de derecho de desistimiento no legitima para reclamar daños y perjuicios. No obstante, es posible que, dependiendo de los casos, la ley imponga el pago de determinadas cantidades por dicho ejercicio, lo que en puridad no debe considerarse como un resarcimiento de daños derivados del incumplimiento (Carrasco, 2021, p. 1209). Así, ocurre en el desistimiento con arras penitenciales (art. 1454 CC). En el caso del art. 1594 CC el dueño de la obra debe indemnizar al contratista «de todos sus gastos, trabajo y utilidad que

podiera obtener de ella»; pero en todo caso, como se afirma en la STS 679/2005, de 29 septiembre (recurso n.º 1025/1999), «sin que para su cuantificación puedan tenerse en cuenta circunstancias relativas al cumplimiento o incumplimiento por los contratantes de sus obligaciones, susceptibles de ser invocadas al amparo del art. 1124 CC, o relativas a los móviles que impulsaron al comitente a desistir de la prosecución de la obra». En el caso del art. 11 LAU, el arrendatario que desiste debe indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Pero como ya destacué, el arrendatario no tiene aquí ni siquiera la carga de la plena indemnidad al arrendador, al no estar obligado a satisfacer el lucro cesante que el arrendador hubiera obtenido de no haberse producido el desistimiento.

Para el contrato de agencia, el art. 29 LCA dispone que el empresario que desiste en un contrato de duración indefinida está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato. Conviene, no obstante, dejar claro que dicha indemnización está desvinculada de un hipotético incumplimiento contractual, para evitar el error en que incurren las SSTS 991/2007, de 28 septiembre (recurso n.º 4137/2000), y 57/2009, de 13 febrero (recurso n.º 2200/2003), confundiendo los efectos del desistimiento y del incumplimiento contractual, al considerar compatible el art. 1101 CC con el contenido del art. 29 LCA.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MORENO, M. T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Edersa, Madrid, 2000.
- BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BUSTO LAGO, J. M. (coord.) –Álvarez Lata, N., Peña López, F., *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo*, 4.ª ed., Thomson Reuters – Aranzadi, 2020.
- CAÑIZARES LASO, A., «Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos», *InDret*, 4/2017, pp. 1-29 (<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/332577/423356>).
- CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al art. 11», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 6.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 383-399.
- *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

- CIMMINO, N. A., *Il recesso unilaterale dal contratto*, Cedam, Padova, 2000.
- CLEMENTE MEORO, M., «El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia», *RDPtr*, núm. 16, 2006, pp. 163-184.
- CRESPO ALLUÉ, F., *La revocación del mandato*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- DIÉGUEZ OLIVA, R., «El derecho de desistimiento en el marco común de referencia», *InDret*, 2/2009, pp. 1-22 (https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/630_es.pdf).
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario a los arts. 68 a 79», en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 615-695.
- «Derecho de desistimiento», en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de consumidores*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 209-236.
- EBERS, M., «German consumer law 15 years after the «recodification»», Gramunt Fombuena, M., Florensa i Tomàs, C. A. (Dir.), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 151-174.
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á., «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991», *Rev. Der. Mercantil*, núm. 208, 1993, pp. 589-614.
- FRANZONI, M., *Degli effetti del contratto*, Vol. I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, en Busnelli, F. (Dir.), *Il Codice civile. Commentario (arts. 1372-1373)*, Giuffrè, Milano, 2013.
- GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- KLEIN, Michel, *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.
- LLOBET AGUADO, J., «El período de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles», *Revista General de Derecho*, núm. 604-605, 1995, pp. 143-159.
- MACANÁS VICENTE, G., «El mutuo disenso y su regulación en la Propuesta de Código civil de la APDC (Artículo 526-2 PPC)», en Ataz López, J., García Pérez, C. L., *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, pp. 145-188.
- «Presente y futuro del desistimiento del principal en contratos de servicios. Artículo 526-4 PPC», *Anuario de Derecho Civil*, núm., 2, 2020, pp. 635-712.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901.
- MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid, 2010.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil*, XX, Madrid, 1904.

- NOVAL LAMAS, J. J., *El derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- NÚÑEZ BOLUDA, M. D., *El mutuo disenso*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Ventas a distancia», en Piñar Mañas, J. L., Beltrán Sánchez, E. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 297-363.
- QUESADA GONZÁLEZ, C., *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Bosch, Barcelona, 1991.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Derecho civil español, común y foral*, IV, *Derecho de obligaciones, Derecho de la contratación*, 2.^a ed., Madrid, 1899.
- SOLA TEYSSIERE, J., *La venta a distancia en el comercio minorista. Régimen jurídico y control administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Eunsa, Pamplona, 1989.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, III, 4.^a ed. Valladolid, 1937.
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (análisis de la Ley núm. 26/1991, de 21 de noviembre)», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 4011-4042.

XII

LA VOLUNTAD UNILATERAL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. La voluntad unilateral como fuente de obligaciones en el Derecho español. 1.1 Consideraciones generales. 1.2 Los supuestos concretos de manifestación de la voluntad unilateral. 1.3 La postura de la Jurisprudencia.–2. La evolución normativa en el ámbito interno español y en el Derecho comparado: estado de la cuestión 2.1 Premisa. 2.2 Vestigios de la voluntad unilateral en el ámbito normativo español. a) El Fuero Nuevo de Navarra. b) La Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos. 2.3 La promesa unilateral en los Principios de Derecho contractual europeo.–3. La voluntad unilateral como posible fuente de obligaciones en algunos supuestos actuales. 3.1 Premisa: voluntad unilateral, empresa y mercado. 3.2 La declaración de mantenimiento de la participación en el capital de una sociedad en el contexto de las cartas de patrocinio. a) Planteamiento introductorio. b) La declaración de mantenimiento como promesa unilateral de una obligación de no hacer. 3.3 Los compromisos asumidos en el marco de la llamada «responsabilidad social corporativa». a) Consideraciones generales. b) La voluntad unilateral como fuente de obligaciones y la RSC.–4. Consideraciones finales.–5. Bibliografía.

1. LA VOLUNTAD UNILATERAL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES EN EL DERECHO ESPAÑOL

1.1 Consideraciones generales

Parece innecesario advertir que la voluntad unilateral no figura, como tal, entre las fuentes de las obligaciones enumeradas en el art. 1089 CC. Con inde-

pendencia de si la formulación de este precepto puede considerarse acertada, teniendo en cuenta que, para la opinión dominante, no son la ley o el contrato, por limitarnos a los supuestos habituales, la fuente auténtica de la obligación, sino determinados hechos a los que el Derecho positivo anula tal posibilidad, resulta obvio que entre las magnitudes allí citadas en tal sentido no se cuenta el supuesto que ahora nos ocupa.

Esta circunstancia no ha impedido, sin embargo, que la materia en estudio haya suscitado considerable interés en la doctrina, por lo común de cuño civilista, que se ha interrogado desde hace mucho tiempo sobre la idoneidad de la voluntad unilateral para convertirse, por sí sola, en fuente de obligaciones respecto de quien la emita. Ello no significa, por lo demás, que la cuestión haya sido contemplada exclusivamente desde un planteamiento de corte dogmático o abstracto; es también notorio que, en varias ocasiones –no muchas, ciertamente–, la Jurisprudencia, mediante diversas sentencias del Tribunal Supremo, ha dado título de plena legitimidad jurídica a la reflexión sobre el problema que nos ocupa, aportando sus criterios al respecto, los cuales, como se verá, no se han distanciado de manera sustancial de los que han predominado entre los autores.

Son bien conocidos, en cualquier caso, los criterios que constituyen el planteamiento prevalente entre nosotros respecto de la materia en estudio y que pueden ser resumidos en una sencilla proposición: la voluntad unilateral o, quizá mejor, la declaración de tal carácter (así, Díez-Picazo, 1974, p. 462; alude a la «imprecisión doctrinal» en la denominación del supuesto De Castro, 1977, p. 941; mantiene la fórmula inicial Lalaguna, 1975, p. 801) será fuente de obligaciones cuando así lo establezca una norma de manera expresa y, fuera de este supuesto, únicamente de manera excepcional. De este modo, las situaciones en las que, al margen, en su caso, de toda tipificación legislativa, se ha querido ver algún ejemplo de nacimiento de una obligación por la concurrencia exclusiva de la voluntad de un determinado sujeto pueden ser reconducidas a figuras menos artificiales y más congruentes, por otra parte, con la auténtica realidad de los hechos (oferta contractual, reconocimiento de deuda, entre otras), y con menos difícil encaje en el sistema de nuestro Derecho de obligaciones y contratos, tal y como se deduce, como punto de partida, de la regulación contenida en el CC.

En aquellos casos, no obstante, donde quepa apreciar el surgimiento de una obligación derivada exclusivamente de la voluntad unilateral de un sujeto, como de manera esencial sucede, según es sabido, en la promesa pública de recompensa, resulta necesario preguntarse por su causa. Y es que, como se ha dicho con acierto (Lalaguna, 1975, p. 801), la voluntad unilateral necesita una justa causa, tanto si es una de las típicas del art. 1254 CC, como si se trata de

«otra justa causa» (art. 1901 CC). Dentro de esta temática, hace falta, en segundo lugar, precisar de qué concreta causa se habla cuando se afirma la existencia de una obligación derivada de la voluntad unilateral. Sobre la base de lo ya establecido en la ya antigua, pero relevante STS de 3.2.1973, se ha propuesto entre nosotros situar en la *causa credendi*, como regla general, el fundamento económico-social de la mencionada obligación, de nuevo ubicada en el ámbito de la promesa pública de recompensa (así, Díez-Picazo, 1974, p. 465).

Parece acertado este planteamiento, a la vista de que, en dicho contexto, el promitente espera una contraprestación, tras efectuar la prestación (recompensa) prometida. No parece posible acudir, en tal sentido, a la *causa solvendi*, teniendo en cuenta que la obligación de pagar se deduciría de un vínculo jurídico preexistente del que la promesa sería, en su caso, una suerte de declaración confesoria, con alcance meramente probatorio. Tampoco procedería acudir a la *causa donandi*, dado que, como es bien sabido, la donación en nuestro sistema jurídico es esencialmente revocable (Díez-Picazo, 1974, pp. 463-465). Sin perjuicio de estas consideraciones, no conviene excluir, por último, la viabilidad en el tema que nos ocupa de una posible causa de garantía (*causa cavendi*) (en general, Lacruz, 1981, p. 709), susceptible de concurrir, de forma no siempre equivalente, en los diversos supuestos, también atípicos, característicos de las llamadas cartas de patrocinio, a las que se aludirá más adelante como posible ejemplo de surgimiento de obligaciones por voluntad unilateral.

1.2 Los supuestos concretos de manifestación de la voluntad unilateral

Sobre la base de lo que constituye la indicada *communis opinio*, son esencialmente dos los supuestos en los que se admite entre nosotros la pertinencia de la formulación a cuyo estudio se dedica este trabajo: así, se afirma que la voluntad de un solo sujeto será idónea para crear una obligación (será fuente de obligaciones, en suma), en el caso, por un lado, de la promesa pública de recompensa, de la que el concurso con premio sería una variante, y en los títulos de crédito, por otro (Díez-Picazo, 1974, p. 463).

A pesar de la subsunción de ambos ejemplos dentro de una misma categoría, resulta evidente que se trata de realidades no homogéneas, no sólo por las muy diferentes circunstancias económicas y sociales en cuyo contexto se postulan, sino, sobre todo, por su diversa inserción en el ámbito jurídico; en tanto que la promesa pública de recompensa constituye, propiamente, un fenómeno atípico, no obstante su acreditada tipicidad social, en el caso de los títulos de crédito o, más exactamente, en lo que atañe a sus diferentes modalida-

des dentro de la más amplia categoría de los títulos-valor, nos encontramos, por regla general, ante figuras tipificadas legislativamente. Por ello, el particular régimen normativo de cada una de ellas permite comprobar los caracteres de la creación unilateral de la obligación documentada, sin ignorar, eso sí, la existencia de realidades negociales subyacentes, sobre cuya base, y con mayor o menor abstracción, se construye el correspondiente supuesto cartáceo.

En lo que atañe, en primer lugar, a la promesa pública de recompensa, con su variante del concurso con premio, nos encontramos, pues, ante una declaración unilateral de voluntad dirigida a premiar o beneficiar a quien obtenga un determinado resultado o realice una precisa actividad. El supuesto, por su evidente carácter atípico, ha sido configurado al hilo de las circunstancias propias de la realidad fáctica en la que, con frecuencia, se muestra, sin perjuicio, entre nosotros, de la contribución de la doctrina, más notoria en décadas pasadas (por muchos, Martínez de Aguirre, 1985, *passim*).

Es elemento constitutivo de dicha promesa el hecho de formularse públicamente (*ad incertam personam*) –supuesto predominante en la práctica–, aunque también cabe referirla a un círculo determinado de personas, o, finalmente, en relación con una persona concreta e individualizada. Como toda declaración de voluntad, habrá de partirse de su carácter revocable, aunque sea usual el establecimiento de un plazo o la fijación de un período de tiempo durante el cual no resultará procedente la revocación. A la misma conclusión se llegará, con todo, cuando, sin establecimiento de plazo haya de entenderse mantenida la declaración durante el período de tiempo que se entienda razonable para la obtención del resultado o la realización de la actividad.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, al supuesto de los títulos de crédito, es esencialmente el Derecho positivo quien ha venido a establecer, no sin un extenso debate doctrinal, la unilateralidad de la obligación asumida en el documento. Y así, tal circunstancia se deduce con naturalidad de la incorporación del derecho al título y de los caracteres (literalidad y autonomía) que, sobre todo en países como el nuestro, ha ido configurando la doctrina en relación con la categoría científica y sistemática, que no legislativa, de los títulos-valor, en atención a las circunstancias de los más característicos (ante todo, la letra de cambio), tal y como se deducen de su regulación normativa.

Sin posibilidad de profundizar ahora en este asunto, sí resulta necesario recordar la paulatina y progresiva desmaterialización experimentada por distintas modalidades de los títulos-valor, especialmente acusada en los de participación social, como son, esencialmente, las acciones de las sociedades anónimas cotizadas, y también las obligaciones emitidas por ellas u otras sociedades. En este caso, nos encontramos ante un valor desprovisto de docu-

mentación (entendido el término al modo físico), o, quizá mejor, documentado de manera digital y a disposición de su titular en el correspondiente registro informático. La masificación experimentada por estos bienes no sólo modula su relieve jurídico, desde el punto de vista de la dogmática de los títulos-valor, en el seno de las correspondientes sociedades emisoras, sino que relativiza su relieve en lo que atañe al problema ahora en estudio.

Algo diferente es la cuestión en el ámbito de los títulos de crédito propiamente dichos, sobre cuya base (en particular, por lo que se refiere, una vez más, a la letra de cambio) se construyó dogmáticamente la categoría de los títulos-valor. No obstante, el truncamiento de la letra derivado de su falta de circulación, ya habitual desde los años ochenta del pasado siglo, altera sin necesidad de desmaterialización en sentido estricto los caracteres de este título-valor de emisión individual, aunque no excluye, al igual que en el cheque, también relevante título de crédito singularizado, el alcance de la obligación asumida unilateralmente por su emisor.

1.3 La postura de la Jurisprudencia

No son muchas las ocasiones en que nuestros tribunales se han visto llamados a decidir sobre la posibilidad de que la voluntad unilateral pueda ser, por sí misma, fuente de obligaciones, aunque buena parte de los fallos del Tribunal Supremo, sobre todo en la segunda mitad del pasado siglo, han merecido cumplida atención por parte de los autores. No es fácil encontrar un elemento unificador de esa Jurisprudencia, en la que concurren supuestos ciertamente heterogéneos, sin perjuicio de que, con relativa frecuencia, aparecen situaciones cercanas o incluso idénticas a la promesa pública de recompensa (STS 7.6.1999, Arz. Civ. 883/99), bien se formule genéricamente (*ad incertam personam*), bien vaya referida a una persona concreta y determinada.

Esa colección de fallos, relativamente dilatada en el tiempo, ha merecido juicios dispares desde la perspectiva de la doctrina en ellos establecida. En tal sentido, no ha faltado quien la considerara esencialmente confusa y contradictoria (así, Albaladejo, 1977, pp. 4-12), en tanto que otros autores afirman la existencia de un hilo conductor coherente, sin perjuicio, claro está, de matices peculiares derivados de la variedad de los supuestos enjuiciados (De Castro, 1977, pp. 941-942). En esta misma línea, es posible, además, apreciar una cierta tendencia evolutiva en el criterio del Tribunal Supremo (Díez-Picazo, 1974, pp. 459-463), que no alteraría, por lo demás, las premisas básicas de la doctrina jurisprudencial, expresada en los términos que vienen a continuación.

De este modo, resulta posible afirmar que, para nuestros tribunales, la voluntad unilateral, por sí sola, no constituye en términos generales fuente de las obligaciones, siendo únicamente admisible, fuera de los supuestos tipificados en las normas, en casos excepcionales, por lo común identificados con la promesa pública de recompensa. Si esta orientación, en las primeras sentencias de la serie jurisprudencial, se manifestaba con especial relieve, restringiendo al máximo el alcance –ya de por sí limitado– de la excepcionalidad (Díez-Picazo, 1974, p. 463), la evolución ulterior permitió matizar, no sin cierta ambigüedad, mayor, tal vez, en la forma que en el fondo, este firme criterio. Con todo, es evidente que no cabe apreciar, con el paso del tiempo, cambios sustanciales, tal y como confirma, por ejemplo, la STS 15.10.2011 (RJ 2011/7400), la cual, expresa y literalmente, viene a concluir que «*la voluntad unilateral no es en nuestro sistema, como regla, fuente de obligaciones*» (al respecto, Alonso Pérez, 2018, p. 81, nota 3).

Al mismo tiempo, es común a buena parte de las sentencias el propósito de insertar el significado de la voluntad unilateral como supuesta fuente de obligaciones en los esquemas básicos del Derecho de obligaciones y contratos, casi siempre tratándola al modo de una oferta contractual (STS 11.3.1988, Arz. Civ. 544/88), o bien separándola de situaciones dogmáticamente diferenciadas, dentro de ese sector del ordenamiento, como el precontrato (STS de 30.1.1998) o la *culpa in contrahendo* (STS 16.5.1988, Arz. Civ. 746/88), con las que podría mostrar algún tipo de cercanía. De este modo, lo que termina sucediendo, como se advierte en la relevante STS de 6 de marzo de 1976 (De Castro, 1977, p. 942), es que la declaración unilateral sirve de base, mediante la aceptación de su destinatario, a la conclusión de un contrato unilateral, en el sentido de que sólo queda obligado el declarante, sin posibilidad, por tanto, de contraprestación.

Es claro que la reseñada orientación contractualista, si se admite este calificativo, supone, en términos generales, eliminar de un plumazo la posibilidad de considerar a la declaración unilateral como vehículo idóneo para el surgimiento de obligaciones. Se trata de una tendencia, por lo demás, que también se observa en otros supuestos, cuando se afirma que la declaración unilateral de voluntad puede servir para convertir en estricta obligación civil lo que antes era mera obligación natural (STS 3.2.1973; Díez-Picazo, 1974, 464). Esta conversión o, quizá mejor, sustancial novación, no altera, como es evidente, el valor jurídico de la declaración unilateral, sin perjuicio, claro está, de su indudable, y seguramente muy destacado, relieve probatorio (Díez-Picazo, 1974, p. 462).

2. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA EN EL ÁMBITO INTERNO ESPAÑOL Y EN EL DERECHO COMPARADO: ESTADO DE LA CUESTIÓN

2.1. Premisa

El tema objeto de análisis en este trabajo no ha experimentado una evolución significativa a lo largo de los años, tanto en lo que se refiere al Derecho español como, en términos generales, a los países de nuestro entorno. En lo que atañe, propiamente, a nuestro ordenamiento, resulta notoria la conservación inmutable de la disciplina sobre fuentes de las obligaciones, contenida en el art. 1089 CC, sin perjuicio de la reforma legislativa impulsado por la Comisión General de Codificación, mediante la *Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, a la que se aludirá en seguida por ocuparse expresamente de la cuestión.

Por lo que se refiere a la vertiente jurídico-comparada de la cuestión (Lando/Beale [eds.], 2003, pp. 219-220), como ya se ha dicho, no cabe anotar cambios relevantes respecto de una situación que, sin perjuicio de los matices pertinentes, aparece nítidamente consolidada desde hace considerable tiempo. En tal sentido, y comenzando por los sistemas del *Civil Law*, el planteamiento mayoritario no difiere sustancialmente del que corresponde al Derecho español; ello es así, sin perjuicio de que, en algunos países (como sucede, muy destacadamente, en Alemania), exista con significativa tradición algún supuesto específico dotado de particular tratamiento, como es, por ejemplo, la promesa pública de recompensa (*Auslobung*), vinculante por sí misma sin necesidad de aceptación (véanse, en tal sentido, §§657-661a BGB). Una orientación legislativa similar se advierte en el Código suizo de las obligaciones (art. 8) o en el *Codice civile* italiano (arts. 1989-1991).

En el caso de los sistemas propios del *Common Law*, las promesas unilaterales, como regla general, necesitan aceptación, a salvo de las donaciones, cuya existencia puede ignorar el beneficiario, y los créditos documentarios irrevocables, que se tienen por vinculantes tan pronto como el Banco confirmante comunique al vendedor la apertura de la correspondiente línea de crédito (Lando/Beale [eds.], 2003, p. 219).

Interesa, no obstante, referirse a algunos supuestos reguladores, tanto dentro como fuera de nuestro país, donde la voluntad unilateral, configurada y entendida, esencialmente, como promesa, ha merecido particular atención. Y aunque tales regulaciones no siempre se hayan convertido en norma vigente, permiten afirmar que el problema en estudio sigue teniendo relieve al respon-

der no sólo a una vieja preocupación dogmática, en ocasiones con acusada dimensión especulativa, sino a fenómenos de la vida social necesitados de respuesta desde el ordenamiento jurídico.

2.2 Vestigios de la voluntad unilateral en el ámbito normativo español

a) EL FUERO NUEVO DE NAVARRA

Son dos, en esencia, los niveles que pueden traerse a colación respecto del tema que nos ocupa, bien que su alcance y significación efectiva sean muy distintos. El primero, y más antiguo en el tiempo, se refiere a la regulación de la promesa unilateral en el Fuero Nuevo de Navarra, aprobado, como es sabido, mediante la Ley 1/1973, de 1 de marzo. Sin entrar ahora en el debate, sustancialmente no resuelto, sobre el alcance de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil y de contratos, debe ponerse de manifiesto lo insólito de esta regulación, y no sólo por comparación con lo que nos es conocido dentro del ámbito correspondiente al CC.

En concreto, interesa referirse a la Ley 521 que se ocupa de la promesa unilateral, bajo la denominación, no del todo exacta, de «oferta pública». Desde un punto de vista sistemático, el precepto aparece inserto en el Fuero dentro del Libro IV (De las obligaciones, estipulaciones y contratos), título II (De las estipulaciones), capítulo I (De las promesas), y dice literalmente lo siguiente:

«Toda promesa sobre cosa y bajo condición lícitas obliga al que la hace desde que es objeto de publicación suficiente, aunque nadie haya notificado su aceptación. Si el promitente no hubiera fijado plazo, se entenderá mantenida la oferta durante el tiempo que parezca necesario según el arbitrio del Juez. Si una persona determinada hubiera notificado al promitente su aceptación antes de caducar la oferta, ésta se entenderá mantenida, respecto al aceptante, durante un año y día, a no ser que en el momento de la aceptación se hubiere convenido otro plazo.»

El texto, no modificado desde la promulgación del Fuero (entonces «Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra», de acuerdo con el sistema regulador de las particularidades civiles de algunas regiones españolas), recoge de manera notoria el núcleo esencial de aspectos que se han revelado determinantes para el tratamiento de la voluntad unilateral como posible fuente de las obligaciones. Así se deduce, desde luego, de la ubicación sistemática del precepto, pero, sobre todo, de haber asumido el legislador, como requisito necesario de la promesa, el hecho de que recibiera «publicación suficiente», con la vinculación del promitente durante el plazo por él establecido, sin perjuicio de

la atribución al juez, en su defecto, de la correspondiente facultad. Por último, se alude a la aceptación por persona determinada de la oferta del promitente, con la prórroga de su vigencia en los términos que la propia Ley 521 refleja.

Sin perjuicio, como es natural, de la existencia de opiniones que ven en dicho precepto un ejemplo auténtico del tema que nos ocupa (así, por ejemplo, Albaladejo, según lo que dice De Castro, 1977, p. 949), parece más seguro afirmar, sobre la base de un autorizado criterio (De Castro, 1977, p. 950), que la Ley 521 no reconoce propiamente a la voluntad exclusiva de un sujeto el carácter de fuente de obligaciones. De entrada, en el Fuero Nuevo no se regula dicha cuestión con perspectiva general, sino sólo la oferta pública, como aparente subespecie de la voluntad unilateral entendida como categoría genérica. Por otra parte, la norma en estudio somete la promesa a condición y permite su revocación en tanto no haya sido aceptada, sin perjuicio de que por su clara inspiración en las fuentes romanísticas, lo contemplado en ella haya de ser visto, en realidad, como un negocio jurídico basado en el consenso, sin perjuicio de su naturaleza unilateral.

b) LA *PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS*

Como es bien sabido, la Comisión General de Codificación presentó, en 2009, un importante documento que llevaba por título *Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, y que aspiraba a ser el fundamento de una regulación sustancialmente renovada de la materia. Dicha *Propuesta* intentaba dar continuidad al espíritu que animó la elaboración de los textos de carácter supranacional a los que se ha aludido en el apartado anterior, al tiempo que rompía una lanza por la decidida renovación de este sector, auténticamente decisivo, en el ámbito del ordenamiento jurídico-privado (Morales Moreno, 2006, *passim*).

Transcurrida una década desde entonces, no resulta posible, por desgracia, reseñar algún curso evolutivo de tan importante documento, al margen, si bien con otra dimensión, de la *Propuesta de Código civil*, debida a la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Interesa destacar ahora, sin embargo, que en la *Propuesta de Modernización* se regulaba expresamente la, así llamada, «promesa unilateral de una prestación», cuyo régimen se trasladará después, en su integridad, a la *Propuesta de Código*.

Entrando, con brevedad, en el análisis de la *Propuesta de Modernización*, dentro del tema en estudio, su art. 1092 (equivalente al actual art. 1089 CC), se

limitaba a afirmar en su inciso final que «*la propuesta unilateral de una prestación solo obliga en los casos previstos por la ley*». No obstante, a renglón seguido, el art. 1093, sin equivalente, como es obvio, en nuestro CC, ahondaba en el tratamiento de dicha promesa, con arreglo a las líneas generales de su regulación en otros Derechos (Alonso Pérez, 2018, p. 82) y su primer párrafo disponía que:

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

Seguidamente, el indicado art. 1093 declaraba la revocabilidad o modificabilidad de la propuesta a voluntad del promitente, sin perjuicio de que, si se hubiera establecido un plazo de vigencia de la misma, sólo podría revocarse o modificarse en el caso de que mediara justa causa. Por último, el precepto declaraba ineficaz la revocación o modificación de la promesa «*si la conducta, el resultado o la situación previstos se hubieren ya realizado*», al tiempo que ordenaba dividir la prestación prometida entre las personas que, conjunta o separadamente, hubieran obtenido el resultado previsto «*en proporción a la participación de cada uno en el resultado*».

El tiempo transcurrido desde que se elaboró la *Propuesta de Modernización* no quita valor, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, al régimen allí establecido sobre la promesa unilateral. Es más, parece razonable acudir a esa regulación, cuyos diversos elementos no han merecido, por desgracia, excesiva atención en la doctrina (cfr., no obstante, Alonso Pérez, 2018, pp. 95-106), con vistas a precisar, en su caso, el tratamiento que, de *lege ferenda*, cabría dispensar entre nosotros a aquellas situaciones susceptibles de ser encuadradas, con mayor o menor exactitud, en los moldes de la promesa unilateral. Y, precisamente, porque no se dispone en el Derecho español de una adecuada regulación al respecto, ni parece previsible que la haya a corto o medio plazo, adquiere más relieve el, por otra parte, valioso planteamiento contenido al efecto en el at. 1093 de la *Propuesta de Modernización*.

2.3 La promesa unilateral en los *Principios de Derecho contractual europeo*

Como es bien sabido, las últimas décadas, desde el pasado siglo, han sido pródigas en iniciativas dirigidas a unificar, dentro del ámbito europeo, el Derecho de obligaciones y contratos, bien con carácter genérico, bien atendiendo a

particularidades concretas de la materia. Sin posibilidad de aludir detenidamente a todas ellas, centraremos la atención en los *Principios de Derecho contractual europeo*, con alguna referencia final a otros textos de entidad semejante. Se justifica este criterio, desde luego, por la ambiciosa orientación de los *Principios*, susceptible de abarcar el completo contenido de la parte general del Derecho de obligaciones y contratos, pero también por el propósito de lograr, mediante sus concretas soluciones, el mejor equilibrio entre los sistemas de Derecho continental y del *Common Law*.

Además, dentro de esa amplia regulación, resulta de considerable interés la referencia explícita al tema que nos ocupa, basada en un criterio orientador aparentemente favorable, en términos genéricos, a la aceptación de la promesa unilateral como fuente de las obligaciones. A este respecto y, por supuesto, de modo genérico, no se puede ignorar que los *Principios*, al igual que la gran mayoría de las iniciativas semejantes, no han alcanzado la condición de textos vigentes; ello les priva, lógicamente, de fuerza vinculante, relegándoles a la modesta condición de documentos de trabajo, con predominante interés doctrinal. Con todo, la sustancial originalidad del planteamiento contenido en los *Principios*, en un contexto dominado, por lo común, por la falta de regulación del problema en estudio, justifica que le prestemos atención aquí.

En este sentido, hay que referirse al art. 2: 107 donde se contemplan, con enunciado ciertamente sintético, las «promesas obligatorias sin aceptación», disponiendo al efecto lo siguiente:

«Una promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación es vinculante.»

Resulta notorio el carácter genérico con el que se configura, tanto literal como sustantivamente, el precepto; y ello, con independencia del contenido que la promesa en cuestión pueda tener. De los comentarios, ciertamente escasos, que a esta regulación hizo la comisión de juristas que elaboró los Principios (Lando/Beale [eds.], 2003, pp. 217-219), cabe destacar ahora dos elementos de distinto orden. En primer lugar, se pretende distinguir lo que es propiamente la promesa regulada en el art. 2: 107, de una oferta contractual, en sentido estricto. Y si en ésta su autor no queda obligado, a menos que se acepte lo propuesto por él, la promesa, comunicada a un sujeto determinado o al público en general, resultará vinculante sin necesidad de aceptación. Para que se produzca este efecto es necesario, no obstante, que nos encontremos ante una auténtica promesa, lo cual habrá de deducirse del modo en que se haya formulado o de las circunstancias que puedan concurrir, en tal sentido, con motivo de su formulación.

En segundo lugar, la promesa unilateral carece de un tratamiento específico en el seno de los *Principios*, y para su ordenación normativa se recurre a las reglas generales previstas en ellos para los contratos. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 1: 107, que establece la aplicación analógica de los *Principios*

«a las promesas unilaterales y a cualesquiera otras declaraciones y conductas que demuestren intención.»

No se trata, con todo, del único precepto de naturaleza estrictamente contractual susceptible de aplicación al supuesto que nos ocupa. Del mismo modo, resultarán aplicables a las promesas los arts. 2:102 (Intención de vincularse contractualmente) y 2: 103 (suficiencia del acuerdo, con arreglo a lo declarado por las partes o conforme a lo establecido por los Principios); esta inserción de la promesa unilateral en los moldes comunes a la regulación de los contratos se complementa con la aplicación añadida de otros preceptos de idéntico carácter, entre los que cabe destacar ahora el art. 1:303, relativo a la «comunicación», es decir al modo, escrito o no, mediante el cual se produzca la interacción entre los sujetos a los efectos de su posible vinculación jurídica. Por lo demás, bajo el término «comunicación» se incluyen también, con arreglo al apartado sexto del precepto últimamente citado

«promesas, declaraciones, ofertas, aceptaciones, demandas, solicitudes o cualquier otro contenido.»

No es seguro, con todo, el alcance efectivo que la regulación de la promesa unilateral pueda tener en los *Principios*, ya que, como se ha dicho (Alonso Pérez, 2018, p. 85), además de la perspectiva propia de los países del *Civil Law*, los juristas pertenecientes al círculo del *Common Law* incluyen a la donación como ejemplo de dicha promesa. De modo que la mezcla de los dos planos, es decir, el entendimiento de la promesa como fuente de obligaciones y, a la vez, como mecanismo de transmisión de titularidades jurídico-reales, difumina el alcance de la regulación, quizá como consecuencia ineludible del propósito de unir dos tradiciones jurídicas diversas en la materia.

Con todo, no resulta inconveniente la atención prestada aquí a los *Principios*, desde luego a la vista de su importancia intrínseca, pero también de acuerdo con la influencia que han tenido en el tratamiento de la promesa unilateral dentro del *Proyecto de Marco Común de Referencia* (DCFR, por sus siglas en inglés), en el que, por otra parte, se ha incluido una significativa referencia a los negocios jurídicos unilaterales (Alonso Pérez, 2018, p. 83). Tampoco es seguro el significado que deba atribuirse al propósito regulador del DCFR en lo que atañe precisamente a la voluntad unilateral (concretada en una determinada

promesa) como fuente de obligaciones, lo que ha llevado entre nosotros a hablar de «confusión» e, incluso, a dudar de que, en efecto, se haya pretendido ordenar normativamente dicho supuesto (Alonso Pérez, 2018, p. 92).

Mayor claridad parece haber, por último, en el *Código europeo de contratos*, elaborado en la Academia de Derecho privado de Pavía. En dicho texto, puede afirmarse sin género de duda (Alonso Pérez, 2018, pp. 92-93) que se regula expresamente la promesa pública, distinguiéndola de la oferta y de la publicidad comercial, en línea equivalente a la que se observa en los ordenamientos nacionales a los que se ha hecho alusión con anterioridad.

3. LA VOLUNTAD UNILATERAL COMO POSIBLE FUENTE DE OBLIGACIONES EN ALGUNOS SUPUESTOS ACTUALES

3.1 Premisa: voluntad unilateral, empresa y mercado

Como en tantas otras vertientes de la vida jurídica, sobre todo cuando se trata del amplio campo del Derecho privado patrimonial, regido, como criterio de orden genérico, por la autonomía de la voluntad, también en el terreno de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones pueden surgir, desde el mismo tráfico jurídico, supuestos nuevos susceptibles de ser encuadrados en dicha figura. No parece, sin embargo, que exista en dicho terreno una alta creatividad o, al menos, eso es lo que puede deducirse de los, por otra parte, escasos estudios que, en nuestro tiempo, intentan dar cuenta del estado de la cuestión.

Con todo, parece posible identificar en el actual tráfico jurídico algunas situaciones, desprovistas, por lo común, de tipificación jurídica, a las que, en principio, pudiera convenir bien su comprensión y tratamiento desde la realidad característica de la voluntad unilateral. Se trata, según nuestro criterio, de supuestos que, surgidos en el ámbito de la actividad empresarial, no resultan ajenos a los condicionamientos derivados de la inserción de los operadores económicos en el mercado. Hablamos, por tanto, de la realidad, jurídica e institucional, del Derecho mercantil, cuya siempre problemática delimitación (Embid Irujo, 2016- 2017, pp. 397-437) no impide afirmar que la empresa y el mercado sean en nuestros días los «centros organizadores» de dicha disciplina.

Y resulta notorio que, aun al margen de los supuestos concretos derivados de la evolución de la actividad empresarial susceptibles de incardinarse en la temática que nos ocupa –y a los que de inmediato se aludirá–, se observa desde hace considerable tiempo (así, Garrigues, 1963, pp. 23-27) la vinculación entre la vertiente mercantil del Derecho de obligaciones y contratos y la creación de obligaciones por la sola concurrencia de la voluntad de un solo sujeto.

De acuerdo, entonces, con el planteamiento esbozado, nos referiremos, por un lado, a la *declaración de mantenimiento de la participación* en el capital de una sociedad, que suele figurar, sola o en compañía de otras, en el contenido de las denominadas «cartas de patrocinio» (*comfort letters*); se trata de documentos de uso muy frecuente en el ámbito de los grupos de sociedades a la hora de hacer posible la financiación de la sociedad participada, como elemento de garantía, tomando el término con mucha holgura, para la entidad de crédito financiadora. Por otro, aludiremos al singular fenómeno de la *responsabilidad social corporativa* (en adelante, RSC), a través del cual se canalizan compromisos diversos, al servicio del interés general, de las empresas de mayor dimensión. Desde la perspectiva que nos ocupa, los dos supuestos indicados pueden considerarse a priori como auténticas declaraciones unilaterales de voluntad y *grosso modo* muestran sensibles elementos de cercanía con la figura genérica de la promesa.

Aun tratándose en ambos casos, como regla general, de figuras desprovistas de regulación, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, la propia realidad empresarial y del mercado ha ido moldeando sus perfiles, con mayor intensidad, eso sí, en el caso de las cartas de patrocinio, a la vista de su amplia y sostenida presencia en el tráfico desde hace tiempo, así como a la contribución de la doctrina y de la jurisprudencia (al respecto, inicialmente, Suárez González, 1994, *passim*). El significado jurídico de la RSC es, sin embargo, mucho más tenue y, sobre todo, en los medios empresariales resulta frecuente el criterio de considerarla un fenómeno puramente voluntario, ajeno al mundo del Derecho.

No obstante, se empieza a esbozar, desde la esfera interna y también desde la vertiente internacional, una cierta regulación susceptible de modificar el voluntarismo desde el que se suele entender y analizar la RSC, como muestra la todavía reciente normativa sobre información no financiera introducida entre nosotros por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (BOE n.º 314, de 29.12. 2018, en adelante Ley 11/2018).

3.2 La declaración de mantenimiento de la participación en el capital de una sociedad en el contexto de las cartas de patrocinio

a) PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

El frecuente uso en la realidad empresarial de las cartas de patrocinio ha permitido fijar con cierta nitidez sus principales elementos configuradores; al

mismo tiempo, ha permitido distinguir entre cartas «fuertes» y «débiles», de acuerdo, por regla general, con la intensidad obligatoria del compromiso asumido por quien expidió la carta (normalmente, la sociedad situada en la cima de un grupo de sociedades), es decir de la garantía ofrecida, en su caso, a la entidad de crédito financiadora. Frente a una consolidada opinión, no debe pensarse, sin embargo, que las cartas débiles carezcan plenamente de efectos jurídicos-obligacionales; se trata, más bien, de que, como se ha afirmado (Alcalde Silva, 2017, p. 55), esos efectos no nacerán de la declaración de voluntad de la sociedad patrocinadora, sino, más bien, de las reglas de responsabilidad *in contrahendo* por la confianza suscitada por la declaración. En cualquier caso, la distinción entre cartas fuertes y débiles carece, por regla general, de apoyo en el Derecho positivo, como la figura misma de las cartas de patrocinio, sin perjuicio de su notorio arraigo en la doctrina y también en la Jurisprudencia (al respecto, entre otras STS 731/2014, de 26 de diciembre, y STS 424/2016, de 27 de junio), y es susceptible de tener relieve en el tema que nos ocupa.

Sin que haya una expresión canónica de lo que signifique, por sí sola, una declaración de mantenimiento, resulta posible indicar que, en lo esencial, su contenido se circunscribe a manifestar en la carta el nivel de participación en el capital social por parte de la sociedad declarante, con el compromiso de mantenerla hasta que la sociedad participada cumpla las obligaciones contraídas con la entidad de crédito. En bastantes casos, se añade la idea de solicitar la autorización de la entidad de crédito para que pueda modificarse dicho nivel de participación; y no es infrecuente, por último, el compromiso de otorgar garantía suficiente, a juicio de la entidad de crédito, si tras esa modificación dejara la patrocinadora de controlar a la sociedad participada.

En cuanto tal, la mera o nuda declaración de mantenimiento podría dar lugar a una carta débil, de acuerdo con la terminología dominante en el sector, aunque no sea esta una opinión plenamente compartida entre los autores (en este último sentido, Alcalde Silva, 2017, p. 56). Y esa «debilidad» no se perdería del todo si se añadieran los complementos indicados en el párrafo anterior, aunque parece evidente que la posición de la entidad de crédito quedaría mejor garantizada, sobre todo si concurriera el último de los incisos mencionados en el párrafo anterior. No parece dudoso, en todo caso, que la indicada formulación constituye un ejemplo nítido de declaración unilateral de voluntad, como, en general, ha sostenido de las cartas de patrocinio la STS 424/2016, que llega incluso a afirmar, en caso de cartas «fuertes», la existencia de un negocio jurídico de carácter unilateral, en el sentido de que sólo surgirían obligaciones para la sociedad emitente o patrocinadora.

b) LA DECLARACIÓN DE MANTENIMIENTO COMO PROMESA UNILATERAL DE UNA OBLIGACIÓN DE NO HACER

Dejando, por ello, al margen la temática completa de las cartas de patrocinio, interesa determinar, en la presente ocasión, si la declaración de mantenimiento, por sí sola, llegaría a constituir, como declaración unilateral de voluntad, fuente exclusiva de obligaciones para su emisor. Como punto de partida, conviene destacar la frecuencia con la que, desde sectores diversos, se excluye la juridicidad de esa declaración, limitándola a ser un ejemplo de mero compromiso moral, sin llegar a ser una garantía verdadera para la entidad de crédito; y ello es así, sobre todo, si la redacción concreta otorgada a la declaración indicada (o, incluso, a otras de distinto contenido) acentuara, con auxilio de ciertas formulaciones retóricas, la singularidad del supuesto y la ajениdad del mismo a los supuestos clásicos de vinculación en el Derecho de obligaciones y contratos

Resulta indudable que, en cuanto tal, la declaración de mantenimiento no puede ser considerada un supuesto equivalente al de una estricta garantía personal, tal y como se configura dicha categoría entre nosotros. Sin embargo, puede servir, por sí misma, para facilitar la concesión del crédito solicitado por la sociedad participada por la declarante, aunque nada tenga que ver con él. Parece evidente que el compromiso de mantener la participación se encuentra desvinculado del crédito, en su caso, concedido y, en todo caso, traduce una voluntad precisa y decidida: la de seguir manteniendo integrada a la sociedad participada dentro de la estructura empresarial del grupo regido por la sociedad declarante.

Tal cosa supone afirmar la existencia de una obligación unilateral expresada a través de la declaración de mantenimiento de la participación, cuya cercanía a la promesa resulta notoria; se trata, por lo demás, de una obligación negativa, pues el compromiso de la sociedad declarante de mantener su participación en la sociedad solicitante del crédito implica necesariamente el abstenerse de alterar el nivel de participación declarado, por lo que el contenido de la prestación prometida se sustanciará, como criterio genérico, en un no hacer de amplio espectro: no sólo consistente en no vender, sino también en no comprar, acciones o participaciones, según sea la naturaleza de la sociedad participada. Y, en caso de incumplimiento, surgirá para la sociedad declarante un deber de indemnizar a la entidad de crédito por no haber hecho honor a la confianza suscitada en esta última merced a la emisión de la carta y la declaración de mantenimiento allí expresada.

Y ello, claro está, sin perjuicio de ulteriores complementos, a propósito, por ejemplo, de los aumentos de capital que se acuerden por la sociedad participada, idóneos para poner en juego, en la mayoría de los casos, el ejercicio del derecho de preferencia por la sociedad declarante; tal situación puede alterar cuantitativamente la participación de esta última en la sociedad solicitante del crédito, aunque no tiene por qué conducir a que se modifique el nivel de la misma, o, quizá mejor, el alcance efectivo de la influencia de aquélla en ésta. Parece claro, en todo caso, que la puesta en práctica de tal eventualidad requerirá, a buen seguro, la intervención o, al menos, la anuencia, de la entidad de crédito.

Por lo expuesto, la declaración de mantenimiento puede ser considerada un concreto supuesto de *promesa* (así, en general, Alcalde Silva, 2017, p. 62) de carácter unilateral que compromete a quien la hace frente a su destinatario, sin necesidad de aceptación por su parte. No es una declaración expresada a través de un anuncio público (*ad incertam personam*) y se dirige precisamente a un sujeto determinado, a quien compete decidir, como ya sabemos, sobre la concesión del crédito solicitado por la sociedad participada. Este extremo, susceptible de dar lugar a una amplia casuística, de imposible tratamiento aquí, no desmentiría por sí solo la aptitud de la sociedad declarante para establecer unilateralmente una determinada obligación, tal y como cabe deducir, entre otros extremos, de lo indicado a tal efecto en el art. 1093 de la *Propuesta de Modernización*.

Es más, con arreglo a lo establecido en dicha norma bien podríamos considerar el supuesto de la declaración de mantenimiento como un ejemplo de promesa consistente en configurar una prestación (si bien negativa) por parte de la sociedad declarante, en cuanto promitente, a favor de quien se encontrara en una determinada situación, es decir, la entidad de crédito, entendida, por lo tanto, como promisorio.

3.3 Los compromisos asumidos en el marco de la llamada «responsabilidad social corporativa»

a) CONSIDERACIONES GENERALES

La RSC representa hoy, seguramente, la expresión más acreditada y generalizada de la dimensión social que se abre paso en nuestros días como un elemento más del comportamiento en el mercado de numerosas empresas, sobre todo, las de mayor tamaño. Si, con arreglo a la regulación codificada del contrato de sociedad, es inherente a sus distintas figuras el propósito lucrativo,

como elemento característico de su causa, no puede ignorarse la frecuencia con la que, desde hace décadas, se promueve la asunción por ellas de fines de alcance o interés general (la sostenibilidad, la protección del medio ambiente, los derechos humanos, la transparencia, etc.), bien en el ejercicio de su propio objeto, bien como elemento específico de comportamiento, para la satisfacción, en todo caso, de un conjunto heterogéneo e indiferenciado de beneficiarios (*stakeholders*).

Nos encontramos, así, ante una vertiente significativa de la actividad empresarial, con importantes efectos organizativos en su seno y con relevantes consecuencias prácticas desde la perspectiva externa y de la opinión pública; al fin y al cabo, la posibilidad de que una empresa sea considerada «socialmente responsable» representa para su titular un valioso elemento de prestigio en el marco de la lucha competitiva desarrollada en el mercado. No es seguro, sin embargo, el alcance jurídico que pueda tener la RSC, sin perjuicio de su paulatina aparición en normas de distinto significado, como, por ejemplo, el art. 529 ter, 1.º, a) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), cuando considera facultad indelegable del Consejo de administración de las sociedades cotizadas la aprobación de «*la política de responsabilidad social corporativa*».

Pero, al lado de este ejemplo de «Derecho firme», también se alude a la RSC en importantes documentos de «Derecho blando» como el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (en adelante CBGSC), en su versión de 2105, y más concretamente sus recomendaciones 54 y 55. Si en el primer caso, puede hablarse de vinculación normativa en relación con el supuesto de hecho regulado, es decir, en lo que atañe a la competencia para formular la política de RSC en la sociedad cotizada, no sucede lo mismo en el segundo, dado que allí sólo se contemplan meras recomendaciones, que pueden ser seguidas o no por las sociedades destinatarias del CBGSC, asumiendo en este último caso la obligación de explicar las razones que han llevado a su no seguimiento. En su versión de 2020, no obstante, el CBGSC ha aumentado considerablemente las referencias al tema que nos ocupa, si bien el término preferentemente utilizado es el de «sostenibilidad», de alcance tal vez más amplio que el de RSC. Este cambio, en todo caso, no altera la naturaleza del citado documento, cuyo carácter de «Derecho blando» se mantiene, sin vinculación, por ello, para sus destinatarios, las sociedades cotizadas; con todo, si estas no siguieran las recomendaciones relativas a la sostenibilidad, deberán explicar sus motivos.

Quedan claras, en todo caso, las dudas existentes en torno a la RSC desde el punto de vista jurídico, en todo caso, si ese «programa para la acción» constituye, en general, una auténtica obligación para las empresas o se trata, más bien, de una actividad puramente voluntaria de las mismas, como, según ya sabemos, es considerada por la opinión todavía dominante en el ámbito empresarial. Con independencia de que se haya podido hablar al respecto de la existencia de una posible costumbre, aplicable en el ámbito específico de las empresas comprometidas con la RSC (Embid Irujo, J. M./Del Val Talens, 2016, pp. 90-93), resulta necesario destacar la paulatina adopción de medidas legislativas vinculantes, como la relativa a la información no financiera en la Ley 11/2018, si bien en ámbitos circunscritos por razón de la materia regulada, así como por el limitado círculo de destinatarios (los grupos de empresas de mayor dimensión) a los que se dirige.

No faltan, por último, algunas aportaciones de la Jurisprudencia, que, sobre todo a nivel internacional, ha extraído algunas consecuencias, desde la vertiente de la responsabilidad civil, de la inobservancia de un comportamiento responsable por parte de las entidades dominantes en los grandes grupos de empresas en relación con las cuestiones medulares a las que se dirige la RSC.

b) LA VOLUNTAD UNILATERAL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES Y LA RSC

De lo que antecede, cabe reiterar el significado todavía impreciso, desde el punto de vista jurídico, de las actuaciones y compromisos asumidos por las empresas en el marco de la RSC. A diferencia de lo observado a propósito de las cartas de patrocinio, cuya tipicidad social, aun a falta de la mínima regulación jurídica, resulta evidente, en el caso de la RSC nos encontramos con un fenómeno complejo, todavía no bien delimitado, a pesar del considerable relieve que atesora en nuestros días y de los abundantes esfuerzos que, desde distintas vertientes sustantivas y varios niveles institucionales (sobre todo de carácter internacional), se están llevando a cabo. Esa «situación magmática» no impide, sin embargo, apreciar algunos elementos relevantes en relación con el tema en estudio, a la vista de que no parece dudoso que la RSC pueda ser considerada, a grandes rasgos, como una notoria promesa de realizar acciones u omisiones diversas en el marco de los fines de interés general que le caracterizan.

Por su propia naturaleza, y a diferencia de lo visto a propósito de las cartas de patrocinio, se trataría de una promesa formulada con carácter de gran generalidad (*ad incertam personam*), pero no con el propósito, al menos en principio, de que el promitente efectúe una prestación determinada de acuerdo

con lo establecido, por ejemplo, en el art. 1093 de la Propuesta de Modernización. En tal sentido, mediante esa promesa se trata de satisfacer intereses de orden general en beneficio de una comunidad de destinatarios sumamente amplia, sin que se espere de sus distintos miembros la realización de una actividad, la obtención de un resultado o, en última instancia, que se encuentren en una determinada situación, sin perjuicio de que, en casos específicos, pudiera darse esta última posibilidad.

Cabría decir, por tanto, que la voluntad unilateral de la empresa que aspira a ser socialmente responsable declara una promesa pura, vinculante para ella misma, susceptible de traducirse, por lo común, en acciones y en omisiones determinadas, por completo desvinculada de la aceptación de sus múltiples destinatarios o de la conducta que, en su caso, pudieran desarrollar. De este modo, la singularidad del fenómeno que nos ocupa termina por desbordar los estrechos moldes de la construcción, esencialmente dogmática, de la promesa unilateral, aunque conserva, si se mira bien, suficientes elementos de la misma como para dar lugar a un supuesto novedoso de creación de obligaciones por la sola voluntad del sujeto declarante. Habrá que ver, por lo demás, la evolución que experimente el fenómeno de la RSC para consolidar o rechazar, en todo caso, la opinión aquí sostenida.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La voluntad unilateral como fuente de obligaciones sigue siendo, en nuestros días, un tema relevante dentro del Derecho de obligaciones y contratos, sin que el paso del tiempo, por otra parte, haya alterado sustancialmente el perfil dogmático con el que fue configurado hace ya unas cuantas décadas. No ha habido, en tal sentido y por lo que al Derecho español se refiere, novedades en el terreno legislativo ni, por su parte, encontramos aportaciones doctrinales o jurisprudenciales especialmente novedosas en tal sentido. Puede decirse, por ello, que se mantiene el criterio de considerar excepcional, fuera de las expresas previsiones normativas, en su caso, la posibilidad de que la mera voluntad de un sujeto pueda crear, por sí misma, obligaciones vinculantes para el declarante.

No puede ignorarse, con todo, la existencia de algunos supuestos propios de la actividad mercantil en los que, con carácter generalmente atípico, parece posible identificar situaciones en las que el despliegue de la voluntad unilateral de las empresas pueda dar lugar al nacimiento de singulares obligaciones. Es el caso, a nuestro juicio, de las cartas de patrocinio, por lo que

a la declaración de mantenimiento de la participación se refiere, y, con mayores dudas, de las acciones relativas a la RSC; en tanto que el primer supuesto viene siendo moldeado por la propia realidad del tráfico, el segundo evoluciona a expensas de la actividad de las grandes empresas, con alguna limitada aportación normativa en época reciente. Con todo, el carácter genérico de los fines que caracterizan a la RSC, dirigidos, por lo común, a la satisfacción de intereses generales, así como su todavía insuficiente delimitación dificultan su efectivo esclarecimiento desde la perspectiva examinada en el presente trabajo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (1977): «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Revista de Derecho privado*, n.º 61-1, pp. 3-13.
- ALCALDE SILVA, J. (2017): «Las cartas de patrocinio y su recepción en el Derecho chileno. Notas a propósito de una sentencia de la Corte Suprema», *Revista de Derecho*, 242 (julio-diciembre), pp. 39-69.
- ALONSO PÉREZ, M.^a T. (2018): «La promesa pública y unilateral de prestación o recompensa y la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (Análisis de Derecho comparado y en contraste con los textos de Derecho contractual europeo)», *Anuario de Derecho Civil*, LXXI-1.º, pp. 79-109.
- DE CASTRO, F. (1977): «De nuevo sobre la declaración unilateral de voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, XXX, pp. 938-951.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1974): «La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (En torno a la sentencia de 3 de febrero de 1973)», *Anuario de Derecho Civil*, XXVII, pp. 454-465.
- EMBID IRUJO, J. M. (2016-2017): «Aproximación al significado actual del Derecho Mercantil en Europa», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 100-101, pp. 397-437.
- EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, P. (2016): *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- GARRIGUES, J. (1963): *Tratado de Derecho Mercantil*. III-1.º, *Obligaciones y contratos mercantiles*, Madrid, edición del autor.
- LACRUZ, J. L. (1981): «La causa en los contratos de garantía», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 544, pp. 709-756.
- LALAGUNA, E. (1975): «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Revista de Derecho privado*, n.º 59-9, pp. 801-826.
- LANDO, O./BEALE, H. [eds.] (2003): *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II* (edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz), Madrid, Consejo General del Notariado.

■ ESTUDIOS DE DERECHO DE CONTRATOS

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (1985): *La promesa pública de recompensa*, Barcelona, Bosch, 1985.

MORALES MORENO, A. M. (2006): *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (1994): *Las declaraciones de patrocinio. Estudio de las denominadas «cartas de confort»*, Madrid, La Ley.

XIII

LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho Civil

*Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General
de Codificación*

SUMARIO: 1. La necesidad de redefinir la capacidad para contratar en el Código civil español.—2. La capacidad para contratar de las personas con discapacidad tras la LRAPD. 2.1 Regla general de capacidad y ausencia de consentimiento. 2.2 La trascendencia de la ausencia de apoyos. 2.2.1 No existe el apoyo. 2.2.2 Se rechaza el apoyo y se asume el riesgo de la contratación. 2.2.3 No se utiliza el apoyo que se tenía, pero tampoco consta su rechazo.—3. La introducción de la figura de la ventaja injusta (*excursus*).—4. La acción de anulación.—5. Las limitaciones a la facultad de anular y a la restitución.

1. LA NECESIDAD DE REDEFINIR LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Siguiendo las huellas del Derecho romano y del Derecho histórico español, el Proyecto del Código civil de 1851 primero y el propio Código civil

* Buena parte de las ideas sintetizadas en este trabajo se corresponden con las desarrolladas con mayor profusión de detalles en los Comentarios articulados a la reforma civil y procesal en materia de capacidad, pendiente de publicación en el momento de redactar estas líneas; estos comentarios lo he realizado en coautoría con I. Varela Castro, a quien dejo constancia aquí de mi gratitud por su inestimable ayuda.

de 1889 más tarde consideraban al loco o al demente, cuando era incapaz para gobernarse por sí mismo y para administrar sus bienes, como persona susceptible de incapacitación. El Código contempló la incapacitación como un instrumento de protección de los intereses personales y patrimoniales de la persona incapacitada declarando su irresponsabilidad contractual (artículo 1301 CC), si bien cambiaba la curatela histórica por la tutela (artículos 199 y 264 CC en su versión original)¹, lo que suponía que el tutor era el legitimado para actuar en sustitución de su pupilo. A este respecto, conviene recordar que es precisamente respecto de la realización de los actos o negocios jurídicos donde se define, para limitársela o negársela, la llamada capacidad de obrar que ha sido entendida, primordialmente, como capacidad para contratar².

Por lo que ahora nos interesa y dejando al margen el tema de la capacidad para contratar de los menores de edad, el punto segundo del artículo 1263 CC, en su versión original, declaraba que no pueden prestar consentimiento «2.º Los locos y dementes y los sordomudos que nos sepan escribir». Se entendía que cuando, en expresión consagrada, una persona carece de capacidad de entender y querer³, el acto o negocio por ella celebrado no podía ser considerado válido y eficaz. De las posibles soluciones –nulidad de todos los actos, validez de los actos salvo que se demuestre la locura, o anulabilidad– el Derecho histórico optó por esta última al apreciar que era la más favorable para los intereses del incapacitado, aplicando también en su beneficio las diversas disposiciones protectoras perfiladas para el curador del menor, así como la *restitutio in integrum* en toda su amplitud⁴.

El Código civil de 1889, al igual que su modelo francés, pareció mantener la misma idea, aunque lo cierto es que la versión primigenia del artículo 1263.2.º el Código no distinguía según que las personas hubieran sido o no judicialmente incapacitadas⁵. A partir del citado precepto, F. de Castro entendió que es la inca-

¹ F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, Reimp. Fascímil 1984, de la edición de 1952, pp. 297-299, quien, además, a diferencia de lo que mantuvo la STS de 5 de marzo de 1947, partidaria de ajustar la extensión de la tutela a la intensidad del entonces llamado retraso mental, estimaba que el sistema del Código, a diferencia del precedente de 1851, era el de someter al idiota o imbecil a la tutela completa destinada a proteger a su persona y sus bienes.

² Si se prefiere, como dice L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho civil patri-monial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 170, la capacidad para contratar coincide sustancialmente con la capacidad general de obrar.

³ F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, Reimp. Fascímil, 1985, de la edición de 1971, Reimp. 2002, p. 57, quien explica que la voluntad se mueve por la *vis cognoscitiva* y por la *vis appetitiva*.

⁴ F. DE CASTRO Y BRAVO, 1952, p. 311.

⁵ «No pueden prestar consentimiento: ... 2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir». Lo que no impide, a juicio de L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 171, que se tratase de un dato que tiene una especial relevancia y que habrá siempre que tener en cuenta.

pacitación la que hace que el contrato celebrado por el incapacitado nazca viciado y que, por hacerse en beneficio del protegido por ella, no puedan alegar la incapacidad las personas capaces que contrataron con él (artículo 1302 CC); añade el autor que se arbitra así un medio fácil y rápido para la mejor defensa del incapacitado que no cierra la posibilidad de pedir la declaración de nulidad por falta de consentimiento (*ex* artículo 1261 CC), caso en el que será necesaria la prueba de que se actuó sin la razón necesaria en el momento de contratar⁶. Según este criterio, que siguió un sector de la doctrina, el contrato celebrado por el incapacitado dentro del marco de la incapacitación era anulable, mientras que, en el caso de los contratos celebrados por las personas no incapacitadas pero en las que se apreciaba la falta de conciencia y voluntad, el fundamento de la invalidez no podía residir en la ausencia de capacidad sino en la falta de consentimiento contractual, razón por la cual el acto o contrato sería nulo de pleno derecho⁷.

La importante reforma operada por la ley de 24 de octubre de 1983 limitó las causas de incapacitación a «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» –artículo 200 CC, en su versión previgente–, precepto claramente asentado en el modelo médico de la discapacidad pero que implicaba un gran avance con relación al sistema anterior⁸. Se admitió, al menos en teoría, un sistema de graduación de la incapacidad que permitía intensidades diversas, pero que no pudo evitar que en lo relativo a la validez de los actos y negocios del declarado incapacitado cuando la incapacitación era total o la sentencia no la graduaba se mantuviera el criterio de la anulabilidad a instancia del representante del incapacitado o a petición propia, una vez que hubiera sido reintegrado en su capacidad (artículos 1301 y 1302 CC). Esta anulabilidad produciría efectos similares a los derivados del contrato celebrado por el menor de edad y posteriormente anulado; en particular, le serían aplicables las reglas privilegiadas contenidas en los artículos 1304 y 1314 CC.

De modo sorprendente, la mencionada reforma de 1983 dejó intacto el artículo 1263.2.º CC, que bastantes años después fue modificado por la Disposición Final 18.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, para sustituir la mención a

⁶ F. DE CASTRO Y BRAVO, 1952, p. 312.

⁷ F. DE CASTRO Y BRAVO, 1952, p. 312.

⁸ Señalaba L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Nuevas perspectivas del Derecho de las personas», en *Ponencias y Conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación*, Barcelona, 1999; aquí citado en *Ensayos Jurídicos*, t. I, Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters, 2011, pp. 980-992, p. 981, que lo que se trató de hacer en 1983 fue suprimir las más señaladas rigideces del Derecho anterior; además se buscó una cierta dosis de diversificación de los sistemas tutelares, de manera que, de ser posible, habría que hacer un traje a medida, en lugar del *prêt a porter* fabricado para todos; con todo, el propio autor considera más adelante que incapacitación no dejaba de ser una agresión contra las personas.

«Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir» por la referencia simple a los incapacitados. Este precepto se volvió a reformar en fechas bastante más recientes, por mor del artículo 2.29 de la Ley 26/2015 de 28 de julio, conforme al cual el segundo número del artículo 1263 CC declaraba que no pueden prestar consentimiento «2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial», texto vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, LRAPD).

La disposición que se acaba de reproducir dejaba de nuevo abierta la cuestión relativa al destino de los actos y negocios realizados por personas con discapacidades mentales o psicosociales que no han sido incapacitados, pero en los que se aprecia la llamada incapacidad natural⁹, La tesis de la nulidad es sustentada por un sector de la doctrina más reciente¹⁰, mientras que otra parte ha compartido la tesis de la anulabilidad¹¹, si bien por tratarse entonces de una invalidez fundada en la falta de discernimiento y voluntad sería el interesado o su tutor quienes habrían de probar en cada caso y para cada acto concreto la falta de aptitud para contratar, lo cual, por otro lado, resulta perfectamente coherente con la presunción general de capacidad de las personas¹². Además, según algunos autores, de modo excepcional se ha de atemperar el criterio de la invalidez en favor del tercero de buena fe que no conocía y no podía conocer la incapacidad de la otra parte contratante¹³.

En cualquier caso, un esquema como el propuesto en relación con las personas con dificultades importantes en sus competencias cognitivas y volitivas, sobre todo si estaban incapacitadas, es bastante nítido; en él, la incapacitación se configuraba como un expediente técnico que, sin ninguna duda, resultaba muy útil y

⁹ Expresión con la que, en palabras de A. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, t. I, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 153 y p. 681, se alude a aquel sujeto que, debiendo estar incapacitado, no lo está.

¹⁰ J. RIBOT IGUALADA, «Comentario al artículo 1261», en *Comentarios al Código Civil*, A. Domínguez Luelmo, (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 1378.

¹¹ J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, V, abril-agosto, 1984, p. 1576, A. GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 251 ss.; L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 171; A. PERERA, *Derecho de Contratos*, t. I, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 682, aunque este mismo autor en p. 680 dice que la doctrina mayoritaria no excluye la nulidad de pleno derecho.

¹² L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 172, añade que existe otra diferencia en lo que se refiere al cómputo del plazo de cuatro años de ejercicio de la acción de anulabilidad, que en caso del incapacitado se cuenta desde que sale de la tutela y en el caso del enfermo mental no incapacitado habrá de contarse desde la consumación del contrato.

¹³ Sobre la aplicación en este punto del principio de protección de la apariencia jurídica, A. GORDILLO CAÑAS, 1986, pp. 185 ss.

adecuado para la seguridad del tráfico jurídico¹⁴, pero cuyo coste era muy alto en términos de derechos fundamentales de las personas con este tipo de discapacidades. En realidad, este coste consistía en expulsarlas del tráfico jurídico o, cuando menos, en dificultar de modo muy notable su participación en el mercado de los bienes y servicios, cuyo entramado se realiza a través de los contratos y, por extensión, en toda la actuación jurídica que sigue el modelo contractual. Como decían expresamente alguno de los más conspicuos especialistas en la materia con relación al sistema ahora derogado por la LRAPD¹⁵, las restricciones de la capacidad de obrar del (menor) o incapacitado no excluyen el que estos puedan celebrar contratos y obligarse a través de ellos, pero la protección que se les dispensa (cf. artículos 1300, 1301, 1302, 1304 y 1314 CC) es un importante elemento disuasorio para contratar con ellos¹⁶. Por consiguiente, por muy lograda que fuera su configuración técnica, la incapacitación de algunas personas adultas en razón de su discapacidad cognitiva o intelectual era un expediente que no resultaba conforme con los postulados y las exigencias derivados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha Nueva York en 2006 y que forma parte del ordenamiento jurídico español desde 2008. Me basta con señalar aquí que el reconocimiento de que las personas con discapacidad pueden entrar en relaciones jurídicas con otros en igualdad de condiciones que los demás –por lo tanto, ni en mejores ni en peores– es un corolario indispensable del reconocimiento de la personalidad jurídica y de la plena capacidad jurídica (en su doble dimensión de titularidad del derecho y de la facultad para ejercitarlo) que exigen los apartados 1 y 2 del artículo 12 CNUDPD¹⁷.

2. LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA LRAPD

Trataré a continuación de mostrar cómo se ha plasmado en la LRAPD el nuevo modelo de la discapacidad y las exigencias derivadas del mentado ar-

¹⁴ Afirmaba F. DE CASTRO Y BRAVO, 1952, p. 288, que con la declaración judicial de incapacitación se da una mayor estabilidad al estado de las personas y se logra una mayor seguridad para los terceros.

¹⁵ Publicada en el BOE 3 de junio de 2021, y cuya Disposición final tercera establece su entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado; la nueva regulación está, pues, en vigor desde el 3 de septiembre de 2021.

¹⁶ A. M. MORALES MORENO, «Comentario al artículo 1263 CC», *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 456.

¹⁷ En el mismo sentido se pronuncia E. VARNEY, «Redefining contractual capacity? The UN Convention of the Rights of Persons with Disabilities and the incapacity defence in English contract law», *Legal Studies*, Vol. 37, N.º 3, 2017, pp. 493-519, espec., p. 493.

título 12 CNUDPD en lo relativo a la capacidad para contratar de las personas con discapacidad¹⁸. Varios son los preceptos que, en esta materia concreta, han sido afectados por esta importante reforma que ha removido de modo muy importante tanto el Código civil como muchas otras leyes estatales¹⁹. Me centraré únicamente en aquellas reglas que tocan de lleno la cuestión de la capacidad para contratar de las personas con discapacidad con alcance general, limitándome a poner de relieve algunos de los cambios más señeros; advierto, no obstante, que un trabajo de las características del presente no me permite extenderse en cada uno de los asuntos con excesivo detalle.

2.1 Regla general de capacidad y ausencia de consentimiento

El primero de los preceptos legales a los haré mención es el artículo 1263 CC. Tras la entrada en vigor de la LRAPD, en su texto nada se advierte en torno a la capacidad para contratar de personas con dificultades cognitivas, intelectivas o de expresión que quepa considerar como hipótesis de discapacidad y que son, en realidad, las que pueden tener relevancia en el tema que nos ocupa.

Si hago mención a este concreto precepto es porque en el Proyecto de Ley que se publicó en julio de 2020²⁰ y que desembocó con la aprobación de la LRAPD, se mantenía un segundo párrafo que venía a sustituir el ordinal 2.º del hasta entonces vigente artículo 1263 CC, más arriba reproducido, y que, como regla, negaba que pudieran prestar consentimiento las personas que te-

¹⁸ Precisamente en un trabajo sobre la capacidad de contratar a la luz de la Convención, E. VARNNEY, 2017, p. 495 y p. 499, alude a las dificultades de implementación del artículo 12 CNUDPD, debido el «extraño silencio» que guarda en la delimitación entre la capacidad jurídica, la capacidad mental y la capacidad contractual; tampoco establece guías que puedan servir de apoyo en el tema contractual, aunque sí subraya que de su *ethos* se deriva que cualquier examen sobre la posibilidad de utilizar la excepción de incapacidad en los contratos debe pasar no solo por considerar factores económicos, tales como la seguridad de las transacciones, sino también factores sociales, incluida la protección de la dignidad humana.

¹⁹ Para una panorámica general de la importancia de la reforma me remito a algunos trabajos de mi autoría; en la fase de Anteproyecto, M.ª P. GARCÍA RUBIO, «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*, curso 2017/2018, pp. 143-191, antes de que se presentase el Proyecto de Ley, M.ª P. GARCÍA RUBIO, «Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, M.ª C. Gete-Alonso y Calera. (Coord.), Barcelona, Marcial Pons, 2020, pp. 39-61; en la fase de tramitación parlamentaria M.ª P. GARCÍA RUBIO, «La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», *AFDUAM*, 25, (2021a), pp. 79-107; con la LRAPD ya publicada, M.ª P. GARCÍA RUBIO, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Sepin. Cuaderno Jurídico de Familia y Sucesiones*, n.º 136, 221 (2021b), pp. 45-62.

²⁰ BOCG. 17 de julio de 2020.

nían su capacidad judicialmente modificada. Por el contrario, conforme al texto del Proyecto de Ley «Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas». A pesar del aparente cambio de enfoque, a mi juicio era evidente que en un sistema como el que pretendía instaurar la LRAPD, de reconocimiento de la capacidad jurídica (en su doble sentido de titularidad y ejercicio del derecho) de las personas con discapacidad en idénticas condiciones que los demás, una norma de este tipo era del todo incongruente²¹. Recordaré que, de conformidad con los principios que sustentan la nueva Ley, ni las personas con discapacidad han de soportar limitaciones a su capacidad de contratar, ni las medidas de apoyo pueden ser contempladas nunca como limitación para celebrar un contrato. De lo que se trata es de que este apoyo ayude a la persona con dificultades cognitivas o volitivas a conformar, tomar y/o expresar las decisiones más adecuadas y realmente queridas, no de privarle de espacios de capacidad²². Lo juicioso era, por lo tanto, eliminar ese infortunado párrafo que resultaba no solo innecesario, sino también incongruente; afortunadamente, la supresión se produjo en el proceso de tramitación parlamentaria.

En definitiva, el silencio del artículo 1263 CC al respecto significa que las personas con discapacidad, incluida aquella que afecta a los aspectos mentales o psicosociales que *a priori* pueden incidir en la toma de decisiones y en la formación y expresión de la voluntad negocial, tienen la misma capacidad de contratar que todas las demás y, por añadidura, tienen derecho a hacerlo con los apoyos que precisen, como claramente impone el art. 12.3 CDPD.

Un planteamiento de esta naturaleza deja, de nuevo, abierta una cuestión ya apuntada: la de reconocer que las particulares características de las personas con discapacidad de tipo cognitivo o volitivo o de expresión pueden derivar en ciertos casos en que en los contratos por ellas celebrados no se haya emitido un verdadero consentimiento contractual en el sentido del artículo 1261.1.º CC. De ser así, el contrato está lastrado por un defecto estructural básico que impide su reconocimiento como plenamente válido y eficaz: la falta de consentimiento. Pero conviene matizar que en la hipótesis planteada el defecto está en la falta de consentimiento y no en la discapacidad, ni en la ausencia de apoyo ni en el apoyo inadecuado. En realidad, se trata de situacio-

²¹ Para una interpretación de las «limitaciones» en la fase de Anteproyecto que trataba de hacerla acorde con la CNUDPD, estimando que se referían al contenido de las propias medidas de apoyo, M.ª E. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, BOE, 2020, p. 299.

²² M. P. GARCÍA RUBIO, 2020, p. 58.

nes que, además de ser muy comunes²³, se integran en un grupo más amplio cual es el de aquellas en la que se contrata con falta de conciencia y voluntad, por cualquier razón (por ejemplo, por estar bajo la influencia de sustancias psicotrópicas²⁴).

En este grupo de casos se reproduce la pregunta por la clase de invalidez asociada al contrato celebrado. Como se ha visto en relación al modelo anterior, la respuesta bascula entre quienes opinan que estamos ante un contrato nulo de pleno derecho por falta de un elemento esencial (*ex* artículo 1261.1.º CC), lo que supone la legitimación de cualquier interesado para instar la nulidad, y aquellos otros que consideran más adecuada la anulabilidad a instancia de la persona cuyo consentimiento no ha sido realmente otorgado, de modo análogo a lo que sucede en los supuestos de consentimiento viciado; sin duda, la anulabilidad cuenta con la ventaja de dejar en manos de la persona de cuyo consentimiento se prescindió la impugnabilidad del negocio.

2.2 La trascendencia de la ausencia de apoyos

Cabe ahora considerar en qué situación quedan los contratos celebrados por personas con discapacidad, cuando esta afecta a sus facultades cognitivas y volitivas y, por tanto, a una hipotética voluntad contractual, cuando los celebran sin contar con el apoyo al que tienen derecho. Creo que aquí conviene hacer algunas diferencias entre varias situaciones posibles. En concreto, como situaciones distintas voy a contemplar las siguientes: (i) persona con discapacidad que no ha tenido a su disposición el apoyo para celebrar el contrato, pero sí posee conciencia y voluntad suficientes para emitir un verdadero consentimiento contractual; (ii) persona con discapacidad que ha renunciado voluntariamente al apoyo al que tiene derecho y asume los riesgos de la contratación; (iii) persona con discapacidad que no utiliza el apoyo que tiene a su disposición, aunque tampoco lo rechaza propiamente, y celebra el contrato.

²³ J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil. I. Parte General. Vol. 2.ª Personas*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 146, llamaba la atención ya hace más de veinte años sobre la necesidad de que las personas y los actos de quienes no han sido incapacitados, debiendo serlo, no fueran tratados como casos marginales o jurídicamente sin interés, sino como situaciones habituales a las que hay que responder de acuerdo con los principios constitucionales y añadía: «cabe pensar, en el terreno de las posibles reformas legislativas, en formas de protección aún más flexibles, temporales, revisables y voluntarias, tendentes más a las atenciones de la persona que a las del patrimonio».

²⁴ F. DE CASTRO, 1971, p. 95, enumeraba entre los casos de no existencia de la voluntad por falta de razón, el estado de locura, la intoxicación o la hipnosis.

2.2.1 NO EXISTE EL APOYO

La primera situación que contemplo es aquella en la que la persona con discapacidad celebra el contrato sin el apoyo al que se tenía derecho, porque no contaba con él, a pesar de lo cual la conciencia y voluntad de esa persona es suficiente para entender que no ha faltado el consentimiento contractual; es decir, la persona con discapacidad tiene capacidad natural o, como algunos prefieren, capacidad de hecho. En este escenario algo se echa en falta en el proceso de formación del contrato pues, como he dicho, no ha habido opción de utilizar un apoyo al que se tenía derecho; tengo mis dudas, sin embargo, sobre el modo en que se ha de responder normativamente ante tal situación sobre la que la ley no se pronuncia²⁵.

Desde luego, el contrato no puede ser nulo porque, por hipótesis, concurren los elementos esenciales del negocio en cuestión. Pero tampoco creo que, a diferencia de lo que sucede, según algunos, con la ausencia total de consentimiento o, en todo caso, con otros vicios en el proceso de formación de la voluntad, una falta de apoyo que no ha sido buscada pero que no impide la concurrencia de una voluntad negocial suficiente deje abierta siempre la posibilidad de anular el negocio a instancia de la persona con discapacidad. De admitirlo se dejaría completamente desatendido el interés de la otra parte contractual, cuando lo cierto es que no ha tenido ninguna participación ni responsabilidad en aquella falta de apoyo. Conviene recordar que la regulación de la anulabilidad ha partido de una tajante contraposición de los papeles atribuidos a cada contratante: a uno se le considera digno de protección y amparo jurídico, el otro es aquel cuya conducta se estima merecedora de sanción²⁶. Con este punto de partida, mi postura es la de entender que el contrato realizado por la persona con discapacidad sin el apoyo que precisaba —reitero que porque no pudo disponer de él, no porque no quiso hacer uso de aquel que tenía a su disposición—, solo puede ser anulado por esa persona cuando la otra parte contratante conocía la situación anómala y se aprovechó de ella obteniendo así una ventaja injusta. Es decir, como se explicará

²⁵ Sí lo hacía el Proyecto de Ley que incluía en el art. 1302 CC, es decir, en sede de anulabilidad, un apartado conforme al cual «Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal», de modo que parecía que en los contratos celebrados por las personas con discapacidad, la ausencia de apoyo, sea cual fuere su transcendencia para el negocio en cuestión, implicaba *per se* la anulación del contrato. El párrafo fue podado durante la tramitación parlamentaria, si bien lo realmente controvertido de este texto finalmente desaparecido era la legitimación del Ministerio Fiscal (así, aunque con razonamientos que no comparto, la enmienda núm. 46 [BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, p. 30]).

²⁶ F. DE CASTRO, 1971, p. 507.

más detenidamente al hilo del texto del artículo 1302.3 CC, la situación descrita también entra el campo de aplicación de este último precepto, y ello a pesar de que de su lectura más obvia pareciera derivarse otra cosa.

2.2.2 SE RECHAZA EL APOYO Y SE ASUME EL RIESGO DE LA CONTRATACIÓN

La segunda hipótesis señalada es la del contrato celebrado por persona con discapacidad que cuenta, o puede contar, con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, apoyo que, no obstante, no utiliza; y no lo utiliza porque no quiere, esto es, porque voluntariamente lo rechaza o renuncia a él.

Es evidente que si doy carta de naturaleza a esta segunda hipótesis es porque entiendo que, efectivamente, el nuevo régimen de la discapacidad permite prescindir del apoyo que se tiene o, si se prefiere, permite el rechazo a tenerlo o a utilizarlo. Como he dicho en otros lugares²⁷ lamentablemente la LRAPD no se manifiesta expresamente sobre el derecho o no de la persona con discapacidad a rechazar el apoyo, cuestión sobre la que tampoco dice nada de modo expreso el texto de la CNUDDP –si bien en esta el apoyo se configura como un derecho que la persona con discapacidad puede exigir al Estado, no como un deber de utilizarlo–, aunque sí lo hace de modo reiterado la Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, en el sentido de que, efectivamente, la persona tiene derecho a rechazar el apoyo tanto *ex ante* como *ex post*²⁸.

Pues bien, según mi criterio existen buenos argumentos en el propio texto de la LRAPD para sustentar que es posible y legítimo que la persona con discapacidad rechace el apoyo que se le ofrece o al que tiene derecho, así como el

²⁷ M.^a P. GARCÍA RUBIO, 2020, p. 52; M.^a P. GARCÍA RUBIO, 2021a, p. 88; M.^a P. GARCÍA RUBIO, 2021b, p. 50.

²⁸ *Observación General sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. 11.º Periodo de Sesiones. 30 de marzo a 11 de abril de 2014. La Observación claramente apuesta por la respuesta afirmativa al renuncia al apoyo, tanto de modo implícito cuando afirma que «Algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás con arreglo al artículo 12, párrafo 2, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir apoyo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 3», como de modo directo, cuando se dice que «La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento». También el BGB; el nuevo § 1814. 2 BGB, tras la ley de 4 de mayo de 2021, *Gesetz zur Reform des Vormundschafts – und Betreuungsrechts*, expresamente reconoce que contra la libre voluntad de la persona mayor de edad no se puede establecer un asistente; sobre la reforma alemana, C. RIBEROS FERRADA, «La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán», *La Ley. Derecho de familia n.º 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, (M. P. GARCÍA RUBIO, coord.) n.º 31, 1 de jul. de 2021,

que ya puede disfrutar. Primero, por el principio indiscutible que preside toda la reforma según el cual en todo lo referente a los apoyos en el ejercicio de la capacidad ha de prevalecer la voluntad de la persona, preferencia que tendría su corolario en el derecho a rechazar cualquier apoyo, tanto antes como después de tenerlo²⁹. Pero, además, creo que en la LRAPD hay algunas reglas, precisamente en materia de contratación, que también sustentan la idea del rechazo. Sin duda, existe la posibilidad de contratar sin el apoyo y de no anular el contrato en los cuatro años posteriores a su celebración (art. 1301.4.º CC), incluso de confirmarlo en un plazo anterior. Ambas cosas pueden suceder, aun contra la voluntad de la persona encargada de prestar el apoyo, pues el art. 1302 CC en su párrafo tercero señala que la anulación del contrato a instancia de esta última «solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta», de suerte que, como luego explicaré con más detenimiento, es esta circunstancia del aprovechamiento, y no el hecho de que la persona con discapacidad haya contratado sin el apoyo que tenía a su disposición, la que legitima a quien hubiera correspondido ejercer el apoyo para impugnar el contrato.

Sin embargo, reconozco que también pueden hallarse razones en el nuevo texto legal para mantener lo contrario. Como señalé en su momento³⁰, la principal es la configuración procesal del sistema de provisión de apoyos, que será de jurisdicción voluntaria salvo «que haya oposición», en cuyo caso pasará a ser un procedimiento contencioso. Nada parece excluir que esta oposición sea la del propio interesado a que se le provea de apoyos³¹. Y que en este supuesto el procedimiento pase a ser contencioso, a mi juicio, cohonesto muy mal con el principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad que preside toda la CNUDPD y que pretende ser también la guía de orientación básica de la nueva LRAPD. Con todo, este ha sido, precisamente, el argumento utilizado en la reciente STS de 8 de septiembre de 2021³², primera en la que el alto tribunal aplica la nueva Ley y en la que expresamente se considera muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente de jurisdicción voluntaria, «no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun contra la voluntad del interesado». Vuelvo a reiterar que, en mi humilde

²⁹ M.ª P. GARCÍA RUBIO, 2020, p. 52.

³⁰ M.ª P. GARCÍA RUBIO, 2021b, p. 50.

³¹ Más bien, al contrario, cf. 42 bis b LJV.

³² ECLI:ES:TS:2021:3276.

opinión, esta postura no casa bien con los dictados de la CNUDPD y, desde luego, contradice de modo abierto lo que por extenso ha dicho el Comité.

Mantengo, pues, que es posible plantear la escena de persona con discapacidad, pero con suficiente capacidad natural –que incluso ha podido constatar un Notario cuando el contrato se formalice ante él–, que ha rechazado voluntariamente y sin vicios, presiones o influencias indebidas, el apoyo del que disponía para celebrar un concreto contrato, asumiendo así voluntariamente los riesgos de la contratación³³. Si admitimos esta posibilidad de rechazo, como creemos que debe hacerse, lo lógico es considerar que ese mismo sujeto no puede después instar la anulabilidad del contrato. Y ello porque hacerlo constituiría una conducta contradictoria que cumple todas las exigencias del *venire contra factum proprium* y que permitiría al otro contratante defenderse paralizando la pretensión de anulación³⁴. Entiendo que en esta tesitura el contrato sería válido, salvo que hubiese concurrido alguna otra causa de anulabilidad, como podría ser un vicio del consentimiento de la persona con discapacidad, no ya sobre el apoyo en cuestión –del que, por hipótesis, decidió voluntariamente prescindir–, sino sobre el consentimiento contractual; supuesto en la que las normas generales en materia de error, dolo, violencia o intimidación (arts. 1265 a 1270 CC), serían las de pertinente aplicación, como a cualquier otra persona.

2.2.3 NO SE UTILIZA EL APOYO QUE SE TENÍA, PERO TAMPOCO CONSTA SU RECHAZO

La tercera y, con certeza, más compleja hipótesis, es aquella en la que la persona con discapacidad ha concluido el negocio sin el apoyo pertinente,

³³ En similar sentido, J. RIBOT IGUALADA, «La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de las Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 221, quien considera que en el caso de que una persona con discapacidad llevase a cabo algún acto jurídico sin contar con apoyos, dado que la CNUDPD exige tratarla como a cualquier otra persona, la mera ausencia del apoyo no debería ser determinante para decidir si el acto es válido, anulable o nulo; en la consideración del autor citado, habrá que aplicar las reglas generales sobre prestación de un válido consentimiento para ese acto. Considera también que, con fundamento en los principios de la Convención, el acto no sería impugnabile si a la persona se le hubiere dotado de medidas de apoyo y decidiera realizarlo sin contar con ellas, TORRES COSTAS, M.^a E., 2020, p. 295.

³⁴ La cuestión tuvo reflejo en la tramitación parlamentaria, donde la Enmienda. núm. 127 (BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, p. 93) llegó a proponer la eliminación de la primera oración del párrafo primero del art. 1302.3 CC argumentando que «no se ve cómo podría impugnarse el acto, aun asistido de quien presta el apoyo, quien previamente lo ha otorgado sin él, sin que eso suponga una contravención de los actos propios».

pero no consta que haya renunciado o prescindido de él de forma voluntaria. Entiendo que entonces hay que volver a distinguir dos situaciones diferentes.

Por un lado, si ha contratado siendo víctima de error, dolo, violencia o intimidación susceptibles de viciar su voluntad de contratar o su voluntad de contar con el apoyo al que tenía derecho; entonces el contrato sería anulable por el propio interesado (con el correspondiente apoyo si fuera preciso), pero no por el mero hecho de haber actuado sin apoyo, sino con fundamento en la falta de integridad de su voluntad contractual, como le sucedería a cualquier víctima de un vicio del consentimiento.

Por otro lado, los casos en los que, aunque no haya certeza o constancia de que se ha renunciado voluntariamente al apoyo con el que se contaba en relación a ese contrato, lo cierto es que el negocio se ha celebrado entre la persona con discapacidad y el otro contratante sin contar para nada con dicho apoyo, pero sin que la persona con discapacidad haya sufrido ningún vicio en su consentimiento. A primera vista esta es la situación a la que parece referirse el nuevo art. 1302.3 CC cuando alude a «Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas...», hipótesis que, puesta en relación con el art. 1301.4.º CC, faculta para anular el contrato. Tal facultad podrá ser ejercitada, según continúa diciendo el primer párrafo del art. 1302.3 CC, por la propia persona con discapacidad (con el apoyo que precise) y por sus herederos durante el tiempo que le faltare para completar el plazo, si la persona hubiese fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción; además, en un segundo párrafo del propio art. 1302.3 CC se contempla la legitimación para anular ese mismo contrato de la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo, en los términos que más adelante se analizarán.

Lo primero que cabe comentar en relación a estas reglas nuevas es que el legislador de 2021 ha optado, a mi juicio con buen criterio, por la anulabilidad del contrato y no por su rescisión por lesión que algunos autores habían defendido³⁵.

³⁵ En relación con los contratos celebrados por personas con discapacidad, aboga *lege ferenda* por la rescisión, E. LÓPEZ BARBA, *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa de su patrimonio*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 110 ss; se trataría, según la autora de una rescisión basada en elementos puramente objetivos, el daño y discapacidad, entendida la prueba de esta como un requisito de carácter objetivo que forma parte de la configuración del supuesto de hecho de la norma. Respecto de los contratos en los que se produzca ventaja injusta, de ser esta legalmente reconocida, se muestra partidaria de la rescisión, R. BARCELÓ COMPTE, *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 181.

Mi preferencia por la anulabilidad³⁶ obedece a que se trata de un mecanismo más flexible que puede activarse tanto judicial como extrajudicialmente; además, a diferencia de la rescisión³⁷, la anulabilidad no posee carácter subsidiario y, de producirse la declaración anulatoria, se ocasionan plenos efectos restitutorios que no se producen en el caso de la rescisión³⁸.

Volviendo al texto reproducido que contiene la primera frase del primer párrafo del nuevo art. 1302.3 CC, aunque reconozco que su lectura aislada pudiera llevar a pensar otra cosa, creo que debe interpretarse en el sentido de que para la anulación del contrato a instancia del contratante con discapacidad (o de sus herederos) no basta con la aludida omisión del apoyo³⁹. Y ello porque de entender que esa falta de apoyo es suficiente para anular el negocio incurriríamos en una situación de discriminación directa a las personas con discapacidad, a las que se exigiría un requerimiento adicional para la plena regularidad de sus contratos: el apoyo. Con el fin de evitar esta conclusión inicua entiendo que para que sea posible la anulación de los contratos celebrados en las circunstancias descritas se necesita algo más que haber prescindido del apoyo; algo que no se menciona expresamente en el apartado primero del precepto, destinado a la legitimación de la persona con discapacidad, pero que sí recoge el segundo apartado de este numeral tercero del art. 1302 CC cuando contempla la legitimación activa para anular del prestador del apoyo. En concreto, según esta última norma, la anulación solo procederá cuando «el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». Pues bien, mi parecer es que esta circunstancia

³⁶ También es la opción para las situaciones de ventaja injusta para E. GÓMEZ CALLE, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 187.

³⁷ Cf. artículo 1294 CC.

³⁸ Cf. artículo 1295 CC, para la rescisión por lesión, en el que en palabras de F. DE CASTRO Y BRAVO, 1971, p. 527, solo se reconoce el que llama efecto retroactivo obligatorio, pero no el real porque, a diferencia de lo que ocurre con la anulación del negocio, el negocio rescindido no pierde por ello su primitiva condición de válido. De aquí que no determine la ineficacia de los negocios derivados del rescindido, ni podrá tener lugar la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que hubieren procedido de buena fe.

³⁹ Con otra interpretación, en este caso, F. MARIÑO PARDO, «Notas sobre la reforma del Código civil por la Ley 8/2021 de 2 de junio, para el apoyo de las personas con discapacidad (en temas que he tratado o hubiera debido tratar)», *Blog Iuris Prudente*, 21 de junio 2021 (en construcción); consultado el 25 de septiembre de 2021 en <http://www.iurisprudente.com/2021/06/notas-sobre-la-reforma-codigo-civil-por.html>, dice que «La causa de impugnación parece ser prescindir de las medidas de apoyo previstas». Y a continuación añade: «Pero la exigencia adicional de «cuando sean precisas» podría entenderse que supone que el que se prescinda de la medida de apoyo prevista no es suficiente para la impugnación del acto, sino que debe valorarse si en el acto en particular realizado, y para el que está prevista la medida de apoyo, la persona tenía el discernimiento preciso al tiempo de realizar el acto para comprender su alcance y consecuencia».

debe entenderse aplicable no solo al caso de que quien inste la anulabilidad sea quien hubiera debido prestar el apoyo, sino también cuando lo haga la persona con discapacidad en la situación que se acaba de describir.

Se me puede objetar que según el tenor literal del párrafo segundo del artículo 1302.3 CC se aplica «en este caso [...] solo [...]», con lo que parece que queda circunscrito exclusivamente al supuesto en que la impugnación proceda de la persona a quien habría correspondido prestar el apoyo, conclusión reforzada por la división del numeral tercero del precepto en dos apartados separados. Sin embargo, tal interpretación textual puede y debe ser cumplidamente rebatida para dar a la regulación reformada un sentido más coherente y más acorde con el espíritu y la letra de la CNUDPD. Para lograrlo, haré algunas referencias al tortuoso proceso parlamentario que concluyó con la aprobación de la LRAPD, así como a los vaivenes que se produjeron en torno a este artículo 1302 CC que pueden explicar ciertas perplejidades suscitadas por su tenor literal las cuales, necesariamente, el intérprete debe solventar.

El art. 1302 CC del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020, a diferencia de la redacción propuesta por el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación, no recogía la legitimación para instar la anulabilidad de la persona a quien hubiese correspondido prestar el apoyo y no intervino en la celebración del contrato. Tal legitimación se planteó, en algunas enmiendas parlamentarias⁴⁰ que, a pesar de sus diferencias, coincidían en dedicar al numeral tercero del art. 1302 un único párrafo que contemplaba, a lo que ahora interesa, la legitimación activa para anular el contrato tanto de la persona con discapacidad (y sus herederos), como la de quien podría haberle prestado apoyo y no intervino en el negocio⁴¹; posteriormente la legitimación de ambos sujetos quedó plasmada en párrafos separados. En el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados⁴² ambos párrafos se presentaban de forma contigua, seguidos de otro referido a la legitimación de los herederos de la persona con discapacidad, mientras que en la versión aprobada en la Comisión de Justicia⁴³ entre ambos párrafos se introdujo el relativo a dichos herederos. Las dos versiones incluyeron modificaciones de fondo, de suerte que solo en el supuesto en que la impugnación procediera de quien habría prestado apoyo y no lo hizo, se exigía la mala fe del otro contratante, mención sobre la volveremos más adelante.

⁴⁰ En concreto, las n.º 130, 247 y 400 (*BOCG, Congreso de los Diputados, serie A*, núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, pp. 84, 182 y 294).

⁴¹ Únicamente la enmienda n.º 400 establecía que en todo caso «la anulación sólo proceder[fa]» –en idéntica expresión al actual artículo 1302.3. II CC– en el supuesto de la obtención de «una ventaja» por la otra parte contratante.

⁴² *BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A*, núm. 27-3, 18 de marzo de 2021, p. 63.

⁴³ *BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A*, núm. 27-4, 25 de marzo de 2021, p. 35.

Ya en el Senado una de las enmiendas⁴⁴ propuso reordenar el numeral 3 del art. 1302 CC, con el propósito de separar en tres párrafos la legitimación de la persona con discapacidad, la de quien podría haberle prestado apoyo y no intervino, y la de los herederos de la primera; además, añadía un cuarto párrafo aplicable a todos los supuestos anteriores que volvía a insistir –con la misma expresión que la norma finalmente aprobada– en que «la anulación sólo procederá» en caso de obtención de «una ventaja injusta» por la otra parte contratante. Otra enmienda⁴⁵ proponía reunir en un solo párrafo la legitimación de la persona con discapacidad y los herederos, mientras que otro contiguo y separado se destinaba a la legitimación de quien siendo el proveedor del apoyo no llegó a prestarlo, cuando «haya existido mala fe por parte del otro contratante»). Por su parte, una tercera enmienda⁴⁶ advertía que el precepto proyectado solo exigía la «mala fe del contratante cuando quien impugna el contrato es la persona a la que le hubiera correspondido prestar la medida de apoyo. No, en cambio, cuando es el propio discapacitado quien lo impugna asistido del mismo. No tiene sentido el trato diferenciado»; por eso instaba a suprimir la mención de la mala fe, aunque no proponía sustituirla por nada. Finalmente, el Informe de la Ponencia del Senado⁴⁷ presentó una propuesta de modificación con base en las anteriores enmiendas, juntado y separando párrafos, cogiendo, eliminando o sustituyendo terminología y expresiones de una u otras, cuyo resultado fue el precepto finalmente aprobado.

Los avatares descritos dan pie para sostener que el motivo último que estaba barajando el legislador para permitir anular el contrato celebrado por la persona con discapacidad «prescindiendo» de las medidas de apoyo, era la obtención por el otro contratante de una ventaja injusta. Esta razón se tuvo muy presente a lo largo de la tramitación parlamentaria, a pesar de que la redacción final del artículo 1302.3 CC da a entender, a primera vista, que tal causa de impugnación se reserva únicamente para el caso contemplado en su párrafo segundo (anulación a instancia del proveedor del apoyo) y no en el primero (anulación a instancia de la persona con discapacidad o de sus herederos), interpretación que, de consolidarse, establecería una diferencia de trato que no tiene justificación aparente.

Lo cierto es que, en vez de contraponer ambos párrafos del art. 1302.3 CC –el segundo cuya letra exige que para anular el contrato a instancia de la persona que presta apoyo es preciso que «el otro contratante fuera conocedor de

⁴⁴ En concreto, la enmienda núm. 164. (BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, p. 115).

⁴⁵ La enmienda n.º 269. *BOCG, Senado*, núm. 172, 16 de abril de 2021, p. 190).

⁴⁶ La enmienda n.º 126. *BOCG, Senado*, núm. 172, 16 de abril de 2021, p. 92).

⁴⁷ *BOCG, Senado*, núm. 185, 11 de mayo de 2021, pp. 4 y 41).

la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta», y el primero que no menciona tal circunstancia para el caso de que impugne la persona con discapacidad que contrató— haciendo interpretación a contrario de la que se derive que en un caso la impugnación demanda unos elementos que no son exigibles en el otro, lo razonable es recurrir a una argumentación *a pari* conforme a la cual, ya sea la persona con discapacidad o la persona quien podía prestar el apoyo la legitimada para impugnar el contrato, la anulabilidad procede cuando la otra parte contratante ha obtenido una ventaja injusta; esta circunstancia constituiría en ambos casos la idéntica, última y nueva razón por la que se concede la protección que significa la anulabilidad del contrato para la persona con discapacidad. La propuesta supone una interpretación teleológica de la norma que trata de conciliar la promoción de la autonomía e independencia de la persona con discapacidad con su derecho a contar con el apoyo que precise, sin necesidad de concebir este como un requisito para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica y sin apreciar ilógicas diferenciaciones entre unos u otros legitimados para ejercitar la acción de anulación⁴⁸. Y por estas mismas razones, como decía antes, la persona con discapacidad que carece de apoyo para celebrar un contrato y aun así lo celebra, solo puede instar la anulación del contrato si la otra parte ha obtenido una ventaja injusta.

Permítame el lector, no obstante, que dedique unas líneas al supuesto específico en el que es el encargado de prestar el apoyo a la persona con discapacidad, de cuya intervención se prescindió, quien solicita la anulación del contrato. Como más arriba se indicó, su inclusión como legitimado se produjo durante la fase parlamentaria, pues no estaba en el Proyecto de Ley⁴⁹, probablemente con la intención de que no pudiera deshacer el contrato querido por

⁴⁸ Desde otra perspectiva que hace primar la seguridad del tráfico y la protección de la confianza de los terceros, A. CARRASCO PERERA, «Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores», *CESCO*, 30 de junio (2021), pp. 1-16, espec. pp. 7-9. (http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Brujula_para_navegar_la_nueva_contrataci%C3%B3n_con_personas_con_discapacidad.pdf). Analizando la reforma del artículo 1302.3 CC y sus concordantes, el autor propone que la buena fe de la contraparte, que en el párrafo segundo del numeral tercero del precepto impide la impugnación del contrato, también impregne el supuesto del párrafo primero, aunque, en su opinión, la norma no lo recoge. Por el contrario, la interpretación que propongo es que, de conformidad con el espíritu de la reforma y sin un inasumible quebranto del texto, sí lo hace, como se ha tratado de explicar.

⁴⁹ F. PANTALEÓN PRIETO «¿Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum (I)», *Almacén de Derecho*, 7 abril 2021, (disponible en <https://almacenederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-i>), criticaba que en el Proyecto de Ley se hubiese eliminado esta legitimación prevista en el Anteproyecto, quizás porque se entendía que la persona con discapacidad «dejase de ser la dueña» de la decisión sobre la anulación del contrato, lo cual, según señalaba el autor con acierto, sería una hipótesis que una «interpretación sensata» de la norma rechazaría.

persona con discapacidad efectivamente, contra la voluntad de esta. Lo que quiero resaltar de nuevo es que con la norma definitivamente aprobada el encargado de prestar a la persona con discapacidad el apoyo preciso para ese concreto contrato y de cuya participación se prescindió, no podrá impugnarlo basándose en su no intervención, ni tampoco en la situación de discapacidad del contratante a quien hubiera debido asistir. Ninguna de estas circunstancias será causa bastante para invalidar el negocio; únicamente podrá hacerlo cuando (i) el otro contratante conocía la existencia de las medidas de apoyo en el momento de la contratación⁵⁰; (ii) el otro contratante se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad, obteniendo de ello una ventaja injusta. De nuevo el tenor literal del precepto no es del todo acertado ya que, aunque estén formuladas como dos circunstancias diferentes, lo cierto es que la primera parece redundante, pues su supuesto de hecho resulta absorbido por el segundo inciso: aprovecharse «de [cualquier] otro modo» de la situación de discapacidad del otro contratante, obteniendo así una ventaja injusta.

Conviene también aclarar que con esta expresa legitimación el encargado de prestar el apoyo de cuya «precisa» intervención se prescindió no puede anular el contrato en contra del criterio de la persona con discapacidad, ni aun en el específico supuesto en que la otra parte contratante obtenga una ventaja injusta. En atención al espíritu de la CDPD y la LRAPD no cabe sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad ni esto es lo que pretende la regla contenida en este segundo párrafo del artículo 1302.3 CC. En consecuencia, ya lo haga la propia persona con discapacidad en soledad, ella con la colaboración de quien le preste el apoyo, o esta última por instrucción o en representación de aquella, la decisión sobre la anulación ha de respetar escrupulosamente la voluntad, deseos y preferencias del contratante con discapacidad y, por lo tanto, ni podrá hacerse contra esa voluntad ni prescindiendo de ella⁵¹.

En resumen, sintetizando las ideas que he pretendido plasmar en las páginas que anteceden, mi propuesta interpretativa del artículo 1302.3 CC tras la LRAPD es que, el contrato celebrado por una persona con discapacidad que

⁵⁰ La referencia al conocimiento por la otra parte de la existencia de medidas de apoyo plantea su relación con el régimen de publicidad registral de estas. Aunque el tema es bastante más complejo y su exposición excede el propósito de este trabajo, sí dejo constancia de que la inscripción de las medidas de apoyo solo es imperativa en el Registro civil; además, se configura como un dato especialmente protegido (art. 83.1.b LRC), por lo que no es una información accesible a los terceros, salvo que la quiera dar a conocer la persona concernida; en consecuencia, no se puede afirmar que la inscripción en el Registro Civil de las aludidas medidas pueda ser opuesta a la otra parte contratante, equiparándola al efectivo conocimiento.

⁵¹ Aunque admito que existen casos límite en los que puede darse una actuación sustitutiva del presente, como explico en M.^a P. GARCÍA RUBIO, 2020, p. 53.

no ha utilizado un apoyo para contratar, pero tampoco consta su rechazo a dicho apoyo, podrá ser anulado por ella sin, con o a través de la persona que pudiera darle ese apoyo; dicha anulación será posible tanto en la hipótesis general de haber sufrido un vicio del consentimiento, como en el caso particular y novedoso de que la otra parte contratante se hubiere aprovechado de la situación de discapacidad, obteniendo una ventaja injusta. Frente a lo que la literalidad del precepto finalmente incorporado al art. 1302.3 CC pueda dar a entender a primera vista, creo que esta interpretación cabe perfectamente dentro de esta tormentosa norma.

3. LA INTRODUCCIÓN DE LA FIGURA DE LA VENTAJA INJUSTA (EXCURSUS)

Como hemos podido comprobar, con la LRAPD se introduce en nuestro Código civil una figura, la de la ventaja excesiva o ventaja injusta que, lejos de suponer una innovación carente de antecedentes, resulta bien conocida en el moderno Derecho de contratos, en cuyos textos aparece de modo reiterado. Aunque solo pueda hacer aquí un apunte sobre esta interesante novedad, recordaré que se trata de una institución que combina criterios de justicia sustantiva (ventaja injusta o desequilibrio excesivo en favor de una parte)⁵² con otros de justicia procedimental (aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad del otro contratante)⁵³ que ha tenido una buena recepción en las reformas de los Códigos civiles que nos son más cercanos⁵⁴.

No es inoportuno preguntar entonces por qué, con ocasión de esta reforma, no se ha hecho una regulación general de la ventaja injusta, en lugar de reservar-

⁵² Como muy bien apunta, con carácter general, R. BARCELÓ COMPTE, 2019, p. 21, la previsión legislativa relativa a la ventaja injusta permitirá a los operadores jurídicos ofrecer protección en aquellas circunstancias que se sitúan más allá de un vicio del consentimiento, reportando un beneficio excesivo a una de las partes, a quien se reprocha un conocimiento efectivo o inexcusable de la situación en la que se encontraba la otra parte, contractualmente más débil.

⁵³ Es cierto que las reglas comparadas que contemplan la ventaja injusta suelen tomar en consideración, en cuanto a las deficiencias personales del sujeto, la inexperiencia, la ignorancia, la falta de previsión y/o la falta de habilidad negociadora de la parte perjudica; así, v. gr. E. GÓMEZ CALLE, 2018, p. 167; no se suele incluir la discapacidad que, sin embargo, creo que cohonesta perfectamente con las circunstancias descritas.

⁵⁴ Entre los más recientes, en el Código civil de Cataluña (art. 621-45, introducido en la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto) y el Código civil francés (arts. 1143, tras la reforma operada en este por la Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016, sobre la reforma del Derecho de contratos, del Régimen general y de la prueba de las obligaciones, y por la Ley de ratificación n.º 2018-287, de 20 de abril de 2018).

la exclusivamente para los contratos celebrados por personas con discapacidad. Sin duda, correctamente articulada la citada figura podría ser lo suficientemente flexible para dar cabida, entre las múltiples situaciones de vulnerabilidad, a la específica de discapacidad de uno de los contratantes⁵⁵. Es más, esta innovación general se ajustaría a los razonables planteamientos para los que la protección de las personas con discapacidad en el ámbito contractual debe pasar por la construcción de mecanismos que estén disponibles, no para ellas específicamente, sino también para cualquier persona que merezca tal particular tutela⁵⁶.

Pero lo cierto es que el objetivo de la LRAPD residía únicamente en la adaptación del ordenamiento español al artículo 12 CNUDPD, quedando muy lejos de su alcance la modificación integral de la teoría general del contrato del Código Civil español, reforma tan urgente y necesaria como desatendida hasta ahora por el poder político. Mientras esta esperada modificación no se produzca, la figura en cuestión se ha plasmado, a modo de avanzadilla, únicamente para el caso de que el vicio procedimental haya consistido, precisamente, en aprovecharse de la vulnerabilidad específica que representa la discapacidad a la hora de negociar un contrato⁵⁷.

4. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

El tsunami que para el ordenamiento jurídico representa la LRAPD también ha afectado al art. 1301 CC, sede en la que se han ubicado desde la publicación del texto codificado los supuestos generales de anulabilidad, el plazo de ejercicio de la acción y su *dies a quo*.

Aunque la modificación operada en 2021 en este artículo sea de mayor alcance⁵⁸, básicamente porque sustituye el término anterior de «durará» por el aparentemente más técnico de «caducará», resolviendo así una controversia

⁵⁵ R. BARCELÓ COMPTE, 209, p. 21.

⁵⁶ E. VARNEY, 2017, pp. 500-502.

⁵⁷ Es del todo pertinente la mención, que realiza al analizar este punto de la reforma F. MARIÑO PARDO, 2021, al párrafo primero art. 1.º de la Ley de 23 de junio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usuarios (Ley Azcárate), a cuyo tenor: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso ó en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario á causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia ó de lo limitado de sus facultades mentales», redacción que, sin duda, recuerda a la nueva figura de la ventaja injusta o excesiva.

⁵⁸ Aunque no tanto como el tenía en el Anteproyecto de Ley, como bien muestra F. PANTALÉON PRIETO, 2021, sobre todo por lo que hace a la sustitución del controvertido término de la «consumación» del contrato como *dies a quo* en caso de error.

doctrinal y jurisprudencial de mucho tiempo⁵⁹, me limitaré en este lugar, como es lógico, a analizar los cambios que afectan a los contratos celebrados por personas con discapacidad.

En concreto, el párrafo que antes de la LRAPD hacía referencia a «Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieran de la tutela», ha pasado ahora a configurar dos ordinales: el 3.º, que alude a «Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores, desde que salieren de la patria potestad o la tutela, y el 4.º, que atañe a «Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato». En la línea de toda la reforma y por oposición al régimen anterior, la división mencionada cuida de tratar como situaciones diferenciadas la de los menores de edad y la de las personas con discapacidad que tienen derecho al apoyo, en este caso para contratar.

Me centraré en el ordinal 4.º, referido a las personas con discapacidad, recordando que la posibilidad de anular el contrato –en las circunstancias que se han referido en páginas precedentes a partir del artículo 1302.3 CC– en la interpretación que se propone solo existirá si la contraparte se aprovechó de algún modo de la situación de discapacidad, obteniendo una ventaja injusta.

En relación con al tiempo de ejercicio de la acción, el artículo definitivamente aprobado sustituye el doble plazo que recogía el Proyecto de Ley (cuatro y cinco años) por un único plazo de cuatro años (artículo 1301.4.º CC). En el texto proyectado se contemplaba, por un lado, un plazo de caducidad de la acción –cuatro años desde que la persona con discapacidad deje de necesitar el apoyo– y, por otro, un plazo que voy a llamar de «situación claudicante» –cinco años desde la celebración del contrato– que, según creo, tenía cierto sentido con un plazo bianual de caducidad, como era la idea original, pero que perdía gran parte de su significado con un plazo de cuatro años⁶⁰ objeción de que un

⁵⁹ La doctrina más abundante, aunque no unánime, así como la jurisprudencia, venían ya considerando que la palabra «durará» se referida a la acción de anulación y quería significar caducidad y no prescripción (en contra, J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al artículo 1301», *Comentario del Código civil, t. II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 545., lo que ahora confirma el nuevo texto, coherente también con la idea de que estamos ante un derecho potestativo o de configuración jurídica que pertenece a quien se considera digno de la tutela que representa la toma de decisión final en torno a si el contrato va a ser o no válido (L. DIEZ-PICAZO, 2007: pp. 592 y 597). La misma circunstancia convertía en más exacta la referencia a la «facultad» en lugar de a la «acción», dejando más claro que la potestad de anular puede ejercitarse extrajudicialmente mediante declaración de voluntad recepticia, F. PANTALEÓN PRIETO, 2021, pero este cambio, que estaba en el Proyecto de Ley, no se introdujo finalmente.

⁶⁰ Como implícitamente reconocía F. PANTALEÓN PRIETO, 2021, autor para quien esta última era una disposición que cabalmente podía tener buen sentido si dejamos de lado la objeción de que un plazo de cinco años es escasamente más largo que uno de cuatro.

plazo de cinco años es escasamente más largo que uno de cuatro). Incluso ese doble plazo podía inducir a confusión, dando a entender que la persona con discapacidad no podía ejercitar la acción de anulabilidad mientras no se extinguiera el apoyo, cuando lo cierto es que ni es ni debe ser así; muy al contrario, nada impide que, de ser pertinente el ejercicio de la acción, la pueda ejercitar la persona con discapacidad a pesar de contar con una medida de apoyo y que, además, lo haga con el citado apoyo o sin él, sencillamente porque, insisto, la existencia de la medida no puede, en ningún caso, significar un requisito adicional que le impida acudir a los tribunales de justicia en idénticas condiciones que los demás, derecho que expresamente le reconoce el artículo 13 CNUDPD.

En consecuencia, no deja de tener sentido que finalmente y tomando en consideración todas las pretendidas reformas del art. 1301 CC que fueron finalmente abandonadas, se optase por establecer un plazo único de cuatro años para que la situación interina que representa la posibilidad de anular el contrato no se prolongase innecesariamente. En este supuesto el plazo se contará a partir de la celebración del contrato⁶¹, *dies a quo* que, según me parece, otorga un plus de seguridad jurídica a la situación⁶².

5. LAS LIMITACIONES A LA FACULTAD DE ANULAR Y A LA RESTITUCIÓN

Los artículos 1304 y 1314 del CC también han sido objeto de modificación por la LRAPD, lo que en principio resulta lógica consecuencia de su referencia a la incapacidad que ahora resulta proscrita.

Recuerdo que la versión previgente del Código civil, el artículo 1304 decía así: «Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera». Doctrina y tribunales entienden aquí por «incapacidad» tanto la minoría de edad y como la condición de incapaz, aunque no haya

⁶¹ F. MARIÑO PARDO, 2021, entiende que es difícilmente defendible que la nueva regla proteja los intereses de la persona sujeta a medidas de apoyo más que la anterior solución; no niego que sea cierto, pero recuerdo que la pretensión de la reforma (hacer prevalecer la voluntad de la persona con discapacidad y que su capacidad jurídica se regule en las mismas condiciones que los demás) no se compagina con tratos diferenciados que atiendan a la mera situación de discapacidad de la persona.

⁶² Este criterio también el adoptado en el art. 226-5 del Código Civil de Cataluña, tras la modificación operada por el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.

sido incapacitado⁶³. La regla contemplaba la hipótesis de un contrato celebrado por menor o incapaz que ha sido anulado por esta causa⁶⁴ y en el que este contratante no conserva en su poder la prestación recibida (*v. gr.* ha gastado el dinero, ha destruido la cosa). Se establecía entonces que el citado sujeto habría de restituir sólo en la medida en que el empleo de los recursos perdidos hubiera sido realizado en gastos necesarios del propio incapaz, gastos que en todo caso habrían sido realizados con la utilización de recursos propios (aquello «en cuanto se enriqueció», dice el precepto)⁶⁵. Se trataba de una situación de privilegio en la que se igualaban el menor y el incapaz⁶⁶, con indudables raíces históricas en nuestro Derecho⁶⁷, pero que en mi opinión casaba muy mal con todo lo que el artículo 12 CNUDPD.

El reparto en la asignación de riesgos realizado por el art. 1304 CC se reproduce en el artículo 1314 del CC⁶⁸. En la versión anterior a la LRAPD el párrafo primero establecía la regla general según la cual se extingue la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla; sin embargo, el párrafo segundo incluía una excepción a la aludida regla general según la cual «Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad». De nuevo se consideraba mayoritariamente que en la excepción están incluidos menores e incapaces, estén o no incapacitados.

No extrañará al lector si digo que hubiera preferido que desapareciera de ambos preceptos toda mención a la discapacidad y el privilegio que teóricamente recogen hubiera quedado reservado exclusivamente a los menores de edad. Dos son las razones en las que sustento mi opinión: por un lado, que la equiparación entre los menores de edad y las personas adultas con discapacidad a los efectos de disminuir o incluso eliminar en ambos casos su obligación de restituir

⁶³ J. DELGADO ECHEVERRÍA, en «Comentario al artículo 1304», 1991, p. 554 y A. CARRASCO PERERA, 2020, p. 715, citando la STS de 9 de febrero de 1949 (RJ, 1949, 99), al que el último añade en *obiter*, STS 9 de octubre de 2003, (RJ, 2003, 7736).

⁶⁴ Insiste en que la limitación a la restitución prevista en este artículo no deriva, simplemente, de que el obligado a restituir sea incapaz, sino de que la causa de la invalidez esgrimida sea, precisamente, la incapacidad, J. DELGADO ECHEVERRÍA, 1991, pp. 553-554.

⁶⁵ A. CARRASCO PERERA, 2020, p. 715-716, quien también aclara que si el incapaz conserva la cosa o el dinero ha de ser restituido en su integridad, y si no tiene la cosa o el precio, cederá a la otra parte las acciones para cobrar una u otro.

⁶⁶ Para J. DELGADO ECHEVERRÍA, 1991, p. 553, la finalidad de este precepto es arbitrar una protección adecuada para los incapaces, especialmente los menores, de quienes puede temerse que enajenen sus bienes para derrochar el precio.

⁶⁷ F. DE CASTRO Y BRAVO, 1952, p. 311.

⁶⁸ J. DELGADO ECHEVERRÍA, 1991, p. 553 y p. 571.

ción a la otra parte tras la invalidación del contrato, supone un tratamiento discriminatorio que incumple directamente el mandato de la CNUDPD, en cuyo proceso negociador quedó claro que las personas con discapacidad poseen igual capacidad que las demás, pero tienen también igual responsabilidad⁶⁹. La segunda razón es que esta rebaja de responsabilidad que significa una obligación de restitución minorada, lejos de verse como un privilegio, supone en realidad una barrera más que aleja a las personas con discapacidad de su plena integración en el mercado y en el tráfico jurídico, toda vez que es más que probable que, como sucedía en el sistema inmediatamente anterior a la LRAPD, los sujetos del tráfico sean reticentes a entablar relaciones jurídicas con personas que, a la postre, no solo pueden anular el contrato, sino que, haciéndolo, no van a estar obligados a restituir lo recibido sino en la medida en que se hayan enriquecido y podrán anularlo incluso si han perdido la cosa recibida por cualquier causa. En definitiva, y para sintetizar, según mi parecer lo adecuado hubiera sido que las referencias a las personas con discapacidad hubiesen desaparecido de estos dos artículos, cuyo régimen privilegiado ha de quedar reservado a los menores de edad⁷⁰.

Pero lo cierto es que no ha sido así y que tras la reforma operada por la LRAPD los preceptos mencionados tienen este tenor:

Artículo 1304: «Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

Artículo 1314: «También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de estos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella.

Si la causa de la acción fuera la minoría de edad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber alcanzado la mayoría de edad.

⁶⁹ E. TORRES COSTAS, 2020, p. 328, explicando que las discusiones en el tercer periodo de sesiones del Comité Especial encargado de la elaboración de la Convención ponían de manifiesto que el concepto de capacidad jurídica incluía no solo la titularidad y ejercicio de los derechos, sino también las obligaciones dimanantes de ellos y, por consiguiente, la responsabilidad aneja.

⁷⁰ En este sentido, las enmiendas núm. 401 y 402. *BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A*, núm. 27-2, 18 de diciembre de 2020, p. 295.

Si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

Para dar una interpretación coherente con el nuevo sistema, en lo que atañe a las personas con discapacidad, considero que ambos preceptos deben ser leídos a la luz del artículo 1302 CC, pues la tramitación parlamentaria de la reforma evidencia que la modificación de aquellos siguió a la de este último. Por lo tanto, y retomando lo dicho en los epígrafes anteriores, hay que concluir que el beneficio en materia restitutoria se aplica solo en el caso en que la anulación del contrato tenga su causa en que la otra parte contractual ha obtenido una ventaja injusta por haberse aprovechado de la situación de discapacidad.

En esta sede no puedo realizar el detallado análisis que exigirían para demostrar las razones que me llevan a tal conclusión. Apenas apuntaré un par de cuestiones. La primera, que cabe preguntarse si el tercer párrafo del artículo 1314 ha devenido o no una norma inservible, por repetir sin más lo que ya está implícito en el artículo 1304 CC: que la pérdida de la cosa no impide la anulación del contrato en el supuesto de que un contratante haya obtenido una ventaja injusta al aprovecharse de la situación de discapacidad de la otra parte. La segunda cuestión señalada es que la nueva redacción de los artículos 1304 y 1314 CC se ajusta mal a la CNUDPD y a la filosofía de la LRAPD; y ello, por un lado, porque se han mantenido unas normas cuya estructura, lógica y fundamento ofrecían un régimen privilegiado en materia restitutoria que atendía a la circunstancia de la persona (la «incapacidad»), para regular ahora un supuesto completamente distinto en el que dicho privilegio se vincula a la transacción y su resultado (la obtención de la ventaja injusta); por otro lado, porque si el artículo 12.5 CNUDPD recoge el derecho de las personas con discapacidad «a controlar sus propios asuntos económicos», los artículos 1304 y 1314 CC estructuran su beneficio partiendo, precisamente, de la idea de que estas personas no saben controlar sus asuntos económicos y van a «perder» la prestación recibida. Como decía, en mi opinión la mención a las personas con discapacidad debería desaparecer de estos preceptos. O, al menos, si había algún colectivo, junto a los menores, que mereciese su protección, creo que el legislador no ha logrado identificarlo de modo atinado. Desde luego, creo que el beneficiado por estos preceptos no puede ser cualquier persona con discapacidad por el mero hecho de que el otro contratante haya obtenido una ventaja injusta.

XIV

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho Civil.

Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. La regulación en el Código civil del periodo precontractual.-2. Estado de la cuestión en el moderno Derecho de contratos.-3. Evolución y transformación doctrinal y jurisprudencial en el ordenamiento jurídico español.-4. La ruptura de los tratos preliminares de forma contraria a la buena fe.-5. El deber precontractual de confidencialidad.-6. Contrato celebrado con violación de los deberes precontractuales. En particular, los deberes de información.-7. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL PERIODO PRECONTRACTUAL

Es bastante probable que, si tuviéramos que hacer un listado de las diferencias más notables entre la regulación de nuestro venerable, pero ya obsoleto, Libro IV del Código civil y los contenidos de los textos que hoy recogen lo que convenimos en llamar «moderno Derecho de contratos», el periodo precontractual estaría en un lugar de privilegio. Ello es debido a que los Códigos decimonónicos, encabezados por el francés de 1804, prácticamente ignoraban la existencia de dicho periodo y sólo se referían a él en muy pocas ocasiones, las más de las veces de manera tangencial o indirecta; tal es el caso, por poner el ejemplo probablemente más conocido en nuestro Código civil del artículo 1270.2 CC cuando se refiere al dolo incidental. De modo menos visible, existen reflejos del

periodo precontractual y de algunas consecuencias jurídicas de hechos u omisiones producidos entonces, así como en la mayor parte de los preceptos sobre vicios del consentimiento, en otros como el artículo 1725 CC en lo que atañe al *falsus procurator* o en preceptos específicos del contrato de compraventa, como los vigentes arts. 1460, 1483, 1486.2 CC¹. Incluso en algún caso la regla legal ignora esa fase previa a la celebración del contrato, aunque la interpretación realizada por los tribunales ha propiciado su toma en consideración; ejemplo paradigmático es el artículo 1282 CC donde, en materia de interpretación del contrato, se dice que para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse, principalmente, a los actos de estos «coetáneos y posteriores al contrato», si bien la jurisprudencia no ha dudado en incluir también los actos anteriores a la celebración con la misma finalidad interpretativa², así como la aplicación de las normas de la hermenéutica contractual a los actos preparatorios de los contratos³.

En consecuencia, poco se puede decir de esta materia en el enunciado del Código civil español vigente, salvo quizás resaltar que, a diferencia de lo ocurrido con otras cuestiones en las que el texto codificado se mostraba ausente o excesivamente parco, esta que ahora nos ocupa tampoco fue objeto de atención excesiva ni por la doctrina ni por la jurisprudencia hasta bien avanzado el siglo xx⁴. Sin embargo, de modo un tanto sorprendente, desde hace unas pocas décadas la situación ha cambiado de manera radical, de modo que podemos decir que la importancia de la fase que precede a la celebración de un contrato, así como del conjunto de deberes que competen a los implicados en este proceso, han experimentado un crecimiento exponencial en los últimos años; esta circunstancia no es, ni mucho menos, exclusiva de nuestro Derecho interno sino que, muy al contrario, es característica propia de ese moderno Derecho de contratos antes mencionado en el que tiene continuado y remarcado reflejo⁵.

¹ GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 39 ss.

² STS 28.01.2000, RJ\2000\454.

³ STS 17.09.2013, RJ\2013\6826.

⁴ Destaca, en relación con los deberes de comportamiento en la fase de formación del contrato, que el tema no ha estado presente en nuestro mapa conceptual básico de Derecho de Obligaciones, ASÚA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad en la formación del contrato. (Responsabilidad precontractual)», en *Negociación y perfección de los contratos*, M.^a A. Parra Lucán (dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 139-168, espec. p. 141.

⁵ GARCÍA RUBIO, M.^a PAZ/OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret*, 2-2010, *passim*. Destaca el fuerte contraste que existe entre la nueva extensión dedicada a los problemas de formación del contrato y la vieja y escueta regulación codificada, PARRA LUCÁN, M.^a A., «La formación del contrato como proceso» en *Negociación y perfección de los contratos*, M.^a A. Parra Lucán (dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 57-105, espec. p. 61.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

Como se acaba de señalar, la relevancia otorgada a la fase preparatoria del contrato constituye un elemento común a los textos tanto estrictamente legales como de *soft law* que en los últimos años del siglo xx y lo que llevamos del xxi constituyen el esqueleto central del Derecho contractual de nuestros días. Ello es así tanto si ese periodo precedente se configura como un proceso de negociación entre los interesados en llegar a ser partes del acuerdo, como si se trata de contratos con condiciones generales resultado de la adhesión de uno de los contratantes a las reglas predisuestas impuestas por la otra.

En el marco internacional y en el transnacional europeo, textos como la Convención de Viena (CISG), los Principios Unidroit (PICC)⁶, los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) o los más recientes Principios Latinoamericanos de Derecho de contratos (PLDC)⁷, se caracterizan por la notable densidad normativa en lo que concierne a la fase anterior a la celebración del contrato. Todos ellos consagran el principio de libertad contractual, pero también reconocen su necesaria coordinación con el principio de buena fe. Todos contienen reglas exhaustivas sobre el proceso de formación contractual mediante el intercambio de oferta y aceptación; en su mayoría se refieren expresamente a la responsabilidad por ruptura de tratos o por quebranto de la confidencialidad en la fase precontractual (pero no es el caso de la CISG) y, en algunos textos, como el del DCFR, se dedican un buen número de preceptos a la regulación intensiva de los deberes precontractuales, muy en particular al deber de información. Es de destacar también que, aunque en su mayoría se trata de normas que parecen destinadas a los contratos negociados individualmente, estos deberes precontractuales se extienden, en buena medida, a las formas de contratación en la que está ausente esa fase negociadora o esta se utiliza solo de manera parcial.

La misma querencia por regular de modo detallado la fase precontractual se observa en los Códigos civiles que han sido objeto de modernización en la parte referida a las obligaciones y contratos, así como en aquellos otros que se han redactado *ex novo* en los últimos años.

Entre los primeros destaca la Ley de Modernización del BGB. Aunque los §§ 145 a 156 BGB ya incluían reglas sobre la formación del contrato des-

⁶ Las citas que realizaré se corresponden con la versión de 2016 de estos Principios.

⁷ Sobre los cuales, por su actualidad y precisión es recomendable consultar VIDAL OLIVARES, A./DE LA MAZA GAZMURI, I., *Hacia un Derecho latinoamericano de los contratos. Los Principios Latinoamericanos de Contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

de 1900, la Ley de modernización que entró en vigor en 2002 incluyó la codificación efectiva de la doctrina y jurisprudencia alemanas sobre la *culpa in contrahendo*⁸, de gran importancia como referente comparado; en este sentido los §§ 311.2 y 3 y 241.2 BGB⁹ no suponen una modernización del Derecho alemán en sentido estricto, sino una codificación que los juristas francófonos gustan llamar à *droit constant*¹⁰. También se han introducido en el texto del BGB normas sobre condiciones generales de la contratación y deberes precontractuales de información que tienen su causa en directivas europeas, siguiendo la opción por la solución «grande» propia del Derecho alemán.

Igualmente relevante ha sido la reforma del Derecho de obligaciones y contratos operada en el *Code* francés en la doble vuelta que representó la Ordenanza de 10 de febrero de 2016 y la Ley de ratificación de 20 de abril 2018. También en este caso la fase precedente a la conclusión del contrato ha sido objeto de especial atención¹¹, habiéndose introducido reglas particulares para las negociaciones *stricto sensu* (artículo 1112 *Code civil*), para el deber de información precontractual (artículo 1112-1) y para la divulgación sin autorización de una información confidencial (artículo 1112-2), reglas que son, en su mayoría, de origen pretoriano.

Entre los Códigos de nueva factura destacan los de los países del Este de Europa, cuyo Derecho de contratos se configura como elemento imprescindible de su incorporación al mercado capitalista de bienes y servicios; también en estos textos se da especial importancia al periodo previo a la celebración del contrato. En otro ámbito geográfico, merece mención especial el Código civil y comercial de la Nación Argentina de 2015, con normativa específica sobre las tratativas contractuales¹².

Como parece lógico, en los países donde no se ha producido todavía la reformulación de su Derecho de contratos codificado, el interés por el periodo

⁸ LOOSCHELDERS, D., *Derecho de Obligaciones. Parte General*, 17.^a ed., traducción de E. Gómez Calle, Madrid, BOE, 2021, p. 141, quien nos indica que la responsabilidad por *culpa in contrahendo* se basó en una analogía general con los §§ 122, 179 y 307 BGB en su antigua versión y fue reconocida como Derecho consuetudinario; *vid.* también ASÚA GONZÁLEZ, C. I./HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Codificación de la *culpa in contrahendo* en el derecho alemán», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor L. Díez-Picazo*, Cabanillas A. *et alri* (coord.), vol. 2, 2002, pp. 1415-1438.

⁹ Para cuyo contenido y comentario me remito a LOOSCHELDERS, D., *Derecho de Obligaciones ... cit.*, p. 142 ss.

¹⁰ KLEINSCHKIDTH, J., «Rapport allemand», *Réformer le Droit des Contrats? Analyse compare du droit luxembourgeois*, Ancel, P./Prüm, A. (dirs.), Bruxelles, Larcier Legal, 2020, pp. 87-103.

¹¹ Como dicen CHANTEPIE, G./LATINA, M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2.^a ed. París, Dalloz, 2018, p. 152, el término «Négociations», que rubrica la nueva subsección 1, de la Sección 1, del Capítulo II, del Título III del *Code*, no es especialmente afortunado, pues también afecta a los contratos de adhesión.

¹² Arts. 990 a 993.

precontractual resulta creciente, como demuestran los trabajos dedicados al mismo; tales son los casos, entre otros, de los ordenamientos suizo¹³, luxemburgués¹⁴ o belga¹⁵.

3. EVOLUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Centrada ya en el Derecho español, vuelvo a indicar, seguramente con innecesaria reiteración, que no son muchas las reglas que el Código civil español vigente destina de modo directo a la etapa previa a la celebración del contrato. Ello no ha impedido a la doctrina, primero, y a la jurisprudencia, más tarde, encontrar vías para introducir genuinos deberes impuestos a las partes durante el periodo precontractual.

Así, ya hace casi cincuenta años que Mariano Alonso estimó que podía considerarse la aplicación analógica del artículo 1258 CC a la etapa prenegocial¹⁶, de suerte que la función creadora de la buena fe objetiva que este artículo recoge, de la que pueden resultar verdaderos deberes jurídicos, se extendería también al citado periodo; entre esos deberes podrían estar los de suministrar determinada información a la otra parte o los de lealtad entre am-

¹³ ROULLER, N., «Devoirs précontractuels (*culpa in contrahendo*): l'identification exacte de leur violation et ses conséquences. Droit Suisse et travaux d'harmonisation internationaux et européens», *Bulletin CEDIDAC*, n.º 45, octobre, 2006, pp. 1-8.

¹⁴ DIDLINGER, Y., «Rapport luxembourgeois», *Réformer le Droit des Contrats? Analyse compare du droit luxembourgeois*, Ancel, P./Prüm, A. (dirs.), Bruxelles, Larcier Legal, 2020, pp. 43-61.

¹⁵ Anteproyecto de Ley de 30 de marzo de 2018, que incluye la creación de un libro 5 dedicado a «Les obligations» y que entró en la *Chambre des représentants* el 16 de julio de 2019, cuyas notas principales, a los efectos que nos ocupan, pueden leerse en WERY, P., «Rapport belge», en *Réformer le Droit des Contrats? Analyse compare du droit luxembourgeois*, Ancel, P./Prüm, A. (dirs.), Bruxelles, Larcier Legal, 2020, pp. 73-83; el autor (p. 73); el autor reconoce que en esta materia el texto prelegislativo recoge soluciones anteriores, trata de solventar controversias o, más raramente, prevé soluciones nuevas. Posteriormente, una nueva *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil* ha entrado en la *Chambre des représentants* el 24 febrero 2021; según el artículo 5.17 de esta última, rubricado «Responsabilité précontractuelle», «*Les parties peuvent engager leur responsabilité extracontractuelle l'une envers l'autre pendant les négociations précontractuelles. En cas de rupture fautive des négociations, cette responsabilité implique que la personne lésée soit remise dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu de négociations. Lorsque la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu a été suscitée, elle peut impliquer la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu. Outre la responsabilité précontractuelle, la violation d'un devoir d'information peut conduire à la nullité du contrat s'il est satisfait aux exigences établies à l'article 5.33*».

¹⁶ ALONSO PÉREZ, M., «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, pp. 859-922, espec. p. 916.

bas, derivados de la especial relación que representa la entrada en negociaciones con vistas a la celebración de un contrato¹⁷.

Por su parte, Díez-Picazo, pensando en el modelo más tradicional de contratación, puso en evidencia cómo los contratos de cierta envergadura suelen ir precedidos de un periodo de tiempo de negociación en el cual las partes discuten, deliberan y elaboran lo que habrá de ser una reglamentación de autonomía privada: son los llamados tratos preliminares. Después de señalar que en esta situación no existe entre las partes una relación jurídica en sentido propio, aunque tampoco puede decirse que se trate de actos en sí mismos irrelevantes, entiende que el contacto que representa determina la aparición de ciertos deberes que desgrana del modo siguiente: deber de negociar de buena fe, deber de suministrar determinadas informaciones, deber de protección y deber de confidencialidad¹⁸.

Especial interés han tenido para nuestra literatura jurídica los dos primeros deberes: por un lado, el deber de negociar de conformidad con la buena fe que, entre otras cosas, impide la que se ha venido a llamar ruptura injustificada de los tratos preliminares; por otro, y cada vez en mayor medida, el deber de información precontractual destinado a tutelar la confianza de los negociadores, haciendo viable una contratación consciente y útil y de cuya violación puede surgir una responsabilidad que, como veremos, cabe exigir, en principio, como precontractual, pero que en algunos casos puede tener también una vía de acceso propiamente contractual. Asimismo, es relevante la referencia al deber de confidencialidad, de importancia creciente en los cuerpos jurídicos modernos. Sin embargo, los casos que en la literatura germana se enmarcan en el llamado deber precontractual de protección¹⁹ suelen ser considerados en los países con códigos civiles que incluyen una cláusula general de responsabilidad del tipo de la recogida en el artículo 1902 CC español, como supuestos clásicos de responsabilidad extracontractual²⁰, en los que carece de significado

¹⁷ GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad precontractual ...*, cit., 1991, p. 43.

¹⁸ Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*, 6.^a ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, p. 311.

¹⁹ La cita clásica es la del caso *Linoleum* del *Reichsgericht* de 07.12.1911; la consideración del deber de protección entre los propios de la fase precontractual (contractual y postcontractual) en el Derecho alemán se produjo sobre todo a partir de la obra de CANARIS, C. W., «Schutzgesetze-Verkehrpflichten-Schutzpflichten», *Fest. K. Larenz*, 1983, pp. 27-110. Señala LOOSCHELDERS, D., *Derecho de Obligaciones... cit.*, p. 142, que la razón interna para el reconocimiento de los deberes precontractuales de protección es el principio de confianza. El establecimiento de negociaciones contractuales o contactos negociales justifica la expectativa de que todos respetarán los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte. Con esa esperanza, los implicados se conceden recíprocamente la posibilidad de una actuación más intensa sobre su propia esfera. Si esa esperanza resulta frustrada, está justificada, en este ordenamiento, una responsabilidad conforme a los principios contractuales.

²⁰ Por todos, ASÚA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad en la formación del contrato...», cit., pp. 143.

especial el hecho de que el daño se haya producido mientras el agente y la víctima estaban incurso en negociaciones en vista de la celebración de un contrato²¹, razón por la que prescindiré de su estudio en este trabajo.

Analizaré, en primer lugar, los casos de ruptura de las negociaciones contractuales de forma contraria a la buena fe, a fin de determinar si y, en su caso, cuándo, tal ruptura supone en Derecho español una hipótesis de responsabilidad precontractual por *culpa in contrahendo*²². A continuación, seguiré con el examen de la concreta contravención de la buena fe y la lealtad debidas en la fase precontractual que supone violar los deberes de confidencialidad entre las partes negociadoras. Terminaré con el análisis del deber precontractual de información, destinando a hacer posible una contratación consciente y útil, y con las repercusiones que su violación puede tener en el contrato que, de ser el caso, se hubiera llegado a celebrar y en lo que Morales Moreno ha llamado «sistema precontractual de remedios»²³.

Siguiendo la tónica contemporánea, la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos presentada en 2009 por la Comisión General de Codificación (en adelante, PMDOC), con el fin de poner al día las normas correspondientes a los títulos I y II del Libro IV del Código civil, más algunos relativos al contrato de compraventa, se sitúa claramente en la línea de los textos del moderno Derecho de contratos a los que he aludido en párrafos precedentes²⁴; como en ellos, el periodo precontractual y la posible responsabilidad generada durante su desarrollo como consecuencia de la violación de los deberes dimanantes de la buena fe objetiva tiene adecuado reflejo en esta PMDOC, razón por la que en cada uno de los supuestos estudiados incluiré la referencia a las

²¹ Así, por ejemplo y por todos, CARRASCO PERERA, A. *Derecho de contratos*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, p. 120.

²² Términos que no todos consideran sinónimos, GONZÁLEZ GOZALO, A., *Tratado de contratos*, t. I, 3.ª ed., Bercovitz R. (dir.), Moralejo Imbernón, N./Quicios Molina, S. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 834-835 critica la asimilación de los términos responsabilidad precontractual y *culpa in contrahendo*, considerando que el segundo pone el énfasis en la conducta antijurídica de la que dimana la responsabilidad, mientras que el primero destaca que se trata de una responsabilidad que nace antes de que se celebre el contrato. En su opinión, la relación entre ambas puede verse como una relación de género-especie, de modo que la *culpa in contrahendo* podrá lugar a una responsabilidad tanto contractual como precontractual, dependiendo de si ha llegado o no a perfeccionarse un contrato válido.

²³ MORALES MORENO, A. M., ¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en el marco del Derecho Europeo», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.ª L./ Méndez Serrano, M.ª M. (coords.), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 369-422.

²⁴ Sin que quepa olvidar el artículo 111-7 CCCat, rubricado «Buena fe» y conforme al cual «*En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos*».

reglas que recoge este texto, añadiendo algún comentario e incluso, por si fuera de utilidad, alguna propuesta de mejora.

4. LA RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMINARES DE FORMA CONTRARIA A LA BUENA FE

En la codificación decimonónica, la libertad contractual, que en su versión negativa implica el derecho a no contratar, se contemplaba como un principio prácticamente absoluto. Por ello es perfectamente comprensible que durante mucho tiempo nuestro sistema fuera reacio a admitir una responsabilidad por la ruptura de los tratos preliminares. Muy al contrario, se consideraba, sin demasiados matices, que apartarse de las negociaciones contractuales en cualquier momento y circunstancia constituía un acto de ejercicio de aquella libertad. Sin embargo, el progresivo interés de la academia, en buena parte receptora de lo que sucedía más allá de nuestras fronteras, fue introduciendo la idea de la «ruptura injustificada de los tratos» como posible fuente de responsabilidad. Por el momento en el que se producía, esta responsabilidad nacida como consecuencia de contraponer el aludido principio de libertad contractual al principio de buena fe extendido también a esa etapa previa²⁵ se califica de precontractual.

Con este nuevo enfoque, a pesar de reconocer que el punto de partida sigue siendo el principio de libertad contractual del que deriva que las partes negociadoras no están obligadas a llegar a un acuerdo y que pueden apartarse libremente de las negociaciones en cualquier momento²⁶, se considera que pueden darse supuestos en los que no será lícito el ejercicio de esa libertad, en concreto, cuando este pueda suponer una violación del principio general de buena fe.

A partir de ahí, no extraña que en las últimas décadas comenzaran a exigirse ante nuestros tribunales indemnizaciones derivadas de rupturas de tratos preliminares²⁷ aparentemente lesivas, si bien es cierto que la mayoría de las sentencias terminan por no reconocer la existencia de responsabilidad alguna²⁸. Del análisis de las decisiones más significativas, que tampoco son

²⁵ Considera la buena fe como «un imperativo que condiciona y, al fin, limita (aquella) libertad» la sentencia citada en la nota siguiente.

²⁶ Sigue siendo la regla general, como recoge, por ejemplo, la STS 15.10.2011, RJ \2011\7400.

²⁷ Para la SAP Madrid 12 03.2020, *Lefebvre*, EDJ 2020/623503, «Los llamados tratos preliminares son los actos que los interesados llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar un contrato, pudiendo consistir en conversaciones y negociaciones y también en manifestaciones escritas, proyectos o borradores, cerrándose los mismos con la celebración del contrato con su ruptura».

²⁸ Incluso en alguna se afirma que esta responsabilidad es excepcional, como la STS 3.06.1994 (RJ/1994/4576) y STS 19.07.1994 (RJ/1994/6698), en las que tampoco se estima la responsabilidad por

excesivamente numerosas ni demasiado expresivas si las comparamos con las de los tribunales de algunos ordenamientos próximos, cabe extraer que son tres los requisitos exigidos para que la ruptura unilateral de las negociaciones contractuales pueda considerarse fuente de responsabilidad: (i) que una de las partes negociadoras viole el deber de buena fe y lealtad contractual, mediante lo que suele denominarse ruptura injustificada de los tratos preliminares; (ii) que se haya provocado un daño a la parte interesada en seguir negociando; (iii) que exista una relación de causalidad entre la ruptura injustificada y el daño causado.

Es común señalar también como requisito de la responsabilidad por ruptura de tratos el de que una parte haya suscitado en la otra la confianza razonable sobre la seriedad de la negociación y la posibilidad de que esta pueda llegar a buen fin²⁹. Entiendo que esta situación de confianza efectivamente ha de concurrir, pero se sitúa en un plano distinto al de los requisitos antedichos. La responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye un caso de responsabilidad fundada en la peculiar relación de confianza derivada de la relación entre las partes surgida en fase previa a la celebración del contrato, de modo que la conocida como ruptura de tratos preliminares se convierte en injustificada precisamente cuando implica la quiebra de tal relación de confianza. Pero también se puede quebrar la confianza en la fase de negociaciones preliminares realizando otro tipo de actuaciones distintas de la ruptura de tratos y de las que también cabe derivar la existencia de responsabilidad, cuando esas actuaciones terminan causando daños a la otra parte negociadora. Así podrá suceder, por ejemplo, si se la lleva a la falsa creencia de que la negociación es exclusiva cuando en realidad no lo es, o si se la anima a negociar y celebrar un contrato que se sabe que, a la postre, no va resultar eficaz³⁰; incluso, como enseguida veremos, a veces la confianza se vulnera precisamente porque no se pone fin a las negociaciones cuando la buena fe exigiría, precisamente, acabar con ellas cuanto antes.

incumplimiento de un presunto precontrato, pero en las que *obiter dicta* se afirma que la fijación de una indemnización de daños y perjuicios no va siempre vinculada al incumplimiento de un precontrato, puesto que, también cabe en casos excepcionales en que se atribuya a la ruptura de tratos preliminares al contrato. Desde el año 2000, esta responsabilidad por la ruptura de tratos, en un momento anterior a cualquier acuerdo que pueda calificarse de precontractual, se reconoce expresamente en el artículo 708 LEC.

²⁹ En la jurisprudencia, STS 11.02.2016, RJ2016\564: «En efecto, en la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones, aparte de a la producción del daño y a su relación de causalidad, hay que atender, correlativamente, a la necesaria creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato proyectado y al carácter injustificado de las negociaciones»; en la doctrina, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos... I*, pp. 322-323; GONZÁLEZ GOZALO, A., *Tratado de contratos, t. I... cit*, p. 836.

³⁰ Lo que nos lleva a otros grupos de casos que veremos más adelante.

La confianza razonable en la seriedad y viabilidad de las negociaciones puede derivar de distintas circunstancias de hecho que habrán de ser analizadas en el caso concreto. Un índice que se baraja en todos los ordenamientos es el grado de desarrollo de esas negociaciones de suerte que, como regla, cuanto más avanzadas estén más alto será el nivel de confianza generado. No obstante, en el caso español, a diferencia de lo que sucede en algún ordenamiento comparado como el holandés³¹ o, en casos excepcionales, en el alemán³² o en el belga³³, no se puede decir que a partir de un determinado momento queda vedada la posibilidad de apartarse de los tratos³⁴. De hecho, existen sentencias que reconocen la posibilidad de ruptura de negociaciones muy avanzadas, en las que incluso existían acuerdos de intenciones muy elaborados como sucedió, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS 03.06.1998³⁵. La confianza no es, por otro lado, una mera cuestión subjetiva de la parte que ve frustradas sus expectativas, puesto que para que sea relevante a los efectos que nos ocupan ha debido de ser generada, precisamente, por la actuación de la contraparte, circunstancia que, por ejemplo, no se apreció en el caso resuelto por la STS 14.06.1999³⁶.

Vuelvo a repetir la idea de que la ruptura de los tratos preliminares por quienes están inmersos en ellos es, en principio, lícita, por constituir una manifestación del principio de libertad contractual. En consecuencia, solo resultará fuente de responsabilidad cuando la parte que la provoca viola un deber de actuación dimanante de la buena fe objetiva que se impone en la negociación

³¹ CARTWRIGHT, J./HESSELINK, M, *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2008. pp. 46 ss.

³² LOOSCHELDERS, D., *Derecho de Obligaciones... cit.*, p. 147, quien menciona la excepción que supone que conste que el contrato se habría concluido si la conducta hubiera sido la debida caso en el que, excepcionalmente, el causante del daño debe indemnizar al perjudicado con el interés del cumplimiento.

³³ WERY, P., «Rapport belge»... cit., p. 78; cf. la nota 15 del presente trabajo el texto del artículo 5.17 de la *Proposition de Loi* de 2021, que admite una excepción similar a la señalada en la nota precedente para el Derecho alemán.

³⁴ CARRASCO PERERA, A. *Derecho contratos*, cit., p. 130. En la jurisprudencia, entre otras decisiones, STS 3.06.1998 (RJ/1998/3715), en la que existía además un acuerdo de intenciones. Muy interesante, la STS (Sala de lo Social) de 9.03.1988 9 (RJ/1998/2372) en un supuesto en el que se trataba de la negociación de un convenio colectivo en el sector aéreo. Los sindicatos reclamantes sostenían que, a pesar de que no se había firmado el texto final, se había llegado a acuerdos parciales vinculantes. El Tribunal Supremo anula la sentencia de la Audiencia Nacional que había aceptado ese planteamiento y estima que «(...) en un proceso negociador se van produciendo acuerdos parciales de esa finalidad..., pero ese concierto en el consentimiento, salvo decisión expresa de los interesados carece de valor si no se logra el acuerdo global que desean los negociadores». También en el caso de la, ya citada SAP Madrid de 12.03. 2020, que literalmente reconoce que «El hecho de entrar en negociaciones con alguien, e incluso el de haber llegado a un grado avanzado en ellas, no implica el deber de alcanzar un acuerdo, de suerte que la libertad contractual incluye también la libertad de apartarse de las negociaciones en cualquier fase en que éstas se encuentren».

³⁵ RJ 1998\3715.

³⁶ RJ 1999\4105.

de los contratos, causando por ello un daño al otro negociador, situación que solemos denominar como «ruptura injustificada» de los tratos³⁷.

La violación de esos deberes nacidos de la buena fe puede producirse por diferentes razones. Ya hemos visto que entre estas no está que las negociaciones se encuentren muy avanzadas; tampoco que la otra parte haya incurrido en gastos durante el proceso negociador. Por el contrario, se incurrirá en responsabilidad si una de las partes sigue los tratos con conciencia de que no quiere llegar a un acuerdo³⁸, hipótesis en la que precisamente la buena fe impone la ruptura inmediata y no el seguir con unas negociaciones de cuya infertilidad se está seguro, como antes se apuntó. También existirá responsabilidad cuando se sabe que a consecuencia de las negociaciones se va a causar un daño al otro, por ejemplo, haciéndole incurrir en gastos inútiles o con el solo fin de bloquear sus negociaciones con terceros.

Ahora bien, para que la ruptura de negociaciones pueda ser fuente de responsabilidad no es precisa siempre la actuación dolosa³⁹; incluso, aunque algunas resoluciones parecen exigir una actitud culposa⁴⁰ o negligente del causante del daño, en realidad tal negligencia se concibe en un sentido muy amplio. Así se desprende, por ejemplo, de la STS 16.12.1999⁴¹ que la identifica prácticamente con la propia ruptura de los tratos, al considerar que en el caso había existido «una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral»; se podría decir que la culpa consiste, precisamente, en la quiebra del deber de conducta exigido por buena fe en la fase precontractual.

Cabe preguntar si esa actitud culposa en el amplio sentido citado se produce siempre que se llevan negociaciones paralelas sin conocimiento de la otra parte, hipótesis en la que se concluye que el deber de buena fe no impone la negociación en exclusiva (salvo que esta se haya pactado) ni exige que, con carácter general, una parte informe espontáneamente a la otra sobre el hecho de que

³⁷ El autor suizo ROUILLER, N., «Devoirs précontractuels...», *cit.*, p. 2, llama la atención sobre la poca exactitud de expresiones como «rupture fautive des pourparles» o «rupture abusive», que dan la falsa impresión de que es la ruptura la violación del deber precontractual, cuando a su juicio la ruptura es únicamente uno de los hechos a tener en cuenta para determinar el daño causado por esta violación.

³⁸ Establece el artículo 2.301 al. 3 PECL: «*En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte*».

³⁹ MORALES MORENO, A. M., ¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios?, *cit.*, pp. 400-422.

⁴⁰ STS 06.05.2013 (RJ\2013\4945), que no considera probado que la demandada «haya incurrido en conducta culpable»; de «actitud culposa» que en el caso no se aprecia habla la STS 14.12.2012 (RJ\2013\376).

⁴¹ RJ 1999\8978. Expresamente la ya citada SAP 12.03.2020 dice que «Para que surja tal responsabilidad no se precisa la intención de dañar, ni una conducta particularmente dolosa o incluso ni siquiera negligente».

está en tratos con otro u otros posibles contratantes⁴². No obstante, en determinadas circunstancias puede surgir un deber de información en tal sentido, por ejemplo, porque uno de los negociadores se percata de que el otro cree equivocadamente que está negociando en exclusiva cuando, en realidad, no es así⁴³.

Por el contrario, se estima que la actuación en los tratos preliminares no puede generar responsabilidad cuando se produce la ruptura unilateral porque las negociaciones no avanzan, o porque se prolongan durante demasiado tiempo sin progreso significativo, o porque se anticipa que no podrá alcanzarse ya el acuerdo por un cambio en las circunstancias tenidas en cuenta al entablarlas⁴⁴, o porque se tiene conocimiento de alguna circunstancia que, de celebrarse el contrato, comportaría su ineficacia⁴⁵. El hecho de romper los tratos a causa de que se ha recibido una oferta mejor, no solo implica licitud de la ruptura, sino que incluso impone el deber de comunicárselo a la otra parte, a fin de que esta no siga implicada en una negociación que va a ser infructuosa o, incluso, para que pueda hacer otra propuesta todavía mejor⁴⁶.

La producción efectiva de un daño es un requisito *sine qua non* de cualquier forma de responsabilidad y también de la que nos ocupa, como igualmente lo será la relación de causalidad entre la actuación contraria a la buena fe y el daño. Ambos requisitos han de ser probados por quien reclama la responsabilidad, como nos recuerdan, entre otras, las ya citadas SSTs de 15.10.2011, 14.12.2012 o la de 25.06.2013⁴⁷. Todas ellas, a pesar de reconocer la existencia de una ruptura injustificada de negociaciones, no admiten la responsabilidad de quien la provoca al estimar que no se han acreditado los daños y que en este tipo de situaciones no puede aplicarse, por su excepcionalidad, la doctrina *ex re ipsa*. De hecho, ya he mencionado que la mayoría de las sentencias que resuelven demandas donde se alega la posible responsabilidad *in contrahendo* no son favorables al demandante; añadido ahora que buena parte de ellas lo hacen por no considerar probado el daño o la causalidad, lo que me lleva a cuestionar si las exigencias probatorias en este tipo de casos no son, en realidad, demasiado rígidas para estas situaciones.

Como en otros sistemas, también en el nuestro se ha debatido sobre el alcance del daño resarcible en caso de ruptura de tratos. En general se suele

⁴² Aquí no existe, por tanto, un deber precontractual de información.

⁴³ Surge entonces el deber de información.

⁴⁴ GONZÁLEZ GOZALO, A. *Tratado de contratos, t. I, ... cit.*, 2020 p. 837.

⁴⁵ GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad precontractual... cit.*, 1991, p. 134.

⁴⁶ De nuevo, en este caso sí hay deber de informar.

⁴⁷ RJ2014\4929.

decir que ese daño alcanza únicamente al interés negativo⁴⁸ o interés de la confianza⁴⁹, que es aquél que el lesionado hubiese evitado si no hubiese confiado en que la otra parte cumpliría durante las negociaciones con los deberes inherentes a la buena fe⁵⁰. En consecuencia, no se considera, como regla, que en el sistema español, al igual que en mayor parte de los comparados, el lesionado por la ruptura ilícita de los tratos preliminares pueda exigir como compensación el llamado interés positivo, esto es, la efectiva celebración del contrato o los beneficios derivados del mismo⁵¹.

Existen, no obstante, discrepancias a la hora de determinar el exacto alcance del interés negativo. Algunas decisiones judiciales aluden a ese concepto sin concretar su contenido⁵², otras parecen incluir la pérdida de otras oportunidades de contratar como partida del citado interés⁵³, mientras que en otras ocasiones se excluye de modo expreso que esas pérdidas de oportunidad formen parte de él⁵⁴. Por su parte, Díez-Picazo mencionaba únicamente como partidas del interés negativo el reembolso de todos los gastos efectuados con motivo de aquellos tratos, como pago de asesores, desplazamientos, alquiler de almacenes o gastos bancarios; en todo caso, gastos efectivamente realizados que no incluirían la pérdida de otras oportunidades de contratar⁵⁵. No ha sido nunca esta mi opinión, pues entiendo que el interés negativo incluye tanto los gastos efectivamente realizados y que deben ser reembolsados, como la frustración de ganancias o lucros cesantes, que se concretan sustancialmente en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero⁵⁶. Cosa distinta es que existan dificultades probatorias –ya se ha dicho que la carga incumbe al lesionado– para demostrar su existencia efectiva, la cual no puede ser sustentada por meras conjeturas sobre hipotéticas oportunidades de negocio; pero esta es una dificultad común a la prueba

⁴⁸ Que permite restaurar la situación en la que se estaría de no haber iniciado las negociaciones, como dice, ASÚA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad en la formación del contrato...», cit., p. 157.

⁴⁹ Expresamente, la citada STS 25.06.2013 y, sin utilizar esta terminología, la también citada STS 15.10.2011.

⁵⁰ GARCÍA RUBIO, M.^aP., *La responsabilidad precontractual... cit.*, 1991, p. 232; GARCÍA RUBIO, M.^a P. «Nota sobre el Derecho español, a la sentencia de la Cour de Cass., 26.11.2003. Perte de Chance (Expectation Interest) and Liability of a Third Person in Case of Breaking Off Negotiations», *European Review of Private Law*, Vol. 13, núm. 3-2005., p. 450; GARCÍA RUBIO, M.^a P./OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual ... «cit., 2010, p. 42.

⁵¹ En palabras de la STS 25.06.2013 «en ningún caso alcanza el interés positivo (...) como el beneficio que podría obtener la parte perjudicada si se hubiese celebrado el contrato. Se trataría solo de colocar a la parte perjudicada en aquella situación en la que se habría encontrado si la carta de intenciones no se hubiere suscrito».

⁵² V.gr. STS 16.12.1999 (RJ 1999\8978).

⁵³ Parece hacerlo la ya mencionada STS 15.10.2011.

⁵⁴ STS 25.06.2013, ya citada, lo hace, sin mayores explicaciones.

⁵⁵ Díez-Picazo, L., *Fundamentos... I, cit.*, 2007, p. 325.

⁵⁶ GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad precontractual... cit.*, 1991, pp. 232-233; 2005, p. 451.

de buena parte de los lucros cesantes. Mayores dudas nos plantea si, entre esas «pérdidas de oportunidad» habrá de computarse también la pérdida de la posibilidad de obtener las ganancias derivadas del negocio frustrado que no siempre se identifican con el interés contractual positivo, como demuestra la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 26 de noviembre 2003 (*Arrêt Manoukian*)⁵⁷.

Otra cosa es si dentro del interés negativo puede incluirse el daño moral, cuestión que ha sido abordada recientemente por la SAP Madrid de 12.03.2020, en un supuesto de ruptura de negociaciones muy avanzadas, donde se dice: «... el daño moral (que) estimamos que sí tendría cabida bajo el denominado interés negativo pues ha sido la ruptura inesperada de las conversaciones el origen del daño, daño moral que, a juicio de la parte actora, se manifiesta en la frustración de no cerrar un negocio jurídico que estimaban seguro, la humillación sufrida, angustia psicológica, sufrimiento de desconsideración y desprecio, menoscabo profesional o social, pérdida de oportunidad profesional y social, pérdida de una vida profesional más visible, más reconocida y mejor remunerada», si bien a continuación considera que «No apreciamos que, ligado a la rotura de los tratos preliminares, pueda hablarse de un daño moral derivado de una humillación o derivado de la pérdida de la oportunidad de conseguir una mejora en su actividad profesional, pero si observamos que debieron sufrir frustración y angustia por la desconsideración que tuvo la demandada en el modo en que se culminaron las negociaciones ...».

Algún autor foráneo ha introducido la necesidad de concretar el momento en que se produce la violación del deber dimanante de buena fe precontractual para que se puedan determinar exactamente las partidas del daño indemnizable⁵⁸, de modo que solo se resarcirán los gastos realizados y las expectativas frustradas posteriores al momento en que se produjo la efectiva transgresión de la buena fe. No lo comparto; más bien me parece que en la mayoría de los casos la actuación (u omisión) que contraría la buena fe y termina por hacer inútiles los tratos contamina todo el proceso, con lo que probablemente obligará a indemnizar todos los daños producidos en el curso del entero y frustrado proceso negociador.

En cuanto a la calificación de la responsabilidad, nuestra doctrina y jurisprudencia sigue la senda de ordenamientos de países como Francia o Italia⁵⁹ que consideran que la ruptura injustificada de los tratos preliminares de un contrato debe quedar sometida al régimen de la responsabilidad extracon-

⁵⁷ GARCÍA RUBIO, M.^ªP., «Notas...», p. 450, 2005.

⁵⁸ ROUILLER, N., «Devoirs précontractuels...», cit., p. 5.

⁵⁹ Y a diferencia de lo que sucede en Alemania, donde es bien conocido que la *culpa in contrahendo* se califica contractual, como ahora expresamente reconoce los §§ 241.2 y 311.3 BGB.

tractual, lo que en el caso español nos lleva al artículo 1902 CC y concordes⁶⁰. La calificación se considera importante por varias razones, entre las que sobresale que le será de aplicación el plazo de prescripción anual del artículo 1968.2 CC y no el general de las acciones personales del artículo 1964 CC, que es de cinco años desde 2015 y que sería el aplicable si la responsabilidad por ruptura de los tratos se considerase como contractual.

Sin embargo, y aunque en la doctrina española la calificación como extracontractual es prácticamente unánime, me parece muy fecunda la idea propuesta por Pinto Oliveira quien, frente a la dicotomía contractual-extracontractual en materia de responsabilidad, admite un conjunto de situaciones en las que se identificarían responsabilidades intermedias: entre ellas se cita, precisamente, la responsabilidad precontractual⁶¹. Según este planteamiento, en lugar de conceptos cerrados, los de responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual serían conceptos abiertos o tipos sin fronteras fijas, de suerte que los parecidos entre casos de una y otra responsabilidad formarían una red complicada de semejanzas que se cruzan y sobreponen unas a otras⁶²; incluso cabría decir que los dos tipos tradicionales solo serían los puntos extremos de una misma línea⁶³. Esta visión conlleva que el intérprete no estaría obligado a aplicar en bloque las reglas de la responsabilidad contractual o las de la responsabilidad extracontractual o, inclusive, a aplicar siempre las mismas reglas, pudiendo tener en cuenta la especificidad de los casos. Dejo simplemente apuntada la idea, que con toda seguridad requeriría un mayor desarrollo y que permitiría, por ejemplo, ajustar al caso concreto un plazo u otro de prescripción.

En otro orden de cosas, debo también plantear si la responsabilidad por la ruptura de tratos puede recaer en un tercero extraño a las negociaciones finalmente fallidas. La respuesta ha de ser en principio negativa si se entiende como genuina responsabilidad precontractual. Esto no impide que la actuación del tercero en cuestión pueda constituir un ilícito civil en los términos del artículo 1902 CC, en cuyo caso el sujeto habría incurrido en responsabilidad civil extracontractual, de modo que será el lesionado quien habrá de probar el dolo o la culpa del tercero, así como la entidad del daño y la relación de causalidad entre la actuación del ese tercero y la lesión provocada por el fracaso

⁶⁰ SSTS 14.6.1999 (RJ 1999\4105), 16.12.1999 (RJ 1999\8978), 30.01.2008, (RJ 2008\340); pero *vid.* 16.05.1988, de la que se hace eco la de 15.10.2011.

⁶¹ PINTO OLIVEIRA, N. M., «Prescrição na Responsabilidade Médica», *Responsabilidade civil em saúde. Diálogo com o doutor Jorge Sinde Monteiro*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 253-272, espec. p. 257.

⁶² PINTO OLIVEIRA, N. M., «Prescrição...», *cit.*, p. 258.

⁶³ PINTO OLIVEIRA, N. M., «Prescrição...», *cit.*, p. 258, expresión gráfica que también utiliza KOZIOL, H., *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Wien, JanSramek, 2012, p. 103.

de los tratos preliminares con otra persona⁶⁴. En el supuesto de que efectivamente se aprecie la responsabilidad extracontractual del tercero, ello no significa que, de concurrir los requisitos más arriba mencionados, quede exonerado de toda responsabilidad la contraparte negociadora que rompió los tratos. Ambas responsabilidades, la precontractual del tratante desleal y la extracontractual del tercero, concurrirían y, siguiendo la práctica de la jurisprudencia española en situaciones análogas, lo más probable es que ambos respondan solidariamente frente al lesionado⁶⁵.

Pasando ya en una posible regulación futura de la responsabilidad precontractual, comenzaré por señalar que la PMDOC de 2009 se refiera a la ruptura de los tratos en el artículo el 1245 que en sus puntos 1, 2, 4 y 5⁶⁶, tiene el siguiente tenor:

«1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.

2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra. En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.

5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.»

⁶⁴ En GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Notas...», *cit.*, 2005, p. 452, planteaba, siguiendo los hechos del caso de la sentencia francesa que ya se ha citado, si cabía cuestionarse si la inserción en el contrato entre A y C de una cláusula por la que C garantiza a su contraparte A una salvaguarda de las hipotéticas responsabilidades en las que pudiera incurrir frente a otros por haber provocado la ruptura abusiva de tratos preliminares, supone o no prueba suficiente del dolo o culpa de C. Aunque no haya de ser necesariamente así, no cabe duda de que la cláusula de garantía mencionada puede resultar un indicio razonable para facilitar la prueba de la culpa. Todo ello sin dejar de mencionar que la citada cláusula producirá todos sus efectos entre A y C, de suerte que si A es condenado al pago de la indemnización frente a B, puede reclamar a C el reintegro de lo pagado con fundamento en la mencionada cláusula contractual.

⁶⁵ Parcialmente distinta será la situación en la que una cláusula entre A y C del tipo descrito en la nota precedente pueda interpretarse como una asunción de la deuda (futura) del primero por parte del segundo. Al no concurrir el consentimiento del posible acreedor (B), dicha asunción no puede significar la exención de responsabilidad del deudor, es decir de A, sino su acumulación con ella; esto es, tal cláusula significará una asunción de deuda de las llamadas acumulativas. En esta situación, B podrá igualmente reclamar la indemnización de los daños sufridos –incluida la pérdida de otras oportunidades de contratar– tanto a A como a C de manera solidaria, pero entonces el fundamento de la responsabilidad de C no será extracontractual, sino la propia asunción de la deuda de A. En consecuencia, para apreciar la responsabilidad de C frente a B en este último caso no sería precisa prueba alguna de la culpa o dolo (GARCÍA RUBIO, 2005, p. 452).

⁶⁶ No menciono aquí el punto 3 que alude al deber de confidencialidad del que me ocuparé más adelante.

Aunque no sea un modelo de buena técnica legislativa⁶⁷, huelga decir que se trata de un artículo inspirado en los textos de *soft law* que ya conocemos⁶⁸. Los párrafos primero y segundo reflejan los dos principios que se contraponen en este tipo de hipótesis: el de libertad contractual por un lado y el de buena fe por el otro, aplicados en ambos casos al periodo precontractual; en realidad son los dos principios informadores de todo el Derecho de contratos que, como tales, bien merecerían una declaración general al comienzo del Título II del Libro IV del CC⁶⁹.

Según el texto reproducido, la regla general ha de ser que no existe responsabilidad por la ruptura de las negociaciones producida antes de llegar a un acuerdo, al menos que esa ruptura haya sido contraria a la buena fe. La cuestión está, como bien sabemos, en decidir cuándo se ha producido esa contrariedad. El apartado segundo del punto 4, menciona el hecho de *entrar o continuar negociaciones sin intención de alcanzar un acuerdo* como una de esas situaciones, pero esto no significa que se excluya la posibilidad de otras como las apuntadas más arriba.

Con cierta reiteración el párrafo primero del punto 4 reconoce la responsabilidad de la parte que *hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra y, según la primera frase del punto 5, La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios*. Creo que debe suprimirse la primera de estas dos reglas por varias razones: por un lado porque es repetitiva con la del párrafo siguiente; por otro, porque la actitud que puede generar la responsabilidad de uno de los negociadores es la actuación contraria a la buena fe, que no es exactamente lo mismo que «proceder con mala fe», expresión que parece referirse al dolo el cual, como vimos con anterioridad, no es requisito imprescindible, según nuestra doctrina y jurisprudencia; en fin, tampoco es exacto el párrafo citado porque, como ya hemos podido comprobar, a veces la causa del daño no está en entablar o interrumpir las negociaciones, sino precisamente en no interrumpirlas a tiempo o en no avisar a la otra parte de que no van a ser exitosas.

Aclara a continuación el punto 5 que *la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las nego-*

⁶⁷ Algunas críticas a su estructura las hago en GARCÍA RUBIO, M.^a P., «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos, ADC, tomo LXIII, 2010, fasc. IV, pp. 1621-1642, espec., p. 1627.

⁶⁸ Cf. artículo 2:301 PECL; artículo 2.1.15 PICC; arts. II.-3:301 y II.-3:302 DCFR.

⁶⁹ Cabe también valorar si conviene o no la declaración del carácter imperativo del de buena fe, como hace el artículo II.-3:301 (2) DCFR y el artículo 1104 Code francés tras su reforma 2016-2018; respecto a este último, CHANTEPIE, G./LATINA, M., *La réforme du droit des obligations... cit.*, 2018, p. 104, no está claro si la buena fe se configura como deber o como una genuina obligación, calificación de la que derivan consecuencias.

ciaciones. Ello significa que, de acuerdo con la experiencia comparada mayoritaria a la que, según se ha indicado, sigue nuestra doctrina y la parca jurisprudencia española sobre el tema, se considera que la indemnización debida por ruptura de las negociaciones contraria a la buena fe alcanza al interés en la confianza o interés negativo, de suerte que la responsabilidad no se puede solventar ni por la vía de la imposición del contrato ni por la de la indemnización del interés positivo o interés derivado de la celebración y posterior cumplimiento del contrato frustrado. No se pronuncia el precepto que venimos comentando sobre el contenido de ese interés negativo. Según lo apuntado con anterioridad, sin duda se incluyen los gastos realizados por la parte no responsable de la ruptura que a la postre y a causa de la actuación contraria a la buena fe de la otra se tornaron en inútiles. Los datos de Derecho comparado nos muestran que existen discrepancias en los textos internacionales y en los preceptos legales y tribunales internos sobre si en ese interés de la confianza se incluye o no la pérdida de otras oportunidades de contratar⁷⁰, diferencias que también se dan en autores y tribunales españoles⁷¹. Precisamente por ello creo que el texto proyectado debería pronunciarse expresamente sobre si deben o no indemnizarse estas oportunidades perdidas en los supuestos que en este epígrafe nos ocupan; ya he dicho que mi opinión es, al respecto, la positiva. Cabría también proponer, acaso, que se dejara abierta la posibilidad de que, en casos excepcionales, incluso tuviera cabida, como en el Derecho holandés, belga o alemán, el interés positivo.

5. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE CONFIDENCIALIDAD

La mayor parte de los textos del moderno Derecho de contratos consagran de modo expreso la responsabilidad que puede surgir de la ruptura del

⁷⁰ Por la respuesta afirmativa se inclinan los comentaristas de los PECL (LANDO, O./BEALE, H. (ed.), *Principles of European Contract Law*, Parts. I y II, 2000, p. 191) o de los PICC, (KLEINHEISTERKAMP, J., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (PICC), Vongenaar, S./Kleinheisterkamp, J., ed., 2009, p. 302. Por el contrario, en Francia, la redacción de la Ley de 20 de abril de 2018, que ratificó la Ordenanza de 10 de febrero de 2016, modificó ligeramente el texto del segundo párrafo del artículo 1112 Code, precisamente para excluir expresamente la pérdida de otras oportunidades de contratar de las partidas indemnizables por la *faute* cometida durante las negociaciones contractuales, previsión que tiene carácter meramente interpretativo, que acoge la tesis sustentada por la ya citada sentencia de la *Cour de Cass*, de 26 de noviembre de 2003, y que admite matices como señalan CHANTEPIE, G./LATINA, M., *La réforme du droit des obligations... cit.*, 2018, p. 160.

⁷¹ La tesis más restrictiva, que limita la indemnización a los gastos efectivamente realizados y constatados es la mantenida en Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en supuestos de responsabilidad precontractual por ruptura de tratos en la contratación pública; así, por ejemplo, STS (Sala 3.ª) 2 de julio de 2004, (RJ2004\5226) y STS (Sala 3.ª) 10 de octubre de 2006, (RJ2006\7649).

llamado deber precontractual de confidencialidad. En este caso, incurre en responsabilidad quien revela sin autorización a un tercero informaciones o datos que le han sido confiados precisamente en el curso de los tratos preliminares, causando por ello un perjuicio a la otra parte negociadora.

Pero también se produce la violación del citado deber cuando una de las partes negociadoras se adentra en los tratos precisamente para obtener una información privilegiada que puede ser muy valiosa; por ejemplo, porque se trata de conocimientos técnicos resultado de inversiones previas en investigación y desarrollo que constituyen genuinos secretos comerciales. La información «robada» puede versar sobre el objeto del contrato o incluso sobre las condiciones de mercado, con el objetivo de utilizarla después en otras negociaciones con terceros, incluso para mejorar las condiciones frente a estos. Puede que incluso no llegue a causarse un perjuicio relevante a aquel con quien no se contrata, pero huelga decir que el que ha utilizado la información en su provecho se ha enriquecido precisamente por haberla obtenido en las negociaciones fracasadas.

Como he dicho, al igual que hacen otros textos del moderno Derecho de contratos tanto transnacional⁷² como interno⁷³, la PMCC de 2009 contiene una regla sobre esta cuestión en el número tercero del artículo 1245, parcialmente reproducido antes y del que quedaba pendiente este párrafo que dice:

«3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.»

⁷² Todas estas posibilidades quedan incluidas en reglas como la del 2:302 PECL, «Si en el curso de unas negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información confidencial, esta última queda obligada a no revelar la información recibida, ni a utilizarla para sus propios fines, tanto si el contrato queda posteriormente concluido como si no. La inobservancia de este deber puede incluir una compensación por pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte». Según el artículo 2.1.16 PICC, rotulado «Deber de confidencialidad»: «Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte».

El artículo II.3.-302 del DCFR recoge en sus párrafos (3) y (4) las consecuencias de la ruptura del deber de confidencialidad, señalando que cuando una parte razonablemente anticipa que la otra va a romper el deber de confidencialidad puede obtener una orden prohibiendo la comunicación pública y además, que quien efectivamente lo rompe ha de pagar una indemnización por todos los daños causados por la violación del deber y puede ser obligado a resarcir a la otra parte con cualquier beneficio obtenido por esa misma razón. Cf.

⁷³ Según el artículo 1112-2 *Code civil* francés, tras la Ordonnance de 10 de febrero de 2016: «*Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun*». De novedad textual que presenta una marcada originalidad lo consideran, CHANTEPIE, G./LATINA, M., *La réforme du droit des obligations...* cit., 2018, p. 172.

El supuesto se refiere a la información facilitada con carácter confidencial. Luego, la regla es, de nuevo, una regla de libertad: la de tratar la información recibida de la otra parte en las negociaciones como no confidencial. Ahora bien, si la información recibida se ha suministrado expresa, implícita o tácitamente con el carácter de confidencial –lo que puede depender entre otras cosas, de la naturaleza y fin del contrato, el carácter de la información (listas de clientes, estrategias comerciales, etc.), o las características de los sujetos destinatarios de la información (potenciales competidores, por ejemplo)– quien la ha recibido solo puede revelarla o utilizarla para sus propios fines en la medida en que resulte del contenido del contrato que se hubiera llegado a celebrar. A pesar de este tenor literal, parece que en la hipótesis de que no se llegue a celebrar ningún contrato, la información dada como confidencial en el curso de las negociaciones no puede revelarse ni utilizarse en ninguna medida; lo contrario supone un caso concreto de actuación contraria a la buena fe⁷⁴ que incluso puede llegar a ser delictivo⁷⁵. Todo ello, sin perjuicio de que se haya celebrado un acuerdo expreso de confidencialidad que prevea las consecuencias de su incumplimiento, lo que no es infrecuente en las transacciones comerciales de alguna relevancia económica⁷⁶, hipótesis en la que estaríamos ante una genuina responsabilidad contractual.

Respecto al alcance de la indemnización debida en este caso, el artículo 1245 de la Propuesta resulta un poco oscuro. Según la primera parte del

⁷⁴ De conformidad con el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal, modificado por la Disposición de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales –dictada para trasponer la Directiva UE (2016) 943, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas– «Se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales».

Además, el artículo 3 de la citada Ley 1/2019, señala, en lo que ahora nos interesa: (2). «La utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial», y añade en el párrafo (3). «La obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran asimismo ilícitas cuando la persona que las realice, en el momento de hacerlo, sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que obtenía el secreto empresarial directa o indirectamente de quien lo utilizaba o revelaba de forma ilícita según lo dispuesto en el apartado anterior». En relación con la primera regla transcrita, me parece que la utilización o revelación de secretos empresariales obtenidos de forma contraria a la buena fe en el curso de las negociaciones contractuales, pueden entrar en el marco de esta norma, y ello, aunque no haya existido un acuerdo de confidencialidad en sentido estricto.

⁷⁵ Los arts. 278 y 279 del Código Penal tipifican como delito el apoderamiento, la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente deber de guardar reserva.

⁷⁶ Como reconocen, para el Derecho francés, CHANTEPIE, G./LATINA, M., *La réforme du droit des obligations... cit.*, 2018, p. 172.

número 5, que ya hemos reproducido, «*La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios*». Sin embargo, la segunda parte del mismo número, que limita la indemnización al interés negativo se refiere explícitamente al «supuesto del apartado anterior», es decir, al de ruptura de tratos.

Tengo que destacar que los textos inspiradores de la PMCC contienen una regla especial para este caso que la Propuesta de 2009 no ha recogido: aquella que reconoce, junto al derecho del perjudicado por la revelación de la información al resarcimiento de daño, el derecho de restitución de los beneficios obtenidos por quien la reveló, aplicable incluso si la otra parte no ha sufrido ningún daño⁷⁷.

No deja de ser sorprendente que la Propuesta no incluya esta regla de restitución de beneficios. Más sorprende la omisión si se tiene en cuenta que en las relaciones entre ciertos empresarios este tipo de violaciones pueden llegar a implicar la devaluación de la propiedad industrial de la parte agraviada, quien verá mermada su inversión en investigación, razón por la cual el fundamento restitutorio del beneficio parece claro (*condictio* por intromisión). Por añadidura, el remedio indemnizatorio puede ser en ocasiones insuficiente, por ejemplo, porque el cálculo de los daños efectivamente causados en este tipo de situaciones puede ser muy difícil o porque, como hemos visto, incluso existen casos de violación del deber de confidencialidad que no conllevan la existencia de daños en sentido estricto. Todo lo anticipado hace aconsejable una modificación de esta regla de la PMCC para que se incluya la posible restitución de los beneficios obtenidos por la otra parte⁷⁸.

⁷⁷ Así, por ejemplo, conforme al artículo 2:302 de los PECL, bajo la rúbrica «Quiebra de la confidencialidad», se recoge la siguiente disposición: «Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte». Para CHANTEPIE, G./ LATINA, M., *La réforme du droit des obligations... cit.*, 2018, p. 176, se trata de una regla que sugiere la admisibilidad de daños punitivos y que no ha sido admitida, de momento, en el Derecho francés.

⁷⁸ Por su parte, el arts. 9.1 y 10 de la ya citada Ley 1/2019, de Secretos Empresariales, incluye una pléyade de remedios civiles, entre los que se reconoce (g), «la indemnización de los daños y perjuicios, si ha intervenido dolo o culpa del infractor, que será adecuada respecto de la lesión realmente sufrida como consecuencia de la violación del secreto empresarial»; aunque no existe una acción autónoma de tipo recuperatorio o de enriquecimiento, lo cierto es que el artículo 10.1 de la misma ley, con una opción técnica muy discutible en cuyo análisis en detalle no puedo entrar aquí, afirma que «Al fijarse la indemnización de daños y perjuicios se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, como son los perjuicios económicos, incluido el lucro cesante, que haya sufrido el titular del secreto empresarial, el enriquecimiento injusto obtenido por el infractor y, cuando proceda, otros elementos que no sea de orden económico, como el perjuicio moral causado al titular del secreto empresarial por su obtención, utilización o revelación ilícitas. También podrán incluirse, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial», y se añade

Finalmente conviene recordar que, en Derecho español, de darse los presupuestos de ambas, la acción de enriquecimiento por intromisión y la de responsabilidad por daños extracontractuales son, a juicio de la doctrina más señera, independientes pero compatibles y acumulables, siempre que tal acumulación no produzca a su vez enriquecimiento del inicialmente perjudicado.

6. CONTRATO CELEBRADO CON VIOLACIÓN DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES. EN PARTICULAR, LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

Como ya se puso de manifiesto anteriormente, la violación de los deberes dimanantes de la buena fe en el periodo precontractual no impide, en muchas ocasiones, que el contrato en cuestión se llegue efectivamente a celebrar. Cabe entonces preguntarse por las consecuencias de esa violación.

En este tipo de hipótesis puede suceder que la violación de la buena fe objetiva por uno los contratantes en el periodo previo a la celebración del contrato, haya provocado en la otra parte lo que genéricamente se conoce en nuestra doctrina como «vicio de la voluntad» o «vicio del consentimiento», el cual permite a quien lo ha sufrido anular en el contrato y, eventualmente, solicitar una indemnización de los daños ocasionados. Si tomamos en consideración el momento de producción del ilícito, el supuesto también se puede considerar como de genuina responsabilidad precontractual. Puesto que en esta misma obra los tradicionales vicios de la voluntad (el error, el dolo, la violencia y la intimidación) e incluso alguno más novedoso (la ventaja injusta o excesiva) serán objeto de otros capítulos, me limito en este a considerar los aspectos que tienen que ver con el régimen de responsabilidad por los daños causados al haber provocado tales vicios por transgredir las exigencias de la buena fe en el periodo precontractual.

Como dice Morales Moreno, la problemática de los vicios de la voluntad está llena de diferencias y matices⁷⁹ que deberíamos tener en cuenta para establecer sus consecuencias, también a los efectos que nos ocupan. De especial interés para esta aportación resulta la diferencia que establece el autor citado; por un lado, el vicio provocado por la información incorrecta (o por la falta de

«Con carácter alternativo, se podrá fijar, según los casos, una cantidad a tanto alzado en concepto de indemnización de daños y perjuicios, atendiendo, al menos y entre otros aspectos, al importe que la parte demandada habría tenido que pagar al titular del secreto empresarial por la concesión de una licencia que le hubiera permitido utilizarlo durante el periodo en el que su utilización podría haberse prohibido».

⁷⁹ MORALES MORENO, A. M., «¿Es posible construir...», *cit.*, 2011, p. 407.

información de la otra parte) utilizada para tomar la decisión de contratar, susceptible de provocar error o dolo y que, como resulta obvio, está íntimamente relacionado con los deberes precontractuales de información de importancia creciente en la moderna legislación contractual; por otro, estarían los vicios provocados por otro tipo de actuaciones ilícitas no relacionadas con el deber precontractual de información, como sería el ejercicio de violencia física o psicológica para obligar al otro a contratar o el aprovechamiento en beneficio propio de la situación de vulnerabilidad de la otra parte para obtener una ventaja injusta o excesiva; en este último marco quiero dejar apenas apuntadas las posibles situaciones derivadas de la contratación por y con personas con discapacidad, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, particularmente la de los arts. 1163, 1301, 1302, 1304 y 1314 CC, cuestión que trato en otro capítulo de esta misma obra. En esta sede debo resaltar que en el primer caso de los dos apuntados la parte que provoca el vicio en la otra contraviene, como he dicho, el deber precontractual de información dimanante de la buena fe; en el segundo se violan deberes de lealtad, honestidad y respeto por el otro que pueden incluso llegar a constituir ilícitos penales.

Cuando lo que se ha infringido son los deberes precontractuales de información pueden suceder dos cosas: (i) que el error o el dolo provocado por esa transgresión sea suficiente para provocar la anulación del contrato, supuesto en que la consecuencia de la actuación (u omisión) contraria a la buena fe es la posibilidad que la parte que sufre el vicio tiene de anular el contrato y, en su caso, de modo cumulativo, la de exigir la indemnización de los daños provocados por la negociación y celebración de un contrato que a la postre resultó ineficaz; (ii) que la violación de los citados deberes no sean considerada como suficiente para reconocer la facultad de anular el negocio (dolo incidental, informaciones incorrectas insuficientes para provocar un error invalidante, por ejemplo), pero sí para que la parte lesionada pueda exigir una indemnización que logre colocarle en la misma situación en las que estaría si el contrato se hubiera celebrado en otras condiciones, por no estar afectado por la citada violación. En resumen, en el primer caso los remedios precontractuales son dos, anulación más indemnización; en el segundo solo se reconoce una indemnización destinada a restaurar el equilibrio de intereses en el contrato que, precisamente a causa de la infracción de un deber precontractual, resultó lesivo para una de las partes.

No es esta una cuestión que el Código civil español vigente regule con el debido orden ni con la necesaria claridad. Para los vicios invalidantes se contempla expresamente la anulación por error o dolo por quien ha sufrido el vicio (arts. 1265, 1266, 1269, 1270.1, 1300 y 1302 CC), pero nada se dice acerca de

la indemnización de los daños causados; quienes la admiten, más bien la deducen de referencias indirectas que presuponen su admisibilidad⁸⁰ y ponen de relieve los muchos interrogantes que se plantean⁸¹. Por su parte, solo en los casos de dolo incidental que no faculta para anular el artículo 1270.2 CC reconoce de modo expreso la obligación de indemnizar los daños y perjuicios para quien lo empleó, y no existe una regla paralela para el caso de error no invalidante.

Toda esta opacidad del texto legal tampoco se aclara suficientemente en las respuestas de los tribunales a los conflictos planteados al hilo del incumplimiento de los deberes precontractuales de información que ocasionan vicios del consentimiento.

La doctrina suele citar la STS 18.01.2007⁸², donde, con alguna exageración, se afirma que en ella se plantea por primera vez en la jurisprudencia una cuestión que había presentado la doctrina hace poco más de medio siglo (¿?) cual es el ejercicio de las acciones derivadas del dolo⁸³. Entiende el tribunal que ante éste caben tres tipos de situaciones: primero, la acción de anulación del contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios; segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización; y tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios sin ejercitar la acción de nulidad, que era precisamente lo pedido en el caso⁸⁴. Lo que no queda cla-

⁸⁰ MORALES MORENO, A. M. «¿Es posible construir...», *cit.*, 2011, p. 415, citando los arts. 1270.2 CC y 1486.2 CC; el autor señala también que el Código civil ha seguido en este punto el sistema tradicional, proveniente del Derecho romano, que funda el deber de indemnizar en el dolo y añade que se halla lejos de establecer, como tal, un sistema precontractual de remedios relacionado con los vicios de la voluntad, donde se utilice como criterio de imputación tanto el dolo como la culpa. De «indiscutida» califica la compatibilidad entre las normas de responsabilidad civil y las relativas a la invalidez, ASÚA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad en la formación del contrato...», *cit.*, p. 159.

⁸¹ Así, entre lo más reciente y en relación específica a los efectos del dolo causal o principal, FENOY PICÓN, N., «El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de la responsabilidad en los Derechos francés y belga», *ADC*, tomo LXXIII, 2020, fasc. IV, pp. 1331-1500, espec. pp. 1336-1337 plantea todos estos interrogantes: ¿Cómo se organizan, entre sí, la anulación del contrato y la indemnización de daños y perjuicios? La víctima del dolo, ¿puede acumularlos? ¿Puede ejercitar solo uno de ellos? ¿Qué régimen de responsabilidad procede aplicar: el contractual o el extracontractual? ¿Cuál ha de ser la extensión de los daños indemnizable? Y el Derecho, ¿debe dar específicas normas para esta indemnización de daños y perjuicios? ¿Debe específicamente regular la responsabilidad precontractual en relación con los vicios del consentimiento?

⁸² RJ 2007/529; DIEZ-PICAZO, 2009, pp. 1043 y ss.

⁸³ Señala DIEZ-PICAZO, 2009, pp. 1044, que no es fácil saber si es verdad o no que se trata de la primera sentencia del Tribunal Supremo en que el tribunal afronta el problema de las acciones derivadas del dolo civil; añade también que el tratamiento doctrinal al que se refiere la sentencia es el trabajo de Alfonso DE COSSIO sobre *El dolo en el Derecho civil*, publicado en 1955.

⁸⁴ La argumentación utilizada para estimar que existen las tres posibilidades se basa tanto en la inexistencia de norma que las excluya, como en la analogía con lo previsto en el artículo 1124 CC en materia de resolución de los contratos, donde se admiten como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento. Aunque sea discutible el recurso a esta ar-

ro, en absoluto, es el alcance de la indemnización debida que en la mayoría de los textos legales comparados de referencia se limita, cuando se procede a la anulación del contrato, al interés de la confianza o interés negativo. Sin embargo, la STS 5.05.2009⁸⁵, en un supuesto en el que la que la actora reclama la nulidad del contrato por *dolo in contrahendo* y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, concede la indemnización tanto de los daños emergentes, como la de los lucros cesantes, entre los que, con discutible acierto, se incluyen las pérdidas derivadas de la frustración del negocio hasta que se produjo la posibilidad para la actora de llevar a cabo la inversión económica en otra zona, lo cual parece ir más allá del llamado interés negativo. En cambio en la STS de 5 de marzo de 2010⁸⁶, también en un caso en el que el contrato se anula por dolo de la vendedora, se afirma que la indemnización solo alcanza al interés negativo o interés de la confianza (que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra), pero no al interés positivo o interés del cumplimiento del contrato que se anula.

En fechas más recientes, en situaciones en las que se aprecia el incumplimiento del deber precontractual de información que corresponde a las entidades bancarias en relación con determinados productos financieros, el Tribunal Supremo ha entendido de modo reiterado que dicho incumplimiento faculta al cliente para exigir la indemnización de daños y perjuicios –remedio precontractual, como sucedió en la STS 16.11.2016⁸⁷–, pero no lo resolución del contrato –remedio contractual–. Así se dice claramente, por ejemplo, en la STS 6.05.2019⁸⁸, donde, con cita de otras resoluciones anteriores constitutivas de jurisprudencia, se dice de modo tajante que «Conforme a dicha jurisprudencia, ya consolidada, en la comercialización de los productos financieros

gumentación, pues existen otras posibilidades, como la interpretación extensiva del artículo 1270.2 CC, lo cierto es que la respuesta dada en la sentencia es, a mi juicio, adecuada.

⁸⁵ RJ 2009\2907.

⁸⁶ RJ 2010\2390.

⁸⁷ RJ 2016\6302; en el Fdo. Jrdo. Séptimo se dice que «cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes»; y se añade a continuación «...cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión».

⁸⁸ RJ 2019\1921.

complejos sujetos a la normativa MiFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento», explicándose, a continuación, que la improcedencia de la resolución basada en el artículo 1124 CC deriva de que «...el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento»; la sentencia citada insiste en la idea al señalar que «La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria del contrato de adquisición del producto financiero»⁸⁹. Esta tesis que parece limitar los efectos del incumplimiento del deber precontractual de información a la indemnización del interés de la confianza, negándole la condición de incumplimiento resolutorio⁹⁰, se reitera en otras decisiones posteriores⁹¹.

Haré también en este punto una mención a la regulación del escenario que nos ocupa en este epígrafe en la PMCC de 2009. A decir verdad, la Propuesta de la Comisión General de Codificación tampoco es un modelo de claridad cuando la violación del deber precontractual de información que vicia el consentimiento no evita que el contrato se celebre efectivamente. De la lectura de

⁸⁹ Continúa diciendo: «Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual».

⁹⁰ En Derecho alemán la cuestión de si el perjudicado puede resolver el contrato por lesión de un deber precontractual de información es, sin embargo, discutida, como señala LOOSCHELDERS, D., *Derecho de Obligaciones... cit.*, p. 149.

⁹¹ Como en la STS 11.03.2020 (RJ 2020\885) en la que, con cita de otras sentencias anteriores, se distingue ese incumplimiento del deber de información precontractual, no resolutorio, del que se produce en el marco de «una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del artículo 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable».

los preceptos del texto que pretende modificar el Libro IV del Código civil se desprende, aunque probablemente no con la esperada nitidez, que en la respuesta legal a los problemas suscitados se entrecruzan o combinan dos perspectivas: por un lado, la más clásica o genuinamente precontractual, que nos lleva a los vicios del consentimiento, seguida o no de la anulación del contrato más la indemnización; y, por otro, la más moderna, que pivota sobre el contenido del contrato celebrado y que puede dar lugar a una responsabilidad contractual.

En el artículo 1298 PMCC, contenido en el Capítulo IX del Título II relativo a la nulidad y anulación de los contratos, permite a la parte que padezca un error esencial en el momento de celebrar el contrato anular este si concurre alguna de estas circunstancias: «1.º *Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuera contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció*»⁹². Por su parte el artículo 1300.1 señala que «*Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento... mediante la ocultación maliciosa de alguna información que teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado*»⁹³, añadiendo a continuación que para que haga anulable el contrato el dolo deberá ser grave (y no haber sido empleado por las dos partes contratantes) y que *el dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios*, dos reglas que ya se recogen, como hemos visto, en el artículo 1270 del Código civil vigente, de suerte que la PMCC mantiene la discutida distinción entre dolo causante y dolo incidental⁹⁴. Además, la Propuesta incluye la situación en la que el incumplimiento de los hipotéticos deberes precontractuales (de información) hayan sido provocados por un tercero, cuando en el artículo 1302 se señala que «*También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo o el perjuicio a que se refiere el artículo anterior, cuando hayan sido causados o provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante*»⁹⁵. En cambio, no se

⁹² Hay además una tercera situación 3.º «*Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error*».

⁹³ Contrasta con el tenor del artículo 1269 CC vigente, que no hace referencia a la ocultación de información. El nuevo precepto se inspira claramente en el artículo 4.107 de los PECL, con lo que cabe decir, como respecto de éste, que la transcendencia de la falta de revelación de la información se coloca bajo el manto de su relación con la buena fe y la lealtad, de manera que existirá dolo negativo o dolo reticente, cuando la buena fe y la lealtad lo impongan, y no lo habrá en caso contrario (DÍEZ-PICAZO ET ALTRI, 2002, pp. 230-231).

⁹⁴ Sobre el origen histórico de esta distinción y su permanencia o no en los ordenamientos modernos, FENOY PICÓN, N., «El dolo en el periodo precontractual...», *cit.*, 2020, pp. 1370-1374, con cita de ZIMMERMANN y, en particular, sobre si permanece o no en el *Code* tras la reforma de 2016-2018, «El dolo en el periodo precontractual...», *cit.*, 2020, pp. 1410-1411.

⁹⁵ Inspirado en el artículo 4:111 PECL.

recoge ninguna regla referida a la indemnización debida a la parte perjudicada por la anulación del contrato por cualquiera de las causas antedichas, más allá de la ya referida mención al caso de dolo incidental⁹⁶. Sorprende el silencio toda vez que esta referencia sí se produce en los textos transnacionales de *soft law* que la PMCC ha utilizado como modelo⁹⁷; a ello se ha de añadir que, como se ha visto, se trata de asuntos candentes a los que ya se han tenido que enfrentar a menudo nuestros tribunales. Parece, pues, que debería incluirse en una futura reforma del Código civil un pronunciamiento expreso sobre la procedencia, los requisitos (daño e imputación) y alcance de la indemnización debida por la responsabilidad precontractual que deriva en la anulación del contrato por vicios del consentimiento provocados por defectos de información (interés negativo o de la confianza), siguiendo con ello una tradición del Derecho europeo continental que se remonta a los trabajos de Ihering sobre la *culpa in contrahendo*.

En el caso de que, a pesar de la existencia de violaciones de los deberes precontractuales por uno de los implicados, el contrato se ha celebrado y además se mantiene porque el perjudicado no quiere o no puede desvincularse de él⁹⁸, tampoco la PMCC da una respuesta general suficientemente clara. Falta de nuevo una regla que autorice a reclamar los daños y perjuicios causados por la violación *tout court* de la buena fe precontractual proyectada sobre el contrato «desventajoso»⁹⁹, mención que sí contienen los textos de *soft law* tantas

⁹⁶ El artículo 1306 PMCC menciona únicamente los efectos restitutorios de la anulación, pero no los indemnizatorios.

⁹⁷ Así, en los PECL, donde se reconoce para el caso de error la posibilidad de anulación y la indemnización del interés negativo [4:103 y 4:117 (1)], y en el caso de dolo, la anulación (arts.4:103 y 4:107) y la indemnización [4:117 (1)]; también se prevé para ciertos supuestos de error (doble error) la llamada «adaptación del contrato», de conformidad con el 4:105. Asimismo, se recoge la hipótesis en la que una de las partes haya concluido el contrato con informaciones incorrectas no constitutivas de error en el consentimiento, supuesto en el que sólo tendrá derecho a reclamar daños (4:106). Por lo que atañe a los PICC, según el artículo 3.2.16, situado en sede de validez de los contratos bajo la denominación de «Daños y perjuicios» «Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato». De modo hasta cierto punto similar se manifiesta el DCFR donde se establece que, se haya llegado o no a contratar, un profesional que ha incumplido sus deberes de información es responsable por los daños causados a la otra parte causados por el mentado incumplimiento [II.-3.109 (3)]; quedan además a salvo los remedios establecidos para el error [II.-3.109 (4)].

⁹⁸ De suerte que, al igual que sucede en Derecho francés (cf. artículo 1178 *Code*, en su párrafo cuarto, tras la reforma, que declara independientes las demandas de nulidad relativa y de indemnización) nada impediría que, a pesar del dolo causante o principal, por ejemplo, la víctima decida mantener el contrato y pedir únicamente la indemnización, como nos recuerda, FENOY PICÓN, N., «El dolo en el periodo precontractual...», *cit.*, 2020, p. 1386.

⁹⁹ Parafraseando a Díez-PICAZO, 2009, p. 1054, puede decirse que en este caso puede hablarse de daño en la medida en que exista un modelo contractual equitativo en que el intercambio se realizada justamente.

veces aludidos¹⁰⁰ y que también sería conveniente introducir en nuestro Derecho positivo, estableciendo además su alcance que en esos modelos suele concretarse en las pérdidas sufridas por la víctima del vicio, originadas por la celebración del contrato¹⁰¹.

No obstante, como se ha insinuado más arriba, lo cierto es que, con independencia de las soluciones genuinamente precontractuales, existe en el Derecho moderno una tendencia a encauzar este tipo de situaciones por la vía contractual. Así, en algunos casos de violación de los deberes precontractuales de información que se proyectan sobre el contenido del contrato se reconoce la posibilidad de reclamar la modificación contractual¹⁰², con el objetivo de restablecer *ex post* el equilibrio entre las partes que aquélla violación eliminó *ex ante*, como hacen los arts. 4:105 (2) (doble error) y 4:109 (2) (contratos abusivos, leoninos por explotación injusta) PECL; para estos casos existen reglas paralelas en los arts. 1298.4¹⁰³ y 1301.2 PMCC¹⁰⁴.

Cabe añadir que, en no pocas ocasiones, la defectuosa información precontractual generadora de vicios del consentimiento acarrea genuinos incumplimientos contractuales, especialmente por falta de conformidad, incumplimientos a los que han de anudarse remedios que son de estricta naturaleza contractual. Así, por ejemplo, según el artículo 4:119 PECL, situado en el capítulo relativo a la invalidez, «*La parte que tenga derecho a utilizar alguno de los remedios que le concede el presente capítulo y que se encuentre al mismo*

¹⁰⁰ Artículo 4:117 PECL: «Daños y perjuicios.... (2) *La parte que teniendo derecho para anular un contrato conforme a este capítulo, no lo ejerce o lo ha perdido en virtud de las disposiciones de los artículos 4:113 o 4:114, puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios como señala el apartado (1), limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106*». Según el 3.2.16 PICC «*Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato*».

¹⁰¹ GASPARELERA, S., «Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios», en *Negociación y perfección de los contratos*, M.^a A. Parra Lucán, (dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 269-316, espec. p. 307. Para el Derecho francés, CHANTEPIE, G./ LATINA, M., *La réforme du droit des obligations...*, cit., 2018, p. 418, entienden que en este caso la indemnización solo puede reparar la pérdida de oportunidad de no haber celebrado un contrato no viciado que, por hipótesis, hubiera tenido condiciones más ventajosas.

¹⁰² GASPARELERA, S., «Formación de la voluntad contractual...», cit., pp. 301-304; también menciona el «reajuste del contrato» como medida idónea, ASÚA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad en la formación del contrato... cit., p. 165.

¹⁰³ A cuyo tenor «*Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido*».

¹⁰⁴ Conforme al cual «*A petición de la parte perjudicada puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico*».

*tiempo en circunstancias que le permiten utilizar un remedio fundado en el incumplimiento*¹⁰⁵, puede optar por cualquiera de ellos», compatibilidad que, en cambio, no reconocen los PICC, cuyo artículo 3.2.4 excluye la posibilidad de la anulación por error cuando pueden ser utilizados los remedios del incumplimiento¹⁰⁶. Si nos preguntamos qué sucede en situaciones análogas en el Derecho español, hemos de reconocer que, una vez más, la respuesta no es diáfana¹⁰⁷ y que tampoco está explicitada con la debida claridad en la PMCC¹⁰⁸. De nuevo, de cara a una más que necesaria modificación de las reglas generales del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, parece sensato que esta omisión sea subsanada, bien a favor de la incompatibilidad y prevalencia de los remedios del incumplimiento, más adecuada técnicamente al menos para el caso de error¹⁰⁹, bien a favor de la compatibilidad, que resulta más cercana a nuestra tradición jurídica y que, como se ha dicho, recogen los PECL.

Para finalizar dejen planteada la cuestión sobre la conveniencia o no de que en una eventual actualización de la PMCC que desemboque, a su vez, en la necesaria reforma del texto codificado, se recoja, además de las reglas ya propuestas, un específico deber general de información precontractual de cuyo incumplimiento derivaría, sin necesidad de asociarlo a un vicio del consentimiento, la responsabilidad del obligado, tal y como ha hecho el Código civil francés tras la reforma operada en 2016-2018, en su artículo 1112-1 *Code*¹¹⁰ y

¹⁰⁵ El derecho a obtener cumplimiento, la resolución acompañada de la indemnización del interés positivo o la reducción del precio.

¹⁰⁶ En le Derecho alemán se plantea la relación entre la lesión del deber de información que se refiere al estado de la cosa comprada y el saneamiento en la compraventa; LOOSCHELDERS, D., *Derecho de Obligaciones...*, cit., p. 149 señala que la opinión dominante parte, con razón, de la preferencia de este último, aunque exceptúa el caso en el que el vendedor haya actuado dolosa o maliciosamente, situación en la que las pretensiones por culpa en la conclusión del contrato y el saneamiento en la compraventa, coexisten.

¹⁰⁷ En el comentario al artículo 3.7 de la primera edición de los PICC, HUBER, P., en Vogennauer, S./ Kleinheisterkamp, J., (eds.), *Comentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 431 sitúa a España, junto con Austria, Suiza y USA, entre los sistemas jurídicos que dan a la parte el derecho a elegir cualquiera de los dos remedios; Alemania y recientemente Francia optan por la otra solución, mientras que a su parecer Inglaterra se sitúa en una posición intermedia.

¹⁰⁸ FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales, el incumplimiento», *ADC*, 2010, pp. 47-136, espec. pp. 122-125, considera que tal situación debería regirse por la regla de la incompatibilidad, de modo que los remedios contractuales resultasen prevalentes. Sin embargo, la autora reconoce que las características de nuestro ordenamiento y la interpretación que suele hacerse del mismo, hacen más probable que triunfe la tesis de la compatibilidad.

¹⁰⁹ En el caso del dolo *in contrahendo*, FENOY PICÓN, 2006, p. 280, en el estado actual de nuestro ordenamiento es partidaria de la compatibilidad.

¹¹⁰ Artículo 1112-1 *Code*: «*Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.*

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

que se quiere también introducir en una próxima reforma del Derecho belga¹¹¹. En todo caso, la generalización a todos los contratos en el texto del Código de este deber, que ya es de sobra conocido en nuestro ordenamiento el ámbito de los consumidores o de los contratos bancarios, exigiría diseñar de manera cuidadosa sus perfiles en lo que se refiere, precisamente, a su delimitación respecto de algunos vicios del consentimiento, en particular el dolo omisivo o reticencia dolosa¹¹² y si la violación de tal deber conlleva o no la excusabilidad del error¹¹³; igualmente, se habrían de establecer de modo diáfano sus características, consecuencias y el concreto alcance indemnizatorio.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M., «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, pp. 859-922.
- ASÚA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad en la formación del contrato. (Responsabilidad precontractual)», en *Negociación y perfección de los contratos*, M.^a A. Parra Lucán, (dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 139-168.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I./HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Codificación de la culpa in contrahendo en el derecho alemán», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor L. Díez-Picazo*, Cabanillas A. et altri (Coord.), vol. 2, 2002, pp. 1415-1438.
- CANARIS, C. W., «Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten», *Fest. K. Larenz*, 1983, pp. 27-110.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incumbe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants».

Para el análisis de este precepto me remito a las atinadas consideraciones de FENOY PICÓN, N., «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, 2017, pp. 473-785, espec. pp. 759 ss.

¹¹¹ FENOY PICÓN, N., «El dolo en el periodo precontractual...», *cit.*, 2020, pp. 1459 ss.; a tenor del artículo 5.20 de la *Proposition de Loi portant insertion du livre 5 «Les obligations» dans le nouveau Code civil de 2019: «Les parties se fournissent pendant les négociations précontractuelles les informations que la loi, la bonne foi et les usages leur imposent de donner, eu égard à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat».*

¹¹² Sobre esta relación en el *Code civil* francés, tras la reforma, CHANTEPIE, G./LATINA, M., *La réforme du droit des obligations... cit.*, 2018, p. 171 y FENOY PICÓN, N., «El dolo en el periodo precontractual...», *cit.*, 2020, p. 1394; esta autora, en el mismo trabajo, pp. 1448-1449, expone el estado de la cuestión en el Derecho belga, que también explica más sucintamente WERY, P., «Rapport belge»... *cit.*, p. 77; cf., más recientemente, el texto del artículo 5.17 de la *Proposition de Loi* de 2021, reproducido en la nota 15 del presente trabajo.

¹¹³ Cuestión que también apuntan, para el renovado Derecho francés, CHANTEPIE, G./LATINA, M., *La réforme du droit des obligations... cit.*, 2018, p. 104.

- CARRASCO PERERA, A. *Derecho de contratos*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.
- CARTWRIGHT, J./HESSELINK, M. *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2008
- CHANTEPIE, G./LATINA, M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2.^a ed. París, Dalloz, 2018.
- DIDLINGER, Y., «Rapport luxembourgeois», *Réformer le Droit des Contrats? Analyse compare du droit luxembourgeois*, Ancel, P./Prüm, A. (dirs.), Bruxelles, Larcier Legal, 2020, pp. 43-61.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*, 6.^a ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.
- FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales, el incumplimiento», *ADC*, 2010, pp. 47-136.
- «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC*, 2017, pp. 473-785
- «El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de la responsabilidad en los Derechos francés y belga», *ADC*, tomo LXXIII, 2020, fasc. IV, pp. 1331-1500.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991.
- «Nota sobre el Derecho español, a la sentencia de la Cour de Cass., 26.11.2003. Perte de Chance (Expectation Interest) and Liability of a Third Person in Case of Breaking Off Negotiations», *European Review of Private Law*, Vol. 13, núm. 3-2005.
- «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *ADC*, tomo LXIII, 2010, fasc. IV, pp. 1621-1642.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P./OTERO CRESPO, M., «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret*, 2-2010, *passim*.
- GONZÁLEZ GOZALO, A., *Tratado de contratos, t. I*, 3.^a ed., Bercovitz R. (dir.), Moralejo Imbernón, N./Quicios Molina, S. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- GASPAR LERA, S., «Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios», en *Negociación y perfección de los contratos*, M.^a A. Parra Lucán, (dir. I, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 269-316.
- KLEINHEISTERKAMP, J., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vongenaar, S./Kleinheisterkamp, J., ed., 2009.
- KLEINSCHKIDTH, J., «Rapport allemand», *Réformer le Droit des Contrats? Analyse compare du droit luxembourgeois*, Ancel, P./Prüm, A. (dirs.), Bruxelles, Larcier Legal, 2020, pp. 87-103.
- KOZIOL, H., *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Wien, JanSramek, 2012.
- LANDO, O./BEALE, H. (ed.), *Principles of European Contract Law*, Parts. I y II, 2000, p. 191) o de los Principios UNIDROIT.

- LOOSCHELDERS, D., *Derecho de Obligaciones. Parte General*, 17.^a ed., traducción de E. Gómez Calle, Madrid, BOE, 2021.
- MORALES MORENO, A. M., «Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en el marco del Derecho Europeo», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.^a L./ Méndez Serrano, M.^a M. (Coords), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 369-422.
- PARRA LUCÁN, M.^a A., «La formación del contrato como proceso», en *Negociación y perfección de los contratos*, M.^a A. Parra Lucán, (dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 57-105.
- PINTO OLIVEIRA, N. M., «Prescrição na Responsabilidade Médica», *Responsabilidade civil em saúde. Diálogo com o doutor Jorge Sinde Monteiro*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 253-272.
- ROUILLER, N., «Devoirs précontractuels (*culpa in contrahendo*): l'identification exacte de leur violation et ses conséquences. Droit Suisse et travaux d'harmonisation internationaux et européens», *Bulletin CEDIDAC*, n.º 45, octubre, 2006, pp. 1-8.
- VÍDAL OLIVARES, A./DE LA MAZA GAZMURI, I., *Hacia un Derecho latinoamericano de los contratos. Los Principios Latinoamericanos de Contratos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- WERY, P., «Rapport belge», en *Réformer le Droit des Contrats? Analyse compare du droit luxembourgeois*, Ancel, P./Prüm, A. (dirs.), Bruxelles, Larcier Legal, 2020, pp. 73-83.

XV

DESISTIMIENTO

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. Desistir en el Código civil y fuera de él. Propuestas de reforma. 1.1 Todos los nombres: ¿por qué «desistir»? 1.2 El fundamento necesariamente plural del derecho a desistir. 1.3 La controversia sobre su naturaleza jurídica carece de efectos. 1.4 Régimen jurídico: consideraciones generales.—2. Once reglas y problemas relativos a su régimen jurídico. 2.1 El régimen de su ejercicio debe ser coherente con su fundamento. 2.2 Las exclusiones del régimen legal de atribución, al tratarse de una desventaja para el sujeto protegido, debe ser interpretadas restrictivamente. 2.3 La atribución convencional del derecho a desistir se sujeta a las reglas comunes de control de contenido de las condiciones generales. 2.4 La remisión al régimen restitutorio de la resolución o bien al de la anulación del contrato depende de la razón que justifique el derecho a desistir. 2.5 Deben distinguirse los gravámenes o cargas anudados al ejercicio del derecho de sus efectos indemnizatorios. 2.6 El modo de acreditar o constatar su ejercicio se sujeta a las reglas comunes. 2.7 El derecho a desistir es, en el Derecho de consumo, un mecanismo de protección adicional: consecuencias en la concurrencia de remedios. 2.8 Falta de atribución del derecho a desistir en el Derecho de consumo: mezcla de instrumentos. 2.9 Informar sobre el derecho a desistir. 2.10 El plazo de ejercicio: algunas directrices. 2.11 Los efectos: extinción, restitución e indemnización.—3. Bibliografía.

1. DESISTIR EN EL CÓDIGO CIVIL Y FUERA DE ÉL. PROPUESTAS DE REFORMA

El derecho a desistir del contrato padece entre nosotros una notable falta de homogeneidad lingüística, de razón de ser —o fundamento— y también de régimen jurídico. En rigor, bajo esta denominación (u otras que tienen el mismo efecto

extintivo y que se eligen por el legislador de modo arbitrario por mor de su sinonimia) se agrupan casos muy diferentes por las razones en que descansan o por los intereses que protegen y el modo en que se articula su ejercicio y efectos.

El mecanismo más radical de control de la subsistencia del contrato que cabe concebir consiste en atribuir a una de las partes, o a ambas, la facultad de desvincularse eficazmente de él, facultad que tendrá mayor eficacia si se opta además por no sujetar su ejercicio a alegación ni acreditación de causa alguna, es decir, si se permite su ejercicio libre o *ad nutum*. Justamente así puede describirse el derecho a desistir del contrato.

Los interrogantes de este derecho, de perfiles tan borrosos, son los siguientes. En primer lugar, su misma designación, pese a que la regla es (o debería ser) muy simple: elegir de las distintas denominaciones posibles –sinónimas y, por tanto, intercambiables– una. En segundo término, las razones por las que se atribuye o reconoce a uno o ambos contratantes (por qué y para qué) o lo que podemos denominar su fundamento. Las razones son casi tantas como derechos se reconocen o atribuyen por el legislador. En tercer lugar, su naturaleza jurídica: se trata de un derecho potestativo –con la relativa utilidad que entraña esta calificación, si alguna– respecto al que se han producido algunos intentos para adscribirlo a la perfección del contrato o al régimen de las condiciones puramente potestativas. Discusiones o controversias que no tienen efectos relevantes. En último lugar, su régimen jurídico, en el que pocas son las reglas que cabe establecer, aunque haya una que deba mantenerse de modo principal: el régimen del derecho a desistir debe ser congruente con el fin al que sirva.

Las propuestas de reforma del Código civil con las que contamos no abordan la unificación de su régimen, con seguridad porque tal propósito se revela inútil o poco práctico. Las propuestas se conforman, si acaso, con emplear esa denominación y adaptan los aspectos de su régimen que se consideran pertinentes, normalmente por exigencias de su fundamento o mejor, del porqué y para qué se atribuye o reconoce. Tales propuestas son las siguientes: por una parte, la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (Comisión General de Codificación, BIMJ enero 2009) que no da cuenta de este derecho. Por otra, la *Propuesta de Código civil* (APDC, Tecnos, 2018, véanse sus artículos 526-1.3, 526-2, 526-4, dentro de la sección relativa a la «eficacia vinculante del contrato»): distingue la «denuncia» para los contratos de duración indefinida (art. 526-2) del «desistimiento» (art. 526-4); y si procediera la restitución se remite al régimen de la nulidad y anulación del contrato (arts. 526-5.3, 526-4.3, y 527-17 a 527-21) aun cuando fija consecuencias indemnizatorias que toman la vigencia del contrato (o lo que proyecta

económicamente) como elemento primordial (art. 526-4.4 «la pérdida de la utilidad que este [el contrato] habría de reportarle»).

El borrador del *Marco común de referencia* (DCFR, nos servimos de su traducción coordinada por Carmen Jerez Delgado: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, BOE, 2015) regula en un capítulo propio el derecho a desistir, Capítulo 5, Libro II, II.5:101–106; elige como régimen supletorio para la liquidación del contrato ejecutado el previsto para la «resolución» del contrato (III.3:510-514, con carácter excluyente, VII.7:101) y niega al desistimiento efecto real retroactivo (VIII.2:202), asunto que es coherente con el significado de una relación «obligatoria» de liquidación. En fin, ordena de modo separado los derechos de desistimiento en caso de contratos fuera de establecimiento, aprovechamiento por turno, contratos celebrados a distancia y, por su semejanza, los contratos electrónicos; así como las reglas relativas a las cláusulas abusivas (II.3:102 ss.; II.5:201 s.; II.9:410). Lo cierto es que este texto es otro ejemplo de regulación plural o no uniforme de este derecho.

Al tiempo de promulgarse el Código civil no había una elaboración acabada de los distintos modos de extinguirse los contratos y lo principal era subrayar cuándo, bajo qué condiciones y con qué efectos podía una parte apartarse del contrato o formular una declaración en contrario, sin que hubiera ninguna preocupación dogmática o de técnica legislativa por parte del codificador. Así, en el Derecho de contratos se acogían supuestos distintos que no guardaban relación entre sí: en el mandato, en la estipulación a favor de tercero, en la perfección del contrato, en el contrato de obra o en la compraventa.

Hay en el Código una notable falta de armonía en la designación de tales facultades: revocación, desistimiento e incluso resolución o rescisión unilateral. Posiblemente esta falta de armonía se justifique en que se contemplan estas facultades sobre todo desde sus efectos (la pérdida de vigencia del contrato) y así se emplean todas aquellas herramientas que consagran ese efecto: basta el significado sea cual fuere el significante. Por otra parte, se completa con un disperso y desigual régimen jurídico relativo a los casos y condiciones en que cabe su ejercicio así como a sus efectos, si son o no puramente extintivos.

Un paradigma de esta despreocupación e intercambio de mecanismos de privación de efectos se halla en el contrato de compraventa: véanse, los artículos 1447 II, 1454, 1460 I y II, 1470, 1471 II, 1479 I, 1483 I, 1486 I y II, 1491 I ó 1499 CC. Se emplean los siguientes términos: «ineficaz» o «sin efecto», «rescindir», «desistir», «anular» o «redhibición». Incluso se declara «nulo» el contrato para el caso en que la cosa comprada resultare inútil para el uso para el que se adquiere (art. 1494 II CC).

1.1 Todos los nombres: ¿por qué «desistir»?

El Código civil no emplea de modo uniforme el término desistir, término que significa, en el Derecho de contratos, que un contratante pone fin al contrato por su voluntad. Así por una parte, prevalece el recurso al «efecto» extintivo del contrato sobre la razón o «causa» en que se sustenta, en un expresivo caso de metonimia legal. En este sentido, se emplea «resolver» (arts. 1469, 1479 I, 1483, 1486 II, 1556 y 1558 III CC), «rescindir» (arts. 645 I, 1454 y 1595 CC) o «renunciar» (arts. 1705, 1706 y 1707 CC). En ocasiones se recurre a «desistir» al referirse a declaraciones unilaterales extintivas (art. 1594 CC) aunque otras veces se prefiera la denominación en razón de su efecto (arts. 1460 II, 1470 y 1486 II CC).

El Código, para las declaraciones unilaterales de voluntad que ponen fin al contrato, prefiere sin duda el término «revocación» (como también lo prefería el Proyecto CC 1851), en la medida en que expresa con más contundencia la declaración en sentido contrario formulada por quien la emitió y porque subraya que el poder de decisión sobre la subsistencia del negocio reposa en quien revoca: artículos 644 I, 647 I, 648, 649 I, 651, 827, 997, 1257 II, 1259 II, 1343 I, 1692, 1732 I 2.º, 1736 y 1737 CC. Preferencia que se expresa en otros negocios: así, véanse, los artículos 55 III, 102 I 2.º, 106 II, 180.1, 318, 319 y 737 ss. CC.

Como hemos dicho, no hay en el Código civil una preocupación dogmática en el uso de los recursos lingüísticos, aunque sí la haya por resaltar la realidad de declaraciones inamovibles o «irrevocables» por razones diversas: artículos 180.1, 318 II, 877, 997 y 1692 I CC.

Por último, hay otros casos en que no se denomina específicamente así (sea desistir o revocar), pero en los que se reconoce o atribuye una facultad de desvinculación a la «exclusiva o sola voluntad» de una parte del contrato: así sucede en los casos de los artículos 1115, 1128 II, 1594, 1700.4.º, 1733 y 1750 I CC.

Fuera del Código civil encontramos una dispersión parecida y una preferencia por el efecto sobre la razón o causa de éste, la que llamamos «metonimia del legislador» (art. 279, que refiere «revocación» o el 302 CCom que dice «darlo por fenecido»). El Código de comercio también prefiere «revocar»: véanse, los artículos 10, 11, 22, 234, 279, 280, 290 y 291.

En los textos extramuros del Código civil, posteriores a la codificación, se usa «desistimiento», ya sea como «derecho» o como «facultad». Con este término se expresa una inequívoca evolución técnica (o tal vez deberíamos decir una «elección» inequívoca del legislador entre términos sinónimos) que diferencia distintos supuestos de extinción de los contratos: con el desistimiento se pone fin al contrato por voluntad unilateral sin que se aprecie, como regla,

incumplimiento de este. Así en los artículos 11, 12, 23 y 26 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de arrendamientos urbanos* (BOE n.º 282, 25 de noviembre) y 24 d) de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, *de arrendamientos rústicos* (BOE n.º 284, 27 de noviembre). Otras veces se prefiere «denuncia»: así en los artículos 25.1, 27, 29 y 30 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, *sobre contrato de agencia* (BOE n.º 129, 29 de mayo). O, por último, también se usa la «resolución» o la «rescisión» unilateral: artículo 83 a) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de contrato de seguro* (BOE n.º 250, 17 de octubre), números 1 y 3 respectivamente. Parece sensato recurrir al mismo término cuando se repite su uso por la razón que fuere.

Ha sido en el Derecho contractual de consumo, en razón de la incorporación de distintas Directivas a nuestro Derecho, en el que ha cuajado la elección del «desistimiento» como denominación común (además de con ciertas aspiraciones a construir un régimen más o menos homogéneo) en detrimento de la «revocación», que era el término elegido al principio y, como hemos visto, más conforme con nuestra tradición codificada. Así el artículo 5 de la derogada Ley 26/1991, de 21 de noviembre, *sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles* (BOE n.º 286, de 26 de noviembre) término que se mantiene, por ejemplo en el artículo 22.1 I de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* (BOE n.º 166, 12 de julio).

En este sentido, recurren a «desistir», el artículo 10 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, *de ordenación del comercio minorista* (BOE n.º 15, 17 de enero); los artículos 7.14 y 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, *de venta a plazos de bienes muebles* (BOE n.º 167, 14 de julio); 7.3.5.º y 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, *de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores* (BOE n.º 166, 12 de julio); 20, 60, 68-79, 97-99, 102-108, 111, 112 y 160 del 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* (BOE n.º 287, 30 de noviembre) ley que aspira a fijar su régimen común; 6.1, 18.2 y 21 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito* (BOE n.º 79, 1 de abril); 10, 16 y 28 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, *de contratos de crédito al consumo* (BOE n.º 151, 25 de junio); y 8 II, 10, 11.4, 12, 13.1, 15, 31.2 y Anexo I de la Ley 4/2012, de 6 de julio, *de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias*

(BOE n.º 162, 7 de julio; en adelante, LGTel). El legislador de consumo también recurre a otras denominaciones, con un valor más expresivo que técnico. Así, por ejemplo, la «resolución» en el artículo 47 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, *general de telecomunicaciones* (BOE n.º 114, 10 de mayo, en adelante, LGTel) o el derecho «a poner fin al contrato» (arts. 62.3 y 4, 87.6 LGDCU).

Es preferible utilizar derecho «a desistir» que derecho de «desistimiento» puesto que este último significa «acción y efecto de desistir» y lo que importa al nombrar un derecho o facultad es la posibilidad o libertad para decidir hacer algo (desistir) y no su resultado (el desistimiento).

1.2 El fundamento necesariamente plural del derecho a desistir

El fundamento del reconocimiento legal de un derecho o facultad a desistir es bien diverso y afecta a contratos de distinto tipo y estructura: concierne, así, a contratos de tracto único (compraventa), de tracto sucesivo (arrendamiento) o referidos a prestaciones de hacer (contrato de obra). O también a aquellos contratos en los que al menos uno de sus protagonistas es un «consumidor» y se encuentra inmerso en circunstancias también distintas en las que parece oportuno que pueda reconsiderar el alcance de los compromisos asumidos o pueda comparar o comprobar las cualidades de la prestación: seducción o captación de la voluntad, compulsión contractual al consumo excesivo o, en fin, distorsión de sus preferencias en razón de la asimetría informativa.

De nuevo cabe constatar la relativa arbitrariedad que puede apreciarse en los casos en que se asigna legalmente un derecho de esta clase: en tales casos, por razones prácticas (costes y cargas probatorias) se emplea como instrumento pese a que, en rigor, se trate de un problema propio de los vicios de la voluntad o del incumplimiento del contrato y que, por tanto, por razones de coherencia dogmática, debiera resolverse con sus mecanismos propios (la anulación o la resolución del contrato, por ejemplo).

El derecho a desistir, bajo esta u otra designación, a veces se justifica en la gratuidad de su causa (art. 1732.2 CC); otras en la pérdida de confianza, noción ésta indefinible y en buena medida incontrolable, que se deposita en una parte cuya pérdida solo puede apreciar la otra (arts. 1732.1 CC, 279, 290 y 291 CCom); o bien en el carácter *intuitu personae* de la prestación; o porque el interés principalmente en juego puede ser satisfecho sin daño de la otra parte, como ocurre en el contrato de obra (art. 1594 CC) o en los contratos de suministro y prestación de servicios de tracto sucesivo o continuado en el Derecho de consumo (art. 62.3 y 4 LGDCU). O como mecanismo para evitar la

vinculación perpetua o para que pueda ponerse fin legítimamente, y sin efecto indemnizatorio, a contratos de duración indefinida (arts. 1583, 1700.41, 1705 I y 1750 I CC; 27 LCCC; 25 LCA y para otros contratos de distribución, SSTS 204/2004, de 18 de marzo y 104/2010, de 10 de marzo). Asunto este que se ha generalizado en tipos contractuales de contratos de colaboración, de prestación de servicios, o en aquellos en que se consiente el disfrute de la imagen ajena o se propicia con la relación contractual la unidad o confusión de imagen comercial entre las partes contratantes.

Por su parte, en el Derecho contractual de consumo se han multiplicado los derechos de desistimiento, por razones diferentes entre sí. En primer término para permitir que el consumidor pueda reconsiderar su decisión en razón de la relativa falta de libertad que padeció al tiempo de la celebración del contrato (fue compelido a su celebración o soportó una presión negocial excesiva) o en su falta de conocimiento o defectuosa información relevante para contratar, o porque padeció defectos de información bien sobre la carga económica del contrato, bien sobre sus condiciones jurídicas o bien sobre las condiciones de los mismos bienes en el mercado.

En segundo lugar, puede servir para limitar la discusión sobre el cumplimiento (o conformidad) del contrato cuando se atribuye incondicionadamente, en la medida en que no se sujeta a los requisitos propios de los remedios frente al incumplimiento (en concreto prescinde de los requisitos propios de la «resolución» contractual), ya se trate de acreditar el incumplimiento o bien de demostrar su importancia en relación con la economía del contrato.

También puede atribuirse, en tercer lugar, para garantizar al consumidor que conserve el poder de decisión sobre su propio interés durante toda la vigencia del contrato, que además es el interés prevalente en la organización de intereses que todo contrato supone, sobre todo cuando se trata de contratos de tracto sucesivo o que imponen una notable carga económica hacia el futuro. Incluso puede entenderse, por último, que es un mecanismo útil para remediar el sobreendeudamiento del consumidor —o frenar el consumo excesivo—, ocasionado por la adquisición innecesaria de bienes o servicios o por la asunción de obligaciones futuras superfluas que comprometen su patrimonio futuro.

En su atribución, como vemos, se atiende a razones de fondo y también prácticas: no tiene sentido cuando es un estímulo a su ejercicio estratégico o impide el tráfico de ciertos bienes o servicios (STJCE 10 marzo 2005, asunto C-333/03; para el alquiler a distancia de vehículos). Ni tampoco cuando altera la distribución legal de riesgos [así, en caso de asignación del riesgo de inversión, art. 83 a) LCS] o cuando los efectos restitutorios de su ejercicio son plenamente intercambiables —o fungibles— con el cumplimiento del contrato

[v. *gr.* 103 a) LGDCU] pero también por razones «de pura oportunidad» (art. 9.4 LVPBM).

La conexión con el derecho de reembolso anticipado tiene que ver con el «efecto extintivo» por un lado, y con la «posibilidad» de extinguir anticipadamente el contrato, por otro lado: así se explica que en ocasiones se regulen conjuntamente: artículo 9.3 LVPBM.

1.3 La controversia sobre su naturaleza jurídica carece de efectos

La determinación de cuál sea la naturaleza jurídica de este derecho también ha suscitado propuestas dispares aunque lo cierto es que interrogarse por tal naturaleza carece de efectos prácticos. Algunas de ellas no solventan los problemas que generan y acumulan innecesarias complejidades normativas. Desde esta perspectiva, deben descartarse bien porque parten de algunos prejuicios normativos [así sobre el alcance del artículo 1256 CC, de que se dicen excepción, véase Díez-Picazo (1996), pp. 417-418] o bien porque carecen de realismo y sentido práctico (p. ej., la explicación que recurre a una elaboración de la perfección sucesiva del contrato). Entre estas, la doctrina que considera que debe encajarse dentro de la perfección del contrato o aquella que trata de construir el desistimiento como un caso de condición suspensiva puramente potestativa como supuesto de compraventa *ad gustum* (arts. 1453 CC y 328 CCom). Sobre la interrelación de estas doctrinas, Díez-Picazo, 1993, p. 1710.

El derecho de desistimiento es, a nuestro entender, un derecho potestativo o de formación jurídica cancelatorio, que tiene por efecto la extinción de una relación jurídica y que atribuye a su titular la posibilidad de desvincularse unilateralmente del contrato celebrado. Sobre la exposición de las distintas explicaciones sobre su naturaleza jurídica y su crítica, me permito reenviar a García Vicente, 1997, pp. 111-170.

Revocación y desistimiento, conviene no olvidarlo, son denominaciones plenamente intercambiables desde la perspectiva dogmática.

1.4 Régimen jurídico: consideraciones generales

La intensidad de este mecanismo sobre la vigencia del contrato explica que su atribución «legal» esté específicamente justificada. Por eso, no se atribuye en todos los casos y se diversifica su atribución y modos de ejercicio según las razones que lo justifican y además, en tanto que supone el sacrificio del

interés de la otra parte contratante, se pondera este sacrificio al ordenar su régimen jurídico aunque también se valora cómo quiere protegerse el interés del contratante que disfruta de él.

Su régimen jurídico no puede limitarse a fijar las condiciones de su atribución o ejercicio sino también sus efectos. Algunas facetas de su régimen jurídico son concurrentes con otros modos de extinción de los contratos: por ejemplo, su eficacia en caso de contratos vinculados o relativos a servicios accesorios. En otros casos, expresan reglas generales sobre el ejercicio eficaz de los derechos: así, cuándo puede entenderse que se ha ejercido (en particular en los casos de ejercicio tácito o por hechos concluyentes) o cuándo se entiende emitida en plazo la voluntad de desistir.

Lo cierto es que, como veremos inmediatamente, las reglas por las que se rige el régimen jurídico del derecho a desistir son, de nuevo, heterogéneas porque se adaptan a las especiales razones de su atribución o a la realidad práctica en que se desenvuelve.

Sí parece relevante la decisión de remitir, con el fin de no multiplicar los regímenes extintivos (aunque se sacrifique en parte la congruencia valorativa), a los efectos de la anulación del contrato o de su resolución, según que se considere pertinente tomar en cuenta las previsiones contractuales (esto es, que se deban ponderar las previsiones contractuales, así, en caso de resolución del contrato) o bien cuando no sea procedente, como sucede en la anulación del contrato, régimen en el que lo que importa es «borrar» lo sucedido sin tener en cuenta el contenido y propósito del contrato.

Muchas reglas y problemas son comunes o bien al ejercicio de los derechos o bien a las causas de extinción de los contratos. Entre estos últimos, por ejemplo, la propagación de la ineficacia que supone el derecho a desistir en los contratos vinculados o accesorios que se hayan celebrado [arts. 4.4, 4.25, 2.26, 9.m), 17 LCCI; y 10.2.a) 9.º Ley 22/2007]. La unidad económica de los contratos exige que quepa la propagación: artículos 76 *bis*, 77 LGDCU y 29.1 LCCC.

2. ONCE REGLAS Y PROBLEMAS RELATIVOS A SU RÉGIMEN JURÍDICO

El examen de los distintos supuestos legales de derecho a desistir invita a desvelar las reglas o directrices que inspiran la regulación de su régimen jurídico. Lo cierto es, de nuevo, que apenas hay reglas homogéneas que podamos inducir de los diferentes casos legales aunque tal diversidad sea el efecto natural de su variable razón de ser. Esto es, no hay arbitrariedad ni incongruencia

en el legislador sino que se atiende a las singulares circunstancias que en cada caso justifican su atribución.

En este punto debemos señalar que las reglas que se proponen aquí son en unos casos conclusiones obtenidas del régimen legal existente (*rectius*, de los regímenes existentes); otras veces propuestas o directrices de política jurídica para una ordenación valorativamente más precisa de los derechos de esta clase y por último, descripción de los problemas que entraña su ejercicio. Véanse, Klein (1997), pp. 19-25; Álvarez Moreno (2000), *passim*; Carrasco (dir.) (2002), pp. 224 ss., 348 ss.; Domínguez Luelmo (2011), p. 615 ss.; y García Vicente (2020), Capítulo 10, apartado V.

2.1 El régimen de su ejercicio debe ser coherente con su fundamento

El régimen de su ejercicio y efectos se construye, o mejor, debe construirse, de modo armónico con las razones en que se ampara o los fines que persigue. Y así se distingue si su ejercicio es *ad nutum* o debe ampararse en una justa causa [p. ej., arts. 68.1 LGDCU, 83 a) 1 I LCS y 1707 CC]. O bien si debe resarcirse o no el daño que padece el que lo soporta fruto de la extinción de un contrato del que era previsible que obtuviera ciertas ventajas (arts. 1594 CC y 160.1 LGDCU). O si obliga a que sucesivamente deban compensarse las ganancias frustradas y las ventajas que conserva la contraparte (art. 28 LCA). Las obligaciones restitutorias e indemnizatorias dependerán, como parece razonable, de qué interés protegen y, por ello, se adaptarán al fin al que se enderezan (*infra* 2.?). De igual manera cuando para el logro de la finalidad pretendida haya que asegurar su atribución debe fijarse su carácter irrenunciable y declarar nulas o inoponibles las cláusulas de renuncia anticipada por parte de su titular, regla por otra parte común en el Derecho de consumo (*v. gr.* arts. 10 LGDCU, 5 LCCC).

2.2 Las exclusiones del régimen legal de atribución, al tratarse de una desventaja para el sujeto protegido, debe ser interpretadas restrictivamente

Las exclusiones, en la medida en que suponen evitar una ventaja para el titular del derecho, tienen que ser interpretadas restrictivamente: STJUE 1 marzo 2012, asunto C-166/11. En particular en el Derecho de consumo se aprecian complejísimo ámbitos de objetivos de atribución, al fijar o bien exclusiones o

bien restricciones respecto al derecho a desistir (cfr. art. 103 LGDCU). En general, podemos señalar que son razones prácticas las que explican las exclusiones. Por ejemplo, véase el Preámbulo, III de la Ley 22/2007, de 11 de julio, *de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*, cuando menciona las «inevitables fluctuaciones de muchos contratos financieros» o el artículo 9.4 LVPBM.

Hay una relación directa entre las exclusiones y la garantía de la libertad de su ejercicio. Esta libertad también se logra si el consumidor no se encuentra en una situación de desventaja al tiempo de su ejercicio, en particular, porque sea «acreedor» en la eventual liquidación del contrato, posición de crédito que derivará de que «ya» ha procedido a una ejecución del contrato: escenario que será el preferido por el empresario. Así, a veces, y justamente para evitar esta situación se ordena la prohibición de pagos en tanto transcurre el plazo de ejercicio (arts. 10 y 13 LCAT). En otras ocasiones la ejecución inmediata del contrato supone una exclusión del derecho a desistir [art. 103 a) y m) LGDCU] en particular porque en los contratos de servicios su ejercicio (y la consiguiente liquidación del contrato) es «fungible» o «intercambiable» con su cumplimiento y, por ello, no tiene buen sentido optar porque subsista el derecho a desistir siempre que el titular sepa de este efecto (recuérdese, por ejemplo, lo previsto en el artículo 1477 CC).

2.3 La atribución convencional del derecho a desistir se sujeta a las reglas comunes de control de contenido de las condiciones generales

La atribución a ambas partes (que evita la prohibición del arbitrio unilateral, art. 1256 CC) no impide que pueda procederse al control de contenido puesto que puede tratarse de una apariencia de reciprocidad [arts. 82.4.a), 85 y 87.3 LGDCU] y STS 501/2008, de 3 de junio (arras penitenciales) en que la implícitamente se rehúsa el desistimiento de la promotora por evidente falta de reciprocidad). La atribución es «convencional», de modo que no cabe exigir su atribución por razonable que fuera. Así *en los contratos de compraventa de bienes inmuebles no existe precepto legal que exija la inclusión de la figura del desistimiento, sin perjuicio de que las partes puedan libremente pactarlo* (STS 500/2013, de 10 de julio). Por último, la atribución convencional puede estar sometida a límites legales que aseguren al consumidor su ejercicio libre (art. 79 LGDCU).

2.4 La remisión al régimen restitutorio de la resolución o de la anulación del contrato depende de la razón que justifique el derecho a desistir

En punto al régimen de los efectos del ejercicio del derecho a desistir hay dos reglas: en primer término, es preferible recurrir a un modelo de efectos preexistente que configurar uno nuevo que, por otra parte, estaría a buen seguro plagado de excepciones. En segundo lugar, el régimen de los efectos no puede remitirse sin más al propio de la resolución del contrato o de la anulación, que son diferentes entre sí. En el primero sí se valora la organización de intereses que supone el contrato y en el segundo no. En la anulación se pretende, sobre todo, borrar los efectos y colocar a las partes en la situación que ocuparían si el contrato no se hubiera celebrado. En la resolución justamente se pretende colocar al que resuelve legítimamente en la posición que ocuparía si el contrato hubiera desplegado sus efectos previstos.

Por esto, debe elegirse la remisión según la «razón» en que descansa el derecho a desistir. En otras palabras, la analogía con las razones de la extinción o de la protección del titular del derecho serán las que deban decidir qué régimen elegir. No parece que deba ser el mismo régimen el derecho de desistir para evitar una vinculación perpetua (art. 1584 CC), que el caso en que se desista por pérdida sobrevenida del interés del titular (caso del artículo 1594 CC) que cuando se ejerce porque su titular ha reconsiderado una decisión tomada precipitadamente y bajo una situación de captación próxima a un vicio de la voluntad (art. 102.1 LGDCU, para un contrato celebrado fuera de establecimiento). Así, son parciales las remisiones que contemplan los 526-5.3, 526-4.3, y 527-17 a 527-21 de la Propuesta CC APDC y los artículos III.3:510-514 del DCFR.

La exigencia de que exista un modelo es mayor en el ámbito del Derecho de consumo que en el Derecho común de contratos puesto que en el primero la ausencia de reglas expresas es un incentivo a conductas oportunistas o abusivas del empresario y en el segundo la carencia de reglas expresas se suple, sin especiales inconvenientes, con desarrollos jurisprudenciales de las cláusulas generales (*v. gr.*, la buena fe y los plazos de preaviso, que no obligan a plazos «predeterminados»).

Entre nosotros, el modelo legal de derecho a desistir en el ámbito del Derecho de consumo prefiere «construir un modelo restitutorio propio»: el previsto en el artículo 74 LGDCU que, por sus antecedentes (Ley 26/1991) tiene sentido en un supuesto de derecho a desistir análogo a la concurrencia de un vicio de la voluntad. Pero cuya congruencia es dudosa en los casos relativos al riesgo de incumplimiento o falta de conformidad.

2.5 Deben distinguirse los gravámenes o cargas por el ejercicio del derecho de sus efectos indemnizatorios

Si se opta por su ejercicio *ad nutum* no es preciso invocar ni acreditar la razón que funda la decisión de ejercerlo. Pero nada impide que, en coherencia con las razones de su atribución, se sujete su ejercicio a la obligación de indemnizar los daños que padece la contraparte. Conviene, por tanto, diferenciar dos aspectos que a menudo aparecen confundidos.

Por un lado, la restricción o la disuasión del ejercicio que puede lograrse si se anuda a su ejercicio una carga o gravamen. Habrá por tanto casos en que se fije de modo directo o indirecto consecuencias perjudiciales para el que ejerce el derecho.

Por otro lado, según el fundamento del derecho a desistir, puede ser adecuado que el que lo ejerce satisfaga una indemnización a la contraparte por los daños que esta hubiera sufrido con ocasión del ejercicio (así, art. 1594 CC) (*infra* 2.11). Si no queremos que se restrinja el ejercicio del derecho en este segundo caso cabe prohibir que la cláusula de liquidación anticipada del daño pueda tener contenido estrictamente punitivo.

En el Derecho de consumo el derecho a desistir no puede sujetarse a condiciones onerosas o restricciones (art. 68.1 LGDCU): esto es, su ejercicio no debe soportar cargas suplementarias a las propias de cualquier derecho o facultad (hacerlo de buena fe, tempestivamente) ni tampoco puede acarrear para el que lo ejerce una desventaja económica, o condiciones que sean «disuasorias de su ejercicio» [art. 47.1.c) IV LGTel].

Si el derecho a desistir se atribuye para que el consumidor reconsidere si está en condiciones de asumir un compromiso económico (o decida si está preparado para ello) que una norma imponga una indemnización en razón del ejercicio equivale a «sancionar» su ejercicio. Así, la STJUE 22 de abril de 1999, C-423/97 (aprovechamiento por turno y contratos fuera de establecimiento).

Las cláusulas que fijan condiciones onerosas o gravámenes, o bien se tienen por no puestas (art. 14 LVPBM; 15.3 LCAT) o bien se declaran nulas «de pleno derecho» (art. 68.1 II LGDCU).

No son ni cargas ni costes adicionales los gastos precisos para su ejercicio, puesto que a cada cual le corresponde (o debe pechar) financiar la propia prestación o soportar los gastos del ejercicio eficaz del derecho de que sea titular (art. 73 LGDCU): Así el consumidor, debe, por ejemplo, hacer frente a los costes de devolución o a los gastos razonables devengados al anticipar al transcurso del plazo del derecho la ejecución del contrato que sean razonables [art. 97.1.j) y k), 98.8, 99.3 y 108.3 LGDCU]. En rigor tales gastos son el pago

de la parte de la prestación parcialmente satisfecha, aunque se autoriza a su «reducción» o su adecuación según el valor de «mercado» cuando el importe del precio total sea «excesivo» (art. 108.3 LGDCU).

2.6 El modo de acreditar o constatar su ejercicio se sujeta a las reglas comunes

Así, son admisibles las conductas concluyentes (o, si se prefiere, el ejercicio tácito del derecho, *v. gr.*, la devolución de la mercancía recibida, art. 70 LGDCU) y la carga de la prueba del ejercicio tempestivo y eficaz recae en quien lo alegue (art. 217 LEC). De ahí el empeño en fijar que el modo empleado sea «fehaciente» (arts. 70 LGDCU, 9.1 LVPBM). Cualquiera forma es, entonces, eficaz: STJUE 22 de abril de 1999, C-423/97 (aprovechamiento por turno y contratos fuera de establecimiento).

Cabe recordar que salvo que haya una norma en contrario cualquier manifestación de voluntad puede expresarse de manera tácita. El problema no reside en el «modo de manifestarse» sino, en lo que concierne al interés del declarante, en si le cabe acreditar que se manifestó. La acreditación es un problema exclusivamente probatorio.

El afán de propiciar su ejercicio y simplificar, a un tiempo, su ejercicio eficaz se traduce en la incorporación de «formularios» en los diferentes textos legales: así, por ejemplo, art. 69.1 LGDCU y Anexo I LCAT.

2.7 El derecho a desistir es, en el Derecho de consumo, un mecanismo de protección adicional: consecuencias en la concurrencia de remedios

En el Derecho de consumo el derecho a desistir es un mecanismo adicional de protección: en particular, respecto a los mecanismos que procuran la cognoscibilidad de las condiciones jurídicas y económicas del contrato (los deberes de información), a los que fijan su celebración y término (la forma del contrato) y, en fin, a aquellos que conciernen al sistema de responsabilidad en caso de incumplimiento o falta de conformidad (*v. gr.*, resolución, indemnización, garantía del productor).

Como se trata de un mecanismo de atribución legal objetivo «no» reemplaza los mecanismos del Derecho común de contratos sobre defectos de información, de captación de la voluntad, de incumplimiento de lo prometido o de infracción de normas imperativas, que serán casos de anulación, nulidad,

resolución o indemnización contractuales. Este efecto es inevitable desde la consideración del derecho a desistir como una «ventaja»: si es así, debería considerarse «adicional». En otro caso, si reemplazara a algún otro remedio (y éste dependerá de la razón de su atribución) seguramente la posición final del titular sea «peor» en lo que concierne a plazos y posibilidades materiales de ejercicio. Por ello, es «compatible» con los otros medios de tutela sin que su falta de ejercicio agote o suprima los restantes remedios de tutela. Así se explica el artículo 78 LGDCU: *La falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho.*

2.8 Falta de atribución del derecho a desistir en el Derecho de consumo: mezcla de instrumentos

La respuesta a la falta de atribución legal del derecho a desistir se confunde con el modo en que se atribuye o con la información que se difunde sobre su existencia. Pueden advertirse distintos casos: por un lado, aquellos en los que prevalece el régimen de la infracción de los deberes de información pese a su función esencialmente instrumental –se informa de algo y para algo, no son, no pueden ser un fin en sí mismo–. Obligaciones que se plasman, a menudo, en requisitos formales más o menos rigurosos y extensos. Y entonces el medio se alza como «preferente» sobre el derecho que no se atribuye: y así el incumplimiento «dará lugar a la anulabilidad del contrato» (arts. 7.2 y 21.1 LCCC). En otros casos sencillamente no se ofrece una solución inequívoca: véanse los artículos 8.5 LVPBM y 21.4 LCCC. Incluso cabe la resolución «sin perjuicio del derecho» a desistir (art. 8 II LCAT).

En fin, para no tener que recurrir a un régimen «diferente» al previsto para su ejercicio se opta, en casos de infracción de deberes de información (plasmados o no en formas predeterminadas) a la «prórroga» del derecho cuando se infringen las exigencias formales de su atribución: artículos 71.3, 75.2 LGDCU y 12.2.b) LCAT (pero véase, STJUE 13 diciembre 2001, C-481/99 –venta a domicilio–, apartados 41-48).

Tal vez lo pertinente sea «diversificar» la respuesta a la infracción de los deberes de información en razón de qué asuntos (e importancia objetiva en la economía del contrato) son los omitidos o los defectuosos o falsamente afirmados. Desde dos perspectivas o intereses: por un lado, el interés del contrato (en mantenerlo, aunque sea con resarcimiento de daños o modificación de su contenido); y el interés en no seguir vinculado por un contrato que no se quiso o

no se quiso en los términos en que se celebró. Así la falta de noticia sobre un derecho debe permitir su conservación hasta que se conozca; la falta de información sobre el alcance económico debe ser reducirlo a lo que fije el derecho dispositivo; esto es, vincular el «concreto contenido de lo que se informa» con la «respuesta o remedio». En ocasiones la anulación es un remedio desproporcionado (Pasquau, 2013, p. 578) como lo es, también, que la infracción de la forma, del deber de informar, pueda apreciarse de oficio puesto el «el efecto útil de la protección» encierra un interés público (STJCE de 17 de diciembre de 2009, Asunto C- 227/08 –contratos fuera de establecimiento–).

2.9 Informar sobre el derecho a desistir

El legislador de consumo es consciente de que sin información singular el titular de un derecho ignorará su titularidad, que es efecto de una atribución *ex lege*. Como hemos dicho, hay dos aspectos que se entrecruzan: por una parte, dar cuenta de los distintos aspectos y requisitos del ejercicio del derecho (cómo, con qué efecto) que no deben obligar a actividades complementarias del titular (STJUE de 5 de julio de 2012, C 94/11, información mediante hipervínculos en páginas web) y, por otra parte, se exige que se complete cierta forma para que «pueda conocerse la información que se proporciona» (la forma es, también aquí, puramente instrumental). Así, por ejemplo: artículo 69 LGDCU. Este entrecruzamiento tiene efectos notables: la falta de información se embebe en la infracción de la forma [arts. 99.2 y 3, 98.4, 98.7.b), 98.8 LGDCU].

2.10 El plazo de ejercicio: algunas directrices

La fijación o no de un plazo depende del tipo contractual de que se trate o del fin que se persiga: no tiene sentido fijarlo si concierne a contratos de duración indefinida, o cuando el derecho se atribuye para promover la competencia [así, art. 47.1.b) LGTel: «en cualquier momento»] o para proteger un interés especialmente. Así, en el contrato de obra, el interés del comitente (art. 1594 CC).

De igual modo si el propósito es advertir sobre las cargas económicas o jurídicas del contrato, o bien invitar a reconsiderar la decisión de contratar o a desembarazarse de presiones inoportunas, el plazo debe ser naturalmente «limitado» una vez se despeja la ignorancia o se evita la compulsión, lo que obliga a fijar la duración, la naturaleza del plazo, su cómputo (en particular su

dies a quo) y si cabe su suspensión o interrupción por alguna razón (véanse los artículos 71 LGDCU).

La duración, en cualquier caso, debe ser suficiente para el propósito al que sirve, suficiencia que debe juzgarse también desde la necesidad de despejar la incertidumbre que padece la contraparte cuanto antes. La naturaleza del plazo, si seguimos la naturaleza comúnmente aceptada, debe ser de «caducidad» y no de prescripción.

Las directrices sobre el plazo pueden ser estas: (i) el derecho se ejerce tempestivamente siempre que se «emita» dentro del plazo aunque no alcance el círculo de control del destinatario, regla que favorece el ejercicio [entre otros, art. 83 a) 2 LCS]; (ii) el plazo, su duración, no puede ser desproporcionadamente breve ni que obligue a su ejercicio con una antelación irrazonable (art. 85.4 I LGDCU); (iii) la exigencia de un plazo de «preaviso» es propia de la buena fe, que obliga a mitigar si fuera posible incluso el daño que deriva del ejercicio lícito de un derecho; solo cuando concurren las razones a que se endereza tiene sentido su imposición; (iv) precipitar o aceptar el cumplimiento antes de que transcurra el plazo del derecho debe significar su extinción anticipada cuando este efecto sea conocido expresamente (cfr. art. 1476 CC); y (v) el *dies a quo* de cómputo debe vincularse a la razón y modo de su atribución, de manera que en cualquier caso se asegure la posibilidad de su ejercicio «efectivo».

2.11 Los efectos: extinción, restitución e indemnización

Como sabemos, el ejercicio eficaz del derecho a desistir supone la «extinción» del contrato y, por ende, su privación de efectos. El contrato «quedará sin efecto» o, si se prefiere, su ejercicio «dejará sin efecto el contrato» (arts. 12.5 y 15.2 LCAT).

Debemos distinguir la extinción del contrato *pro futuro* (sobre todo en contratos de tracto sucesivo o de duración, art. 1583 CC) de la extinción retroactiva que entraña que nazca una relación obligatoria de liquidación: si se tratara de un contrato de tracto único ya ejecutado nacerán las obligaciones restitutorias correspondientes. Y, en ambos casos, si fuera el caso, la indemnización del daño.

(i) El alcance de la obligación restitutoria dependerá de la naturaleza del contrato y de si se han satisfecho o no prestaciones irrestituibles: si se trata de contratos de tracto sucesivo no tiene buen sentido (o su efecto es fungible)

obligar a la retroactividad y parece preferible considerar «bien hecho» el pago de las prestaciones ya satisfechas [así, el riesgo hasta entonces cubierto en el contrato de seguro, art. 83 a) LCS cesa la cobertura y se devuelve la prima «salvo el periodo de tiempo de vigencia»]. Y también es posible establecer otros efectos cuando el legislador considere que la extinción (bien hecha por voluntad unilateral) sacrifica el interés del que la padece [así la llamada indemnización por clientela, arts. 28 y 30 b) LCA].

(ii) En lo que concierne a la liquidación del contrato extinguido hay dos aspectos a considerar: por un lado, el alcance de las obligaciones restitutorias (cuándo y cuánto se debe); por otro, cómo se procede a su respectivo cumplimiento (esto es, si la restitución es «recíproca», arts. 74.1 LGDCU, 15.7 LCAT y 1308 CC o se fijan plazos para las partes, p.ej., art. 76 LGDCU, en particular en cabeza del empresario en el Derecho de consumo como elemento disuasorio). Que se ordene alguna regla distinta a las comunes en la liquidación de relaciones obligatorias (la reciprocidad y simultaneidad del cumplimiento) es una cuestión de oportunidad.

En esta relación de liquidación son muchas las dificultades, puesto que borrar los contratos consumados entraña abordar cuestiones de naturaleza muy diversa: si debe satisfacerse o reembolsarse alguna suma por el enriquecimiento derivado del uso (distinto al uso preciso para advertir las cualidades del bien, arts. 74.2 LGDCU, 15.7 III LCAT, de modo que no es reembolsable la disminución de su uso conforme a lo pactado o según su naturaleza). O si debe compensarse la depreciación comercial con alguna regla que diverja de las previstas para los riesgos de mejora o demérito no imputables al deudor de la restitución [véanse los arts. 9.1.c) LVPBM y 1122.3.^a y 5.^a CC]. O qué sucede con las mejoras o deméritos de los bienes entregados (se reembolsan al titular los gastos necesarios y útiles, art. 74.3 LGDCU, se elude la distinción gasto y mejora) o cómo se valora en caso de imposibilidad de restituir *in natura* (la designación del «valor» no es suficiente: debe señalarse cómo se calcula y a qué límites se sujeta, véase así el artículo 75.1 LGDCU).

En los contratos de tracto sucesivo la irretroactividad es la regla (por razones prácticas) y si se ha satisfecho parcialmente una prestación debe también parcialmente reembolsarse. Así, para un caso de aprovechamiento por turno temporalmente disfrutado y declarado nulo, la STS 518/2019, de 4 de octubre.

(iii) Como sabemos, la indemnización del daño derivado de la extinción (sea o no anticipada) depende de la razón por la que se haya atribuido el derecho. Así, basta comparar el derecho a desistir previsto en el artículo 1594 CC con su posibilidad en caso de contratos de duración indefinida.

En los contratos de consumo, son comunes las cláusulas penales de liquidación anticipada del daño en caso de ruptura del llamado compromiso de permanencia. Este significa que se ha fijado un plazo predeterminado de vigencia del contrato y que si se admite un derecho a desistir en los contratos de duración determinada sean de suministro o servicios, no debe ser en detrimento de las ganancias previstas del prestador del servicio (recuérdese el artículo 1594 CC): artículos 74.4 y 87.6 LGDCU y 47.1.b) LGTel.

El compromiso de permanencia supone la fijación de un plazo mínimo de vigencia del contrato, que suele corresponder con la atribución de ventajas específicas frente a quien no se sujeta a ese plazo: por eso, si bien es posible desvincularse del contrato «anticipadamente» o de modo prematuro, la ley consiente que se establezca una cláusula de liquidación anticipada del daño padecido (equivale a la «utilidad esperada» por el prestador del servicio, art. 1594 CC, o «el ahorro de costes y los ingresos esperados por la utilización alternativa de los servicios», art. 160.1 LGDCU) que debe ser proporcional (art. 74.4 LGDCU, y STS 203/2011, de 8 de abril –contrato de servicios, abogado–).

3. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, 2.ª edición.
- (dir.): *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Instituto Nacional de Consumo, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, Cívitas, Madrid, 1996, 5.ª edición.
- «¿Una nueva doctrina general del contrato?», *ADC* (1993) IV, pp. 1705-1716.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 615 y ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: *Ley de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil: el derecho de revocación*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- (2020): *Tratado de contratos*, Rodrigo Bercovitz (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 3.ª edición.
- KLEIN LASECA, Michéle: *El desistimiento unilateral del contrato*, Cívitas, Madrid, 1997.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: «El deber de información sobre el derecho de desistimiento», *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, 1, Ángel Carrasco (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 573-582.

LA NOVACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO: EVOLUCIÓN Y CONFIGURACIÓN ACTUAL

M.^a DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Delimitación de la novación y modificación del contrato en el Código civil de 1889. 1.1 Novación y modificación. 1.2 Modificación y novación del contrato.-2. Desarrollo conceptual y jurisprudencial. 2.1 Novación extintiva y modificativa; 2.2 Modificación por cambio extraordinario de las circunstancias. 2.3 Concepto actual de modificación y novación.-3. Estado de la materia en los textos normativos y las propuestas.-4. Bibliografía.

1. DELIMITACIÓN DE LA NOVACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO EN EL CC 1889

Los preceptos del Código civil de 1889 sobre la novación han permanecido inmutados desde su entrada en vigor. Son, básicamente, los artículos 1156 y 1203 a 1213. Sin embargo, la novación y la modificación en cuanto instituciones jurídicas desde entonces han tenido un importante desarrollo, debido tanto a la interpretación doctrinal como a la práctica jurisprudencial.

1.1 Novación y modificación

Conviene resaltar varios datos acerca de cómo se muestran estas instituciones en el Código civil, para contrastar entre lo que hay, a dónde se ha llega-

do y a qué debería llegarse, de *lege ferenda*. Una presentación fiel a la del Proyecto de 1851 (arts. 1134 a 1140), como aconsejaba la Base 1 de la Ley de Bases de 1888 (BOE, Núm. 143, 22/05/1888).

1.º La novación tiene sede propia en la extinción de las obligaciones [art. 1156: «Las obligaciones se extinguen: (...) por la novación»]. La modificación no se considera autónomamente, lo que no implica que no se admita pues el primer precepto (art. 1203 CC) se refiere a que las «obligaciones pueden modificarse».

2.º Aunque se alude a modificación y novación del contrato, ambas, en el texto codificado se sitúan sistemáticamente entre las obligaciones. Es decir, en la doctrina general de la obligación, sea cual sea la fuente; pese a que se estudien también desde la perspectiva contractual, pues se entiende que es el negocio bilateral obligatorio la sede habitual (Sancho Rebullida 1964, pp. 346 y 353 a 355 y 1991, pp. 606 y 775, 774) en la que operan. Muestra de la evolución de estas instituciones plasmada en leyes civiles especiales posteriores al Código civil (como la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, BOE Núm. 80, 04/04/1994).

3.º En ambos casos (novación – modificación) el presupuesto necesario es una relación obligatoria que existe (jurídicamente) sobre la que se opera, que cumple una importante función respecto del efecto jurídico derivado.

La ley de Bases de 1888 del Código civil dedicó la 19.ª a las obligaciones y mandaba simplificar «(...) los modos de extinguirse las obligaciones, reduciéndolos a aquellos que tienen esencia diferente, y sometiendo los demás a las doctrinas admitidas, respecto de los que como elementos entran en su composición». Aplicada esta base a la novación, la doctrina interpreta que se concebía «con una esencia propia, sustancialmente distinta a las demás» (Gutiérrez Santiago, 1999, pp. 39), diferente de los otros hechos o actos jurídicos que originan la extinción de la relación obligatoria; particularidad centrada en su doble función: extintiva y a la vez, fuente de la obligación novada (nueva).

Es valoración consolidada que la novación, *prima facie*, conforme al precedente del Derecho romano se concibe en el Código civil, preponderantemente, como causa de extinción de las obligaciones. Su «esencia diferente» frente a las demás está en cómo opera, lo que tiene lugar mediante el cambio de una obligación (la anterior) por otra (la nueva) a la que sustituye con intervención de la voluntad de las partes (*animus novandi*): «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles» (art. 1204 CC).

Desde la publicación del Código civil, los autores más próximos temporalmente a él consideraron la novación como un modo de extinguir las obligaciones, coherentemente con los precedentes y la regulación de las Partidas (Partida 5.^a, Ley 15, Tít. 14), también del modelo del *Code civil* (art. 1271). En este entendimiento Manresa (1901, p. 393) indicaba que se entiende por novación «La sustitución o cambio de una obligación por otra posterior, que extingue o modifica la primera» y calificaba la eficacia extintiva cómo relativa porque «se acaba una obligación particular, aunque comience otra». Sánchez Román (1889, p. 425) la definía como «el cambio, sustitución, renovamiento, como dice la ley /de Partidas/, de una obligación o relación obligatoria, por otra, con ánimo de extinguir o modificar esencialmente la primera: *debitum pro debito*». Corroborra esta calificación, al decir de los autores, que es la misma que mantiene la jurisprudencia.

Sin embargo, la doctrina de los años 60/70, estudiando los antecedentes, sobre todo el cambio de criterio respecto del *Ius Commune*, al admitir la novación de la obligación por la simple modificación, que recogía el proyecto isabelino de 1851 (art. 1134: «Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran, sujetándolo a distintas condiciones o plazos, sustituyendo una nueva deuda a la antigua, o persona distinta en lugar de la que antes era deudor, o haciendo cualquier otra alteración sustancial que demuestre claramente la intención de novar») sentenció «que no es de extrañar que el CC –producto de su tiempo– ofrezca una regulación confusa, ambigua y desconcertada de la novación» (Rivero, 1999, pp. 312) que también se califica como confusión (Albaladejo, 1989, p. 336).

Debido a esta mezcolanza entre la modificación y la novación, en un primer momento ésta no se distingue de la novación, es decir, no aparece separadamente. Aunque, a la vez, respecto del cambio de la posición acreedora cuando se efectúa mediante cesión del crédito, al no estar regulada en sede de obligaciones, se admite el efecto modificativo frente al novatorio, en contraposición al cambio de la parte acreedora en la subrogación por pago.

La interconexión entre ambas instituciones no deja de resaltarse por la doctrina «(...) la idea de extinción está mezclada o sustituida por la modificación en medio de una exasperante ambigüedad» (Rivero, 1999, pp. 312). Situación que, probablemente, ha propiciado su desarrollo.

En el *statu quo* inicial del Código civil, en consecuencia:

a) La novación es extinción de la obligación existente por otra que la sustituye. Para que tenga lugar «es preciso que así se declare terminantemente» o que «la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles» (art. 1204 CC).

La obligación primitiva debe ser válida «salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen» (art. 1208 CC). La subsistencia de las obligaciones accesorias «cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación» solo tiene lugar «en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento» (art. 1207 CC).

b) La modificación no ocupa un lugar sistemático concreto, pese a que se utilice el término modificar, precisamente en sede de novación (art. 1203 CC: «Las obligaciones pueden modificarse») «Pero, junto a ella y con confusión de ambas, el Código (art. 1203 y ss.) regula otra novación impropia o (modificativa), que se da cuando subsiste la misma obligación antigua, con modificaciones» (Albaladejo, 1989, p. 336).

1.2 Modificación y novación del contrato

Como se ha indicado, en el Título II del Libro IV «De los contratos» ninguno de los preceptos (arts. 1254 a 1314 CC) menciona ni la novación ni la modificación del contrato.

Es más, se define el contrato como consentimiento en obligarse a dar o hacer una prestación (art. 1254 CC) sin mención alguna a la extinción hasta el punto de que se tiende a identificar contrato con el nacimiento de obligaciones, a diferencia de otros textos legales que aluden al efecto regulación, modificativo y extintivo (arts. 1098 CC italiano (1865) y 1321 (1942)).

El efecto de ley *inter-partes* del contrato (art. 1091 CC), la irrevocabilidad producida por la perfección (art. 1258 CC) determina su fuerza obligatoria y que cualquier alteración del contenido deba hacerse de común acuerdo, con la intervención de las partes contractuales (*común sentire*); en definitiva, mediante un contrato. Inicialmente, el contrato crea obligaciones o modifica las existentes (acuerdo para modificar). No se recoge el contrato con finalidad extintiva, pero queda claro que cuando las partes acuerdan la extinción nace el efecto: la obligación de guardar (cumplir) lo pactado: atenerse a la extinción. Además, es evidente que el contrato con efectos extintivos puede darse al amparo de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) (Gete-Alonso, 1990, pp. 894-895).

Tampoco, el texto codificado dedica ningún precepto general que faculte la extinción o modificación del contrato por la alteración extraordinaria de las circunstancias (Albaladejo, 1989, p. 484, Díez-Picazo, 1996, p. 887), probablemente porque la problemática no tuviera, en aquel momento, respuesta jurídica clara, pese a que en la doctrina alemana se habían formulado algunas

teorías, como la de la presuposición (*Voraussetzung*) de Windscheid origen de la tesis de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*) que, finalmente, ha encontrado reflejo en algunos textos legales.

2. DESARROLLO CONCEPTUAL Y JURISPRUDENCIAL

En el siglo XXI la conceptualización de la modificación y novación del contrato, aunque vinculada a los antecedentes codificados, siquiera porque el texto normativo no se ha alterado y es con el que se ha de operar, presenta caracteres propios.

2.1 Novación extintiva y modificativa

Cómo se ha avanzado, desde la publicación de Código civil se inicia una progresiva reformulación de la novación que lleva, fundamentalmente de la mano de la jurisprudencia a una calificación jurídica propia de ella, que persiste en la actualidad.

Es la jurisprudencia, desde los años 20 del siglo pasado, la que inventa, junto a la novación extintiva la que denomina, novación modificativa o novación impropia.

«(...) ya que tiene declarado esta Sala que «el concepto romano de novación está ampliado considerablemente en el Derecho español, el que incluye dentro de aquél, *no sólo la figura tradicional de la novación extintiva, sino también la modificación convencional de las obligaciones (la llamada novación impropia o modificativa)* y el deslinde entre una y otra *ha de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación* que se introduzca en la obligación, de tal modo que si ésta subsiste, pero varía alguna de sus condiciones principales, persistiendo el vínculo, aunque modificado, se produce la novación impropia» (S. de 9 mayo 1963, RJ 1963\2504); que «el art. 1204 del CC admite, al lado de la manifestación expresa de la voluntad de novar, la manifestación tácita inducida de la incompatibilidad entre las dos convenciones, correspondiente en definitiva a los Tribunales, atendiendo en cada caso concreto a las circunstancias que en él concurren, decidir si esa incompatibilidad de voluntades existe, hipótesis en que habrá novación, o no existe, supuesto en que habrá mera modificación de la obligación» (S. de 26 junio 1976), y, finalmente, que «las circunstancias fácticas determinantes de la existencia o inexistencia de la novación declaradas por el Tribunal "a quo" han de prevalecer en todo caso por constituir una facultad privativa de los Tribunales de Instancia» (S. de 16 mayo 1981, RJ 1981\2053) (Cdo. 3, STS 16/02/1983, RJ\1983\1041).

El criterio para distinguir entre la novación como extinción y la modificación (simple o novatoria) es la voluntad de las partes junto al alcance mayor o menor de la variación, generalmente económica, pero no únicamente.

Se recuerda que «(...) es esencial para *generar novación extintiva o propia*, conforme a reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial (de lo que son claro y preciso exponente las Sentencias de 3 de mayo de 1956, 16 y 26 de mayo de 1981 y 18 de junio y 22 de noviembre de 1982) que, como pone de relieve la de 24 de febrero de 1984, *tal clase de novación presupone, sobre la base de una obligación preexistente, crear otra nueva dispar, así como la voluntad de novar extintivamente*, que no es el supuesto contemplado, desde el momento que, según viene dicho, los contratantes no se manifestaron expresamente con la voluntad de extinguir la obligación preexistente, sino por el contrario, de mantenerla con la sola limitación del objeto arrendado, que siendo inicialmente de varias fincas, quedó reducido a sólo una de ellas, *creando una situación fáctico-jurídica no determinante de incompatibilidad sino meramente de complementariedad*, que es precisamente la *esencia que da vida a la novación modificativa o impropia* (FD 4.º STS 16/12/1986, Id Cendoj: 2807911001, 1987100662).

Es decir, la voluntad expresa, pero también tácita que se sigue de la *facta concludentia* (voluntad ejecutada) indica la coexistencia de la situación anterior con la nueva.

En esta evolución de los conceptos se invierten los términos, de manera que como apunté (Gete-Alonso, 1989, p. 307), la modificación se presenta como un fenómeno más amplio que la novación puesto que la precede, pero con la peculiaridad de que no es independiente de él. «No obstante, parece que la proposición inversa no se produce: la modificación no depende de la novación sino de un hecho objetivo –la alteración de la relación obligatoria– unido a la voluntad que puede llegar a determinar un efecto distinto del novatorio».

Esta constatación es la que ha llevado a considerar la autonomía de la modificación, de tal modo que en «lugar de hablar de una novación extintiva y modificativa, debe hablarse de una modificación simple con pervivencia de efectos y de una modificación extintiva con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecidos por las partes» (Díez-Picazo, 1966, pp. 800).

La inversión de los fenómenos es consecuencia, a su vez, de la contradicción entre los términos novación (siempre extintiva) y modificación, que unido al anterior distorsiona el sentido, dato que, a partir de los años 70, resalta mayoritariamente la doctrina.

Junto a la modificación y a la extinción, se coloca un tercer efecto: la acumulación, que tiene lugar cuando la obligación que resulta de variar alguno de sus elementos coexiste con la obligación primitiva, no hay incompatibilidad o expresamente (*animus novandi*) las partes acuerdan mantener ambas obligaciones. Este efecto, con todo, admitido por la doctrina (Sancho Rebullida, Albaladejo) no se ha tomado en consideración en los tribunales que, en la duda, se decantan por lo que califican efecto menor: la modificación.

En las últimas décadas, consolidada y admitida sin reparo esta distinción, llámese a la modificación novatoria o separadamente, el énfasis se sitúa en remarcar que «En todo caso, la voluntad de novar no se presume (sentencias 484/2011, de 8 de julio, y 790/2011, de 4 de abril), sino que ha de ser comprobada por medio de la interpretación (sentencias 60/2006, de 6 de febrero, y 1270/2006, de 14 de diciembre), que, como se ha dicho en numerosas ocasiones, incumbe a los órganos judiciales de las instancias y, en su fase inicial de determinación de hechos, constituye materia ajena a la casación (sentencias 8641/2002, de 27 de septiembre, y 782/2010, de 22 de noviembre) y que, en su fase de fijación de la voluntad concorde de las partes, sólo es revisable en esta sede cuando resulte infringida alguna de las normas que la regulan (sentencia 60/2006, de 6 de febrero)» (FJ 3, STS 769/2012, 13 de diciembre. Id Cendoj: 28079110012012100710).

2.2 Modificación por cambio extraordinario de las circunstancias

El *pacta sunt servanda* es la regla que rige en las relaciones contractuales (art. 1091 CC) y determina que cualquier modificación se debe hacer mediante acuerdo (contrato de modificación), el advenimiento de circunstancias nuevas no varía la eficacia, ni permite la actuación unilateral. Varias formulaciones doctrinales han intentado, como es sabido, dar respuesta a esta cuestión para facilitar la modificación e incluso la extinción del contrato. Desde la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, la más antigua recogida por la escuela de Derecho Natural racionalista pero caída en el olvido en la codificación, pasando por la doctrina francesa de la imprevisión, la italiana de la excesiva onerosidad de la prestación, hasta la alemana de la base del negocio.

En su formulación clásica se presupone que los contratos contienen una cláusula que vincula su permanencia a que se mantengan las circunstancias que concurrían en el momento en que se celebró (*rebus sic stantibus*), que son las que las partes tuvieron en cuenta; de modo que cualquier alteración imprevisible autoriza la revisión. Formulación posteriormente corregida por las di-

versas doctrinas que han proporcionado fundamento jurídico a su entrada en los códigos civiles, y al establecimiento de su normalidad.

En nuestro ordenamiento jurídico ante el silencio del texto codificado, la resolución del problema de cómo inciden las circunstancias extraordinarias en el mantenimiento o modificación del contrato se ha planteado a través de la cláusula *rebus sic stantibus*, y aparte de la doctrina, su formulación y desarrollo es estrictamente jurisprudencial.

Paralelamente a lo sucedido en el panorama europeo después de la Segunda Guerra Mundial, la posible revisión de los contratos por alteración de las circunstancias en nuestro país se suscita después de la terminación de la Guerra civil (años 40). Claves son las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940\1135) y 17 de mayo de 1941 (RJ 1941\632). En éstas antes de fijar los requisitos se razona que, pese a que la cláusula *rebus sic stantibus* no tiene encaje legal, al no estar reconocida, atendida la doctrina y el principio de equidad puede ser admitida por los tribunales. No obstante, se califica como peligrosa, de ahí la exigencia de una serie de premisas fundamentales y su interpretación restrictiva. Las SSTS de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957\2164) y 6 de junio de 1959 (RJ 1959\3026) fijaron los requisitos (doctrina consolidada). Son:

1.º Que concurra una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato respecto de la situación que había al tiempo de su celebración, excepto que el riesgo de la alteración se haya asumido por alguna de las partes.

2.º Que se origine una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes que provoque una aniquilación del equilibrio entre las prestaciones que verdaderamente derrumbe el contrato.

3.º Que todo ello se produzca por la sobrevenida concurrencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.

4.º Que no exista otro medio para remediar el perjuicio derivado.

En todo caso la cláusula se aplica muy restrictivamente, como último remedio, y entre las alternativas, inmutabilidad, extinción de la relación contractual o modificación se decanta por ésta. A partir de ahí, la doctrina ha discutido acerca de si su fundamento jurídico es subjetivo, la voluntad implícita de las partes, u objetivo, la buena fe contractual (art. 1258 CC) o es la alteración en sí la causa que lo justifica. Sea lo que fuere, forma parte de la doctrina general del contrato, pero sólo se aplica a las relaciones obligatorias de tracto sucesivo, es decir aquellas que no son de ejecución inmediata e implican permanencia, aunque, también, alcanza las de tracto único cuando el cumplimien-

to está aplazado, cuya ejecución parcial está pendiente, para las prestaciones aun por cumplir (no las ya realizadas que no se revisan).

En este entendimiento, la doctrina (Díez-Picazo, 1996, p. 898) concretando los requisitos exigidos por la jurisprudencia, indica que la desaparición sobrevenida de la equivalencia de las prestaciones ha de provenir de circunstancias extraordinarias y que, conforme al sistema de responsabilidad propio de la relación obligatoria, ha de constatarse un perjuicio injustificado (se excluyen aquellas en las que haya intervenido la parte deudora, en particular, el incumplimiento previo). En general, el efecto es modificativo.

A partir de 2014 se ha producido un cambio en la doctrina jurisprudencial acerca de configuración y los requisitos exigidos que ha significado un avance importante hacia lo que las sentencias califican de normalización de la cláusula. Se contiene en las sentencias 333/2014, de 30 de junio (Id Cendoj: 28079110012014100324) y 591/2014 de 15 de octubre (Id Cendoj: 28079110012014100641), de las que es ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

En ambas se afirma que «(...) en torno a la valoración del régimen de aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus*, debe señalarse que *en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada* en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional, como corresponde a una cláusula «peligrosa» y de admisión «cautelosa», con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida en sus requisitos de aplicación: «alteración extraordinaria», «desproporción desorbitante» y circunstancias «radicalmente imprevisibles».

Continúan explicando que «en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a *una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato*. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de esta figura, reconocible ya en las Sentencias de esta Sala de 17 y 18 de enero de 2013 (Núm. 820 y 822/2012, respectivamente) en donde se reconoce que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, *también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos* (Principios Unidroit, Principios Europeos de la

Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil)».

Esta nueva configuración y la fundamentación jurídica e interpretación de los requisitos se explican claramente a lo largo de las sentencias citadas (FD Segundo 3,4, y 5 de la STS 333/2014 y STS 591/2014 FD Tercero 5,6 y 7). Según su tenor literal:

a) «(...) debe abandonarse su antigua fundamentación según reglas “de equidad y justicia” en pro de una *progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación*. En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivistas, *resulta ya claramente compatible con el sistema codificado*. Así, en primer lugar, conviene señalar que la aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (*pacta sunt servanda*), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos. Por contra, su aplicación, cifrada en una sobrevenida mutación de las circunstancias que dieron sentido al negocio celebrado, se fundamenta en criterios o reglas que también pueden definirse como claves de nuestro sistema codificado, ya que desde su moderna configuración la figura obtiene su *fundamento último de las propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe*. (...) la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, *ab initio*, la posibilidad de desarrollo de figuras como la *cláusula rebus sic stantibus*».

b) «(...) el contraste de la denominada base objetiva del negocio nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando:

— La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable.

— La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación».

c) «Complementariamente, el contraste de la denominada base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde *la finalidad económica del negocio para una de las partes*, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, *se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado* (...) el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, 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 figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del «riesgo normal» inherente o derivado del contrato*».

d) «(...) *la imprevisibilidad de esta alteración no queda informada por el carácter fortuito de la misma, sino por un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural del contrato.*

e) «En relación con *la excesiva onerosidad* hay que señalar que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio *resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato).* En este caso, las hipótesis son básicamente dos; que la excesiva onerosidad refleje un substancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida».

Esta es la actual doctrina del Tribunal Supremo, que se mantiene pese a la aparente discordancia de alguna sentencia más reciente (así la 156/2020, de 6 de marzo Id Cendoj: 28079110012020100157). En todo caso, se opta por la modificación del contrato.

Recientemente, con ocasión de la situación y crisis sanitaria y económica originada a raíz de la pandemia internacional provocada por el COVID-19, el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril (de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. BOE, Núm. 112 de 22 de abril de 2020. Sec I) estableció unas medidas de modificación (moratorias de pago de la renta o reducción de esta) de los contratos de arrendamiento de locales de negocio (arts. 1 a 5) de carácter obligatorio para la parte arrendadora a falta de acuerdo entre las partes. Regulación que, como explica el Preámbulo de la norma, ante la ausencia de una solución, tanto en la Ley de arrendamientos urbanos como en el Código civil, procede proveer «en línea con la cláusula *«rebus sic stantibus»*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual». Agrega que «Se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales». En verdad, los preceptos no establecen ningún procedimiento estricto sensu, sino el aplazamiento automático, los tiempos y su contenido.

2.3 Concepto actual de modificación y novación

En sentido amplio se entiende por modificación cualquier variación que se hace en la relación obligatoria que comporte novedades. En sentido concreto, solo es modificación la que implica alterar los elementos estructurales (de identificación) de la relación obligatoria mientras ésta permanezca. Sin embargo, es más que el hecho que altera pues también designa su consecuencia (efecto). Se ha de diferenciar entre (Gete-Alonso, 1989, p. 310):

1) Modificar cómo la actividad que utiliza un concreto medio: la alteración, para provocar la nueva forma de relación; o sea, el mecanismo jurídico empleado para obtener distintos efectos jurídicos que no prejuzga, de antemano, la consecuencia jurídica. Se alteran los elementos de la relación en la transacción (art. 1809 CC), se varía una relación obligatoria para novar (art. 1203, 1204), o conservarla con el cambio introducido y

2) Modificar cómo la consecuencia jurídica concreta en la relación obligatoria, el resultado *–effectum iuris–* derivado. Sentido al que se refiere la doctrina jurisprudencial al contraponer novación modificativa a la novación extintiva.

Pues bien, mientras la modificación como efecto supone la pervivencia de la misma relación obligatoria que subsiste junto a la variación introducida (sobre la que ha operado previamente el mecanismo modificación), la novación, por el contrario, se sitúa siempre en el plano de los efectos: la variación, imprescindible para que exista novación, comporta la extinción de la obligación anterior y su sustitución por una nueva creada en base a aquella.

Modificar es operar sobre los elementos que identifican a una relación obligatoria ya existente de manera tal que se crea una situación diferente de la anterior, pero en base a ella. Según el elemento alterado se distinguen:

a) Modificación subjetiva: se predica en relación con las distintas posiciones jurídicas de la relación jurídica obligatoria (acreedora-deudora) (art. 1203, 2.º y 3.º CC)

b) Modificación objetiva: afecta a la prestación, por cambio, aumento o reducción de ésta (art. 1203, 1.º CC).

c) Modificación circunstancial: supone la alteración de las condiciones principales (art. 1203, 1.º CC). Los elementos accidentales de la relación: el tiempo, el régimen de la condición, el *locus solutionis* (...).

d) Modificación funcional: es el cambio de la causa que, comporta de manera necesaria una alteración de la prestación (comprendida en el 1203 1.º CC).

e) Modificación del contenido de la relación obligatoria que incide en su régimen jurídico (art. 1203 1.º CC).

Jurídicamente sólo repercute en la relación obligatoria provocando el efecto de extinción o el de simple modificación cuando la alteración conlleve la pérdida de identidad. De ahí que determinados supuestos que alteran la relación obligatoria no sean modificación:

1) Las variaciones que afectan a la forma. Dotar de forma escrita (documento privado o público) a la relación que se contrajo verbalmente, o elevar el documento privado, en el que constaba a público, salvo que se haya previsto de manera expresa por las partes a la hora de documentar a la relación, no provocan su modificación (art.1224 CC).

2) La conclusión de nuevos acuerdos para interpretar la relación obligatoria anterior y el reconocimiento contractual de la relación no conllevan alteración porque la finalidad perseguida es distinta: mantener la relación anterior tal y como era.

3) En general, los medios sustitutivos o subrogados del cumplimiento. En ellos se altera el cumplimiento de la obligación y no esta misma.

4) Tampoco que se otorgue la *facultas solutionis* (la obligación facultativa).

5) La adición o supresión de garantías no es modificación pues lo que se hace es reforzar el patrimonio de responsabilidad en caso de incumplimiento de la persona obligada, individualizando el bien (prenda, hipoteca), o añadiendo otro patrimonio (fianza).

El Código civil incluye en la novación la subrogación crediticia (arts. 1209 a 1213) en la que la persona que paga un crédito, por voluntad de las partes o por disposición legal (art. 1210 CC), pasa a ostentar los derechos de quien era titular del crédito. Efecto de extinción (por pago) y sustitución en la relación, único al que se considera. Aparte, en sede de compraventa, se regula la cesión de créditos (arts. 1526 a 1536 CC).

La subrogación, en un supuesto específico, puede actuar por voluntad de la parte deudora siempre que concurren los siguientes requisitos (art. 1211 CC):

1) Que el deudor tome prestado dinero para pagar y tal préstamo se contenga en escritura pública, 2) Que se haya hecho constar, en la escritura del contrato de préstamo, expresamente que su finalidad era la de pagar una deuda concreta y 3) Que la carta de pago de la deuda exprese que la procedencia de la cantidad pagada es del préstamo. Una modalidad modernizada de esta subrogación es la de la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modifica-

ción de préstamos hipotecarios que establece requisitos adicionales para la subrogación en los créditos hipotecarios promovida por el deudor (arts. 2 y 5).

En lo que hace a la sustitución de la persona deudora, el Código civil sólo recoge la expromisión, acuerdo entre el acreedor y la persona que asume la obligación (art. 1205 CC) y la delegación (art. 1206 CC): en la que una persona (delegante) autoriza a otra (delegada) bien para que constituya una obligación (promisoria) o para que lleve a cabo una prestación (solutoria o de pago) de modo que se entiendan realizadas por cuenta de quien delega. En general, el cambio en la posición deudora requiere siempre del consentimiento de la parte acreedora.

No se regula el contrato de asunción de deuda mediante el que quienes ocupan la posición acreedora y la deudora y la tercera persona que asume la deuda convienen el cambio, pero se admite con fundamento en la autonomía contractual (art. 1255), como contrato atípico del que deriva el efecto.

3. ESTADO DE LA MATERIA EN LOS TEXTOS NORMATIVOS Y LAS PROPUESTAS

El estado de la materia estudiada en el moderno Derecho de contratos, de una parte, la modificación y novación del contrato, y de otra la posibilidad de modificación impuesta por el cambio de circunstancias se comprueba de la lectura de los textos normativos vigentes, algunos del orden interno, otros foráneos, y de las propuestas. Siguiendo un orden cronológico son los siguientes (por cierto, la misma cronología de alguna manera es muy significativa de la evolución de la materia pues todos se alimentan e inspiran en los anteriores).

El primer texto normativo es la *Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de Viena* (1980, ratificada en 1991, BOE, núm. 26, de 30 de enero 1991, pp. 3170 a 3179). Por la materia (la compraventa) no contiene ninguna disposición relativa a la modificación por la concurrencia de circunstancias extraordinarias. No obstante, sí existe una regla específica sobre la forma de la modificación cuyo criterio se copia, literalmente, en textos posteriores. Para la modificación dispone una regla llamémosla básica (art. 29.1): «El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes», es decir, primacía de la voluntad contractual y libertad formal, a lo que agrega una precisión sobre la forma: «Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará

vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos» (art. 29.2).

En los *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales* (1995) se recoge la misma regla de la forma de la modificación de la Convención (art. 2.1.18). Más adelante, partiendo del respeto a la regla del *pacta sunt servanda*, hace una detallada y completa regulación (arts. 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3) de la excesiva onerosidad (*hardship*) provocada por el acontecimiento de ciertos eventos imprevisibles que inciden económicamente en el contrato, y producen una desventaja que da ocasión a que la parte que la padece solicite la renegociación (luego modificación), que sin embargo no autoriza a suspender el cumplimiento. Si no se consigue el acuerdo en un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir al tribunal que, si determina la existencia de excesiva onerosidad, puede bien resolver el contrato o adaptarlo para restablecer su equilibrio.

Los *Principios de Derecho europeo de los contratos de la Comisión de Derecho europeo de los contratos (Ole Lando)* (PCL) (año 2000), en el artículo 2:106 (estipulación de modificación por escrito) preveían una regla similar a la del apartado primero del artículo 29 de la Convención de Viena, a lo que se añadía que «(2) Las declaraciones o el comportamiento de una parte pueden provocar la pérdida del derecho a alegar dicha cláusula si la otra parte se ha basado en ellos de manera razonable».

Separadamente, daban entrada al cambio de las circunstancias que provocan aumento en los costes de la ejecución o disminución del valor de la contraprestación (art. 6:111), en la línea de los Principios Unidroit. En esta situación, se impone a las partes la obligación de negociar una adaptación del contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento resulta excesivamente gravoso, si el cambio sobreviene en un momento posterior a la conclusión del contrato, no se ha podido razonablemente prever en el momento de conclusión del contrato y no se puede exigir a la parte afectada que cargue con el riesgo del cambio de tales circunstancias. Si en plazo razonable no se logra un acuerdo, puede acudir a la vía judicial en la que se podrá obtener bien la extinción, bien la adaptación (modificación) de la relación contractual, distribuyendo entre las partes de forma equitativa y justa las pérdidas y ganancias. En ambos casos, con la obligación de reparar los daños causados a la parte que sufrió la negativa a negociar o rompió la negociación de mala fe.

En el *Borrador del Marco Común de Referencia (DFR)* (2009), también, se recogían de manera más completa, distintas situaciones que daban lugar a la modificación del contrato. Así, la del artículo 29 de la Convención de Viena (limitación de la forma en la modificación) (art. 4:105); la modificación o extinción del contrato por mutuo acuerdo cuando las partes lo estimen oportuno

(art.1:108), la modificación a instancia de una parte (art.1:109, modificación o extinción mediante notificación). El cambio imprevisible en las circunstancias que comprometa seriamente la utilidad del contrato para una de las partes (art. 0-201(3) se tomaba en cuenta para regular la modificación o extinción del contrato vía judicial, a causa de un cambio en las circunstancias (art. 1:110) en la que seguía idénticos criterios a los Unidroit (modificación o extinción).

Los textos descritos, como no podía ser de otra forma, salvo el último, no abordaban la novación en el sentido en que se mantiene en los Códigos civiles. Sólo de manera tímida el DFR recoge la modificación y extinción del contrato.

¿Y qué decir de los textos codificados más actualizados?

En general, los Códigos civiles recientemente modernizados han mantenido la institución clásica de la novación, con ciertas adaptaciones a la concepción que se tiene de ella en la actualidad. En todo caso se mantiene la configuración tradicional (romanista) de la novación como causa de extinción de las obligaciones y la simple modificación no aparece regulada ni de manera general ni particular.

El Código civil portugués de 1966, sitúa la novación entre las causas de extinción de la obligación, cuya especificidad radica en la sustitución de la antigua por una nueva obligación que se crea, siempre es expresa y dependiente de la voluntad de las partes (arts. 857 a 862). No existe ninguna referencia a la modificación.

En el *Code* francés, después de la reforma de 2016 (Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016, JORF n.º 0035 du 11 février 2016 texte n.º 26) se regula la novación (arts. 1329 a 1335) en el régimen general de las obligaciones (Cap. II, Tít IV, Lib. IV) separadamente de la cesión de crédito (arts. 1321 a 1326), la cesión de deuda (arts. 1327 a 1328) y la delegación (arts. 1336 a 1340). La novación se define como «un contrato que tiene por objeto sustituir una obligación que ya existe por una nueva obligación que se crea» y también puede tener lugar, por sustitución entre las mismas partes, por cambio de la persona deudora o cambio de la acreedora.

De otra parte, la nueva definición de contrato (art. 1101), frente a la originaria (idéntica al art. 1254 CC español), lo enuncia como acuerdo de voluntad entre dos o más personas, que incluye la finalidad de «crear, modificar o extinguir obligaciones».

El Código civil y comercial de la Nación Argentina de 2014, en la senda tradicional, incluye la novación entre otros medios de extinción de la obligación (arts. 933 a 941), a la que define como la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla. Dato de interés es que

utilice el término modificación (art. 934) para excluir algunos actos del efecto extintivo propio.

También, la modificación aparece de manera expresa en la definición del contrato (art. 957) como «el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales».

En lo que afecta a la modificación del contrato por la concurrencia de circunstancias extraordinarias que inciden en el equilibrio de las prestaciones contractuales, la tendencia es la de incorporar esta situación como causa que legitima a una de las partes contratantes a imponer una renegociación del contrato y, en caso de negativa de la otra parte, para acudir a los tribunales que podrán imponer la modificación, la resolución del contrato o amparar el desistimiento unilateral.

El régimen y efectos son distintos en los cuerpos legales, sobre todo por lo que se refiere a su alcance que no es uniforme, como tampoco lo es, así se puede comprobar, el de los textos jurídicos que se toman de modelo o son precedentes de ellos. Un dato común, que en cierta medida se ha reiterado a lo largo de estos casi cien años desde que se empezó a aplicar por los tribunales, es la primacía de la común voluntad contractual: son las partes del contrato las que deben acodar (renegociar) si modifican o extinguen la relación contractual, ante la alteración de las circunstancias que ha tenido lugar; es el respeto a la autonomía privada. Sólo, y ahí entra en juego un límite que ésta no puede desconocer o violar, en caso de negativa injustificada o cuando no haya sido posible un acuerdo privado, se da entrada a una tercera persona (el tribunal) a quien no afecta la eficacia relativa del contrato, y que puede modificarlo o extinguirlo. A ello se agrega el principio de conservación del contrato: preferentemente el efecto perseguido es el de modificar el contrato adaptándolo a la realidad (económica) del momento en el que ha de cumplirse.

Previamente a las últimas actualizaciones del derecho alemán y del derecho francés, ya el Código italiano de 1942 recogió la excesiva onerosidad como causa de resolución del contrato bilateral que podía evitar la otra parte ofreciendo la modificación, o como causa de modificación del contrato unilateral (arts. 1467 y 1468). También, el Código portugués de 1967 regula la resolución o modificación del contrato por alteración de las circunstancias sobre la base de la buena fe y equidad (art. 437). Y el Código civil holandés (1992, art. 258), permite que el juez pueda modificar o anular en todo o en parte el contrato, incluso con efectos retroactivos, sobre la base de circunstancias imprevistas.

En Alemania, la teoría de la base del negocio jurídico alcanzó un importante desarrollo y aplicación jurisprudencial durante siglo xx, como medio que

permitió resolver los conflictos contractuales derivados de las consecuencias económicas de la segunda guerra mundial. Pese a ello no se introdujo en el BGB hasta la reforma del derecho de obligaciones del año 2002, en el § 313. La regulación es bastante generosa, permite que cuando no sea posible o no pueda imponerse la modificación del contrato a la otra parte, sea posible bien el desistimiento, cuando se trata de contratos de larga duración, o la resolución.

El *Code* francés reformado en 2016, incluye la norma sobre el efecto de las circunstancias imprevisibles que hacen más oneroso el cumplimiento (art. 1195) en el capítulo destinado a la fuerza obligatoria del contrato (del Sub Tít. III). Una regulación inspirada en el derecho comparado y en los proyectos de armonización, en la que se opta por la renegociación y revisión del contrato si bien, como ha resaltado la doctrina francesa con muchas precauciones (Savaux, 2016, p. 715).

Finalmente, el Código civil y comercial de la Nación Argentina de 2014, bajo el título imprevisión (art. 1095) acoge, con cierta generosidad el derecho de la parte de un contrato conmutativo afectada por la alteración a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación.

En nuestros ordenamientos civiles autonómicos sólo la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (Ley 1/1973, de 1 de marzo, reformada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización) dedica un precepto a la extinción de la obligación (Ley 497 actual, anterior Ley 498) a los otros modos de extinción, entre los que cita «la novación». También, establece una regla propia para la modificación a causa de circunstancias imprevisibles; la Ley 498 (anterior Ley 493) que bajo el título «*Rebus sic stantibus*», dispone: «Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución».

La propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (hecha pública en 2009) bebe directamente de las fuentes anteriores.

La novación, cuya regulación se simplifica (solo se dedican tres arts. 1228 a 1230), es la institución «por la que las partes extinguen una obligación constituyendo otra nueva que la sustituye sólo tendrá lugar si así lo declaran termi-

nantemente, o la antigua y la nueva obligación son de todo punto incompatibles» (art. 1228). Se mantiene la regla de que (art. 1229) «la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, pero si ésta derivara de un título anulable, la novación es válida en cuanto suponga confirmación de él» y la confirmación del efecto extintivo respecto de las garantías de la obligación primitiva (art. 1230). Cómo en la reforma francesa antecede a la novación la regulación separada de la cesión de créditos, que se independiza del contrato de compraventa (arts. 1214 a 1221), la asunción de deuda (arts. 1222 a 1225) y la cesión de posición contractual (art. 1227).

Sorprendentemente, frente al desarrollo jurisprudencial de la mal llamada novación modificativa o impropia, ningún precepto de la propuesta la menciona. Quizá, porque en la misma línea de los Códigos más actualizados, la definición del contrato incorpora la modificación. «Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, y establecer reglas para las mismas» (art. 1236).

El Capítulo VIII del Título I, precedente de los anteriores, se destina a la «alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato» y contiene un solo artículo: 1213. En éste, en esencia, el criterio adoptado es parecido al de los textos referidos. Sin embargo, llama la atención que, a diferencia de alguno de aquéllos no se siga el criterio de incitar u obligar a las partes a la renegociación del contrato como paso previo a la solicitud en vía judicial. Se propone lo siguiente:

«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 quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

De este precepto, ha dicho, autorizada doctrina (Salvador, 2011, p. 43) que «(...) llenaría una laguna normativa en nuestro sistema de derecho privado, incorporaría una valiosa síntesis de las doctrinas de la cláusula *rebus sic stantibus*, de la base del negocio, de la frustración del fin del contrato y de la onerosidad excesiva o *hardship*, salvaría el hiato existente entre el cumplimiento ordinario de las obligaciones y el concurso de acreedores –sobre todo,

en casos en los cuales el concurso es mucho más costoso que la negociación, revisión o resolución de contratos (...)».

De *lege ferenda* ha de concluirse en la evidencia de actualizar la regulación del Código civil. Tanto en lo que afecta tanto, a la novación y modificación, en general, del contrato y al propio concepto de contrato, como al supuesto más específico de la incorporación de la *cláusula rebus sic stantibus* cuya incorporación se ha presentado como acuciante en las últimas crisis económicas. Aunque la tendencia de los códigos civiles, respecto de la novación y modificación es bastante conservadora, como se ha comprobado, convendría adaptar estas instituciones a la realidad. Sin renunciar completamente a los antecedentes y por lo tanto manteniendo su referencia en las obligaciones, ha llegado el momento de considerarlas, también entre las disposiciones generales del contrato. No en vano se habla de modificación y novación del contrato.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*. Vol 1, 8.^a ed., Barcelona 1989.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, Civitas. Madrid 1996.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen, «Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pp. 303-319.
- «La influencia del concepto de contrato en el Código Civil» en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, (Asociación de profesores de Derecho Civil), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990. Tomo I, pp. 885-903.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *La novación extintiva por cambio de objeto*. Ed. Comares, Granada 1999
- JEREZ DELGADO, Carmen (coord.), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia*. BOE Colección Derecho Privado 1, Madrid 2015.
- MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *Comentarios al Código civil espanyol*, Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid 1901. Tomo VIII. https://bib-antonioreverte.um.es/Ficheros/Manresa/CC/T08-1901/T8_Arts_1088_1314.pdf.
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, «Cláusula Rebus. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de «larga y corta duración». Una clasificación carente de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social», *Revista de Derecho y Lex*. Núm. 191, abril 2020. <https://2019.vlex.com/#vid/clausula-rebus-sts-156-842771774>.

- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (Revisor), *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones* (JL. Lacruz Berdejo, F. A. Sancho Rebullida, J. Delgado Echeverría, F. Rivero Nernández, J. Rams Albesa). Dykinson. Madrid 1999.
- SALVADOR CODRECH, Pablo, «Alteración de las circunstancias en el artículo 1213 de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos» en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, 2011 pp. 1-50.
- SÁNCHEZ ROMAN, Felipe, *Estudios de derecho civil. Tomo IV. Derecho de obligaciones – Derecho de la contratación*. Estudio tipográfico «Sucesores de Rivadeneira», Madrid 1899, pp. 425 a 433. https://bib-antonioreverte.um.es/Ficheros/SRoman/EstudiosDC/T4_1899/SRoman_Estudios4.pdf.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La novación de las obligaciones*, Ed. Nauta, Barcelona 1964.
- «Comentario a los arts. 2013 y 2014 CC» en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (Dir. M. Albaladejo García) T. XVI, Vol 1, 2.^a ed, Edersa, 1991.
- SAVAUX, Erik, «El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos» en *Anuario de Derecho Civil*, 2016, fasc. III, pp. 715 y ss.

XVII

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. El contrato de adhesión: naturaleza y fundamento de su obligatoriedad.–2. La regulación legal de las condiciones generales. Concepto y régimen jurídico. 2.1 Las especialidades del régimen jurídico en la LCGC frente al CC. Requisitos de incorporación y reglas de interpretación. a) Requisitos de incorporación. b) Interpretación de las CGC. 2.2 El control de contenido o de validez.–3. El control de contenido en la contratación estandarizada con adherentes no consumidores. 3.1 Normas sectoriales. 3.2 Los instrumentos para evitar abusos en la jurisprudencia: antes y después de la LCGC. 3.3 Las condiciones generales de la contratación como parte de la teoría general del contrato. Integración en el CC.–4. El control de contenido en contratos con consumidores. El TJUE, el TRLGDCU y el CC. 4.1 La Directiva 93/13 y el Derecho nacional. ¿Disrupción o armonía? 4.2 Nacimiento, auge y contención del control de transparencia material. a) La introducción del control de transparencia material. b) Transparencia y vicios del consentimiento. c) El reducto de la transparencia material como motivo autónomo de invalidez. Ponderación y comprobación del desequilibrio. 4.3 Cláusulas nulas, subsistencia del contrato e integración. a) La adaptación del Derecho interno a la doctrina del TJUE. b) Subsistencia del contrato e integración en la doctrina del TS.–5. Bibliografía.

1. EL CONTRATO DE ADHESIÓN: NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE SU OBLIGATORIEDAD¹

En el Código civil el contrato es la fuente de obligaciones basada en el consentimiento, proyectado sobre los elementos esenciales de objeto y causa (arts. 1254

¹ La bibliografía sobre esta materia, aunque se limitara a la española, es extensísima. En las citas que siguen, las referencias serán necesariamente escasas por exigencias editoriales y limitación de espacio. En ocasiones se remitirá al lector a las obras de las que soy autora, con cita mucho más extensa de doctrina y de jurisprudencia.

y 1261 CC). Su contenido se determina por la voluntad común de las partes expresada en pactos, cláusulas o condiciones sometidos a la primacía de la ley imperativa, de la moral y del orden público (art. 1255 CC). La integración tiene lugar conforme al art. 1258 CC, con el recurso a la ley, los usos y la buena fe. Elementos respecto de los cuales no se requiere el previo conocimiento ni el acuerdo para que cumplan su función, si bien el resultado de su aplicación no deberá ser contrario a, o repudiado por, la voluntad de las partes, interpretada conforme a los criterios que proporcionan los arts. 1281 a 1289 del CC y, en su caso, los relativos a cada contrato en particular. Los preceptos sobre interpretación del contrato no se limitan a proporcionar los elementos de interpretación de la voluntad declarada; sirven también para discernir cuándo hay efectivamente declaración de voluntad relevante para integrar la regla contractual.

Frente a este modelo, la predisposición unilateral del contenido contractual no era una realidad considerada por nuestro Código civil, como tampoco lo fue por otros códigos decimonónicos. Mediante las condiciones generales de la contratación, el predisponente no solamente diseña el objeto del contrato, sino que precisa el significado de los términos utilizados y, sobre todo, reduce la necesidad de acudir al art. 1258 CC. Las fuentes legales de integración quedan así postergadas por la regla redactada con carácter previo para su uso generalizado en el tráfico.

El contenido predispuesto no es, en gran medida, previamente conocido por la otra parte ni determinante de su decisión de celebrar el contrato. Las condiciones generales de la contratación se refieren fundamentalmente a lo que Royo Martínez denominó en 1949 una «*periferia*», añadida al «*núcleo o médula en el que se comprenden las prestaciones cardinales*» que resulta efectivamente conocido y querido; una adición de la que habitualmente no se tiene noción o esta resulta «*en absoluto insuficiente para servir de base a un eficaz consentimiento*»². Lo habitual es que el formulario no se lea; y la conducta se estima racional e incluso económicamente eficiente. De ahí la calificación de contrato de adhesión y de adherente. La atención se centra en las estipulaciones relativas a los elementos esenciales que describen y delimitan la prestación y la contraprestación, únicas que, se dice, pueden estimarse verdaderamente conocidas y consentidas. Si bien, la frontera entre lo esencial y el resto del contenido contractual puede ser hartamente imprecisa y no cabe negar las recíprocas influencias dentro del mismo contrato³.

² ROYO MARTÍNEZ 1949, p. 61.

³ Sobre esta cuestión en la doctrina y la jurisprudencia, v. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, pp.1129 y ss. Un ejemplo reciente de las diferentes perspectivas la hora de deslindar el concepto de «*objeto principal del contrato*» es la comisión de apertura. La STJUE de 16 julio 2020 (ECLI:EU:C:2020:578), *Caixabank*

La utilización de condiciones generales de la contratación (en adelante, CGC) presenta indudables ventajas y con frecuencia se ha descrito como algo indispensable para racionalizar la organización empresarial de bienes y servicios y ahorrar costes inherentes a la celebración de contratos. Por esta vía se reduce la inseguridad jurídica que en muchos ámbitos genera la parquedad o la obsolescencia del Derecho legislado, especialmente ante la incesante aparición de nuevas modalidades y ofertas contractuales⁴. Pero, al mismo tiempo que se iba extendiendo su presencia, sobre todo en el ámbito de los contratos de seguro, de transporte y bancarios, se constataba igualmente el carácter desequilibrado de las cláusulas redactadas de modo previo, cuyas reglas generalmente se habían configurado para servir a los intereses del predisponente, en detrimento de la otra parte. El asunto se agrava en la contratación en el entorno digital, aumentando «*el potencial de las CGC y otros mecanismos empleados por las empresas con el fin de absorber el excedente y abusar de los consumidores*»; el abuso puede ser más intenso por adaptarse a perfiles de consumidores concretos y pasar inadvertido⁵.

Este distinto modo de contratar recibió temprana atención como una de las manifestaciones de la crisis del contrato, al menos de la noción propia de la ideología liberal. La literatura jurídica española sobre esta materia se desarrolló en la segunda mitad del siglo XX, con el enunciado de distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de las CGC y el fundamento de su obligatoriedad. La obra de F. De Castro refleja el debate doctrinal acerca de aquella naturaleza (frente a la teoría «normativista» y en pro de la tesis «contractualista») pero, sobre todo, alerta sobre los peligros inherentes a su extendida utilización, sin negar sus indudables ventajas. Hallar los motivos para impugnarlas supone una tarea formidable, «*afrentar las dificultades más graves que entraña el dogma de la autonomía de la voluntad*». Partiendo de su naturaleza contractual, pero constatando el déficit de conocimiento y consentimiento de una de las partes respecto de la regla redactada por la otra, De Castro diseñó el marco en el que cabía y debía examinarse el contenido predispuesto y contrastar su legitimidad, a partir de las reglas generales codificadas de las obligaciones y contratos, y las de los contratos en particular. Las normas dispositivas no son

y otros, C-224/19 y C-259/19, dice que no es una prestación esencial por el mero hecho de estar incluida en el coste total del crédito (§ 62 y 64). La STS de Pleno 44/2019, de 23 enero (ECLI:ES:TS:2019) entendió que constituye junto con el interés remuneratorio el precio del contrato y, en consecuencia, un elemento esencial; no sometido al test de abusividad si supera el control de transparencia. Mediante Auto de 10 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:10856A), el TS ha planteado sobre esta cuestión petición de decisión prejudicial ante el TJUE.

⁴ ALFARO, 2002a, pp. 75 y s.

⁵ GÓMEZ POMAR/ARTIGOT GOLOBARDES, 2020, p. 14.

dadas «*para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades*», sino que manifiestan la regulación normal; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una función ordenadora, por lo que no pueden ser desplazados, advertía, sin una razón suficiente⁶. Sobre esta base, inspirada en la doctrina alemana, construyó su doctrina sobre las «*limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*»⁷.

Las teorías que, por el contrario, han puesto mayor énfasis en negar o rebajar el fundamento contractual de la vinculación del adherente a cláusulas predispuestas –para las que no existe, se dice, genuino consentimiento– también acuden para elaborar el juicio sobre su validez a la conformidad de aquellas con los criterios de integración del contrato que se desprenden del art. 1258 CC. Lo que de alguna manera reclama igualmente el régimen jurídico aplicable en defecto de pacto: la configuración legal si es que existiera, la usual o consuetudinaria en defecto de la primera y, en último término, la conformidad del clausulado predispuesto con la buena fe, que requiere una valoración equilibrada entre los intereses de ambas partes⁸.

Desde la aprobación de leyes especiales extramuros del CC, la discusión acerca de su naturaleza jurídica perdió intensidad. La ley consagra, de un lado, el carácter contractual de las cláusulas redactadas con carácter previo por una de las partes, estableciendo los requisitos necesarios para que aquellas puedan estimarse incluidas en la oferta y amparadas por la aceptación, de modo que se produzca su incorporación al contrato. El aspecto fundamental de la contratación estandarizada, cual es fijar un criterio específico para el control de contenido se ha limitado, sin embargo, a la contratación entre profesionales y consumidores. Fuera de este ámbito, la jurisprudencia reitera, sobre todo en los últimos años, que «*las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas*»⁹.

⁶ DE CASTRO, 1961, pp. 321, 333.

⁷ DE CASTRO, 1982, *passim*.

⁸ La monografía de ALFARO ÁGUILA-REAL (1991, *passim*, en especial, para lo que se dice en el texto, pp. 103 y ss.) ha tenido una influencia decisiva en la doctrina posterior, siendo una de las obras de referencia en la materia. En ella se enuncia la denominada teoría «declarativa», que basa la validez contractual de las condiciones generales, bien en la autonomía privada para aquellas que hubieren sido específicamente seleccionadas por el adherente, bien en su conformidad con las fuentes ordinarias del Derecho.

⁹ SSTS 227/2015, de 30 de abril (RJ 2015, 2019), 41/2017 de 20 enero (RJ 2017, 926), 702/2018, de 13 diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4568).

2. LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS CONDICIONES GENERALES. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

La primera regulación de alcance general se promulgó como norma de protección de los consumidores mediante la LGDCU (Ley 26/1984, de 16 de julio), con la inédita formulación de una norma abstracta de control de contenido, seguida por una lista de concretas cláusulas abusivas (art. 10 LGDCU 1984).

El empeño de incorporar al Derecho español una ley que abordara de modo global el fenómeno de la contratación estandarizada constituía, no obstante, una meta del legislador, que se había ido reflejando en sucesivos Anteproyectos de una «Ley de condiciones generales de la contratación»¹⁰. La norma vigente, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en adelante LCGC (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998), se dictó en virtud de los títulos competenciales que la Constitución Española atribuye en exclusiva al Estado en el art. 149.1.6.^a y 8.^a «por afectar a la legislación mercantil y civil», según reza la Exposición de Motivos. Su objeto se describe como «la transposición de la Directiva 93/13/CEE» sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, «así como la regulación de las condiciones generales de la contratación».

La estructura de la materia en la Ley 7/1998 no responde tanto a la Directiva 93/13 cuanto a la clara influencia de la *AGBG* alemana de 1976, modelo cuya impronta estaba ya presente en todos los anteproyectos que la precedieron. El ámbito objetivo de aplicación quedó así delimitado mediante el concepto de condiciones generales de la contratación, con una definición legal que resalta las características de predisposición y generalidad de las cláusulas, por cuya imposición el contrato deviene «de adhesión» (art. 1. 2 LCGC). El ámbito objetivo se complementa con las previsiones del art. 4 LCGC que, de un lado, excluye la aplicación de la norma a determinados tipos de contratos que cuentan con su propia regulación o en los que está ausente el fenómeno de la predisposición y, de otro, incorpora la norma procedente de la Directiva 93/13¹¹ (art. 1.2), por la que también se excluyen las cláusulas contractuales que refle-

¹⁰ Anteproyectos de los años 1983, 1988, 1992. Sobre estos textos, v. GONZÁLEZ PACANOWSKA (1999, p. 140).

¹¹ Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993. Modificada por la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre (introduce el art. 8 *bis*) y por la Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre, que inserta el art. 8 *ter*, dirigida a intensificar el régimen de sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de la norma comunitaria: «*Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias*» (art. 8 *ter*: 1).

jen disposiciones legales o reglamentarias aplicables al contrato de que se trate, ya sean imperativas o dispositivas.

La finalidad de «proteger los legítimos intereses» no solo de los consumidores, sino los de «cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», determina el ámbito de aplicación subjetivo: el predisponente ha de ser un profesional —«toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada»— mientras que el adherente podrá ser «cualquier persona física o jurídica» (art. 2 LCGC).

El régimen jurídico, a partir de aquí, se articula en torno a tres niveles de control, con una secuencia que recuerda la exposición doctrinal y legal germanas: incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), interpretación (art. 6 LCGC) y control de contenido (arts. 8 a 10 LCGC). Novedosa, aunque de dudosa y manifiestamente limitada utilidad práctica¹², fue la creación del Registro de CGC en el que puede tener lugar de modo voluntario el depósito de los clausulados; depósito que últimamente ha devenido obligatorio para los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (art. 11 LCGC).

La LCGC cumplía, por último, con las exigencias comunitarias (art. 7 Directiva 93/13) de proveer de cauces de tutela preventiva y abstracta mediante las, entonces también inéditas, acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales (arts. 12 a 20 LCGC). Como era de esperar, solamente la primera ha tenido aplicación práctica, merced, sobre todo, a la actividad de las asociaciones de consumidores.

Junto a la muy defectuosa técnica de la LCGC, la crítica que más ha perdurado en el tiempo es el sinsentido de una ley que obviaba tratar en su seno el tema cardinal del régimen jurídico de las condiciones generales, cual es establecer el parámetro abstracto para determinar su validez y, correlativamente, legitimar el eventual control judicial del ejercicio abusivo por parte del predisponente de su libertad para configurar el contenido. El legislador optó por una remisión al régimen general de la nulidad por contravención de norma imperativa o prohibitiva (art. 8. 1 LCGC). El contenido abusivo, como causa de nulidad, se limita a las cláusulas incorporadas al contrato que se haya celebrado con un consumidor, ampliándose al mismo tiempo su campo de aplicación a toda cláusula no negociada. Tanto el concepto general de cláusula abusiva como la lista de cláusulas

¹² La trascendencia jurídica del depósito se limita a la fijación del plazo de prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación; como regla general son imprescriptibles (art. 19. 1 LCGC), pero se sujetan al plazo de cinco años, contados desde el día de dicho depósito y siempre que las condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva.

abusivas se circunscribe a los contratos entre empresarios y consumidores y se ubica en la LGDCU (arts. 10, 10 bis y Disp. Adic. 1.^a), cuyo texto vigente se contiene en el RD 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 (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007), en adelante TR LGDCU (arts. 82 a 91).

Esta opción legislativa inevitablemente ha reducido el interés en el desglose de la definición legal de condición general de la contratación¹³, al centrarse generalmente la controversia en la presencia o no de negociación, asunto para el que el TS ha señalado algunas pautas¹⁴. La negociación impeditiva de los controles específicos no puede derivar sin más de que la iniciativa para celebrar el contrato proceda del adherente («oferente»), ni de la existencia de otras alternativas en el mercado para el mismo tipo de contrato. Los caracteres de generalidad, predisposición e imposición no quedan borrados por estos hechos. La negociación de algunos aspectos del contrato, como pueda ser la cantidad por la que se concede un préstamo, no implica que el resto de las cláusulas del contrato haya sido objeto de negociación¹⁵. Para que la cláusula deje de considerarse impuesta «no basta que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso que efectivamente haya influido y este elemento ha de ser probado»¹⁶; es «necesaria una prueba suficiente de los hitos

¹³ Para un completo análisis de las notas características, v. STS 649/2017, de 29 noviembre (ECLI:ES:TS:2017:649). A la hora de abordar tales caracteres, la doctrina ha mostrado, en general, la recepción de la muy fecunda doctrina alemana.

¹⁴ SSTS 649/2017, de 29 noviembre (RJ 2017, 5632), 489/2018, de 13 septiembre, (ECLI:ES:TS:2018:3098), 422/2019, de 16 julio (ECLI:ES:TS:2019:2345): «a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar. b) «No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario». Un ejemplo de negociación y «pleno conocimiento»: STS 16/2021, de 19 enero (ECLI:ES:TS:2021:16), sobre cláusula suelo acordada con ocasión de la novación y ampliación del préstamo hipotecario.

¹⁵ STS 99/2021, de 23 febrero (ECLI:ES:TS:2021:636), con cita de otras, sobre préstamo «multidivisa»: la negociación relativa a la cuantía del préstamo en euros, el plazo de devolución o la presencia de la divisa extranjera que justifica un interés remuneratorio más bajo de lo habitual para los préstamos en euros no significa que se haya negociado la redacción de las cláusulas sobre el modo en el que el elemento divisa extranjera operaba en la economía del contrato y en la posición jurídica y económica de las partes.

¹⁶ STS 489/2018, de 13 septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3098), sobre acuerdo de modificación de cláusula suelo, que se estima negociada.

*en que el proceso de negociación se plasmó», y la prueba corresponde en todo caso al profesional*¹⁷.

2.1 Las especialidades del régimen jurídico en la LCGC frente al CC. Requisitos de incorporación y reglas de interpretación

Como régimen jurídico general aplicable a las condiciones generales de la contratación, con independencia de la condición subjetiva del adherente, la especificidad frente al Código civil se limita, prácticamente, a la introducción de requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) y alguna novedad en materia de interpretación (art. 6 LCGC).

a) REQUISITOS DE INCORPORACIÓN

El tratamiento legal de la incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) es prolijo en exceso y probablemente no precisaba tal nivel de detalle en relación con cualquier adherente¹⁸. La meta es que el predisponente procure que la otra parte disponga del clausulado predispuesto en un momento previo o simultáneo a la celebración del contrato, en un formato accesible y susceptible de ser consultado *a posteriori*. El cumplimiento de estos requisitos es una valoración jurídica, susceptible de ser controlada en casación¹⁹.

En estas normas se residencia el deber de redacción concreta y transparente (art. 5.5 y 7 (b) LCGC) cuya vulneración podría servir, entre otras cosas y como demuestra el *iter* legislativo, para negar la vinculación a las denominadas cláusulas *sorprendentes*; cláusulas cuyo problema no reside en la oscuridad o excesiva ambigüedad de su texto, sino que resultan tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia. Son contradictorias con las legítimas expectativas generadas en el caso concreto, a la vista de todas las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, incluyendo, naturalmente, la información previa y la publicidad. A modo de factor negativo de inclusión. El TS, sin embargo, ha hecho en general un uso limitado de este entendimiento de los requisitos legales, al haber construido un concepto de transparencia material, contrapuesta a la formal, que no cursa como requisito de incorporación, sino como ingrediente del carácter abusivo

¹⁷ STS 192/2021, de 6 abril (ECLI:ES:TS:2021:1270), sobre renuncia por parte del cliente al ejercicio de acciones de responsabilidad contra un abogado.

¹⁸ Para el análisis en particular de tales reglas, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, pp. 1049 y ss.

¹⁹ STS 218/2021, de 20 abril (ECLI:ES:TS:2021:1454), cláusula suelo en contrato entre empresarios.

de una cláusula relativa a un elemento esencial y por deficiencias en la información precontractual.

Mediante el control de incorporación se intenta únicamente 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», «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»*. Lo que el art. 7 LCGC requiere se refiere a la *«comprensibilidad gramatical y semántica»*²⁰. Para superar el control de incorporación, en suma, *«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»*²¹. La doctrina jurisprudencial sugiere, de otra parte, que la sencillez y la claridad dependen del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual, que no es uniforme: *«Lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual»*²².

Esta inteligencia acerca de la función de los requisitos de incorporación ha conducido, especialmente en el ámbito de los contratos bancarios, a disociar el juicio sobre el cumplimiento de los arts. 5 y 7 LCGC, de un lado, y, de otro, las consecuencias derivadas de una información precontractual insuficiente. Si se trata de un consumidor, el déficit de información sobre el funcionamiento de la cláusula, y su incidencia en la carga jurídica y económica del contrato, es susceptible de integrar un supuesto de cláusula abusiva por infracción de la denominada transparencia material. Tratándose, en cambio, de un adherente empresario, el TS ha desestimado, con matices, la pretensión de que se declare no incorporada una cláusula a la que se haga referencia en el contrato y en el anexo firmado por los contratantes, con tipografía destacada en negrita y de redacción

²⁰ STS 195/2021, de 12 abril (ECLI:ES:TS:2021:1347).

²¹ STS 564/2020, de 27 octubre (ECLI:ES:TS:3473), sobre la denominada «hipoteca tranquilidad». Las cuotas de amortización son constantes (con incremento lineal fijo), de modo que las oscilaciones en el interés remuneratorio variable se reflejan en el número de cuotas, con un máximo de 40 años.

²² STS 560/2020, de 26 octubre (ECLI:ES:TS:2020:3558), «hipoteca tranquilidad». En relación con la cláusula suelo, la STS 395 STS 395/2021, de 9 de junio, reitera, con cita de otras, que *«... en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes (arts. 25 de la Ley del Notariado y 193 del Reglamento Notarial) suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos de casos que han sido resueltos anteriormente por la sala»*.

sencilla; trasladar a este campo argumentos relacionados con la ausencia de (mayor) información precontractual supondría un juicio de abusividad encubierto, con base en la noción de transparencia material, que no tiene cabida en los contratos en los que el adherente actúa con una finalidad profesional²³.

La reciente modificación del art. 5.5 LCGC por la Ley 5/2019 proclama la nulidad de «*pleno derecho*» de las cláusulas incorporadas de modo no transparente en los contratos con consumidores. Si esta norma, duplicada en el art. 83 LGDCU por la misma Ley 15/2019, se refiere a la transparencia *formal*, nada añade a lo que ya resultaba de la LCGC (art. 7 (b), art. 9.1). Si se refiere a la transparencia *material*, podría pensarse entonces que es una nulidad del art. 6.3 CC que escapa al régimen propio de las cláusulas abusivas²⁴.

b) INTERPRETACIÓN DE LAS CGC

La finalidad de las reglas de interpretación del art. 6 LCGC no es prevalecer sobre las disposiciones del Código civil en la materia. Presuponen más bien la interpretación previa y su aplicación es pertinente cuando el resultado de aquella no haya podido salvar la contradicción entre las condiciones generales y las particulares (art. 6.1 LCGC), o cuando persistan las dudas, por la presencia de cláusulas oscuras (art. 6.2 LCGC). La especialidad en este punto es reducida. Se ordena la prevalencia de las condiciones particulares específicamente previstas para el contrato en particular y más beneficiosas para el adherente, en caso de contradicción con las condiciones generales (art. 6.1 LCGC), por entenderse que las primeras serán más acordes con la voluntad común. Pero la discordancia entre unas y otras también puede ser contemplada como un caso de oscuridad o de ambigüedad de la regla que ordena resolver las dudas en la interpretación en favor del adherente (art. 6.2 LCGC); regla que no difiere, salvo en algún matiz, del art. 1288 CC.

2.2 El control de contenido o de validez

El art. 8.1 LCGC reitera la misma idea del art. 6.3 CC sobre las consecuencias de la contravención a normas imperativas o prohibitivas, sean las de

²³ STS 218/2021, de 20 abril (ECLI:ES:TS:2021:1454), sobre cláusula suelo en préstamo hipotecario destinado a comprar licencia de taxi. Sobre las vacilaciones de la jurisprudencia en cuanto a la trascendencia del cumplimiento de los requisitos impuestos por la regulación sectorial bancaria sobre el juicio de incorporación y la evolución de la jurisprudencia en esta materia hasta 2020, v. CÁMARA LAPUENTE, 2020, *passim*, y en especial pp. 32 y ss.

²⁴ En este sentido, CARRASCO PERERA, 2019, p. 68.

la LCGC, sean otras. Pero las normas de esta naturaleza en la propia LCGC se limitan prácticamente a lo antes expuesto sobre la inclusión y el art. 7 LCGC ya se encarga de establecer la consecuencia de *no incorporación* cuando no se hubiere cumplido lo exigido por el art. 5 LCGC.

En lo que hace al alcance de la nulidad, la regulación de la LCGC en este punto (arts. 9.1 y 10. 1 LCGC), con el mandato de nulidad parcial y subsistencia del contrato, «si éste puede subsistir sin tales cláusulas» (art. 10.1 LCGC) sigue a la Directiva 93/13 (art. 6.1). Y el art. 9. 2 LCGC precisa que se declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de la cláusula o su no incorporación «afectara a uno lo de los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 CC». La norma comunitaria, empero, se refiere a las cláusulas nulas por razón de su carácter abusivo, no a aquellas cuya nulidad deriva de la contravención a norma imperativa. Y la nulidad parcial se ha justificado reiteradamente por el TJUE, diciendo que el objetivo es restablecer el equilibrio, mediante la supresión de la cláusula, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas²⁵. Además, como veremos más adelante, para saber si el contrato puede o no subsistir sin una cláusula abusiva y para decidir cuál es, en su caso, el régimen del contrato que efectivamente subsista *sin* la cláusula abusiva, el TJUE ha desarrollado una doctrina que no cabe soslayar a la hora de abordar el asunto en el sistema español.

Cuando la cláusula suponga, en cambio, la vulneración de cualquier otra «norma imperativa o prohibitiva», las consecuencias se regirán por lo que la norma infringida disponga: nulidad de pleno derecho o un «efecto distinto» (art. 8.1, en relación con el art. 6.3 CC); sin que en principio sea relevante el que la cláusula afectada sea predispuesta. El legislador no parece haber reparado en que la principal función de las condiciones generales es el desplazamiento de las fuentes de integración (art. 1258 CC) entre las que no se cuenta, en rigor, la norma imperativa, cuya vigencia incondicionada no puede evitar la autonomía privada, sea impuesta de modo unilateral o negociada.

Se revela en esta remisión del art. 8 LCGC uno de los mayores defectos de la LCGC que incluso provoca, siguiendo a Miquel, su casi total inutilidad. El control de contenido se justifica por el procedimiento de formación del contrato, en el que una de las partes establece la regla contractual con una pretensión de generalizada vigencia en el tráfico jurídico. El contenido es típicamente desequilibrado, pero no es su eventual iniquidad la razón fundamental de la existencia

²⁵ SSTJUE de 15 marzo 2012 (TJUE, 2012, 55), *Perenicová y Perenic*, C-453, §31, 14 marzo 2019 (TJUE 2019, 39), *Dunai*, C-118, § 40, 26 marzo 2019 (TJUE 2019, 59), *Abanca*, C-70/17 y C-179/17, § 57, con cita de otras.

de aquel control específico, sino el procedimiento por el que se establece la regla contractual. El art. 8 LCGC impide que pueda hablarse en este punto de laguna legal, pues la remisión al régimen general de contravención a normas imperativas y prohibitivas (art. 6.3 y art. 1255 CC) expresa la consciente decisión del legislador de que la formación del contrato mediante las condiciones generales no justifica la necesidad de reglas específicas para limitar la autonomía de la voluntad, fuera del ámbito de la contratación con consumidores²⁶.

El TS ha afirmado, en coherencia con el diseño legal, que *«en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente»*; *«lo relevante para controlar el contenido de las condiciones generales impugnadas... no es solamente si el contrato es o no de adhesión, sino si, una vez determinado que las cláusulas no han sido negociadas individualmente, el adherente tiene la consideración legal de consumidor o usuario»* (STS 227/2015, de 30 de abril, reiterada en la STS de Pleno 367/2016, de 3 junio, RJ 2016, 2306, doctrina que se mantiene en los años sucesivos).

3. EL CONTROL DE CONTENIDO EN LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA CON ADHERENTES NO CONSUMIDORES

3.1 Normas sectoriales

La noción de cláusula abusiva se ha integrado en la legislación especial, en escenarios típicos de contratos predispuestos, en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías²⁷. El legislador se sirve aquí, de un lado, de normas que establecen límites imperativos, se trate o no de condiciones generales²⁸.

²⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, 2007, pp. 196 y s.

²⁷ Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio y la Ley 11/2013, de 26 de julio. Con esta norma se incorporó al Ordenamiento español la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio 2000, modificada por la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero.

²⁸ El art. 4.1 de la Ley 3/2004 establece como límite máxime imperativo sobre plazos de pago el de 60 días naturales. A pesar de las críticas doctrinales, el TS confirma el carácter imperativo de la norma en la STS 688/2016, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:5128). En la Ley 15/2009 de transporte terrestre de mercancías, el art. 38.4 prevé la nulidad del pacto contrario a la revisión del precio del transpor-

De otro, de normas que solo pueden ser desplazadas por CGC cuando resulten más beneficiosas para el adherente²⁹. La Ley 3/2004 introdujo además en el art. 9, y en cumplimiento de la Directiva 2000/35/CE (art. 7), la nulidad de toda cláusula contractual relacionada con plazos de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro, cuando resulte «*manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor*», estableciendo, en consonancia con la norma comunitaria, las circunstancias a tener en cuenta para apreciar la abusividad, aludiendo, en primer lugar, a «*cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal*»³⁰.

Con anterioridad a estas normas y a la propia LCGC, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante, LCS)³¹ anticipa ya requisitos generales de inclusión y el control de contenido en el art. 3. I LCS.

De los dos aspectos que aquí se tratan –la prohibición de cláusulas *lesivas* y los requisitos de eficacia de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados– la jurisprudencia se ha ocupado ampliamente del segundo, deslindando las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados que «*deberán ser específicamente aceptadas por escrito*» y las cláusulas de delimitación del riesgo, no sometidas a dicha formalidad. La frontera es ciertamente difusa, pero el concepto jurisprudencial de cláusula limitativa ha sido un cauce recurrente para expulsar del contrato condiciones *sorpresivas*, contradictorias con el contenido natural del contrato conforme a la propia LCS y, en su caso, con las legítimas expectativas del adherente, a la vista de todas las circunstancias, incluido el precio³². Y la misma calificación de cláusulas limitativas se postula para aquellas de redacción oscura, que, a juicio del TS, im-

te en función de la variación del precio del gasóleo, contenido en condiciones generales. El art. 41 se remite en cuanto a los plazos de pago a la Ley 3/2004. También tiene carácter imperativo el régimen de la responsabilidad del porteador del Capítulo V de la Ley 15/2009, según el art. 46.

²⁹ Ley 15/2009, art. 3: «*Salvo expresa estipulación contraria de esta ley o de la legislación especial aplicable, las partes podrán excluir determinados contenidos de esta ley mediando el correspondiente pacto. También podrá ser así, respecto de las condiciones generales de los contratos de transportes cuando sus obligaciones resulten más beneficiosas para el adherente*».

³⁰ Sobre ambas normas, MATO PACÍN, 2017, pp. 114 y ss., 199 y s. y 336 y s.

³¹ BOE 17 octubre 1980.

³² STS 58/2019, de 21 enero (ECLI:ES:TS:2019:162), STS 661/2019, de 12 diciembre (RJ 2019, 5196): «*Un criterio distintivo utilizado para determinar el concepto de cláusula limitativa, es referirlo con el contenido natural del contrato, esto es «[...] del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora» (SSTS 273/2016, de 22 de abril (RJ 2016, 3846), 541/2016, de 14 de septiembre (RJ 2016, 4109) y 147/2017, de 2 de marzo (RJ 2017, 667)). En este sentido, se atribuye la condición de limitativa a la cláusula sorpresiva que se aparta de dicho contenido. En el mismo sentido, se expresa la STS 715/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7637), cuando precisa que «[...] incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado*». La STS Pleno, 421/2020, de 14 julio (ECLI:ES:TS:2020:2500) resume la doctrina al respecto en litigio sobre la cláusula que en un seguro de responsabilidad civil establece un límite cuantitativo para la defensa jurídica (los honorarios de letrado de libre elección).

pedían conocer los «*específicos límites en los que operan las contraprestaciones de los contratantes, que no pueden quedar indefinidas en el limbo de la incertidumbre o desconocidas para quien concierta el contrato de seguro*»³³. Se requiere «*prestar a los asegurados adherentes la correspondiente protección jurídica para que adquieran constancia real de los riesgos... por una elemental exigencia de transparencia contractual*», finalidad a la que responde el art. 3 LCS³⁴. Cuando una determinada cobertura «*es objetiva y razonablemente esperada por el asegurado, por constituir prestación natural*» de la modalidad de seguro concertado, «*es preciso que la restricción preestablecida cuente con la garantía adicional de conocimiento que implica el régimen de las cláusulas limitativas*»³⁵.

La jurisprudencia también ha explicado, si bien de manera ocasional, la noción de cláusula lesiva, que es «*inválida siempre*», con independencia de su conocimiento y aceptación expresa³⁶. Frente a la opinión de algunos autores, que estimaron derogado por la LCGC el inciso del art. 3 LCS relativo a la proscripción de cláusulas lesivas (por no aplicarse el control de abusividad a contratos entre empresarios), la jurisprudencia, como había defendido otro sector doctrinal, no ha dudado en hacer pasar por este tamiz la cláusula impuesta a un asegurado profesional. Según el TS, merece la consideración de lesiva cuando reduce «*considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. En este caso, con independencia de que formalmente se exprese el consentimiento, la cláusula es nula en atención a su contenido*»³⁷.

Nótese que esta última afirmación se refiere a un *elemento esencial* del contrato de seguro y relaciona su carácter lesivo con el efecto de la cláusula sobre la obligación fundamental del predisponente, cuya mengua excesiva por mor de la cláusula que delimita la cobertura incide en la base causal del acuerdo. El control de contenido de los elementos esenciales conforme a las normas de consumo, por el contrario, se relaciona en primer término con la insuficiencia de la información precontractual que puede desembocar *per se* en la nuli-

³³ STS 263/2021, de 6 mayo (ECLI:ES:TS:2021:1619), sobre seguro de accidentes y cobertura por invalidez permanente.

³⁴ STS del Pleno 661/2019, de 12 diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3943).

³⁵ STS 87/2021, de 17 febrero (ECLI:ES:TS:2021:679), seguro colectivo de vida.

³⁶ STS273/2016, de 22 abril (ECLI:ES:TS:2016:1662), relativa a la cláusula que en el contrato de seguro de transporte de mercancías excluye de la cobertura las labores de carga y descarga.

³⁷ STS 101/2021, de 24 febrero (ECLI:ES:TS:2021:584), seguro de defensa jurídica, contratado por un taxista junto con el seguro de responsabilidad civil.

dad de la cláusula por infracción de las exigencias de la denominada «transparencia material», o erigirse en la antesala que permite el juicio de abusividad³⁸.

3.2 Los instrumentos para evitar abusos en la jurisprudencia: antes y después de la LCGC

Con anterioridad a la promulgación de normas *ad hoc* no cabe trazar líneas jurisprudenciales que hubieran esbozado criterios específicos de validez de las CGC, ni hubo concreción de los límites generales del art. 1255 CC para contratos de adhesión. Con todo, se han seguido variados cauces para poner coto a supuestos de manifiesto desequilibrio con los instrumentos que proporciona el Código civil. Por más que el TS reitera que el régimen aplicable es el general de los contratos por negociación, este pronunciamiento se dirige sobre todo a excluir la subsunción del supuesto de hecho en alguno de los apartados de los arts. 85 a 91 TRLGDCU, remitiendo a las normas codificadas. Pero en la interpretación y aplicación de estas últimas, sin duda pesa el procedimiento de formación del contrato.

En cuanto al fundamento de su obligatoriedad, el TS ha rechazado en general, y en el ámbito bancario en particular, que las cláusulas predispuestas puedan valer como uso normativo o, en su caso, uso del comercio conforme al art. 2 CCom, pues «*la existencia de una norma derivada del uso no nace de una voluntad individual, aunque se repita, sino que requiere la convicción de cumplimiento de una norma jurídica, opinio iuris, que a su vez encuentra su origen en una voluntad concorde de las partes, aquí inexistente*»³⁹.

La renuncia al ejercicio de acciones frente al predisponente se ha descartado por falta de consentimiento, pues aquella debe ser «*inequívoca, clara y terminante*». Una manifestación de esta tendencia se observa en la renuncia firmada con ocasión de la cancelación de un contrato de permuta financiera de tipos de interés. El TS ha considerado que «*no se trata de una renuncia en sentido propio*», porque el cliente «*se limita a firmar un documento elaborado*

³⁸ La STS 101/2021, de 24 febrero (ECLI:ES:TS:2021:584) remite en este punto a la STJUE 23 abril de 2015 (TJUE 2015, 179), *Van Hove*, C-96/14.

³⁹ STS 313/1994, de 8 abril (RJ 1994, 2733) en relación a la falta de información sobre el interés remuneratorio «real», «no obstante consignarse el nominal en varias cláusulas». La doctrina se recuerda en la STS 360/2021, de 25 mayo (ECLI:ES:TS:2021,2004), que legitima la cláusula del método de cálculo de los intereses remuneratorios 360/año y 30/mes por ser transparente («*más allá de las dificultades de comprensibilidad intrínseca que puede tener cualquier fórmula matemático-financiera para una persona no experta*») y no abusivo pues, ni beneficia sistemáticamente al banco, ni provoca incremento de los intereses.

y prerredactado por la entidad bancaria a tal efecto y llevado por la confianza en la predisponente y la urgencia de poner fin a una serie de liquidaciones negativas de cuantioso importe». No puede convalidar el error de consentimiento en la contratación del producto ofertado, de modo que, pese a la suscripción de dicho documento, la causa de anulabilidad persiste⁴⁰.

La regla de interpretación del art. 1288 CC ha gozado de indudable protagonismo, con el fin de lograr un resultado favorable a las pretensiones de la parte adherente frente al predisponente que había ocasionado la oscuridad. Instrumento este último muy utilizado en el ámbito del contrato de seguro⁴¹. Cláusulas de limitación o de exoneración de la responsabilidad han sido desactivadas igualmente con este mismo argumento⁴².

Con independencia de la condición subjetiva del adherente, el TS ha restringido la virtualidad de cláusulas de exoneración de responsabilidad mediante la adecuada calificación de la naturaleza del contrato y del alcance de los derechos y obligaciones de las partes, coherente con aquella tipificación⁴³. La identificación de la obligación de la que el predisponente pretendía eximirse como consustancial al tipo de contrato implicaría, de algún modo, vaciar la causa onerosa, por lo que es nula la estipulación que invoca aquél para liberarse⁴⁴.

El control de contenido instaurado por la LGDCU (arts. 82 a 91) no ha recibido aplicación directa en este ámbito, pero no cabe negar su incidencia, produciéndose un trasvase de motivaciones, basados ahora en las normas del CC. En la década de los 90 del pasado siglo no era infrecuente encontrar sentencias que presuponían la aplicación por analogía de las normas de consumo a la contratación con empresarios⁴⁵, mezclándose el discurso con razonamientos

⁴⁰ SSTs 57/2016, de 12 febrero (RJ 242), 358/2017, de 6 junio (RJ 3495), 132/2021, de 9 marzo (ECLI:ES:TS:2021,865).

⁴¹ La STS 60/2021, de 8 febrero (ECLI:ES:TS:2021:356), contiene un ilustrativo resumen sobre la aplicación jurisprudencial de la regla del art. 1288 CC en el contrato de seguro, siendo el caso debatido el de cobertura del riesgo de invalidez por cualquier causa y la controversia se centra en la interpretación de la póliza al definir dicho riesgo.

⁴² Por ejemplo, en contratos bancarios SSTs 865/1994, de 4 octubre (RJ 1994, 7451), 1013/1994, de 15 noviembre (RJ 1994, 8488).

⁴³ Sirva como ejemplo la jurisprudencia en relación con los deberes de custodia en el contrato de aparcamiento en la STS 849/1996, de 22 octubre (RJ 1996, 7238), materia luego regulada en la Ley 40/2002, de 14 de noviembre.

⁴⁴ Por ejemplo, en la jurisprudencia en torno al contrato de *leasing* y las cláusulas de exoneración de la responsabilidad de la obligación de entrega (STS 3 febrero 2000, RJ 2000, 621) o por vicios ocultos, al supeditar la validez de esta última a que exista una cesión de acciones contra el proveedor y a favor del usuario: SSTs 24 mayo 1999 (RJ 1999, 3927), 5 marzo 2003 (RJ 2003, 2452). Según la primera, la exoneración de responsabilidad sin aquella subrogación conduciría a «*la más absoluta indefensión y propicia toda suerte de fraudes y abusos contra el usuario*». Sobre esta jurisprudencia y la doctrina al respecto, v. MATO PACÍN, 2017, pp. 209, 292 y s.

⁴⁵ Cfr. CARRASCO PERERA 2021, p. 858.

extraídos de la teoría general del contrato⁴⁶. Y parte de la doctrina aboga por extender el control de contenido a los contratos con empresarios, al menos los pequeños y medianos, así como el empresario persona física⁴⁷. La Exposición de Motivos de la LCGC es favorable a esta intelección al decir que podría declararse «la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes» en contratos entre profesionales o empresarios. Aunque advierte que dicha nulidad «se sujetará a las normas generales de nulidad contractual» y «habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas».

La jurisprudencia del nuevo milenio ha puesto especial empeño en subrayar, por el contrario, que el régimen aplicable es el de «*los contratos por negociación*», negando la expansión del control de contenido propio de los contratos con consumidores⁴⁸. Una característica frecuente en la jurisprudencia española, empero, es conectar el fundamento del carácter abusivo de concretas cláusulas incluidas en la lista de la LGDCU (arts. 85 a 91) con la vulneración de las normas generales del contrato en el CC. La STS 1045/1994, de 19 noviembre ya declaró que la LGDCU «*en puridad es toda ella un desarrollo minucioso de la protección que en germen se halla en los artículos 1255 y 1258 CC, que previenen contra las infracciones de la buena fe, del uso, de la Ley*»⁴⁹. Condiciones generales que confieren facultades genéricas de modificación unilateral, u otras sancionadas como cláusulas negras en la lista del TRLGDCU, y que entrañan el riesgo de decisión arbitraria sobre la existencia o persistencia del vínculo contractual, se consideran incompatibles con el art. 1256 CC⁵⁰. Esta tendencia a

⁴⁶ Por ejemplo, sobre la cláusula de sumisión. Respecto de consumidores se utilizaba el argumento de su abusividad, mientras que en contrato de adhesión celebrado con otro empresario se expulsaba por la vía de apreciar falta de consentimiento, sin que bastara la aceptación genérica del clausulado: STS 274/1999, de 15 de marzo (RJ 1999).

⁴⁷ V. el amplio análisis de ALBIEZ DOHRMANN, 2009, *passim*, y MATO PACÍN, 2017, *passim*.

⁴⁸ CÁMARA LAPUENTE, 2017, pp. 212 y s. Téngase en cuenta, no obstante, que la mayoría de las sentencias pronunciadas a partir de 2015 se refieren a la cláusula suelo y a la inaplicabilidad del control de transparencia material.

⁴⁹ RJ 1994, 8539, cláusula penal. La STS 106/2010, de 14 febrero (cláusula penal en contrato entre empresarios que no se modera), describe *obiter dicta* el contrato leonino, expresión que «*alude a aquellos contratos onerosos en que se estipulan todas las ventajas para una de las partes y los inconvenientes para la otra*», que pueden presentarse en la realidad práctica con «*gran variedad morfológica*», por lo que «*será preciso que se concreten los particulares que, explícita o implícitamente, dan lugar a la situación de desmesura jurídica*». «*La calificación de un contrato o de una cláusula como leonina puede dar lugar a su declaración de nulidad, o en su caso a la corrección por desorbitada o desproporcionada, o a su moderación, en atención a los preceptos de los arts. 1255, 1275, 7.1 y 7.2, 1258 y 1154, todo ellos del CC*».

⁵⁰ Por ejemplo, en la STS de 4 diciembre 1998 (RJ 1998, 8788) sobre cláusula de reserva de modificación unilateral (art. 85.3 TRLGDCU) por parte del promotor en compra sobre plano, que es una «*aventura basada en la buena fe*» y ha de responder a las expectativas suscitadas por la publicidad y el clausulado contractual.

respaldar el argumento con la cita de los límites generales de la autonomía privada se observa igualmente al resolver sobre acciones colectivas de nulidad y cesación⁵¹. Se trata, en definitiva, de razonamientos que cabría extrapolar a contratos con empresarios, a partir de las normas codificadas⁵².

Se ha propuesto, en fin, utilizar la buena fe del art. 1258, como criterio de validez. La buena fe en este precepto impone, dice Miquel, «*contenidos contractuales no pactados expresamente*», que se «*imponen a la voluntad de las partes*». Y esta concepción de la integración contractual «*presenta estrecho parentesco con la función de control de contenido mediante la cláusula general de la buena fe de los arts. 80 y 82 [TRLGDCU]*». «*No hay gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes (el predisponente)*»⁵³. El TS no parece proclive a este entendimiento, considerando que con base en este precepto «*no puede pretenderse que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas*»⁵⁴. Mas, negada la aplicación a los empresarios del control de transparencia material, se ha mostrado favorable al recurso a la buena fe del art. 1258 del CC y del art. 57 CCom ante el desequilibrio provocado por cláusulas sorpresivas, que frustran las legítimas expectativas del adherente. Aquellas que, según la STS de Pleno 367/2016, de 3 junio⁵⁵, «*modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias –publicidad, actos preparatorios, etc.– se derivan de la naturaleza del contrato)*». Y esta conclusión se refuerza con la invocación de los PECL que, amén de esta-

⁵¹ Por ejemplo, en la extensa STS 792/2009, de 16 diciembre (ECLI:ES:TS:8466), sobre cláusulas abusivas en contratos bancarios, comentada por GONZÁLEZ PACANOWSKA, *CCJC*, 2010, pp. 1645 y s., p. 1724.

⁵² Cfr. CARRASCO, 2021.

⁵³ MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, p. 736. DE CASTRO (1961, p. 331) ya advertía que las CGC podían ser impugnadas por ser contrarias a la buena fe, o si constituyen un abuso de Derecho. ALBIEZ, 2009, p. 218 y s. MIRANDA SERRANO, 2018, pp. 50 y ss.

⁵⁴ STS 227/30 abril 2015, ECLI:ES:TS:2015:1923. Compraventa entre promotora y adherente no consumidor, respecto de una cláusula cuyo contenido desequilibrado no se alcanza a ver, como tampoco la oscuridad, además de apreciar el TS que se trataba de una pretensión oportunista por parte de quien comparaba para especular. STS 702/2018, de 13 diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4568), cláusula suelo.

⁵⁵ ECLI:ES:TS:2016:2550.

blecer el principio general de actuación conforme a la buena fe, prevén el control de contenido, sea cual fuere la condición del adherente⁵⁶. La doctrina se reitera en sentencias posteriores, haciendo especial hincapié en la importancia, no solo de la correcta información, sino también de la diligencia exigible al adherente, en función de sus circunstancias subjetivas (personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.). La carga de la prueba recae sobre el adherente, tanto por lo que respecta al carácter sorprendente de la estipulación que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, como en lo referente a sus circunstancias personales⁵⁷.

3.3 Las condiciones generales de la contratación como parte de la teoría general del contrato. Integración en el CC

Tanto en los instrumentos de *soft law* europeo (PECLy DCFR), como en la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009)⁵⁸, la disciplina de las condiciones generales de la contratación se integra dentro de la teoría general del contrato. Los modelos son variados en cuanto a la ubicación sistemática de los distintos aspectos del régimen de las CGC, pero comparten el común denominador de introducir una regla general de control de contenido cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los contratos, también los celebrados entre empresarios.

La formulación de esta regla es similar, en general, a los términos de los arts. 3.1 y 4 de la Directiva 93/13. El parámetro para el control de contenido es el desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes, en contra de la buena fe. La cláusula general requiere para su apreciación un análisis circunstanciado que atienda a la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las demás cláusulas, así como todas las circunstancias concurrentes en su celebración. Y se excluyen del control las cláusulas relativas al objeto del contrato y a la adecuación entre el precio y la contraprestación⁵⁹.

⁵⁶ V. *infra*, apartado 3.4.

⁵⁷ STS 30/2017, de 18 enero (RJ 2017, 922). V. CÁMARA LAPUENTE, 2020, *passim*.

⁵⁸ Arts. 1261 a 1264 PMCC., dentro Tit. II, Cap. I, *De la formación del contrato*. La Propuesta de Código civil de la APDC (2018), <https://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>, sigue su estela, con algunas diferencias: Libro VI, Cap. V, *Del contenido del contrato*, Sección 2.^a

⁵⁹ PECL: art. 4:110. El DCFR diferencia entre el parámetro aplicable a contratos entre empresarios y consumidores (art. II.-9:403), contratos entre «no profesionales» y contratos entre empresarios (arts. II.-9:403 y 9:405), con la misma exclusión (art. II.-9:406).

En algunos países, la integración en el Código civil es una realidad. En Alemania, la *AGBG* de 1976, se incorporó al *BGB* en 2002, dentro del marco de la modernización del Derecho civil (§§ 305 a 310). Y la reforma del Derecho de los contratos en Francia ha llevado al art. 1171 del *Code* la norma que reputa no escrita en un contrato de adhesión a toda cláusula no negociable (*non négociable*), predispuesta por una de las partes, que genere un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes. Esta apreciación no alcanzará al objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio a la prestación⁶⁰.

El desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones, en contra de la buena fe, se erige en el nuevo enunciado de los límites de la autonomía privada para diseñar el marco en el que las condiciones generales son válidas. Habida cuenta de que la virtualidad del art. 1255 CC, en la práctica, se ha circunscrito generalmente a comprobar el respeto a las normas imperativas, con muy escasa presencia de la moral y del orden público como límites efectivos, la extensión del control para abarcar a cualquier adherente sería conveniente, en el sentido propugnado por un importante sector de la doctrina, sin perjuicio de que en la contratación con consumidores puedan adoptarse o mantenerse criterios más estrictos. En último término, el problema de la validez de las condiciones generales entronca con los principios que presiden la regulación del mercado, con todos sus protagonistas.

4. EL CONTROL DE CONTENIDO EN LOS CONTRATOS CON ADHERENTES CONSUMIDORES. EL TJUE, EL TRLGDCU Y EL CÓDIGO CIVIL

4.1 La Directiva 93/13 y el Derecho nacional. ¿Disrupción o armonía?

La Directiva 93/13 establece, según la Comunicación de la Comisión de 27 de septiembre 2019, un instrumento «*central para lograr la equidad en el mercado interior*», pero, con carácter de mínimos (art. 8) e inevitablemente incompleto. Las normas y principios codificados intervienen de modo necesario para conformar el régimen aplicable. Las propuestas europeas de introducir una disciplina completa «de máximo» de los contratos con consumidores fracasaron, precisamente porque la íntima conexión entre la apreciación de la abusividad (y sus consecuencias) y el Derecho interno hubiera requerido

⁶⁰ El art. 1171 *Code* tuvo una primera redacción introducida por la *Ordonnance* n.º 2016-131, de 10 de febrero, y ha sido modificado por la Ley n.º 2018-287, de 20 de abril de 2018, para precisar que ha de tratarse de cláusula *non négociable* y predispuesta.

una armonización plena del Derecho contractual; intento que desencadenó enconadas críticas⁶¹.

La doctrina vinculante del TJUE⁶², eclosionada a partir de 2008 y con muchos asuntos procedentes de los tribunales españoles⁶³, ha precisado el significado europeo, de algún modo «autónomo», de conceptos utilizados por el legislador comunitario. Los criterios establecidos a lo largo de los años han alcanzado una considerable dosis de concreción, pero las pautas del Tribunal de Luxemburgo no siempre guardan la deseable claridad ni sucesiva coherencia, situación a veces provocada por el defectuoso planteamiento de las cuestiones prejudiciales junto a un conocimiento sesgado del Derecho interno. Las resoluciones dictadas al resolver las cuestiones prejudiciales concluyen con enunciados de alcance general, mas difícilmente cabe desligar su entendimiento de las circunstancias concretas que motivaron aquellas, ni, probablemente y aunque no se explicita, del contexto económico y social. Las Directrices presentadas en la Comunicación de la Comisión de 27 septiembre 2019 se hacen eco de esa «cierta falta de claridad» con respecto a la interpretación de la Directiva y de ahí que se presente la Guía, pero advirtiendo que es un documento de orientación y que las interpretaciones autorizadas de la ley deben derivarse del texto de la Directiva 93/13 y «directamente de las resoluciones del Tribunal dictadas hasta la fecha y de las que se dictarán en el futuro»⁶⁴.

El régimen de las cláusulas abusivas en la propia Directiva y en la jurisprudencia del TJUE sigue reclamando no obstante la interacción con las normas nacionales para delimitar el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, fundamentalmente en los tres ámbitos que siguen, que aquí se ilustran con ejemplos del TJUE, en cuestiones procedentes de España, así como del TS.

(i) Las cláusulas que reproducen normas imperativas, el *ius cogens* del contrato celebrado, así como las que reflejan la norma dispositiva aplicable, en defecto de estipulación contractual, están excluidas del juicio sobre abusividad (art. 1.2 Directiva 93/13 y art. 4. II LGDCU), haya sido o no objeto de negociación individual su inclusión en el contrato. Exclusión que se justifica porque es «legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes

⁶¹ V. en relación con la parcialmente fracasada Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 8 de octubre de 2008 (COM, 2008, 614 final), JANSEN, 2018, pp. 926 y s.

⁶² Art. 4 *bis* LOPJ.

⁶³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, p. 1029.

⁶⁴ Comunicación de la Comisión, «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE», 27.9.2019, C 323/4.

en determinados contratos». Siendo una excepción es de «interpretación estricta», aunque comprende a la disposición imperativa adoptada después de la celebración del contrato para reemplazar precisamente a la cláusula contractual abusiva⁶⁵. No quedaba excluido, por ejemplo, el índice IRPH cajas, pues reproducía un índice de referencia oficial que no era de aplicación imperativa cuando el contrato se celebró, ni constituía derecho supletorio aplicable en defecto de acuerdo⁶⁶.

(ii) En segundo lugar, el TJUE ha reiterado desde *Aziz* el lugar central, pero en modo alguno exclusivo, que ocupa el Derecho nacional como término de comparación a la hora de valorar el juez el importante desequilibrio en contra de la buena fe (art. 3.1 Directiva 93/13 y art. 82.1 TRLGDCU)⁶⁷. El perjuicio puede derivar de una restricción del contenido de los derechos legales internos, de un obstáculo para su ejercicio, o de la imposición de obligaciones adicionales, no previstas por las normas nacionales. Y lo anterior sin perjuicio de la relatividad del concepto de abuso, que habrá de tener en cuenta las legítimas expectativas del consumidor, si este habría aceptado la misma cláusula en un contrato negociado de modo leal, así como todas las circunstancias que concurran en la celebración, en los términos señalados por el art. 4.2 Directiva 93/13 y el art. 82.3 TRLGDCU⁶⁸. Esto no implica, naturalmente, que en los contratos con consumidores queden proscritas las alternativas previstas en el CC que puedan derivar en una mayor onerosidad para aquellos. Con cierta incorrección técnica, el TS rechaza con buen criterio la pretensión de que se declare abusiva la renuncia al beneficio de excusión en un pacto de fianza solidaria, conocida y aceptada por el fiador, diciendo que el «derecho dispositivo» de la fianza solidaria excluye por sí mismo tanto el beneficio de excusión como el de división y no desnaturaliza la subsidiariedad de la fianza, subordinada al previo incumplimiento del deudor principal⁶⁹.

(iii) Por último, en cuanto a la nulidad de las cláusulas abusivas y, sobre todo, lo relativo a las consecuencias de aquella declaración (art. 6.1

⁶⁵ STJUE de 20 septiembre 2018 (ECLI:EU:C:2018:750), *OTP Bank/Ilyés y Kiss*, C-51/17, §§ 53 y s. con cita de otras.

⁶⁶ STJUE de 3 marzo 2020 (ECLI:EU:C:2020:138), *Gómez del Moral*, C-125/18, §§ 33 y 37.

⁶⁷ STJUE de 14 marzo 2013 (TJUE 2013, 89), *Aziz*, C-415/11, § 68

⁶⁸ STJUE de 16 enero 2014 (TJUE 2014, 7), *Constructora Principado*, C-226/12, § 23. STJUE de 26 enero 2017 (TJUE 2017, 31) *Banco Primus*, C-421/14, § 59 y 67. Sobre la relatividad del concepto de cláusula abusiva, v. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, pp. 1120 y ss.

⁶⁹ STS 56/2020, de 27 enero (ECLI:ES:TS:2020:164). Y otra cosa, advierte el Supremo, es que pudiera predicarse la nulidad del propio contrato de fianza, cuya imposición se añade al contrato principal como si de una cláusula del mismo se tratara, con infracción del art. 88.1 TRLGDCU, por resultar desproporcionada en relación con el riesgo asumido por el acreedor. Respecto del pacto de solidaridad en la fianza, reitera esta doctrina la STS 101/2020, de 12 febrero (ECLI:ES:TS:2020:336).

Directiva 93/13, art. 83 TRLGDCU), se encomienda al Derecho nacional, tanto la articulación técnica del régimen de ineficacia, siempre que se garantice la no vinculación del consumidor, cuanto la decisión sobre la subsistencia o no del contrato sin la cláusula abusiva, y, cuando proceda, las fuentes de integración de la laguna contractual originada por la eliminación de aquella. Siempre con el respeto a las máximas que en esta materia ha ido estableciendo el TJUE.

En los siguientes epígrafes se analizan algunas de las cuestiones que han cobrado especial interés en el último decenio, y han constituido, hasta cierto punto, el banco de prueba para calibrar la tensión entre los instrumentos surgidos al hilo de la aplicación de las normas de consumo (y su interpretación por el TJUE) y las reglas codificadas. La reiterada utilización de conceptos válvula en las normas que describen el supuesto de hecho de la abusividad y su consecuencia jurídica confiere un espacio considerable a la valoración judicial que intensifica la importancia de la labor de la jurisprudencia en su misión de complementar el ordenamiento jurídico (art. 1. 6 CC). El TJUE ha reiterado, en este sentido, que *«no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica, dentro del respeto de la Directiva 93/13, para elaborar determinados criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales»*⁷⁰.

4.2 Nacimiento, auge y contención del control de transparencia material

a) LA INTRODUCCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL

La STS de 9 mayo 2013 decidió en acción colectiva sobre la nulidad por abusiva de la cláusula suelo⁷¹, introduciendo en el sistema un control de con-

⁷⁰ STJUE de 7 agosto 2018 (TJUE 2018/247) *Banco de Santander*, C-96/16 y -94/17, §§ 68 y 69, en relación con el criterio del TS español de estimar abusiva la cláusula de interés moratorio que supere en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio. Doctrina reiterada en la STJUE de 14 marzo 2019 (ECLI:EU:C:2019:207), *Dunai*, C-118/17, § 64, *«siempre que no impidan al juez competente ni asegurar la plena eficacia de las disposiciones de dicha Directiva y ofrecer al consumidor un recurso efectivo para la protección de los derechos que esa norma le pueda reconocer ni plantear una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia»*.

⁷¹ RJ 2913, 3088.

tenido aplicable a lo que consideró ser el objeto principal del contrato⁷². El TS dio por sentado que en el Derecho español debía afirmarse la exclusión de los elementos esenciales del juicio de abusividad, en los términos señalados por el art. 4.2 de la Directiva 93/13, a pesar del silencio de la norma interna, y siempre que se hubieren redactado de manera clara y comprensible⁷³. Al mismo tiempo, creó para dichos elementos la exigencia de la transparencia material que se conecta por el TS, no con el estricto cumplimiento de los requisitos de incorporación, sino con la información precontractual. Incumbe al predisponente proporcionar toda la necesaria para que el adherente quede perfectamente informado de la carga económica y jurídica que el contrato implica y en situación de comparar *ex ante* las ofertas del mercado, sin verse expuesto a una cláusula que contraría su legítima expectativa de beneficiarse del abaratamiento del crédito con el descenso del tipo de interés variable, al tiempo que limita en beneficio exclusivo del predisponente la exposición a dicho riesgo. Lo relevante, dice el TS, «*no es la alteración del equilibrio objetivo entre precio y contraprestación que con carácter general no es controlable por el Juez, sino del equilibrio subjetivo, es decir tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concretas en la contratación*»⁷⁴. Cuando las cláusulas relativas al objeto del contrato «*no han sido conocidas y valoradas antes de la celebración del mismo por un defecto de transparencia, falta la base que permite excluir tales cláusulas del control de contenido*»⁷⁵.

El extraordinario incremento de la litigiosidad a raíz de este pronunciamiento, y el colapso judicial subsiguiente, probablemente expliquen que la Ley 5/2019, LCCI, haya optado sin más por prohibir el límite a la baja en los contratos de préstamo hipotecario comprendidos en su ámbito de aplicación con tipo de interés variable (art. 21.3 LCCI).

⁷² Calificación de objeto principal más que discutible. De otro lado, la STJUE de 3 junio 2010 (TJUE 2020, 162), entendió que en España no regía la exclusión del art. 4.2 de la Directiva 93/13. Y esta apreciación se reitera en la Comunicación de la Comisión de 27.09.2019. Es más, en varias sentencias del TS se dio por descontado que la norma no regía, lo que no significaba un control de precios, sino simplemente evitar la discusión previa sobre cláusulas cuya abusividad se argumentaba con criterios estrictamente jurídicos. Sobre esta cuestión, las opiniones de la doctrina y la evolución de la jurisprudencia, v. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, pp. 1134 y ss.

⁷³ Apreciación esta última que, como ha reiterado el TJUE, implica «*la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de dicha cláusula y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras*»: STJUE de 10 junio 2021 (ECLI:EU:C:2021:469) *BNP Paribas*, C-609/19.

⁷⁴ STS de Pleno 138/2015, de 24 marzo (ECLI:ES:TS:2015:1279). Parece innegable la influencia de la doctrina desarrollada por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2004, *passim*.

⁷⁵ STS 367/2017, de 8 junio (ECLI:ES:TS:2017:2244).

La cláusula suelo abrió además otro frente de controversia judicial recurrente con la impugnación de los acuerdos privados que proliferaron a raíz de la STS de 9 mayo 2013. Se proponía a los prestatarios la firma de un documento de modificación a la baja del suelo inicial y de correlativa renuncia al ejercicio de acciones, en un contexto en el que el TS había limitado la restitución de las cantidades indebidamente percibidas a las posteriores a la sentencia de 9 de mayo de 2013, y antes de que el TJUE dijera que la restitución habría de comprender todo lo cobrado indebidamente⁷⁶. Tras alguna vacilación inicial⁷⁷, el TS ha terminado por adoptar una solución de algún modo salomónica, con un razonamiento técnicamente defectuoso. Admite la validez de la modificación a la baja del límite originario, que mantiene, reducida, su virtualidad para el futuro. Aunque se trate, de nuevo, de una cláusula predispuesta no negociada, se juzga (en general) que el prestatario había contado ya, a la vista de las circunstancias, con elementos suficientes para conocer la controversia sobre su validez y conocía, por propia experiencia, su incidencia sobre la carga económica del contrato, cumpliéndose así el patrón de transparencia material. La renuncia correlativa de acciones se desgaja, sin embargo, del «*pretendido*» acuerdo transaccional, por decirse que es genérica y por ello abarca cuestiones ajenas a la controversia subyacente⁷⁸. Se sigue aquí la doctrina del TJUE, al que se planteó esta cuestión. Si la renuncia se hubiere limitado expresamente a la pretensión relacionada con la propia cláusula suelo, podría ser abusiva por ausencia de información pertinente sobre las consecuencias de aquella. Pero la renuncia «*en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor*», con información o sin ella⁷⁹.

⁷⁶ STJUE de 21 diciembre 2016 (TJUE 2016, 309) *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/13, C-308/15.

⁷⁷ Frente a lo dicho en la STS 588/2017, de 16 octubre (RJ 2017, 4332), que apreció la nulidad de la modificación e invocó el art. 1208 CC, el TS rectificó este entendimiento en la STS 489/2018, de 13 septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3098), diciendo que la referencia a este precepto es improcedente, porque el acuerdo de modificación del límite inferior a la variabilidad del interés no era una novación *extintiva*. Con todo, y desde la perspectiva del TJUE que admite en este punto el ejercicio de la autonomía del consumidor plenamente informado, podría considerarse aplicable el último inciso del art. 1208 CC, y entender que mediante el acuerdo válido posterior se convalida la cláusula originaria. Pero el propio TS ha negado reiteradamente que pueda acudirse en este contexto a las ideas de confirmación y extinción de la acción de nulidad (arts. 1309 y 1313 CC), diciendo que no resultan de aplicación a los casos de nulidad absoluta (v. las sentencias que se citan en la nota siguiente).

⁷⁸ Lo que no casa con el criterio de interpretación del art. 1815 CC. La STS 675/2020, de 15 diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4251) constituye, por el contrario, un buen ejemplo técnico de la validez de la cláusula de renuncia «*en el marco de una transacción*», cuya validez conlleva que «los prestatarios carecieran de legitimación para instar la nulidad de aquella originaria cláusula suelo y la reclamación de cantidad».

⁷⁹ La STS 581/2020 de 5 noviembre (ECLI:ES:TS:2021:3593) desarrolla esta doctrina, encontrándose ya con el aval de la STJUE de 9 julio 2020 (ECLI:EU:C:2020:536) *Ibercaja*, C-452/18. A la largo del año 2021 el TS se ha referido en múltiples ocasiones a esta cuestión, con reiteración prácticamente literal

Se pone de relieve a propósito de estos acuerdos la doctrina del TJUE sobre la autonomía del consumidor ante una cláusula abusiva. A pesar de exigir a los Derechos nacionales que la ineficacia de las cláusulas abusivas y su tratamiento procesal tengan un régimen equivalente al previsto en el ordenamiento interno para las estipulaciones contrarias al orden público, advierte desde hace años que debe no obstante respetarse la autonomía del consumidor dentro del proceso, cuando el Juez aprecia de oficio el carácter abusivo de una cláusula. Este respeto se traduce en que debe prevalecer la decisión del consumidor favorable al mantenimiento de la cláusula, contando ya con toda la información pertinente y suministrada por el Juez sobre su carácter abusivo. En tales circunstancias el Juez se «*abstendrá*» de no aplicarla⁸⁰. Abierto este espacio, el TJUE admite ahora que esa autonomía pueda también ser ejercitada de modo extrajudicial, una vez que ha surgido la controversia o está latente. Bien porque la modificación o la renuncia se negocian, bien porque el adherente ha recibido información adecuada sobre el significado de la modificación predispuesta y sobre las consecuencias jurídicas y económicas de su propia renuncia. El art. 6. 1 de la Directiva 93/13 «*no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado, por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional*»⁸¹.

b) TRANSPARENCIA Y VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Las continuas referencias por parte del TS a la discordancia entre el contenido que se podía representar el consumidor con base en la información precontrac-

de la misma doctrina. Entre otras muchas, SSTS 32/2021, de 26 enero (ECLI:ES:TS:2021:125), 86/2021, de 17 febrero (ECLI:ES:TS:2021:529), 441/2021, de 23 junio (ECLI:ES:TS:2021:2518), 495/2021, de 6 julio (ECLI:ES:TS:2021:2656), 536/2021, de 15 julio (ECLI:ES:TS:2021:2905), 834/2021, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4389). Por otra parte, la doctrina del TJUE en esta materia se confirma en el Auto de 3 marzo 2021 (JUR 2021, 73434), *Ibercaja Banco*, C-13/19, indicándose (§ 74) que la información que debe suministrar el profesional ha de situar al consumidor en «*condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación*».

⁸⁰ SSTJUE de 4 junio 2009 (TJUE 2009, 155), *Pannon*, C-243/08, §§ 33 y 35; 21 febrero 2013 (TJUE 2013, 46) *Banif*, C-472/11, § 41; 26 marzo 2019 (TJUE 2019, 59), *Abanca*, C-70/17 y C-179/17, § 52. V. PAZOS CASTRO, 2017, pp. 716 y s.

⁸¹ STJUE de 9 julio 2020 (ECLI:EU:C:2020:536) *Ibercaja*, C-452/18, § 38, al resolver sobre los acuerdos de modificación y de renuncia de cláusulas suelo.

tual y la realidad del suelo⁸² constituyen buena muestra de la relación con los vicios de la voluntad, que no tienen cabida en el ejercicio de una acción colectiva.

La ocultación podría conformar, desde la perspectiva del CC, un supuesto de dolo incidental, con la consecuencia indemnizatoria del art. 1270. II CC, sin acarrear la nulidad de todo el contrato⁸³.

De otro lado, la conexión con los vicios del consentimiento se evidencia en la amplia jurisprudencia sobre contratos de permuta de tipos de interés, contratos afines o productos financieros complejos. El TS ha ido asentando desde 2014 una presunción de error excusable e invalidante sobre los riesgos del producto contratado, a partir del incumplimiento de los deberes de información o su insuficiencia⁸⁴. Si bien, es igualmente doctrina constante, con alguna inflexión, que el error debe ser esencial y determinante; de ahí que provoque la anulación de todo, no de alguna cláusula en particular⁸⁵. Precisamente esta última razón constituye una de las diferencias entre el control de abusividad por falta de transparencia material y la anulación por error, que *«afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos e intereses»*. Afirmación esta última que un sector de la doctrina no comparte, pues la anulación por vicio podría afectar únicamente a una cláusula, dejando subsistente el resto. El TS ha señalado todavía otra diferencia, al decir que en la evaluación de la transparencia *«se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación»* y por ello puede ser apreciada en el ejercicio de una acción colectiva, mientras que en el error *«las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como...la excusabilidad del mismo»*⁸⁶. Pero esta segunda nota, con la que se pretende el deslinde entre transparencia material y vicios de la voluntad, ni es pacífica en la doctrina, ni el TS la ha entendido igual en todos los

⁸² 705/2015, de 23 diciembre (RJ 2015, 5714) constituye un ejemplo elocuente, al decir que la cláusula suelo no es transparente porque *«puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato»*.

⁸³ PANTALEÓN PRIETO, 2017, indemnización que, *in natura*, se traduce en la eliminación de la cláusula.

⁸⁴ Sobre esta evolución y su indiscriminada extensión, AGÜERO ORTIZ, 2020, pp. 182 y ss., 270 y ss.

⁸⁵ Sobre la tesis dominante de la nulidad total, v. por ejemplo SSTS STS 80/2021, de 15 febrero (ECLI:ES:TS:2021:492)(multidivisa), 90/2021 de 17 febrero (ECLI:ES:TS:2021:498) (derivado implícito), STS 642/2020, de 27 noviembre, (ECLI:ES:TS:2021:4015) (multidivisa); STS 666/2020, de 11 diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4071) multidivisa. Admiten nulidad parcial, si así se solicitó en la demanda, sin que se suscitara oposición por este motivo, que surge como cuestión nueva en casación, entre otras: STS 390/2021, de 8 junio (ECLI:ES:TS:2021:2293, multidivisa); STS 343/2020, de 23 junio (ECLI:ES:TS:2020:2004, derivado implícito); STS 664/2019 de 16 diciembre, (ECLI:ES:TS:2019:3919, derivado implícito); STS 608/2017, de 15 noviembre, (ECLI:ES:TS:2017:3893, multidivisa).

⁸⁶ STS 367/2017, de 8 junio (ECLI:ES:TS:2017:2509).

supuestos que se han cobijado bajo la sanción de falta de transparencia material⁸⁷. Los parámetros que se establecieron en 2013 «no pueden ser entronizados como reglas absolutas de valoración de todo tipo de condiciones generales». La admisibilidad del control abstracto de transparencia «queda reducida a la concurrencia de prácticas estandarizadas de comercialización muy claras que, por sí mismas, pongan en evidencia la falta de transparencia»⁸⁸.

La diferencia de trato entre uno y otro fundamento produce situaciones perplejas. La demanda de nulidad de una cláusula de opción multidivisa sobre la base del error y el incumplimiento de deberes de información precontractual podrá ser desestimada por no tratarse de instrumento financiero complejo, no ser aplicable en consecuencia la doctrina sobre presunción de error desarrollada para tales productos, ni ser admisible la nulidad parcial⁸⁹. La vía, entonces, se dirá, es la transparencia material. Cuando la pretensión de nulidad se plantea por un adherente no consumidor motivada por la falta de transparencia, empero, invoca una norma que no le es aplicable, e incurre en incongruencia la sentencia que estime su pretensión por razón de error, por no haber sido esta la acción ejercitada y porque el error no puede afectar a una sola cláusula⁹⁰. La petición del consumidor de que se anule un contrato de *swap* por error vicio podría decaer por caducidad de la acción, pero no impide que se aprecie la abusividad de algunas cláusulas del contrato por falta de transparencia y que se declare la nulidad de todo el contrato, con recíproca restitución de prestaciones⁹¹.

c) EL REDUCTO DE LA TRANSPARENCIA MATERIAL COMO MOTIVO AUTÓNOMO DE INVALIDEZ. PONDERACIÓN Y COMPROBACIÓN DEL DESEQUILIBRIO

Instalada y afianzada la transparencia material para eliminar la cláusula suelo⁹², su alegación como fundamento de la pretensión de nulidad se difunde

⁸⁷ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, 2016, pp. 1742 y s. Doctrina reflejada, por ejemplo, en la STS 642/2020, de 27 noviembre (ECLI:ES:TS:2020:4015): «aunque el juicio propio del control de transparencia es abstracto», de la fase precontractual y a la vista de las circunstancias concurrentes se deduce que la información prestada permitió al consumidor alcanzar el grado de conocimiento suficiente.

⁸⁸ STS 408/2020, de 7 julio (ECLI:ES:TS:2020:228), acción colectiva de cesación de determinadas cláusulas de contrato de permuta financiera. El TS afirma que «la acción colectiva restringe lo que puede ser objeto de prueba a lo que puede apreciarse de forma generalizada. Lo que es difícilmente conciliable con realidades contractuales complejas en cuya gestación y perfección confluyen múltiples factores individuales (no generalizables)».

⁸⁹ STS 435/2020, de 15 julio (ECLI:ES:TS:2020:2523). STS 341/2021, de 18 mayo (ECLI:ES:TS:2021:1941), con cita de otras.

⁹⁰ STS 347/2018, de 7 junio (ECLI:ES:TS:2018:2093), cláusula suelo.

⁹¹ STS 47/2021, de 2 febrero (ECLI:ES:TS:2021:269). Nótese que los consumidores demandantes se habían beneficiado inicialmente de liquidaciones positivas, sufriendo más tarde elevadas pérdidas.

⁹² En algunos supuestos, con todo, se juzgará negociada o, al menos, transparente, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, sin que esté clara la frontera. Por ejemplo, SSTS 489/2018, de 13 sep-

cual comodín en múltiples escenarios. La jurisprudencia, a partir de 2015, ha ido rebajando la aparente solidez de este edificio, erigido sobre la cláusula suelo, circunscribiendo prácticamente su virtualidad como causa de nulidad autónoma a los préstamos hipotecarios en moneda extranjera, objeto de reiterados pronunciamientos, tanto del TS como del TJUE⁹³. El TS asumió la doctrina del TJUE⁹⁴ contraria a calificar el supuesto como servicio o actividad de inversión y su sometimiento a la legislación del Mercado de Valores, pero lo convirtió en el nuevo ejemplo paradigmático de abusividad cuasi automática, por falta de información⁹⁵. La ignorancia, que se presupone, no es inocua por razón de los riesgos inherentes, que trascienden a toda la operación cuando el prestatario no perciba sus ingresos en la divisa extranjera. El razonamiento parece conducir inexorablemente entonces a la nulidad total, pero el camino seguido ha sido la reconversión *ab initio* en un préstamo en euros, con el reajuste subsiguiente⁹⁶.

La STS 9 de mayo 2013 ya señaló, empero, que la falta de transparencia podía ser *inocua*. Siguiendo también aquí la estela del TJUE sobre la interpretación del art. 4. 2 Directiva 93/13, la jurisprudencia advierte que la falta de transparencia relativa a un elemento esencial es condición necesaria, pero no suficiente, para realizar un juicio de abusividad⁹⁷. El control de contenido no

tiembre (ECLI:ES:TS:2018:3098), y 673/2018, de 29 noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3977). Mientras que por otras se reitera que la falta de transparencia en sí misma provoca la nulidad de la cláusula suelo: STS 22/2021, de 8 marzo (ECLI:ES:TS:2021:766).

⁹³ En muy menor medida, en contratos de *swap*: STS 47/2021, de 2 febrero (ECLI:ES:TS:2021:269).

⁹⁴ STJUE de 3 diciembre 2015 (TJUE 2015, 435), *Banif Plus Bank*, C-312/14. Frente a lo decidido en la STS 323/2015, de 30 junio (RJ 2015, 2662), el TS modifica su doctrina a partir de la STS 608/2017, de 15 noviembre (RJ 2017, 4730).

⁹⁵ Siguiendo, de nuevo en este punto, doctrina del TJUE que también en materia de préstamos multdivisa ha hecho especial hincapié en la relación entre el nivel de información exigible a efectos de procurar el conocimiento del consumidor sobre los riesgos asumidos y el carácter abusivo de las cláusulas: Entre otras, STJUE 20 septiembre 2017 (TJUE 2017, 171), *Andriciuc*, C-186/16; STJUE de 20 septiembre 2018 (TJUE 2018, 226) *OTP Bank/Kiss*, C-51/17, § 75; STJUE 10 junio 2021 (ECLI:EU:C:2021:469), *BNP Paribas Personal Finance*, C-609/19, §§ 41-53.

⁹⁶ STS 599/2018, de 31 octubre (ECLI:ES:TS:2018:3677), que deja no obstante vigente el interés remuneratorio y el índice de referencia. La doctrina se reitera en múltiples sentencias posteriores que subrayan, amén de la dificultad de comparar ofertas, la ignorancia sobre el riesgo de depreciación con la consiguiente onerosidad para quien debe comprar la divisa extranjera porque percibe sus ingresos en euros, así como los riesgos asociados de impago, vencimiento anticipado e insuficiencia de la garantía hipotecaria. V. entre otras: STS 99/2021, de 23 febrero (ECLI:ES:TS:2021:636), 188/2021, de 31 marzo (ECLI:ES:TS:2021:1214), 217/2021, de 20 abril (ECLI:ES:TS:2021:1477), 391/2021, de 8 junio (ECLI:ES:TS:2021:2290). Lo que no impide que en alguna ocasión se aprecie información precontractual suficiente: STS 553/2021, de 29 julio (ECLI:ES:TS:2021:3971).

⁹⁷ V. las «Directrices» de la Comisión de 27.9.2019 (C 323/6, punto 3.1.: «*El incumplimiento de la exigencia de transparencia puede ser un elemento de la evaluación del carácter abusivo de una determinada cláusula contractual y puede ser un elemento indicario*», pero corresponde al Juez nacional evaluar la transparencia y el carácter abusivo «a la luz de las circunstancias particulares de cada caso». Un detallado análisis de esta cuestión, v. CARBALLO, p. 30 y ss.

es control de precios. La jurisprudencia vertida con ocasión de la validez del índice de IRPH como índice de referencia en préstamos hipotecarios a interés variable⁹⁸, así como la que no ha apreciado falta de transparencia ni abusividad en préstamos hipotecarios de cuota fija, subidas lineales y duración variable (con un máximo) en función de las oscilaciones del interés remuneratorio⁹⁹, traza de algún modo el camino. No hay abuso por el hecho de existir en el mercado otras alternativas más favorables, cuando la ofertada por el predisponente no era en modo alguno sorpresiva y sí, por el contrario, perfectamente legítima. La relativa complejidad de un sistema de amortización de cuotas fijas y duración variable no implica *per se* un riesgo económico desmesurado, y, a la hora de valorar su contenido, comporta también ventajas no desdeñables.

La jurisprudencia anterior a 2013 ya había ponderado la falta de claridad de la cláusula como un ingrediente en la decisión sobre su carácter abusivo. La falta de concreción o la oscuridad es un instrumento al servicio de un significativo desequilibrio en contra de la buena fe. El defecto de transparencia se involucra como un factor decisivo para provocar el perjuicio del adherente, pero es el contenido de la estipulación y en último término el efecto que provoca el que merece censura. Se encubre, por ejemplo, el indebido traslado de costes que el consumidor no debe soportar y no puede controlar porque no se desglosan los conceptos implicados. Con mayor frecuencia, la vaguedad de la formulación deja al arbitrio del predisponente la determinación del monto económico de la operación o su ulterior modificación, o se disimula el pago de gastos y obligaciones adicionales. En aparentes depósitos bancarios de dinero, se trasladan riesgos de complejas operaciones financieras a las que los clientes eran ajenos, mediante una comisión bancaria ilegal, que no respondía a servicios prestados¹⁰⁰.

⁹⁸ SSTS de Pleno 595/2020, de 12 noviembre (RJ 4227), con varias de la misma fecha y sobre el mismo asunto: 595/2020 (RJ 3963), 596/2020 (RJ 4227), 597 /2020 (RJ 4601), 598/2020 (RJ 4567). Doctrina reiterada en las SSTS 10/2021, de 18 enero (ECLI:ES:TS:2021:127), 17/2021, de 19 enero (ECLI:ES:TS:2021:93), 13/2021, de 19 enero (ECLI:ES:TS:20201:212; y 14/2021, de 19 enero (ECLI:ES:TS:2021:94). Todas estas resoluciones se dictan después de que, en la STJUE de 3 marzo 2020 (TJUE 2020,3), *Bankia*, C-125/18, se hubieran suministrado criterios para calibrar el cumplimiento de la exigencia de transparencia en este supuesto, considerando «*especialmente pertinentes*» la circunstancia de que los «*elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles*» al interesado, dado el modo de publicación de su cálculo, y que el suministro de información sobre la «*evolución en el pasado*» del índice.

⁹⁹ La denominada «hipoteca tranquilidad»: SSTS 560/2020, de 26 de octubre, ECLI:ES:TS:2020:3558), 162/2021, de 23 marzo (ECLI:ES:TS:2021:1103), 166/2021, de 23 marzo, ECLI, 1104. El Supremo destaca ahora que no se grava al consumidor con una carga cuya trascendencia jurídica o económica le pasar inadvertida por habersele dado un inapropiado tratamiento secundario, y se aplicaron las normas de transparencia bancaria vigentes.

¹⁰⁰ STS 3 noviembre 2006 (RJ 2006, 683), 16 diciembre 2009 (RJ 2010, 702), 22 diciembre 2009 (RJ 2010, 703) y 17 junio 2010 (RJ 2010, 5407), 1 julio 2010 (RJ 2010, 6554), entre otras. Un análisis de

Lo dispuesto en el art. 5.5 LCGC y el art. 83. III TRLGDCU podría, con todo, infundir nueva savia a la transparencia como causa autónoma de abusividad, pero el inciso que pide el *perjuicio* del consumidor permite augurar que el desarrollo jurisprudencial que se ha procurado sintetizar no deba abandonarse.

De otro lado, como insiste el TJUE, la transparencia se pide para todos los tipos de cláusulas contractuales, mas, como ha señalado la Comisión, «*es probable que el alcance de las obligaciones de información precontractual para los profesionales que se derivan de la Directiva 93/13 también dependa de la importancia de la cláusula respecto a la transacción y su impacto económico*»¹⁰¹.

4.3 Cláusulas nulas, subsistencia del contrato e integración

a) LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO A LA DOCTRINA DEL TJUE

El parco régimen de la nulidad de las cláusulas abusivas en la Directiva 93/13 (arts. 6.1 y 7.1) deja *prima facie* un margen considerable a los Derechos nacionales. También aquí el TJUE ha desarrollado las implicaciones de aquellos preceptos, desencadenando modificaciones procesales y sustantivas en aras de respetar los principios de efectividad y de equivalencia. Se suscitan al tiempo dudas sobre la interpretación de instituciones no afectadas directamente por el Derecho comunitario, pero sí vinculadas al principio de efectividad. El ejemplo más reciente de esto último atañe al *dies a quo* de la prescripción extintiva de la acción de restitución de las cosas entregadas en aplicación del contrato cuya nulidad se ha solicitado en un litigio, como acción distinta de la pretensión declarativa de nulidad¹⁰².

Uno de los aspectos de mayor controversia e inseguridad en esta materia concierne a la situación contractual subsiguiente a la declaración de nulidad de uno o varias cláusulas abusivas. La jurisprudencia del TJUE¹⁰³ ha reiterado que no cabe reducción o moderación de la propia cláusula, so pena de disipar el efec-

esta jurisprudencia, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, pp. 1072 y ss., p. 1129.

¹⁰¹ «*Directrices*» de la Comisión de 27.9.2019 (C 323/6), punto 3.3.1. y punto 3.4.6. Se destaca en particular que la falta de transparencia y carácter abusivo de una cláusula contractual pueden estar estrechamente relacionados, por ejemplo «*cuando los consumidores no pueden entender las consecuencias de una cláusula o son engañados*».

¹⁰² El Auto del Pleno del TS de 22 julio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:10157A) ha acordado formular petición de decisión prejudicial en relación con esta materia, que incide sobre la interpretación de los arts. 6 y 7.1 Directiva 93/13 y el principio de seguridad jurídica.

¹⁰³ STJUE 14 de junio 2012 (TJUE 143), *Banco Español de Crédito*, C-618/10, comentada por GONZÁLEZ PACANOWSKA, *CCJC*, 91, 2013, pp. 339-355.

to disuasorio y frustrar el objetivo de la Directiva 93/13. Esto ha provocado una de las principales diferencias entre la LCGC y el TRLDCU. El art. 10.2 LCGC remite, en caso de nulidad o no incorporación, a la integración conforme al art. 1258 CC y las disposiciones de interpretación. El art. 83 LGDCU, en la redacción de la Ley 7/1998, también confiaba en la integración por el art. 1258 CC, pero, tras la reforma del precepto por la Ley 3/2014, ha desaparecido cualquier referencia a las consecuencias de la nulidad. La redacción vigente del art. 83. I LGDCU reproduce casi literalmente lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 93/13: el contrato «*seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir*» sin la cláusula abusiva, que se tiene por no puesta.

La doctrina del TJUE en esta materia se sustenta sobre los siguientes pilares, no plenamente coherentes ni firmes en su modelación, adquiriendo progresivamente distintos matices, en una construcción que no termina de asentarse. (i) La finalidad de la Directiva es que el contrato se mantenga en los mismos términos, pues el objetivo es restablecer el equilibrio y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. No se quiere desincentivar la impugnación de cláusulas abusivas por parte de los consumidores, ante el temor de la nulidad total; pero tampoco favorecer pretensiones oportunistas que buscan la salida de un acuerdo que ha dejado de interesarles. (ii) El juez no puede moderar, rebajar o reformular el contenido abusivo; ha de limitarse a eliminar la cláusula¹⁰⁴. (iii) Solamente cabría la sustitución por una disposición supletoria del Derecho nacional cuando la eliminación de la cláusula abusiva impidiera la subsistencia del contrato, obligando al Juez a anularlo en su totalidad, y dicha ineficacia total fuera perjudicial para el consumidor dejándolo expuesto a «*consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización*»¹⁰⁵. (iv) La subsistencia o no del contrato ha de resolverse por el Juez conforme al Derecho interno¹⁰⁶. Pero, se advierte, los requisitos relativos

¹⁰⁴ La STJUE 29 abril 2021 (ECLI:EU:C:2021:341), *Banco BPH*, C-19/20, matiza esta afirmación, al decir que no se puede suprimir únicamente el elemento abusivo de la cláusula cuando tal supresión equivalga a *modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia*, § 80.

¹⁰⁵ STJUE 30 abril 2014 (TJCE 2014, 105), *Kásler*, C-26/13, § 73, reiterada en la STJUE 21 enero 2015 (TJUE 2015, 4) *Unicaja* C-482/13, C-484/13 y C-487/13. La doctrina se enuncia para contratos de préstamo cuya nulidad obligaría al consumidor a la inmediata restitución del capital. Se rechaza, en cambio para cláusulas penales o similares. V. STJUE 30 mayo 2013 (TJUE 2913, 194) *Asbeek Brusse*, § 58-60; STJUE 27 enero 2021 (TJUE 2021, 21), *Dexia Nederland*, C-229/19 y C-289/19.

¹⁰⁶ La STJUE 2 septiembre 2021 (ECLI:EU:C:2021:673) *OTP Jelzálogbank*, C-932/19, se enfrenta a un supuesto en el que la legislación nacional (Hungría) había dispuesto la nulidad de las cláusulas relativas al diferencial cambiario en préstamo en moneda extranjera, y su sustitución imperativa por un tipo de cambio oficial. No se preveía que el consumidor pudiera entonces anular el contrato. Según el TJUE, esta norma es conforme a la Directiva, siempre que se compruebe que se restituyan las cantidades obtenidas indebidamente, antes de la sustitución imperativa de la cláusula. Y sobre esta última apreciación no puede prevalecer la voluntad manifestada por el consumidor, interesado en que se anule todo el contrato.

a la «seguridad jurídica de las actividades económicas» abogan por un enfoque objetivo: «La posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato». En otras palabras, la «no subsistencia» «no puede basarse en el carácter eventualmente favorable, para el consumidor, de la anulación del contrato en cuestión en su conjunto»¹⁰⁷. (v) El consumidor deberá tener el derecho de oponerse a ser protegido frente al perjuicio que, en la apreciación del Juez, le causaría la anulación total; en el bien entendido de que sigue siendo competencia del Juez decidir si la supresión de la cláusula efectivamente impide que el contrato pueda subsistir, en «aplicación objetiva» de los «criterios establecidos en virtud del Derecho nacional»¹⁰⁸. (vi) La integración, cuando sea procedente conforme a lo ya expuesto, ha de ser con una norma supletoria de Derecho interno, o por una norma aplicable en caso de acuerdo entre las partes. Se rechaza en cambio, la integración sobre «la única base de disposiciones nacionales de carácter general» que remitan a los «efectos dimanantes del principio de equidad o de los usos», máxime cuando el resultado no asegura el restablecimiento del equilibrio contractual y el consumidor, además, prefiere la nulidad total, evitando una integración excepcional que no operaría en su favor. No cabe acudir como única base a aquellas disposiciones nacionales porque «no han sido objeto de una evaluación específica del legislador a fin de establecer un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes y, por ello, no gozan de la presunción de carácter no abusivo»¹⁰⁹. Cuando la nulidad afecte a un elemento esencial, como el interés remuneratorio, y no quepa acudir a aquellas normas supletorias ni a la que sea aplicable en virtud de pacto¹¹⁰, el TJUE incluso sugiere que la finalidad de restablecimiento del equilibrio se consiga emplazando a las partes para que determinen el modo de cálculo, dentro del marco que establezca el propio Juez¹¹¹.

¹⁰⁷ STJUE 2 septiembre 2021 (ECLI:EU:C:2021:673) *OTP Jelzálogbank*, C-932/19, § 49. La doctrina se enunció ya en la STJUE de 15 marzo 2012 (TJCE 2012, 55), *Perenicová y Perenic*, asunto C-453/10, § 31. Y se reafirmó en la STJUE de 26 marzo 2019 (TJUE 2019,59) *Abanca*, C-70/17 y C-179/17.

¹⁰⁸ Conclusión esta que se expresa en la STJUE 3 octubre 2019 (TJUE 2019, 219), *Dziubak*, C-260/18, § 55. De ahí que, como se ha señalado en la nota anterior, si el Derecho nacional aboga por la subsistencia del contrato con sustitución imperativa de la cláusula, no se dará curso a la pretensión del consumidor de la anulación total del contrato. V. también la STJUE 29 abril 2021 (ECLI:EU:C:2021:341, *Banco BPH*, C-19/20, § 89 y 90.

¹⁰⁹ STJUE 3 octubre 2019 (TJUE 2019, 219), *Dziubak*, C-260/18, § 62. STJUE 25 noviembre 2020 (TJUE 2020, 286), *Banca B*, C-269/19.

¹¹⁰ Como sugirió la STJUE 3 marzo 2020 (ECLI:EU:C:2020:138), *Gómez del Moral*, C-125/18, a propósito de la eventual nulidad del índice IRPH: la integración por un índice supletorio previsto por el Derecho nacional.

¹¹¹ STJUE 29 abril 2021 (ECLI:EU:C:2021:341, *Banco BPH*, C-19/20, §45.

b) SUBSISTENCIA DEL CONTRATO E INTEGRACIÓN EN LA DOCTRINA DEL TS

Los condicionantes establecidos por el TJUE para la integración del contrato han sido sometidas a acertada crítica¹¹², en tanto que, más allá del necesario efecto disuasorio, pueden desembocar en situaciones inequitativas, o incluso, en su entendimiento más extremo, en dejar al predisponente acreedor y prestamista inerme ante situaciones de flagrante y definitivo incumplimiento del adherente prestatario. Lo que no termina de casar con el objetivo también proclamado de sustituir una regulación desequilibrada por otra equilibrada, y puede suscitar reservas sobre la adecuación de tal medida con el principio de proporcionalidad que también ha de respetarse para lograr la efectividad del Derecho comunitario¹¹³.

El TS ha sorteado, en alguna medida, tales limitaciones, mediante tres expedientes, que, a su vez, han generado el planteamiento de sendas cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE con criterios que parecen avalar el proceder del Supremo, si bien no siempre con la claridad o contundencia que permita despejar dudas y ofrecer una guía segura para futuras controversias. Al mismo tiempo, las sucesivas respuestas del TJUE a dichas cuestiones han introducido nuevos matices y fisuras en su doctrina aparentemente restrictiva en materia de integración del contrato.

De manera necesariamente sucinta, por los límites del presente trabajo, cabe recordar los siguientes hitos en la doctrina del TS:

(i) El tipo de interés de demora se configuró por el Supremo como un recargo sobre el tipo de interés remuneratorio, de modo que tras la supresión de dicho recargo, el préstamo seguirá devengando durante la situación de mora del deudor, incurso ya en la situación de vencimiento anticipado, el interés remuneratorio, persistiendo su función de retribuir el disfrute del dinero en el contrato de préstamo¹¹⁴. Doctrina que encontró respuesta favorable en la STJUE de 7 agosto 2018, *Banco Santander*¹¹⁵. Mas resulta discutible que aquí no se haya producido la reducción de la cláusula de interés moratorio; aunque

¹¹² CARRASCO PERERA, 2021 (b), GÓMEZ POMAR, 2019, PANTALEÓN, 2019 y 2020. Una detallada explicación de los distintos enfoques (objetivo y subjetivo) acerca de la posible subsistencia, RUIZ ARRANZ, 2020, pp. 98 y ss.

¹¹³ Cfr. PAVILLON, 2019, *passim*.

¹¹⁴ V. SSTS 265/2015, de 22 abril (RJ 2015, 1360, 470/2015, de 7 septiembre (RJ 2015, 3976) y 469/2015, de 8 septiembre (RJ 2015, 3977), seguidas por las SSTS 705/2015, de 23 diciembre (RJ 2015, 5714), 79/2016, de 18 febrero (RJ 2016, 619) y 364/2016, de 3 junio (RJ 2016, 2300).

¹¹⁵ TJUE 2018, 247, -96/16 y C-94/17. La Directiva pretende restablecer el equilibrio, pero no anular las cláusulas válidas, como la que fija el interés remuneratorio.

también se ha razonado como una integración del contrato, con la norma dispositiva del art. 1108 CC, entendiendo que *el pacto* sobre la cuantía del interés en caso de mora puede ser el pacto *no abusivo* que fija la cuantía del remuneratorio¹¹⁶.

(ii) Ante el prolongado debate sobre los requisitos de validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios y las consecuencias de su carácter abusivo, así como la intensa repercusión social y económica agravada por la crisis económica y la paralización de miles de ejecuciones hipotecarias, el TS planteó una cuestión prejudicial por Auto de 8 febrero 2017¹¹⁷. Se pregunta, primero, si la cláusula podría fraccionarse, separando una parte válida (el vencimiento anticipado en sí) y eliminando solamente la parte abusiva (por el impago de un solo plazo). Y, en segundo lugar, si, eliminada tal cláusula, podría no obstante proseguir la ejecución hipotecaria, integrando la laguna sobrevenida con una disposición supletoria de Derecho nacional, para no exponer al consumidor a consecuencias que se describen como perjudiciales. La STJUE de 26 marzo 2019 rechazó el primer planteamiento, pero se mostró favorable a la sustitución de la cláusula de vencimiento por la norma interna que había sido inspirada por la cláusula bajo examen, aplicable en caso de convenio entre las partes. Sustitución que procede cuando el juez nacional considere que el *contrato no pueda subsistir* si se suprime la citada cláusula abusiva, y la anulación sea especialmente perjudicial para el consumidor¹¹⁸. La STS 463/2019, de 11 septiembre resuelve la cuestión, recordando la necesidad de considerar la cláusula contractual controvertida en el contexto general del Derecho nacional pertinente. El TS concluye que «*no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa*»¹¹⁹. No ocurre lo mismo, a juicio del TS, con la nulidad de la cláusula de vencimiento

¹¹⁶ Sobre esta cuestión, con información exhaustiva sobre la doctrina y la jurisprudencia v. ARROYO AMAYUELAS, 2021, *passim*.

¹¹⁷ RJ 2017, 365.

¹¹⁸ STJUE de 26 marzo 2019 (ECLI:EU:C:2019:250), *Abanca*, C-70/17 y C-179/17, cuya doctrina se reitera en los Autos del TJUE de 3 julio 2010 (C-167/16, C-92/16 y C-486/16) y en el Auto TJUE de 4 febrero 2021, C-321/20. V. el detallado relato de la evolución de la jurisprudencia en este punto y reflexión crítica, PERTÍÑEZ, 2019, pp.186 y ss.

¹¹⁹ STS de Pleno (ECLI:ES:TS:2019:2761): el contrato, se dice, no se habría realizado sin esa cláusula, conforme a la voluntad común, real o hipotética, de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas. Y, en aplicación de la doctrina también comunitaria que permite sustituir una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa nacional aprobada con posterioridad, el TS establece como criterio orientativo el art. 24 LCCL. Doctrina que se reitera y desarrolla en la STS 616/2019, de 14 noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3659).

anticipado en préstamo personal, porque no compromete la subsistencia del contrato¹²⁰.

(iii) Es ya muy abundante la jurisprudencia del TS sobre las consecuencias restitutorias en caso de declaración de nulidad de las cláusulas de imputación de gastos al consumidor en préstamos hipotecarios¹²¹, denegando el reembolso de lo que hubiera debido pagar al consumidor por aplicación de las normas supletorias, que el propio TS también ha explicitado. Lo que igualmente ha recibido el aval del TJUE: «*el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación, en defecto de acuerdo de las partes*». Ni el art. 6.1 ni el art. 7.1 de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar conforme a las disposiciones de Derecho nacional, aplicables en defecto de tal cláusula, que impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos¹²².

Dentro de la relativa inseguridad que provoca la evolución de la jurisprudencia comunitaria, el panorama antes descrito permite afirmar algunos factores que rebajan el tinte sancionador de las consecuencias de la abusividad, buscando no obstante situar el fiel de la balanza entre desincentivar el uso de cláusulas abusivas y restablecer el equilibrio contractual con medidas acordes con el principio de proporcionalidad. El primero es el juicio que incumbe al juez, y no a las partes, sobre la subsistencia del contrato, desde la perspectiva objetiva que pide el TJUE. Esta consideración implica que no es el eventual beneficio del consumidor el criterio determinante, como ha dicho el TJUE, pero tampoco lo es el perjuicio del predisponente, que, va de suyo, puede encontrarse en situación más desfavorable por la eliminación de la cláusula. El enfoque *objetivo* que pide el TJUE y la traslación de este criterio al Derecho nacional obliga a considerar la relación entre los arts. 9.2 y 10.1 LCGC, que

¹²⁰ STS 101/2020, de 12 febrero (ECLI:ES:TS:2020:336); STS 105/2020, de 19 febrero (ECLI:ES:TS:2020: 500) STS 106 y 107 /2020, de 19 febrero (ECLI:ES:TS:2020:501/503).

¹²¹ Con vulneración del art. 89. 3 TRLGDCU. Sobre el intrincado desarrollo jurisprudencial, v. PERTÍÑEZ, 2019, pp. 206 y ss.

¹²² STJUE 16 julio 2020 (ECLI:EU:C:2020:578), *CY/Caixabank*, C-224/19 y C-259/19, §§ 54 y 55. Contando con la confirmación de su doctrina, las resoluciones del TS sobre el asunto son abundantísimas, a partir de las sentencias de Pleno 44/2019 y 48/2019. Respecto a la decisión sobre el sujeto pasivo del impuesto (IAJD), STS 457/2020, de 24 julio (RJ 2020, 2358). V. con reiteración de doctrina, STS 569/2021, de 26 julio (ECLI:ES:TS:2021:3047).

enlazan la no subsistencia con la afectación a los elementos esenciales del art. 1261 CC: objeto y causa ¹²³.

La integración que entonces proceda, en aras de conservar la eficacia del contrato para no exponer al consumidor a una gravosa situación, se deja por el Derecho comunitario a lo previsto por el Derecho nacional, que en este punto remite al art. 1258 CC, a pesar del silencio del art. 83 TRLGDCU. En el bien entendido de que tanto la doctrina del TJUE como el art. 83 TRLGDCU obligan a construir la regla necesaria para resolver el conflicto prescindiendo totalmente de la cláusula declarada nula. De otro lado, que el TJUE haya proscrito la posible invocación de usos o costumbres, no parece que deba traducirse en extirpar en el ámbito que nos ocupa la consideración de la costumbre como fuente del Derecho, en defecto de ley. A la vista, además, de los requisitos que se piden para que efectivamente sirva como elemento de integración y del rechazo jurisprudencial a configurar como norma jurídica los usos impuestos unilateralmente por el predisponente, por más que sean frecuentes en el tráfico. De ahí que su relevancia en la práctica, en contratos entre empresarios y consumidores, probablemente sea reducida.

Téngase además en cuenta, por otra parte, que el legislador español tiende a reducir el margen de discusión mediante la sucesiva promulgación de normas imperativas que concretan el supuesto de hecho y el contenido de la cláusula o prohíben terminantemente determinada estipulación. La Ley 5/2019, LCCI, es ejemplo elocuente de esta tendencia. La vulneración de normas imperativas o prohibitivas evita el régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas y la doctrina comunitaria sobre la integración ¹²⁴.

En cuanto a la restitución subsiguiente a la declaración de nulidad, por último, el TJUE ordena claramente que se regirá por lo que dispongan las normas nacionales al respecto, con la consiguiente aplicación de las reglas de restitución del CC, conforme a la remisión del art. 9. 1 LCGC ¹²⁵.

¹²³ V. el iluminador y detallado análisis de RUIZ ARRANZ, 2020, pp. 102 y ss., pp. 130 y s., que, en relación a la causa, aboga por explicar la «subsistencia del contrato a través de la idea de causa y, sobre todo, de la noción de causa concreta», porque «el examen sobre el mantenimiento del contrato atiende al fin común perseguido por las partes».

¹²⁴ CARRASCO PERERA, 2021, p. 875.

¹²⁵ Amén de las sentencias antes citadas sobre la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios, la STS 13 marzo 2012 (RJ 2012, 4527) ya puntualizó que dicha restitución es el resultado natural, que persigue evitar el enriquecimiento injusto. Pero, declarada la nulidad de la cláusula que imponía el arrendamiento de un instrumento accesorio en contra del art. 89. 4 TRLGDCU, no procede la devolución de lo abonado por este concepto, porque *de facto* el aprovechamiento que ya se había obtenido del mismo sería compensable con el crédito cuya satisfacción se reclama. V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, p. 1158. Un detallado análisis sobre el régimen restitutorio aplicable tras la declaración de nulidad de una cláusula y la doctrina del TS al respecto, v. RUIZ ARRANZ, 2020, pp. 115 y ss. y, en particular, sobre la restitución derivada de la cláusula de gastos, pp. 128 y ss.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia, *La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.
- «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación», en Menéndez Menéndez, A./Díez-Picazo, L. (dirs.), Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002 (a), pp. 75-96.
- «Artículo 1», en Menéndez Menéndez, A./Díez-Picazo, L. (dirs.), Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002 (b), pp. 97-141.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Límites a los intereses moratorios», en Anderson, M./Arroyo, E./Aparicio, A. (Dirs.), *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 77-103.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Las (seis) SSTS posteriores a la STJUE 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción. Muta y mutará hacia la transparencia subjetiva», *Boletín del Colegio de Registradores*, LII, núm. 42, 2016, pp. 1726-1746.
- «Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios», en Kindl, J./Perales Viscasillas, P./Arroyo Vendrell, T., *Standardisierte Verträge-zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 195-235.
- «¿Quién teme al control de incorporación (B2B)?», en *Diario La Ley*, n.º 9667, 6 julio de 2020, pp. 1-23.
- CARBALLO FIDALGO, Marta, «Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles», en *InDret*, enero 2019, <https://indret.com/hacia-un-concepto-autonomo-y-uniforme-de-clausula-abusiva-la-jurisprudencia-del-tjue-y-su-recepcion-por-los-tribunales-espanoles/>.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Régimen de condiciones generales de contratación en el contrato de crédito inmobiliario», Carrasco, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2019, pp. 677- 688.
- *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2021a.
- «La cláusula, la Ley y la “Regla no/no/no”», *Cesco*, 17.03. 2021 (b) http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_clausula_la_ley_y_la_regla_no_no_no.pdf.

- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 295-341.
- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 987-1085.
- DÍEZ PICAZO, L., «Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)», en Menéndez Menéndez, A./Díez-Picazo, L. (dirs.), Alfaro Águila-Real, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 61-74.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE», *InDret*, 2, 2019, pp. 1-12.
- GÓMEZ POMAR, Fernando/ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia, «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXII, 2020, pp. 7-100.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Artículos 5 y 7», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, pp. 139-192.
- «Título II. Condiciones generales y Cláusulas abusivas», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2.ª ed., 2015. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 1027-1360.
- JANSEN, Nils., «Unfair Contract Terms», en Jansen, N./Zimmermann, R. (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, OUP, Oxford, 2018, pp. 919-994.
- MARTÍN FABÁ, José María, «Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», en Carrasco, A. (Dir.) *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2019, pp. 561-636.
- MATO PACÍN, M.ª Natalia, «Cláusulas abusivas y empresario adherente», *BOE*, Madrid, 2017.
- MIQUEL GONZÁLEZ, Jose María, «La nulidad de las condiciones generales», en Delgado Echeverría, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 193-223.
- «Artículos 82 a 84», en Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 696-788.
- MIRANDA SERRANO, Luis María, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria», *InDret*, abril 2018, www.indret.com, pp.1-79.
- PANTALEÓN, Fernando, «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato» en, *Almacén de Derecho*, entrada de 12.03.2017, <https://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato>

- PANTALEÓN, Fernando, «La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado», en *Almacén de Derecho*, entrada de 31.3.2019, <https://almacendederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas>.
- «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (II), en *Almacén de Derecho*, entrada de 6.04.2020, <https://almacendederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-ii>.
- PAVILLON, Charlotte, «Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive», en *ERPL*, 27(6), 2019, pp. 1297-1328.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Franciso, *Cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- *La nulidad contractual en la jurisprudencia. Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- PAZOS CASTRO, Ricardo, «El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel, «Contratos de Adhesión», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949. pp. 54-70.
- RUIZ ARRANZ, Antonio, «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores», en *InDret*, 1, 2020, pp. 56-141, <https://indret.com/restitucion-derivada-de-la-nulidad-de-las-condiciones-generales-de-la-contratacion-en-contratos-con-c>.

XVIII

LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción y estructura.–2. El problema, la pluralidad de teorías y las dos cuestiones básicas.–3. Las piezas en el ordenamiento jurídico español. 3.1 El fundamento general. 3.2 Las previsiones específicas. a) En el CC. b) En leyes especiales. 3.3 Las propuestas *de lege ferenda*. 3.4 La jurisprudencia. a) Primera etapa: aplicación restrictiva. b) Segunda etapa: la crisis económica como evento imprevisible. c) Tercera etapa: aplicación restrictiva. d) ¿Una cuarta etapa post COVID-19?–4. Un intento de construcción del régimen jurídico de la alteración sobrevenida de las circunstancias en el ordenamiento jurídico español. 4.1 Los presupuestos de aplicación. a) Primer presupuesto: cambio de circunstancias. Sus condiciones. b) Segundo presupuesto: ruptura del equilibrio económico. La excesiva onerosidad. 4.2 Los efectos: la modificación o la resolución del contrato. a) La preferencia por la modificación del contrato. b) La negociación: ¿obligación, facultad o carga? c) ¿Suspensión del cumplimiento durante las negociaciones? d) El recurso a los tribunales y los poderes del juez.–5. Conclusiones.–6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA

En el CC no hay una regulación expresa de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias. Sin embargo, existe una copiosa jurisprudencia y una abundante doctrina sobre el tema, cuyo crecimiento ha sido exponencial en los últimos tiempos.

El objetivo de las líneas que siguen es ofrecer un intento de construcción del régimen jurídico de la alteración sobrevenida de las circunstancias en nuestro Ordenamiento jurídico, a partir de las piezas con las que contamos. Para ello, el trabajo se divide en tres partes.

En la primera de ellas se tratará de situar al lector en las coordenadas adecuadas del problema tratado; los textos de Derecho comparado y del denominado Moderno Derecho de Contratos, en los que se regula expresamente la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias, serán de gran utilidad en esta tarea.

La segunda parte ofrece un recorrido por el panorama legislativo y jurisprudencial español relacionado con el objeto de nuestro estudio. Y es que, como podrá allí comprobarse, a pesar de que falte una disposición expresa en el CC, es posible encontrar aplicaciones concretas de la alteración sobrevenida de las circunstancias en leyes especiales y en el propio código. Un repaso por las diversas etapas de nuestra jurisprudencia en el tema que nos ocupa cerrará esta segunda parte del trabajo.

Por fin, a la tercera y última parte llegaremos con todas las piezas necesarias (o, si no las necesarias, sí las disponibles) para ensayar la construcción de un régimen jurídico de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias. Este ensayo partirá de las dos cuestiones básicas que deben contestarse en esta materia: (a) cuáles son los presupuestos de aplicación de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias; y (b) cuáles sus efectos en el contrato.

2. EL PROBLEMA, LA PLURALIDAD DE TEORÍAS Y LAS DOS CUESTIONES BÁSICAS

Rebus sic stantibus, *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (desaparición de la base del negocio), *excessiva onerosità* (excesiva onerosidad), *imprévision* (imprevisión) y *hardship* son términos (o, si se prefiere, teorías¹) referidos todos a un mismo problema: el de la excesiva onerosidad por la alteración sobrevenida de las circunstancias. Este problema aparece cuando la celebración del contrato y su ejecución se producen en momentos temporales distintos; lo que incluye,

¹ El número de teorías que se ocupan de establecer cuándo y cómo un cambio sobrevenido de las circunstancias impacta sobre el contrato es, tal y como ha puesto de manifiesto AMUNÁTEGUI (2003, p. 64), impresionante. Las más relevantes son, sin duda, la teoría de la presuposición de Windscheid, la doctrina de la base del negocio de Oertmann, la doctrina francesa de la imprevisión, la doctrina italiana de la *excessiva onerosità* y el *hardship* del *Common Law*.

sin duda, los contratos de tracto sucesivo, pero también los contratos de tracto único pendientes de ejecución². De lo que se trata es de dilucidar cuándo el cambio sobrevenido de las circunstancias, que las partes habían tenido en cuenta en el momento de la celebración del contrato, puede justificar su modificación o, incluso, su extinción. En otras palabras, lo que se plantea es que puedan existir supuestos en que sea posible el desplazamiento de un principio nuclear del derecho de contratos como es el principio *pacta sunt servanda*.

Con independencia de la formulación concreta de cada teoría y de su plasmación en un determinado ordenamiento jurídico o en un instrumento normativo concreto, las dos cuestiones a las que conviene dar respuesta cuando tratamos el problema de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias son las siguientes: primera, cuáles son las características que un cambio sobrevenido de las circunstancias debe reunir para justificar que en el caso concreto admitamos una excepción a la obligación de cumplir lo pactado en el contrato, que tiene fuerza de ley entre las partes (cfr. art. 1091 CC); y segunda, en qué se concreta el desplazamiento del principio *pacta sunt servanda*. En definitiva, los *presupuestos* de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias y sus *efectos* en el contrato son las dos cuestiones básicas que deben ser analizadas para tratar de construir un régimen jurídico del tema objeto de estas líneas.

Comprobémoslo a través de un breve recorrido por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y por los instrumentos del denominado «Moderno Derecho de contratos» que se han ocupado de regularlo expresamente. No pretendo ofrecer un análisis pormenorizado de cada uno de los preceptos que recogeré a continuación. Mi objetivo es mostrar que en todos ellos es posible extraer una misma estructura básica en la construcción del régimen jurídico de la excesiva onerosidad por cambio sobrevenido de las circunstancias.

Tras la reforma del Código civil alemán (BGB) del año 2002, la alteración sobrevenida de las circunstancias está regulada en el § 313 BGB, que dispone:

Interference with the basis of the transaction

(1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case,

² Aunque la reciente STS 156/2020, de 6 de marzo afirma que el ámbito propio de aplicación de la *rebus sic stantibus* es el de los contratos de larga duración.

in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration.

(2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect.

(3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes place of the right to revoke³.

El CC francés ha introducido un precepto *ad hoc* para la alteración sobrevenida de las circunstancias tras la reforma operada por la *Ordonnance* 2016-131. En concreto, su art. 1195 establece:

If a change of circumstances that was unforeseeable at the time of the conclusion of the contract renders performance excessively onerous for a party who had not accepted the risk of such a change, that party may ask the other contracting party to renegotiate the contract. The first party must continue to perform his obligations during renegotiation. In the case of refusal or the failure of renegotiations, the parties may agree to terminate the contract from the date and on the conditions which they determine, or by a common agreement ask the court to set about its adaptation. In the absence of an agreement within a reasonable time, the court may, on the request of a party, revise the contract or put an end to it, from a date and subject to such conditions as it shall determine⁴.

En el ordenamiento jurídico italiano el tema que es objeto del presente estudio se regula en los arts. 1467 a 1469 de su CC, situados en la sección titulada «*Dell'eccessiva onerosità*»:

Art. 1467. Contratto con prestazioni corrispettive.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

³ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1146

⁴ https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/

Art. 1468. Contratto con obbligazioni di una sola parte.

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.

Art. 1469. Contratto aleatorio.

Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti.

El CC portugués dedica tres preceptos a la alteración sobrevenida de las circunstancias y los sitúa en una subsección titulada «*Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias*».

Artigo 437 (Condições de admissibilidade)

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

Artigo 438 (Mora da parte lesada)

A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.

Artigo 439 (Regime)

Resolvido o contrato, são aplicáveis à resolução as disposições da subsecção anterior.

Pasemos ahora a los instrumentos del denominado «Moderno Derecho de Contratos».

Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales⁵ (en adelante, Principios UNIDROIT) regulan el tema que es objeto de este estudio en tres preceptos, situados bajo una sección titulada «Excesiva onerosidad» (en inglés, *hardship*):

⁵ UNIDROIT *Principles on International Commercial Contracts* (2016).

Artículo 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre «excesiva onerosidad» (hardship).

Artículo 6.2.2

(Definición de la «excesiva onerosidad» (hardship))

Hay «excesiva onerosidad» (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Artículo 6.2.3

(Efectos de la «excesiva onerosidad» (hardship))

(1) En caso de «excesiva onerosidad» (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de «excesiva onerosidad» (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.⁶

Los Principios de Derecho contractual europeo⁷ (a partir de ahora, PECL) dedican el art. 6:111 al cambio de circunstancias:

(1) La parte está obligada a cumplir sus obligaciones aunque el cumplimiento se haya hecho más oneroso, bien porque el coste del cumplimiento se haya incrementado, bien porque el valor de lo que reciba como cumplimiento haya disminuido.

⁶ <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2016/principles2016-blackletter-s.pdf>

⁷ LANDO, BEALE (edit.), *Principles of European Contract Law*, parte I y II, preparados por The Commission of European Contract Law, Kluwer, La Haya, 2000.

(2) *Sin embargo, si el cumplimiento del contrato llega a ser excesivamente oneroso por el cambio de circunstancias, las partes están obligadas a entablar negociaciones para adaptar el contrato o poner fin al mismo, siempre que:*

- a) el cambio de circunstancias haya ocurrido después del momento de la conclusión del contrato,*
- b) la posibilidad de un cambio de circunstancias no hubiera debido ser razonablemente tomada en cuenta en el momento de la conclusión del contrato, y*
- c) el riesgo de cambio de las circunstancias no es de aquellos que, según el contrato, la parte afectada debe soportar.*

(3) *Si las partes no llegan a alcanzar un acuerdo en las negociaciones según el artículo anterior dentro de un plazo razonable, el tribunal puede:*

- a) dar por terminado el contrato en la fecha y los términos que el propio tribunal establezca; o*
- b) adaptar el contrato para distribuir entre las partes de un modo justo y equitativo, las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias.*

En cualquier caso, el tribunal puede otorgar una indemnización por las pérdidas sufridas a causa de la negativa de una de las partes a negociar o de la ruptura de las negociaciones que sea contraria a la buena fe y a la lealtad.⁸

Por fin, el Marco Común de Referencia⁹ (en adelante, DCFR) contiene la siguiente disposición sobre el cambio de circunstancias:

III.-1:110: Modificación o extinción por el juez a causa de un cambio en las circunstancias

(1) Toda obligación debe cumplirse aun cuando el cumplimiento de la misma resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, si debido a un cambio excepcional en las circunstancias el cumplimiento de una obligación contractual o de una obligación derivada de un acto jurídico unilateral resulta tan oneroso que sería manifiestamente injusto seguir exigiendo su cumplimiento al deudor, el juez podrá:

- (a) modificar la obligación a fin de hacerla más razonable y equitativa en las nuevas circunstancias; o*
- (b) extinguir la obligación en una fecha y en unas condiciones que determinará el juez.*

(3) El apartado (2) se aplicará únicamente si:

- (a) el cambio en las circunstancias se produjo después de contraerse la obligación;*

⁸ Traducción al español en Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS Y MORALES, 2002, p. 54.

⁹ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, 2009.

(b) *el deudor no tuvo en cuenta en ese momento, y cabe razonablemente esperar que no tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo;*

(c) *el deudor no asumió, y no puede razonablemente darse por asumido, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias; y*

(d) *el deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, negociar una modificación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación*¹⁰.

De los textos transcritos, y sin perjuicio de las precisiones ulteriores que realizaré a lo largo del trabajo, quisiera llamar la atención del lector sobre aquello que, partiendo de la estructura común a la que me refería al comienzo (presupuestos y efectos de la alteración sobrevenida de las circunstancias), comparten todos ellos.

Y así, por lo que se refiere a los *presupuestos* del cambio sobrevenido de las circunstancias: Todos los textos reproducidos se ocupan de describir las características que debe reunir dicho cambio, exigiendo que sea significativo¹¹, imprevisible¹², extraordinario, excepcional o anormal¹³. Además, la distribución de riesgos del contrato es un elemento que debe valorarse en todos ellos¹⁴.

¹⁰ Traducción al español en JEREZ, 2015, p. 129.

¹¹ § 313 BGB: (1) *If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into [...]*

¹² Art. 1195 CC francés: *If a change of circumstances that was unforeseeable at the time of the conclusion of the contract.*

Art. 1467 CC italiano: *per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili.*

Art. 6.2.2. UNIDROIT: *los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato.*

Art. 6:111 PECL: *la posibilidad de un cambio de circunstancias no hubiera debido ser razonablemente tenida en cuenta en el momento de la conclusión del contrato.*

III.-1:110 DCFR: *el deudor no tuvo en cuenta en ese momento, y cabe razonablemente esperar que no tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo.*

El § 313 BGB no exige la imprevisibilidad, aunque la doctrina alemana señala las dificultades para aplicar la doctrina de la ruptura de la base del negocio en casos en que el cambio de circunstancias podía haber sido previstos por ambas partes o por una de ellas (GÓMEZ POMAR, ALTI, pp. 524 y 525).

¹³ Art. 1467 CC italiano: *per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili.*

Art. 437 CC portugués: *Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal.*

III.-1:110 DCFR: *Sin embargo, si debido a un cambio excepcional en las circunstancias.*

¹⁴ § 313 BGB: *to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk.*

Art. 1195 CC francés: *for a party who had not accepted the risk of such a change.*

Art. 1467 CC italiano: *La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.*

Art. 437 CC portugués: *e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.*

Art. 6.2.2 UNIDROIT: *el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.*

Art. 6:111 PECL: *el riesgo de cambio de las circunstancias no es de aquellos que, según el contrato, la parte afectada debe soportar.*

III.-1:110 DCFR: *el deudor no asumió, y no puede razonablemente darse por asumido, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias.*

Para que el cambio sobrevenido de circunstancias (que reúne las características exigidas, a las que acabo de referirme) pueda desplazar el principio *pacta sunt servanda* debe, además, impactar de manera significativa en el equilibrio contractual. Las expresiones empleadas por los textos estudiados para referirse a dicha alteración fundamental del equilibrio contractual son, a este respecto, variadas¹⁵.

Pasando a los *efectos* de la alteración sobrevenida de las circunstancias o, lo que es lo mismo, cuando buscamos en los textos en qué se concreta el desplazamiento del principio *pacta sunt servanda*, las opciones son, en todos ellos, las mismas: la modificación del contrato o la resolución.

Antes de concluir este primer epígrafe, cuyo objetivo ha sido situar al lector en las coordenadas adecuadas del problema tratado, y sin ánimo de profundizar en cuestiones excesivamente dogmáticas que puedan distraer y confundir más que aclarar, no quisiera, sin embargo, desperdiciar la ocasión para mostrar mi convicción de que a partir de todo lo anterior, debería quedar claro que los tipos de casos que se encuadran en las diversas teorías a las que me refería al comienzo (*rebus sic stantibus*, ruptura de la base del negocio, excesiva onerosidad) son distintos a los que deben decidirse al amparo del caso fortuito o de la fuerza mayor, por más que compartan algunas características. Y así:

La alteración de las circunstancias no es, en sí misma considerada, un supuesto de incumplimiento¹⁶. Como bien ha señalado San Miguel¹⁷:

«en los casos de cambio de circunstancias, técnicamente, no estamos en presencia de un incumplimiento (ninguna de las partes ha dejado de cumplir), lo que sucede es que la ejecución del contrato es posible pero, por un cambio de las circunstancias, deviene excesivamente onerosa o carece de sentido para una de las partes porque se ha frustrado el fin del contrato». [la negrita es mía]

¹⁵ La mayoría de ellos emplean la expresión «excesiva onerosidad» (CC francés, CC italiano y los PECL), pero sin definirla. Sí la definen los Principios UNIDROIT y el DCFR. Para el primero de ellos «Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido». El DCFR se refiere a un contrato que «resulta tan oneroso que sería manifiestamente injusto seguir exigiendo su cumplimiento al deudor».

No utilizan la expresión «excesiva onerosidad» ni el § 313 BGB (que habla de que «one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration»), ni el art. 437 CC portugués (que apela al principio de buena fe: «desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé»).

¹⁶ Otra cosa es que el deudor decida finalmente incumplir o que supuestos que se han llamado imposibilidad se hayan tratado como casos de alteración sobrevenida de circunstancias.

¹⁷ SAN MIGUEL, 2018, p. 917. La autora realiza un recorrido por diversos textos representativos del Moderno Derecho de contratos que avalan su concepción del cambio de circunstancias, como figura distinta al incumplimiento.

CARRASCO PERERA (2010, p. 1007), por su parte, observa que la cláusula *rebus sic stantibus* «[t]écnicamente no puede caracterizarse como caso fortuito exoneratorio, al no producir la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de que se trata». Pero advierte a continuación: «En no pocas ocasiones, empero, la distinción entre una modificación sobrevenida extraordinaria y una imposibilidad sobrevenida no es fácil de trazar [...]».

Así pues, el cambio sobrevenido de las circunstancias se distingue del caso fortuito o de la fuerza mayor porque, mientras que en estos últimos las circunstancias *impiden* cumplir, en los casos que situamos bajo la denominación «alteración sobrevenida de las circunstancias», esta no impide cumplir, sino que hace que el *cumplimiento devenga excesivamente oneroso*.

Se trata de figuras distintas también por la *función* que cumple cada una de ellas en el Derecho de la contratación: el caso fortuito y la fuerza mayor exoneran de responsabilidad al deudor y limitan la pretensión de cumplimiento; en cambio, como he dicho ya repetidamente, el cambio sobrevenido de circunstancias permite desplazar los efectos del *pacta sunt servanda* posibilitando la renegociación del contrato o, en última instancia, su terminación.

3. LAS PIEZAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El CC español carece de una regulación general del cambio sobrevenido de circunstancias. Con esta falta de regulación nuestro CC no hace sino responder al espíritu propio de los códigos de la época¹⁸. Lo anterior no significa ni mucho menos que no sea este un problema que se haya planteado en la práctica ante los tribunales o que no haya preocupado a nuestra doctrina. Por el contrario, como se comprobará inmediatamente, la jurisprudencia sobre el tema es abundante y la producción científica es prolija y, en los últimos tiempos, incluso inabarcable.

Por lo demás, si bien no hay un precepto específico en el CC que regule el tema que nos ocupa, sí existe una disposición general en el Derecho foral navarro¹⁹, así como disposiciones específicas en el Ordenamiento jurídico

¹⁸ Refiriéndose a la regulación legal, en derecho español, de la cláusula *rebus sic stantibus* afirmaba CASTRO (1972, núm. 385): «El código civil no menciona la cláusula “rebus sic stantibus”, como tampoco lo hiciera el napoleónico. No admite ni rechaza la posibilidad de que el negocio haya de resolverse o cambiar al sobrevenir circunstancias por las que resulte frustrado o alterado esencialmente el resultado propuesto con el negocio. Los autores han ido citando argumentos en pro y en contra de su admisión, indagando el criterio general que informa el Código. Contra la aceptación de la cláusula se aduce: la exclusión del requisito del justo precio en la compraventa y el haberse eliminado la lesión como causa general de la rescisión de los contratos; amén de alegarse el peligro que supondría para la seguridad jurídica el que se entregase, en tan amplia medida, la vigencia de los contratos al arbitrio judicial, abriendo con ello cauce a los más infundados litigios. En favor de la aplicabilidad de la cláusula se citan: el principio de buena fe informa todo el derecho (y no limitado a completar el contenido del contrato, artículo 1258), la atención prestada a la naturaleza de la causa en la interpretación de los contratos (artículo 1289), la facultad de resolver las obligaciones que “se entiende implícita en la recíprocas” (artículo 1124) y los casos en los que se permite que el Juez modere la responsabilidad del obligado (artículos 1103, 1124, párrafo tres, 1154, 1690, 1801).»

¹⁹ Ley 498 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril (LNA 2019, 106), de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (RCL 1973, 456) o Fuero Nuevo. La disposición

español e, incluso, en el propio código, que son plasmaciones concretas del problema en un ámbito específico. A lo anterior, habrá que añadir que todas las propuestas de *lege ferenda* para la modernización del CC en materia de obligaciones y contratos español incorporan una disposición general sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias. A todo ello me refiero en los siguientes apartados.

3.1 El fundamento general

A falta de una disposición legal expresa que reconozca a las partes la posibilidad de modificar o extinguir el contrato como consecuencia de la alteración sobrevenida de las circunstancias, el fundamento se ha buscado principalmente en el principio de la buena fe (art. 1258 CC) y en la sobrevenida desaparición de la causa (art. 1274 CC). Convendrá recordar a este propósito las palabras de Díez-Picazo y Ponce de León²⁰:

«[N]o existe especial dificultad para configurar la resolución o el reajuste de las relaciones contractuales por desaparición de la base del negocio como una derivación inmediata del principio general de buena fe.

Al mismo tiempo, el fundamento objetivo del fenómeno estudiado puede encontrarse en lo que se ha llamado “la ruptura del mecanismo causal” o la “aparición de una anomalía funcional sobrevenida”. La causa del contrato, entendido como la función concreta que éste cumple, desaparece parcial o totalmente, cuando queda roto el equilibrio entre las prestaciones, en el contrato conmutativo, o cuando resulta imposible de alcanzar el fin del contrato».

En la jurisprudencia, la cláusula *rebus sic stantibus* es la teoría por la que el TS se ha decantado en la inmensa mayoría de las ocasiones para decidir los casos sobre alteración sobrevenida de las circunstancias²¹. Recientemente, también ha invocado la doctrina alemana de la ruptura de la base del negocio²², aunque sin llegar a ofrecer una clara distinción entre una y otra. Sirvan como muestra las SSTs 514/2010, de 21 de julio y 129/2001, de 20 de febrero.

reza como sigue: «*Rebus sic stantibus*». Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución.

²⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2008, p. 1069.

²¹ GÓMEZ POMAR y ALTI (2021, p. 509).

²² Que el *Diccionario jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* define del siguiente modo: «*Conjunto de circunstancias, presentes o futuras, que, compartidas por las partes, se incorporan al negocio jurídico como fundamento de la organización de intereses establecida por el mismo*

La primera de las sentencias citadas ofrece el siguiente concepto de base del negocio:

«La llamada “base del negocio”, desarrollada por la doctrina alemana, se funda en la correlativa equivalencia de las prestaciones en relación con el móvil impulsivo que determinó a las partes a contratar y consiste, del lado subjetivo, en una determinada representación común de las partes o aquello que esperan los intervinientes en el negocio y que les ha determinado a concluir el contrato; y del lado objetivo, en la circunstancia cuya existencia o subsistencia sea objetivamente necesaria para que el contrato –según el significado de las intenciones de ambas partes– pueda mantenerse como una regulación con sentido. Tal principio se halla presente en nuestro Código Civil en algunos supuestos concretos como el de la donación inoficiosa porque se tengan después herederos legitimarios (artículo 644), la aceptación de una herencia en la que apareciese después un testamento no conocido (artículo 997), o la repudiación de la herencia a título intestado sin noticia de ser heredero testamentario (artículo 1009)».

En el caso resuelto por esta sentencia, la alteración de la base del negocio consistió en que no llegó a producirse la recalificación urbanística del terreno en la que se fundamentaba el contrato celebrado. Y puesto que el fin perseguido por los contratantes definitivamente se había frustrado, no era oportuno adaptar el contrato, sino tenerlo por resuelto y restituir las prestaciones entregadas.

En la segunda de las sentencias citadas el TS admite una modificación del vínculo obligacional, por defecto o alteración de la base negocial y por haber sido roto el equilibrio de las prestaciones de modo extraordinario. Pero, aunque se refiere a la *base del negocio*, fundamenta la modificación en la denominada cláusula implícita *rebus sic stantibus*. Dice el Alto Tribunal:

«La sentencia de instancia ha dispuesto la revisión del contrato de 6 de marzo de 1989 en base a la aplicación de la doctrina de la cláusula sobreentendida “rebus sic stantibus”, y, como antes se expresó, estima oportuno que la modificación se concrete exclusivamente en la supresión durante cierto tiempo del canon anual a satisfacer por la entidad actora (...).

Dicha resolución sigue la línea de la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada sobre esta materia, relativa a que por la aplicación de la cláusula implícita “rebus sic stantibus” cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del

(presuposiciones). La errónea apreciación de las mismas en el momento de celebrar el negocio o su modificación sobrevenida, no prevista, afecta a la organización de intereses establecida por la autonomía de la voluntad y puede justificar ciertas medidas de protección, articuladas de modo diferente en el Derecho comparado. Puede ser aplicable la figura del error (error común, motivos incorporados a la causa del contrato), la de la excesiva onerosidad, o la de alteración de la base del negocio (§ 313 BGB)».

principio “pacta sunt servanda” y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, llevar a efecto una modificación (no la extinción o resolución) del vínculo obligatorio, por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones, siempre que concurran los requisitos siguientes: a) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la superveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles (...)»²³.

En este caso el demandante había adquirido del ente público demandado un derecho de superficie por 75 años (con opción de compra) sobre un terreno, del que el ente se consideraba propietario, para edificar en él conforme al plan. El demandante debía pagar, a cambio, un canon anual; y, en caso de ejercicio de la opción de compra, el precio establecido en el contrato. Durante la vida del contrato, el Estado interpuso una acción reivindicatoria contra el ente público y contra el titular del derecho de superficie, por ser propietario del terreno objeto del contrato. Aunque la reclamación del Estado no llegó a privar del terreno al superficiario, sí provocó, en el tiempo en que estuvo pendiente el fallo, que este paralizara la urbanización y le provocó ciertos gastos inútiles. Por ello, el superficiario pidió en su demanda que se declarara resuelto el contrato o, subsidiariamente, su adaptación. También solicitó indemnización de los daños. El TS le reconoce el derecho a no pagar el canon durante cierto tiempo de incertidumbre (adaptación del contrato) y la indemnización de ciertos daños.

3.2 Las previsiones específicas

a) EN EL CC

En el CC encontramos disposiciones específicas sobre la alteración sobrevvenida de las circunstancias, fundamentalmente en el ámbito de las sucesiones. Cabe encontrar algún supuesto específico en la regulación de algunos contratos. A estos últimos dedicaré mayor atención.

²³ Esta sentencia cita, como precedente, otras: «Aparte de otras, SSTS de 15 de marzo de 1972 [RJ 1972, 1252], 19 de abril de 1985 [RJ 1985, 1804], 17 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2725], 6 de octubre de 1987 [RJ 1987, 6720], 16 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6927], 21 de febrero [RJ 1990, 707] y 10 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9927], 23 de abril de 1991 [RJ 1991, 3023] y 6 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9226]».

En el ámbito de las sucesiones encontramos la donación inoficiosa porque se tengan después herederos legitimarios (art. 644), la aceptación de una herencia en la que apareciese después un testamento no conocido (art. 997), o la repudiación de la herencia a título intestado sin noticia de ser heredero testamentario (art. 1009).

En el ámbito de los contratos, los arts. 1575 y 1593 CC pueden ser vistos como una aplicación concreta de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

El art. 1575 CC, situado en sede de arrendamientos rústicos, concede al arrendatario el derecho a rebajar la renta en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos. Aunque el precepto ha sido traído a colación por varios autores a propósito de la *rebus sic stantibus*²⁴, parece que su conexión con dicha doctrina es más claramente predicable de sus antecedentes romanos²⁵.

El art. 1593 CC, por su parte, determina cuándo el contratista puede cobrar al dueño el aumento de precio de la obra, por variaciones en el proceso de ejecución de ella. El precepto se refiere a las obras convenidas por un precio fijo (la obra se encarga por un ajuste alzado, en la terminología del CC). Este artículo distribuye el riesgo del aumento del coste de ejecución de la obra atendiendo a la causa que provoca dicho incremento. Distingue dos posibles causas: (1) El aumento del precio de los jornales o de los materiales, (2) La variación en el proceso de ejecución de la obra (que denomina, *aumento de obra*). Excluye que el contratista pueda pedir aumento de precio por el incremento del precio de mercado de los materiales utilizados o de la mano de obra (aunque es frecuente que los contratos tomen en cuenta la posibilidad de esa variación). En cambio, concede al contratista derecho a cobrar al propietario el «aumento de precio» de ejecución de la obra convenida («en vista de un plano»), «cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra», si «hubiese dado su autorización el propietario».

b) EN LEYES ESPECIALES

Más allá del CC, el legislador se ocupa del problema de la influencia del cambio de circunstancias en la vida del contrato en supuestos muy específicos. Es posible clasificar dichos casos en tres grupos²⁶:

²⁴ Vid. los autores que cito en GREGORACI, 2020, p. 478, nota 99.

²⁵ Vid. el estudio que cito en GREGORACI, 2020, p. 478, nota 100.

²⁶ A las que incluso podríamos añadir las normas concursales. En este sentido, afirman GÓMEZ POMAR y ALTI (2021, p. 576) que «[...] el Derecho concursal [...] y, sobre todo, las instituciones preconcursales, no son ajenos a la cláusula *rebus*, cuando los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extra-

En primer lugar, cabe mencionar todas aquellas disposiciones que han sido dictadas como consecuencia de algún evento de carácter extraordinario y global, en el sentido de que no ha afectado a un solo contrato, sino a la globalidad de los contratos.

Incluiríamos aquí, ante todo, las leyes excepcionales dictadas después de la guerra civil española: en concreto, la Ley de 5 de noviembre de 1949 sobre contratación en zona roja, que estableció causas de anulación y revisión para algunos contratos.

También encajarían en este primer grupo de normas aquellas leyes de protección para sectores vulnerables que el legislador dictó tras la profunda crisis económica y social del 2008. En dichas leyes cabe encontrar disposiciones relativas a la revisión de los contratos: me refiero a la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social²⁷; y al Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social²⁸.

Y naturalmente es aquí donde debe aludirse a las aplicaciones más o menos explícitas de la *rebus sic stantibus* que el legislador de emergencia plasmó en algunas de las normas dictadas *ad hoc* para hacer frente a la situación creada por la pandemia decretada en 2020²⁹. Me refiero al Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo³⁰, el Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria³¹ y el Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados dictado por la *Generalitat* de Cataluña³².

El segundo grupo de normas en las que cabe vislumbrar una suerte de aplicación de las teorías sobre la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias es el referido a la protección de los consumidores. Piénsese en la regulación del contrato de viaje combinado, donde cabe encon-

judiciales de pagos adquieren un papel protagonista en la estrategia jurídica de abordar las dificultades de los deudores.»

²⁷ BOE n.º 116, de 15.5.2013.

²⁸ BOE n.º 51, de 28.2.2015.

²⁹ La proliferación de estudios sobre estas normas ha sido, como es sabido, ingente. Me remito a la doctrina citada en mi trabajo publicado en el *ADC* en el año 2020, a los que ahora añado, de entre los aparecidos con posterioridad a su publicación, el ya citado trabajo de GÓMEZ POMAR y ALTI (2021, pp. 518-520), el de QUICIOS, 2021, pp. 203 a 222, y el de OLIVA, 2020, 142 a 163.

³⁰ BOE núm. 112, de 22 de abril de 2020.

³¹ BOE núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

³² BOE núm. 303, de 18 de noviembre de 2020.

trar previsiones específicas sobre las consecuencias de la necesidad de introducir una modificación en el contrato³³; o en la Ley de Venta de bienes muebles a plazos³⁴, cuyo art. 11 permite al juez alterar el contenido del contrato atendiendo a circunstancias personales del consumidor³⁵.

En tercer y último lugar, el legislador ha introducido una previsión específica sobre el tema que nos ocupa en el ámbito de la contratación pública: el art. 205.2 b) de la Ley de Contratos del Sector Público³⁶ prevé la modificación del contrato en caso de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la licitación, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones que enumera el propio precepto³⁷.

³³ Art. 158 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

«Modificación del precio.»

1. *Después de la celebración del contrato, los precios únicamente podrán incrementarse si en el mismo se reserva expresamente esa posibilidad y se establece que el viajero tiene derecho a una reducción del precio conforme al apartado 4. En tal caso, el contrato indicará el modo en que han de calcularse las revisiones del precio.*

El incremento de los precios solo será posible como consecuencia directa de cambios en:

a) *el precio del transporte de pasajeros derivado del coste del combustible o de otras fuentes de energía,*
b) *el nivel de los impuestos o tasas sobre los servicios de viaje incluidos en el contrato, exigidos por terceros que no están directamente involucrados en la ejecución del viaje combinado, incluidas las tasas, impuestos y recargos turísticos, de aterrizaje y de embarque o desembarque en puertos y aeropuertos, o*

c) *los tipos de cambio de divisa aplicables al viaje combinado.*

[...].»

³⁴ Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles. BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

³⁵ Art. 11 LVPBM: *«Los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago.*

Igualmente, tendrán facultades moderadoras de las cláusulas penales pactadas para el caso de pago anticipado o incumplimiento por parte del comprador».

³⁶ BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017. Art. 205:

«2. *Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:*

b) *Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:*

1.º *Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.*

2.º *Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.*

3.º *Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.»*

³⁷ Además, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha elaborado en este ámbito la conocida como «doctrina del riesgo razonablemente imprevisible» [véase, a título de ejemplo, las SSTs (3.ª) de 9 de marzo de 1999 (Recurso de apelación núm. 7894/1992) o 20 de abril de 2015 (recurso contencioso administrativo núm. 54/2013)].

Como habrá podido comprobarse, los ejemplos citados en las líneas anteriores son supuestos en los que el legislador interviene específicamente (con mayor o menor fortuna) a fin de concretar los conceptos jurídicamente indeterminados que entran en juego en el tema que nos ocupa. Con ello se logra, sin duda, incrementar la seguridad jurídica. Pero, al mismo tiempo, se abren otros interrogantes, a saber: si los casos que no cumplan los requisitos exigidos por el legislador en el ámbito concreto quedan definitivamente excluidos de la aplicación de la doctrina general de la alteración sobrevenida de las circunstancias; y si, en los casos cubiertos por las previsiones específicas, no es posible separarse de la aplicación concreta de la doctrina general que el legislador ha decidido plasmar en la norma. Preguntas estas que no admiten una única respuesta para todos los grupos de normas a los que me he referido y que, desde luego, no son de fácil contestación³⁸.

3.3 Las propuestas de *lege ferenda*

Contienen una propuesta de regulación de la alteración sobrevenida de las circunstancias, tanto la Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil³⁹ (en adelante, PM) como la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil⁴⁰

³⁸ Estas preguntas se suscitaron, por ejemplo, en relación con la normativa de emergencia aprobada en tiempos de pandemia. Vid. GREGORACI, 2020, pp. 475 y 476. GÓMEZ POMAR y ALTI, 2021, pp. 565 y 570.

³⁹ Comisión General de Codificación, 2009.

El art. 1213 PM, titulado «*De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato*» reza como sigue:

«*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 quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

⁴⁰ Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018.

El art. 526-5, titulado «*Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato*» dispone:

«1. *Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución.*

2. *Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando:*

a) *El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato.*

(en adelante, PCCAPDC) y el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil⁴¹ (en adelante, ALCM). La PM, a la que sigue de manera bastante fiel la PCCAPDC, parece inspirarse en el ya citado § 313 BGB; mientras que el APLCM bebe directamente de la regulación contenida en los también mencionados Principios UNIDROIT.

A la vista de lo anterior, no deja de ser sorprendente que la Disposición Adicional Séptima de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁴² instruyera al Gobierno para que realizara un estudio que considerara la codificación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Lo que se explica solo a la vista del renacimiento de la *rebus sic stantibus* como consecuencia de la crisis provocada por la COVID-19⁴³. Como es de sobra conocido, fueron numerosos los trabajos que proliferaron sobre la materia en tiempos de pandemia, así como diversas las voces que defendieron la idoneidad de dicha doctrina para solucionar los graves problemas que, de manera

b) *No es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y*

c) *El contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato.*

3. *El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución».*

⁴¹ Aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 y que en su art. 416-2, titulado «Excesiva onerosidad del contrato» indica lo siguiente:

«1. *En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde. Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto se señale.*

2. *Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos».*

⁴² BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020. La Disposición adicional citada reza como sigue: «El Gobierno presentará a las Comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado, en un plazo no superior a tres meses, un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales, incluidas las existentes en derecho comparado, de incorporar en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla *rebus sic stantibus*. El estudio incluirá los datos disponibles más significativos sobre el impacto de la crisis derivada de la COVID-19 en los contratos privados».

⁴³ A este propósito, se elaboraron diversas iniciativas tanto a nivel nacional, como europeo e incluso mundial que contienen referencias o regulaciones completas del tema que nos ocupa. Me refiero a la Nota COVID 19 publicada el 15 de julio 2020 por el Secretariado de UNIDROIT, a los Principios para la Crisis del COVID-19 elaborados por el *European Law Institute*, o, en el ámbito español, a la propuesta elaborada por la Fundación para la Investigación del Derecho y de la Empresa (FIDE).

Sobre ellas, *vid.* SAN MIGUEL, 2021, pp. 39 a 61.

endémica, afectaron a los contratos. En otro lugar ya expuse mi opinión contraria a esta tesis y avancé los argumentos que me llevaron a sostenerla. Baste añadir aquí que, como se ha dicho recientemente⁴⁴, una codificación singular de la *rebus* o de sus equivalentes funcionales sería una decisión, no solo insólita en el Derecho comparado, sino también profundamente desacertada.

3.4 La jurisprudencia

Se ha dicho, con razón, que la «*rebus [...] es una figura que renace en épocas de crisis*»⁴⁵. Lo anterior explica, a mi juicio, que en la jurisprudencia española sobre la modificación sobrevenida de las circunstancias⁴⁶ puedan distinguirse tres etapas. La primera comprende desde los años inmediatamente sucesivos a la Guerra civil española hasta 2014. La segunda, abarca desde el año 2014 hasta 2018. La tercera etapa comienza en 2018 y continúa hasta ahora. Cabe preguntarse si en breve asistiremos al comienzo de una cuarta etapa.

a) PRIMERA ETAPA: APLICACIÓN RESTRICTIVA

Durante el primer periodo (1940-2014)⁴⁷, el reconocimiento de que un cambio sobrevenido de las circunstancias pudiera justificar un desplazamiento de la fuerza vinculante de los contratos era muy cauteloso.

Esta jurisprudencia se caracterizaba por concebir a la cláusula *rebus sic stantibus* como un remedio absolutamente excepcional que, por estar basado única y exclusivamente en razones de equidad (art. 3.1. CC) se consideraba extralegal, peligroso y de última instancia⁴⁸. Se ha seña-

⁴⁴ GÓMEZ POMAR y ALTI, 2021, p. 576.

⁴⁵ PARRA, 2015, p. 12.

⁴⁶ Sobre ella, *vid.* PARRA, 2021, pp. 25 a 37.

⁴⁷ Aunque, como indican GÓMEZ POMAR y ALTI (2021, p. 512) la primera sentencia del TS de la que se tiene noticia es la STS de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1950, 1135), es la STS de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957, 2164) la que recogió el enunciado originario de la doctrina.

Pertenecen a esta primera etapa también las SSTS de 17 de mayo de 1941, 5 de junio de 1945 y 21 de octubre de 1958.

⁴⁸ La STS de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957, 2164) es la que recogió el enunciado originario de la doctrina, que se ha sintetizado por la más reciente STS 79/2007, de 25 de enero del siguiente modo: «A) [...] la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; B) [...] sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) [...] es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) [...] su admisión [...] requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las cir-

lado⁴⁹ que las razones para una formulación tan estricta y cautelosa eran dos: por un lado, se trataba de una razonable reacción ante alegaciones escasamente fundadas⁵⁰; por otro lado, esta jurisprudencia estaba muy condicionada por el desenlace de la Guerra Civil.

b) SEGUNDA ETAPA: LA CRISIS ECONÓMICA COMO EVENTO IMPREVISIBLE

Tras la crisis económica del año 2008 el TS relajó considerablemente la aplicación de los requisitos exigidos para que la *rebus* fuera de aplicación. Esta segunda etapa, que recibió fuertes críticas por parte de la doctrina⁵¹, abarca desde el año 2014 hasta 2018. Algunos la han calificado de «*anomalía de breve duración*»⁵²: en efecto, comprende únicamente dos sentencias⁵³, ambas del mismo ponente (el Excmo. Sr. D. Javier Orduña)⁵⁴.

Conviene distinguir dos aspectos de estas dos polémicas sentencias. Por un lado, el intento de construcción dogmático teórico que cabe encontrar en ellas. Por otro lado, la decisión concreta de los dos casos que habían llegado al Alto Tribunal. Ambos aspectos merecen, a mi juicio, ser criticados, pero por razones distintas. Trataré de explicar por qué.

En la construcción teórica de la alteración sobrevenida de las circunstancias que el Alto Tribunal ofrece en estas dos sentencias lo más criticable es, a mi modo de ver, su redacción confusa y las continuas alusiones a la necesaria normalización de la cláusula.

Creo que la doctrina del Alto Tribunal podría ser resumida del siguiente modo:

(1) El fundamento de la *rebus sic stantibus* se sitúa en los principios de conmutatividad del comercio jurídico y de buena fe; esta fundamentación objetiva implica que la cláusula *rebus* deja de ser un remedio excepcional («*extralegal*») para pasar a ser un remedio compatible con el sistema codificado.

cunstances en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles».

⁴⁹ SALVADOR, 2009, p. 17

⁵⁰ Al decir de SALVADOR, se trataba de una doctrina «comodín» invocada siempre como último recurso.

⁵¹ CARRASCO, 2015, BERCOVITZ, 2015, RAVENTÓS SOLER, LUNA YERGA, XIOL BARDAJÍ, ALCOVER, 2015.

⁵² GÓMEZ POMAR y ALTI, 2021, p. 517.

⁵³ SSTS 333/2014, de 30 de junio y 591/2014, de 15 de octubre. En sentencias anteriores el Alto Tribunal ya había dado muestras de una actitud mucho más aperturista en la aplicación de la *rebus sic stantibus*, si bien en los casos concretos no llegó nunca a aplicarla. Me refiero a las SSTS 644/2012, de 8 de noviembre y 820/2013, de 17 de enero.

⁵⁴ En ellas se percibe claramente la influencia de la monografía que dicho magistrado había elaborado en coautoría con MARTÍNEZ VELENCOSO en 2013.

(2) La subsidiariedad de la cláusula ya no se entiende en el sentido de que es posible invocarla únicamente cuando no haya otra doctrina aplicable; la cláusula es subsidiaria porque su aplicación procede cuando no se haya asumido el riesgo del cambio de circunstancias.

(3) El presupuesto de su aplicación es la producción de un cambio de circunstancias que determine una alteración causal del contrato; en la valoración de esta mutación, el TS utiliza dos instrumentos: (a) la doctrina alemana de la base del negocio; y (b) el riesgo normal del contrato.

Si tuviera que reconducir las palabras del Alto Tribunal a la estructura básica (presupuestos y efectos) del régimen jurídico de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias, diría que: (1) según el TS para que sea aplicable la doctrina de la *rebus sic stantibus* se deben dar los siguientes presupuestos: (i) el cambio de circunstancias debe ser imprevisible (y para decidir si lo es o no hay que preguntarse si las partes han asumido explícita o implícitamente el riesgo del cambio de circunstancias); y (ii) debe provocar una excesiva onerosidad (para cuya valoración utilizaremos la teoría de la base del negocio). (2) Los efectos de la aplicación de la *rebus sic stantibus* pueden ser de dos tipos: (a) un efecto modificativo de la relación; (b) o un efecto resolutorio.

Interpretadas en ese sentido las palabras del Alto Tribunal, no deberían plantear mayor crítica, más allá de su redacción larga y confusa, que he reproducido en las notas al pie.

Pasando ya al segundo aspecto que debe valorarse de estas sentencias (la decisión concreta que se adopta en ellas), lo reseñable es que el Alto Tribunal consideró que la crisis económica es un evento imprevisible entre profesionales⁵⁵. Aquí es donde reside, a mi modo de ver, el giro copernicano del tribunal. Y es este el aspecto altamente criticable. En efecto, la jurisprudencia tradicional sostenía que el riesgo de que la situación económica y financiera pueda cambiar en el futuro agravando el cumplimiento de la obligación corresponde típicamente al deudor. Así, por ejemplo, la STS 597/2012, de 8 de octubre⁵⁶ excluyó que la aplicación de la *rebus* pudiera favorecer a quien actuó con ánimo especulativo y cuyas expectativas de obtener beneficios se habían visto frustradas por la crisis económica generada a partir de 2008⁵⁷.

⁵⁵ La STS de 30 de junio de 2014 se refería a un contrato de explotación de publicidad en autobuses. En la STS de 15 de octubre de 2014 se modifica la renta de un contrato de larga duración de un edificio destinado a hotel.

⁵⁶ *Cit.* por PARRA, 2021, p. 28, nota 5.

⁵⁷ Véase también las citadas por GÓMEZ POMAR y ALTI, 2021, p. 513, nota 23.

c) TERCERA ETAPA: APLICACIÓN RESTRICTIVA

Desde el año 2019 el TS ha vuelto a aplicar la alteración sobrevenida de las circunstancias de manera restrictiva y lo ha hecho en numerosas sentencias⁵⁸.

Junto a ello, lo que, a mi modo de ver, caracteriza a la jurisprudencia de esta etapa es que la distribución de los riesgos en el contrato se erige en pieza clave para la decisión de los litigios. Pero sobre este tema volveré mas adelante⁵⁹.

d) ¿UNA CUARTA ETAPA POST-COVID-19?

Cabe preguntarse si asistiremos a una nueva etapa jurisprudencial en un futuro no muy lejano ya que, si bien en el momento en que se escriben estas líneas todavía no ha llegado al Alto Tribunal ningún caso relacionado con el tema objeto de este estudio y la crisis provocada por la COVID-19, es muy probable que en los próximos años deba pronunciarse al respecto. Como es de sobra conocido, y ya se ha recordado aquí, la *rebus* se ha enarbolado por muchos como la institución adecuada para paliar los graves problemas que, como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria han sufrido los contratos⁶⁰; e incluso los tribunales menores han dictado medidas cautelares al albur de una probable aplicación de la *rebus*⁶¹ en el caso concreto.

4. UN INTENTO DE CONSTRUCCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Llegados a este punto del trabajo, contamos con todas las piezas que existen en nuestro Ordenamiento jurídico para ensayar la construcción de un régimen jurídico de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las

⁵⁸ SSTS 227/2015, de 30 de abril, 447/2017, de 13 de julio de 2017, 477/2017, de 20 de julio, 179/2018, de 3 de abril, 5/2019, de 9 de enero, 19/2019, de 15 de enero, 214/2019, de 5 de abril, 452/2019, de 18 de julio, 455/2019, de 18 de julio, y 156/2020, de 6 de marzo. Una excelente síntesis de dicha jurisprudencia es la que se encuentra en PARRA, 2021, pp. 30 a 37.

⁵⁹ *Vid. infra*. 4.1.a)

⁶⁰ Otros muchos se han mostrado contrarios a esta idea. Véase, los que cito en GREGORACI, 2020, pp. 463 a 470.

⁶¹ *Vid.* SAP Badajoz (Sección 2.ª) de 30 de diciembre de 2021, Auto núm. 162/2020, de 7 de julio de 2020, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benidorm, Auto 447/2020, de 25 de septiembre de 2020, del Juzgado de Primera Instancia núm. 81 de Madrid, Auto 424/2020, de 23 de diciembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona, entre muchos otros.

circunstancias. Este ensayo debe partir de las dos cuestiones básicas que, como ya indiqué al comienzo, deben contestarse en esta materia: (a) cuáles son los presupuestos de aplicación de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias; y (b) cuáles sus efectos en el contrato.

4.1 Los presupuestos de aplicación

Díez-Picazo y Ponce de León expresó de manera muy elocuente los presupuestos de aplicación exigidos por la jurisprudencia. Según el mencionado autor, la jurisprudencia es sensible a aquellos cambios de circunstancias que durante la vida del contrato sacuden «*violentemente y por completo los datos objetivos sobre los cuales el contrato se había establecido, produciendo fuertes desequilibrios que llevan más allá del límite del sacrificio exigible a cada una de las partes del contrato, y del riesgo que razonablemente estas asumirán en virtud del contrato*»⁶².

El lector atento se habrá percatado de que el desplazamiento del *pacta sunt servanda* no está justificado por *cualquier* cambio de circunstancias, ni por *cualquier* desequilibrio contractual. Los requisitos que deben reunir cada uno de estos dos presupuestos para que se desencadenen los efectos propios de la alteración sobrevenida de las circunstancias van a ser objeto de mi atención en las líneas que siguen.

a) PRIMER PRESUPUESTO: CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. SUS CONDICIONES

El cambio de circunstancias debe ser sobrevenido, imprevisible, extraordinario y no imputable a ninguna de las partes.

El carácter *sobrevenido* del cambio de circunstancias significa que tiene lugar con posterioridad a la celebración del contrato y antes de su cumplimiento⁶³. Es precisamente durante el tiempo de cumplimiento del contrato, cuando, de forma sobrevenida, ha de tener lugar el cambio de circunstancias.

Coinciden en esto también todos los textos analizados al comienzo del trabajo, con la excepción del BGB y de los Principios UNIDROIT.

La opción del legislador alemán es tratar conjuntamente el cambio de circunstancias, posterior a la celebración del contrato, y la falsa representación de la realidad existente en el momento de contratar. Los Principios UNIDROIT, por su parte, admiten acontecimientos anteriores pero que son conocidos por

⁶² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 58-59.

⁶³ VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, 2015, p. 71.

las partes con posterioridad a la celebración del contrato⁶⁴. Aunque algún autor entre nosotros se ha mostrado partidario de la opción alemana⁶⁵, lo cierto es que en nuestro Ordenamiento jurídico los casos de falsa representación de la realidad reciben su tratamiento en el error común.

El hecho de que el cambio de circunstancias tenga que ser *extraordinario* para que se justifique la modificación del contrato es algo que exige la unanimidad de la doctrina, que, en términos generales, se refiere a alteraciones de gran entidad o realmente extraordinarias⁶⁶.

El carácter *imprevisible* del cambio de circunstancias debe valorarse en el momento de la celebración del contrato⁶⁷ y teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso, en particular la naturaleza del contrato, el acontecimiento en sí, sus dimensiones⁶⁸ y las cualificaciones profesionales de los contratantes: lo que puede ser imprevisible para un contratante no profesional, puede no serlo para un no profesional⁶⁹.

El origen del cambio de circunstancias debe ser totalmente ajeno a la voluntad de las partes, debiendo quedar absolutamente ajeno a su esfera de control. Es decir, el cambio de circunstancias ha de ser *no imputable* a las partes⁷⁰. Y así, a título de ejemplo, en el ATS de 21 de marzo de 2018⁷¹ no se aplicó la *rebus* ya que los resultados negativos de la explotación hotelera obedecían también a causas como la mala gestión u organización de la empresa que pretendía su aplicación.

Para que la alteración de circunstancias pueda llegar a justificar una modificación del contrato, resulta imprescindible que el *riesgo* de su acaecimiento no le correspondiera a ninguna de las partes. En otras palabras, no procede la aplicación de la alteración sobrevenida de circunstancias cuando ello forme

⁶⁴ SAN MIGUEL, 2021, p. 48.

⁶⁵ Dice, a este propósito, SALVADOR:

«[A] una modificación de las circunstancias equivale la ausencia originaria de la base subjetiva del negocio, como-expresamente-sucede en el derecho alemán (parágrafo 313.2 BGB) y sobre todo en los casos de error bilateral o, aunque más difícilmente, en el de error vicio o en los motivos. [...] [E]l cambio latente puede concurrir en el momento de la celebración del contrato y, en tal caso, habrá que estar a la nota de la imprevisibilidad, pues si la alteración, por más que latente en el momento de la celebración, era entonces imprevisible y solo ex post se revela como relevante, la latencia misma no obsta a la aplicabilidad de la regla del art. 1213».

⁶⁶ VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, RDC, 2015, p. 66. CASTIÑEIRA, 2012, pp. 72-73.

⁶⁷ PARRA, 2015, p. 19. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000, p. 55.

⁶⁸ AMUNÁTEGUI, 2003, pp. 259, 260.

⁶⁹ FERNÁNDEZ EGEA, 2019, p. 8, citando la STS 39/2013, de 13 de febrero.

⁷⁰ VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, RDC, 2015, p. 73, siguiendo a GARCÍA CARACUEL, 2014, p. 334. ESTRUCH, 2020, p. 2073. CARRASCO, 2010, p. 1007. MILÀ 2020, p. 7.

⁷¹ Núm. de procedimiento 3076/2015.

parte del riesgo que la ley atribuye a alguna de las partes o del riesgo que ha sido contractualmente asumido, expresa o tácitamente, por una de las partes⁷².

La doctrina subraya la importancia de este presupuesto que, además, y como ya he tenido ocasión de poner de manifiesto, ha adquirido especial relevancia en la jurisprudencia del TS de la última etapa.

En la doctrina⁷³ destacan, en primer lugar, las palabras de Díez-Picazo y Ponce de León⁷⁴ quien señala que: «*Hay, por consiguiente, un marco de previsión y, por la misma razón, un marco de riesgo. Constituye un riesgo para las partes del contrato un determinado cambio en las circunstancias. Por ejemplo, que los precios varíen, que los costos de producción de la mercancía que se tiene que vender, crezcan; que la demanda de tales bienes o servicios se reduzca.*»

Adquieren especial relevancia las palabras de Parra⁷⁵, Catedrática de Derecho civil y ahora magistrada del TS, que ha sido ponente en algunas de las sentencias más recientes sobre el tema que nos ocupa y en las que cabe reconocer algunas de las ideas que dejó expresadas en sus escritos. Así, la autora ya había puesto de manifiesto que, por razones de seguridad jurídica, clave en el desarrollo económico, resulta imprescindible agotar los recursos de distribución del riesgo de cada contrato según su naturaleza y según la ley de modo que para plantear la necesidad de una revisión de lo pactado pueda sostenerse que el riesgo sobrevenido que perjudica a una parte no debe quedar a su cargo.

La jurisprudencia ha rechazado en numerosas ocasiones la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* debido a que existía en el caso una asunción del riesgo del cambio de circunstancias en el contrato o porque dicho cambio formaba parte del alea normal del contrato⁷⁶. La reciente STS 156/2020, de 6 de marzo, reproduciendo las palabras de la STS 452/2019, de 18 de julio indica a este propósito lo siguiente:

«Es condición necesaria para la aplicación de la regla rebus la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y la naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo [recientemente Sentencia

⁷² Por todos, FERNÁNDEZ EGEA, *CCJC*, n.º 111/20, p. 9. GÓMEZ POMAR y ALTI, 2021, pp. 509 y 510. MILÀ 2020, p. 7, citando a Treitel afirma que una vez los riesgos han sido distribuidos por las partes en el contrato, estos no deben, por regla general, ser reasignados de manera diferente por los tribunales.

⁷³ Además de quienes se citan en el texto, véase también MARTÍNEZ VELENCOSO, 2011, p. 5, VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, *RDC*, 2015, p. 72.

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2008, p. 1055.

⁷⁵ PARRA, 2015, pp. 31, 45.

⁷⁶ VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, *RDC*, 2015, p. 73, citando a MARTÍNEZ VELENCOSO.

5/2019, de 9 de enero (RJ 2019, 5)]. No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (Sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)». (FD.º 4.º)

¿Cuándo, según la asignación de los riesgos, determinados acontecimientos deben ser trasladados a la parte que no ha resultado perjudicada por los mismos? Como señala el propio TS «*Precisamente aquí está el problema*»⁷⁷. Problema que es, además, de interpretación del contrato⁷⁸.

b) SEGUNDO PRESUPUESTO: RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO.
LA EXCESIVA ONEROSIDAD

En relación con el segundo requisito (el desequilibrio en el contrato), debe tratarse de un desequilibrio anormal y situarse más allá de cualquier posible cálculo. En otras palabras, el contrato deviene excesivamente oneroso. A este requisito se refiere parte de la doctrina⁷⁹ como la desaparición sobrevinida de la base del negocio.

⁷⁷ SSTS 214/2019, de 5 de abril y 19/2019, de 15 de enero. En un reciente estudio, ESTRUCH, 2020, p. 2073, siguiendo a CARRASCO, 2010, pp. 1022-1043, ha tratado de extraer los criterios jurisprudenciales de asignación de los riesgos que pueden aplicarse con carácter general. Sus conclusiones pueden sintetizarse del siguiente modo: (a) la vinculación contractual deberá aplicarse con mayor rigor al contratante profesional que al que no lo sea. El profesional debe ser conocedor de los riesgos que pueden acontecer en el mercado en que opera y, por lo tanto, debe asumir las consecuencias negativas que le pueda ocasionar el acaecimiento de esos riesgos. (b) No está justificada la excepción a la vinculación contractual: (i) Cuando se trata de operaciones comerciales especulativas. (ii) En los contratos con un alto componente de aleatoriedad en las contraprestaciones, y en los que, por lo tanto, el riesgo está implícito. (iii) En caso de depreciación o apreciación del valor de los inmuebles. (iv) Cuando hay un cambio de calificación urbanística de los terrenos objeto de contrato. (v) En casos de cambio de normativa en los mercados altamente regulados, pues los contratantes en estos ámbitos son o deben ser conocedores del riesgo regulatorio. (vi) Cuando el comprador que necesita financiación no la obtiene. (c) En particular, se considera que las partes han asignado el riesgo en el contrato cuando pactan el siguiente tipo de cláusulas: (i) Cláusulas de determinación del precio con referencia a algún índice variable, escala móvil o cláusula de estabilización. En estos casos se considera que las partes han previsto en el contrato las consecuencias del incremento o disminución del precio. (ii) Cláusulas que permiten una salida razonable del contratante perjudicado (por ejemplo, arras penitenciales) precisamente para el caso de que circunstancias sobrevinidas hagan inviable o inconveniente para su posición contractual el mantenimiento del contrato. (c) Cuando en un contrato la prestación que deba recibir una de las partes se ha determinado teniendo en cuenta el beneficio que pueda obtener la contraparte, el riesgo de la sobrevenida de acontecimientos que afecten a la rentabilidad del negocio ha sido asumido por ambas partes contratantes y ambas deben sufrir su caída. Pero, si se hubiera establecido en el contrato una cuantía mínima de la contraprestación que, en cualquier caso, deba recibir una de las partes contratantes, parece que el riesgo hasta esa cuantía mínima lo asume exclusivamente la parte obligada a su pago. (d) Todos estos criterios pueden ser modificados por la voluntad de las partes en el contrato.

⁷⁸ PARRA, 2021, p. 27. Que menciona las SSTS 658/2012, de 14 de noviembre; 711/2013, de 27 de noviembre; 626/2013, de 29 de octubre, 16 de octubre de 1989 y 4 de julio de 1996.

⁷⁹ Véase, por todos, VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, RDC, 2015, p. 73, note 23.

La mayor onerosidad está implícita en el riesgo mismo del contrato, forma parte del alea normal del negocio, pues cada parte asume razonablemente que las circunstancias pueden alterarse en sentido positivo o negativo para sus propios intereses⁸⁰. Por ello, la idea que subyace a este requisito es la alteración anormal y fuera de todo cálculo de la economía del contrato, que, en contra del principio de buena fe y de equidad, rompe la proporcionalidad inicial de las prestaciones, de forma que no es ya razonable mantener la eficacia vinculante del contrato en sus términos originarios⁸¹. Luz Velencoso⁸² utiliza la expresión «destrucción» de la relación de equivalencia entre las prestaciones.

La previsibilidad juega un importante papel también en este ámbito. Así, Parra⁸³ considera que habrá excesiva onerosidad cuando «[e]l cumplimiento de una de las prestaciones resulta mucho más gravoso de lo que podía razonablemente preverse en el momento de perfeccionar el contrato». Para esta autora son únicamente admisibles las alteraciones y desequilibrios sobre los que cabe pensar que, de haberlos previsto, las partes no hubieran prestado su consentimiento⁸⁴.

En las ya citadas sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014 (sentencias de la que he denominado «segunda etapa») se tuvo en cuenta el impacto del concreto negocio en la viabilidad del resto de áreas de explotación de la empresa, así como el resultado reiterado de pérdidas del negocio. La doctrina ha criticado duramente estas sentencias también en este punto, advirtiendo que el Alto Tribunal se deslizaba por un camino peligroso al tratar de construir en un contrato entre dos partes razonamientos de tipo pre concursal, sin que se diesen los presupuestos legales para ello⁸⁵.

La más reciente STS 19/2019, de 15 de enero no rebaja la renta de un contrato de arrendamiento de larga duración de un hotel ya que (entre otras razones) las pérdidas eran inferiores al 50%. El Alto Tribunal tomó en consideración el ya citado art. 1575 CC, situado en sede de arrendamientos rústicos, que concede al arrendatario el derecho a rebajar la renta en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios. La cifra del 50%, sin embargo, no parece que sea extensible a contratos distintos de los arrendamientos, como demuestra el hecho de que en la STS 64/2015 de 24 de febrero, relativa a un

⁸⁰ FERNÁNDEZ EGEA, 2020, p. 15, siguiendo a GONZÁLEZ PACANOWSKA y PARRA.

⁸¹ VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, *RDC*, 2015, p. 73.

⁸² PARRA, 2015, p. 5.

⁸³ PARRA, 2015, p. 4.

⁸⁴ PARRA, 2015, p. 25.

⁸⁵ PARRA, 2015, p. 27

contrato de compraventa, la pérdida de valor de un 50% de las fincas como consecuencia de la crisis inmobiliaria no se consideró excesiva onerosidad.

4.2 Los efectos: la modificación o la resolución del contrato

El efecto de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias puede ser la modificación o la resolución del contrato. Los interrogantes que se plantean al respecto son muy numerosos: ¿cuál de los dos efectos tiene preferencia? ¿La modificación o la resolución? ¿Están obligadas las partes a renegociar el contrato? ¿Cuál es el efecto de la renegociación sobre el cumplimiento del contrato? ¿Cabe acudir directamente a los tribunales? En caso de que el caso llegue a conocimiento de un juez, ¿son sus poderes de revisión del contrato ilimitados?

Se convendrá en la trascendencia de las preguntas planteadas para la aplicación práctica de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Y, sin embargo, la respuesta a ellas no suele encontrarse en nuestra jurisprudencia, acaso porque estos problemas no han llegado a suscitarse en nuestros tribunales. El recurso a los textos que han regulado el tema que nos ocupa y a los que me he referido al comienzo del trabajo resulta de gran utilidad en este ámbito.

a) LA PREFERENCIA POR LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Según indica Carrasco⁸⁶ la jurisprudencia española declara que la medida prioritaria debe ser la modificación del contrato. Esta preferencia por la revisión de las condiciones del contrato frente a la resolución se refleja igualmente en la PM y en la PCCAPDC, así como en los textos europeos e internacionales del Moderno Derecho de contratos y en el Derecho comparado, con la llamativa excepción del Derecho italiano.

b) LA NEGOCIACIÓN: ¿OBLIGACIÓN, FACULTAD O CARGA?

Este importante interrogante no está resuelto en nuestra jurisprudencia. Y la respuesta que recibe en los diversos textos a los que acudimos en busca de orientación no es unánime.

⁸⁶ CARRASCO, 2020, 20/46.

La negociación se configura como una obligación en los PECL, que declaran la obligación de las partes de entablar negociaciones («*the parties are bound to enter into negotiations*»).

En la PCCAPDC la solicitud de negociar se configura como una suerte de carga de la parte perjudicada, pues para pretender la revisión o la resolución del contrato, debe haber intentado de buena fe una negociación dirigida, además, a una revisión razonable del contrato.

En los Principios UNIDROIT y en el DCFR la solicitud de negociación es una facultad de la parte perjudicada por el cambio de circunstancias⁸⁷.

En los Principios UNIDROIT encontramos, además, la regulación más detallada de la solicitud de negociación, exigiendo que se presente «tan pronto como sea posible» y que se indiquen las razones que justifican su pretensión.

No me parece descabellado defender la existencia de un deber de negociar en nuestro Ordenamiento jurídico, que estaría sustentado en el principio general de la buena fe⁸⁸. Sin embargo, la efectividad de este deber puede verse seriamente comprometida si no va acompañada de una suspensión del cumplimiento del contrato durante las negociaciones. A ello me refiero inmediatamente.

c) ¿SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DURANTE LAS NEGOCIACIONES?

No todos los textos se pronuncian sobre los efectos de la negociación sobre el contrato y, en concreto, sobre la posibilidad de la parte perjudicada de suspender el cumplimiento del contrato. Y aquellos que lo hacen (Principios UNIDROIT y CC francés) se declaran contrarios a dicha posibilidad.

Sin embargo, como Morales⁸⁹ ha puesto de manifiesto, el período más crítico para el contratante perjudicado por la alteración sobrevenida de las circunstancias es, precisamente, aquel que se sitúa entre el momento en que sobreviene el cambio y aquel en que se transforma la situación jurídica (esto es, cuando termina todo el procedimiento).

Como ya indiqué en otro lugar⁹⁰, es posible justificar la suspensión del cumplimiento utilizando dos caminos: por un lado, permitiendo a la parte perjudicada suspender el cumplimiento a su propio riesgo, ofreciendo una prestación ajustada a la nueva situación; por otro lado, entendiendo que la pretensión de cumplimiento de la otra parte queda limitada por el principio general de la buena fe.

⁸⁷ SAN MIGUEL, 2021, p. 51.

⁸⁸ Ya lo indiqué en GREGORACI, 2020, p. 468.

⁸⁹ MORALES, 2020, p. 451.

⁹⁰ GREGORACI, 2020, pp. 468-469.

d) EL RECURSO A LOS TRIBUNALES Y LOS PODERES DEL JUEZ

Tal y como indica San Miguel en su análisis de la cláusula *rebus* en el Moderno Derecho de Contratos, «[e]n todos los textos, el recurso a los tribunales judiciales o arbitrales es subsidiario, para el caso en el que la otra parte no ha accedido a renegociar o cuando las partes no han llegado a un acuerdo en un tiempo prudencial. En estas situaciones, cualquiera de las partes puede acudir al juez»⁹¹.

Una vez que el contrato afectado por la alteración sobrevenida de las circunstancias llega al conocimiento del juez, ¿es su poder de decisión ilimitado? Coincido con Gómez Pomar y Alti⁹² en que a este respecto debe tenerse en cuenta el principio de congruencia procesal, de modo que «si un juez debe aplicar la *rebus*, tan sólo podrá acordar modificaciones contractuales que hayan sido solicitadas por las partes, pero no podrá por él mismo imponer a las partes cambios o modificaciones más allá de lo que cualquiera de ellas hubiera solicitado».

5. CONCLUSIONES

El hecho de que la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias no esté codificada no ha sido óbice para que esta figura se haya desarrollado ampliamente en nuestro Derecho, fundamentalmente por obra de la jurisprudencia y de la doctrina que la ha estudiado.

La construcción de un régimen jurídico de la alteración sobrevenida de las circunstancias en nuestro Ordenamiento, sin embargo, no está exenta de dificultades. Y ello por varias razones.

Ante todo, porque el debate se ve en ocasiones oscurecido por disquisiciones dogmáticas que no conducen a ningún resultado operativo y que pueden llegar a confundir a los operadores jurídicos. Sirva como ejemplo la jurisprudencia de la que hemos denominado «segunda etapa» en la que se invoca la doctrina alemana de la base del negocio junto con la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en términos poco claros.

A lo anterior habría que añadir la visión *idealista* que entre parte de la doctrina y en varios tribunales menores parece tenerse de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias: son muchas las voces que la han invocado como una institución capaz de solventar los graves problemas

⁹¹ SAN MIGUEL, 2021, p. 55.

⁹² GÓMEZ POMAR y ALTI, 2021, p. 518

que crisis como la pandemia provocada por la COVID-19 pueden desencadenar en los contratos. Lo que sin duda contribuye a aumentar el número de litigantes que emplean esta doctrina ante los tribunales menores, sorprendentemente receptivos a ella.

La conveniencia de codificar la alteración sobrevenida de las circunstancias en nuestro Ordenamiento no es mayor que la conveniencia, o más bien urgencia, de modernizar el Derecho de obligaciones y contratos. Es a propósito de una integral reforma del CC en esta materia en la que, sin duda, sería conveniente introducir una regulación de la excesiva onerosidad. La PM nos ofrece un modelo solvente y en la línea de los textos del Moderno Derecho de Obligaciones y Contratos.

Hasta que llegue ese momento, creo que los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia deberían centrarse en el análisis de las dos cuestiones básicas que se plantean en este tema: sus presupuestos de aplicación y sus efectos.

A este propósito, se percibe que la primera cuestión está mucho más desarrollada en nuestra jurisprudencia que la segunda. El TS se ha centrado en la determinación de los presupuestos de aplicación de la alteración sobrevenida de las circunstancias y, dentro de ellos, ha tenido que pronunciarse fundamentalmente sobre los eventos que cabe entender que justifican un desplazamiento de la inmutabilidad y de la fuerza vinculante de los contratos. La que he denominado «jurisprudencia de la tercera etapa» constituye a mi modo de ver un ejemplo del esfuerzo del Alto Tribunal por clarificar y concretar sensatamente conceptos (necesaria y) jurídicamente indeterminados.

Los esfuerzos de la doctrina deberían centrarse en aquello que parece no suscitarse ante los tribunales, pero cuya trascendencia práctica me parece indudable: me refiero a la concreción del régimen jurídico de la negociación del contrato cuando la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias la justifique. El Derecho comparado y el Moderno Derecho de contratos constituyen aquí, una vez más, una buena brújula para el investigador.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BERCOVITZ, R.: «Cláusula rebus sic stantibus. Comentario a la STS de 30 de junio de 2014», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 97, 2015, 345-367.
- CARRASCO, A.: *Derecho de contratos*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, ediciones de 2010, 2017 y 2020.
- «Reinvindicación y defensa de la vieja doctrina rebus sic stantibus», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98, 2015, pp. 175-206.

- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil*, ed. Tecnos, Madrid, 2018.
- CASTIÑEIRA, J.: «Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 29, 2012.
- CASTRO, F. de: *El negocio jurídico*, Madrid, 1972.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN PRIMERA: *Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, ed. Ministerio de Justicia, 2009.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción y teoría del contrato*, ed. Thomson Civitas, Pamplona, 2007
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, ed. Thomson Civitas, Pamplona, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. Y MORALES, A. M.: *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, ed. Civitas, Pamplona, 2002.
- ESTRUCH, J.: «La aplicación de la cláusula rebus sic stantibus», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 780, 2020, pp. 2037-2095
- FERNÁNDEZ EGEA, M. A.: «Inaplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” a los efectos de modificar o extinguir el acuerdo de conmutación del usufructo vital. Comentario a STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019, 1360)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.111/20.
- GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid, 2014.
- GÓMEZ POMAR, F. y ALTI, J.: «Cláusula rebus sic stantibus: viabilidad y oportunidad de su codificación en el Derecho civil español», en *InDret* 1.2021, pp. 502 a 577.
- GREGORACI, B.: «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», en *Anuario de Derecho Civil*, 2020-II, pp. 455-490.
- JEREZ, C. (coord.): *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 129. Disponible también en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-38
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: *UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts* (2016), UNIDROIT, Roma, 2016.
- LANDO, O., BEALE, H. (edit.): *Principles of European Contract Law*, parte I y II, preparados por *The Commission of European Contract Law*, Kluwer, La Haya, 2000.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida de las circunstancias en el Fuero Nuevo», *Revista jurídica de Navarra*, n.º 30, 2000,
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: «Riesgo negocial v. “cláusula rebus sic stantibus”. Comentario a las SSTs, 1.ª, 1.6.2010 y 21.7.2010», *InDret*, 1.2011,
- MILÀ, R.: «Cláusula “rebus sic stantibus” y contrato de arrendamiento: el riesgo de disminución de rentabilidad del negocio debe ser considerado propio de la arrendataria. Comentario a la STS de 15 de enero de 2019», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 112/2020.

- MORALES, A. M.: «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», en *ADC*, 2020, II, pp. 447 a 454.
- OLIVA, F.: «Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia», en *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, núm. 28, 2020, pp. 142 a 163.
- ORDUÑA, J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2013.
- QUICIOS, S.: «COVID y arrendamientos de locales de negocio», en *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones, T. II, Número Extraordinario del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, GREGORACI, B. y Velasco, F. (Coord.), ed. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 203 a 222.
- PARRA, M. A.: «La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo», en *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones, T. II, Número Extraordinario del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, GREGORACI, B. y Velasco, F. (Coord.), ed. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 25 a 37.
- «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», en *InDret*, 4.2015.
- RAVENTÓS SOLER, A., LUNA YERGA, Á., XIOL BARDAJÍ, M.: «Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014», *Aranzadi Doctrinal*, n. 3/2015.
- SALVADOR, P.: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *InDret*, 4.2009, pp. 7 y ss.
- SAN MIGUEL, L. P.: «La cláusula *rebus sic stantibus* en el Moderno Derecho de Obligaciones y Contratos», en *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones, T. II, Número Extraordinario del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, GREGORACI, B. y Velasco, F. (Coord.), ed. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 39 a 61.
- «El cambio de circunstancias y sus efectos en el contrato: especial atención a la propuesta de regulación de los principios latinoamericanos de derecho de los contratos», en *Estudios de Derecho de contratos en homenaje a Antonio-Manuel Morales Moreno*, A. Vidal Olivares (Dir.) y G. Severín Fuster (Coord.), ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018, pp. 897 a 931.
- VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, L.: «El vaivén de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», en *Revista de Derecho Civil*, V. II, n. 4, 2015.
- VON BAR, CLIVE Y SCHÜLTE NOLKE (edit): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, preparados por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, ed. Sellier, Munich, 2009.
- VVAA: *Diccionario jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

XIX

LA CONSIGNACIÓN

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. El régimen del CC y su ulterior modificación.–2. Otras consignaciones legales en el ámbito civil.–3. El interés al que atiende la consignación: la facultad del deudor.–4. El ámbito objetivo de la consignación.–5. La oferta de cumplimiento como presupuesto básico para la consignación.–6. La nueva casuística que posibilita desencadenar el procedimiento. 6.1 Los supuestos tradicionales. 6.2 La excesiva onerosidad.–7. Las excepciones al ofrecimiento de pago.–8. El adicional anuncio de la consignación a los interesados.–9. El procedimiento de consignación. 9.1 La consignación judicial. 9.2 La consignación notarial.–10. La retirada de la cosa consignada. 10.1 La exclusiva iniciativa del deudor. 10.2 La retirada consentida por el acreedor.–11. Efectos de la consignación.–12. Gastos de la consignación.–13. Específica referencia a la consignación judicial del art. 471 de la LEC.–14. Bibliografía.

1. EL RÉGIMEN DEL CC Y SU ULTERIOR MODIFICACIÓN

El régimen que pudiéramos denominar común del ofrecimiento de pago y la consignación aparece regulado en los arts. 1176 a 1181, dentro de la sección 1.^a destinada al pago y sus subrogados como modo de extinción de las obligaciones a lo que se refiere el Capítulo IV, del Título I, Libro IV del CC.

Junto con tales preceptos, y por referencia al propio Código, cabe también la específica mención al art. 1776, donde se contempla un concreto supuesto de consignación judicial, caso de que existan justos motivos para que el

depositario no conserve el depósito de forma que, si el depositante se resiste a la restitución, cabe obtener del Juez su consignación. Precepto que no es sino la aplicación a un supuesto contractual específico de las normas generales reguladoras de la consignación.

Todos los preceptos de la referida Sección 1.^a habían transitado inalterados desde la inicial redacción del CC de 1889 hasta que se produjo la importante modificación acaecida con motivo de la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria («BOE» núm. 158, de 3 de julio), reguladora de la nueva consignación notarial, que adicionalmente determinó la introducción de profundas alteraciones en el básico art. 1176, esencialmente para asumir los desarrollos jurisprudenciales habidos al amparo de la normativa anterior, y, a la vez, en los arts. 1178 y 1180 para operar la necesaria adaptación a la nueva legislación de jurisdicción voluntaria.

Es de subrayar que la modificación acaecida en 2015 tiene parcialmente en cuenta los términos con los que se pronunció la Comisión General de Codificación en su Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, publicada en el Boletín del Ministerio de Justicia de enero de 2009 y que se contenía en sus arts. 1170 a 1175. Haremos referencia a ellos con ocasión del tratamiento puntual de las diversas cuestiones que suscita el análisis de la consignación.

Los orígenes de la figura, común a los restantes Códigos europeos de la época, se encuentra en la Ley 8.^a, título 14 y en la Ley 38, título 13 de la Partida 5.^a donde ya se contenía el previo ofrecimiento de pago como requisito de la consignación pues «la consignación voluntaria de cualquier cantidad hecha por el deudor, sin que el acreedor se haya negado a recibirla, no puede perjudicar a éste» (STS de 1 de febrero de 1872).

En todo caso, frente a la clásica finalidad de la consignación como modo de liberarse el deudor de su obligación en el ámbito de las relaciones obligatorias, es lo cierto que la idea de consignación se ha utilizado para otras finalidades colaterales mediante normas específicas, que a continuación describiremos, si bien debe subrayarse que el objetivo central de este trabajo radica en el análisis de la institución para las específicas finalidades liberatorias que se contemplan en los citados preceptos del CC. En esta línea es oportuna la referencia de Toribios, F. («Comentarios...», p. 1308) a que pueden existir, junto con las posibilidades que ofrecen estos preceptos del Código civil, otras consignaciones extrajudiciales como son, por ejemplo, las realizadas mediante ingreso en cuenta bancaria del acreedor (STS de 29 de mayo de 1978, ROJ: STS 4209/1978) que sin embargo, como bien apunta, agotan su eficacia en ser meros ofrecimientos de pago, es decir integrar el primero de los presupuestos

exigidos por el CC, no permitiendo al deudor «obtener una resolución que mande cancelar la obligación principal».

A tal efecto reitera esta idea la STS de 10 de enero de 2018 (ROJ: STS 9/2018 - Recurso 1448/2015) donde expresamente se menciona que «en el presente caso solo consta un certificado de la transferencia realizada a la cuenta del Juzgado. No consta un decreto del letrado de la Administración de Justicia teniendo por aceptada la consignación (art. 99.3 LJV) ni, en defecto de aceptación por los demandantes ahora recurrentes, un auto judicial que tenga por bien hecha la consignación (art. 99.5 LJV). En definitiva, no puede afirmarse que se haya extinguido la obligación de restituir a los demandantes las cantidades derivadas de la aplicación de la cláusula nula».

Desde otra perspectiva diríamos que este procedimiento de jurisdicción voluntaria persigue el pago de la deuda por medio de la consignación, por ello se examina en sede de cumplimiento. De esta manera su finalidad no es la sola consignación, es decir el nudo ingreso de una cantidad o depósito de una cosa en sede judicial, con indeterminados efectos, sino que este ingreso tendrá trascendencia jurídica, si se cumplen los presupuestos legales como medio de extinción de la obligación.

Sucintamente descrito diremos que el inicial precepto del CC, novedoso y básico en la configuración de esta facultad del deudor, describe las relaciones entre la oferta y la consignación, los supuestos en que va a proceder la ulterior consignación así como las excepciones al previo ofrecimiento y la consecuencia que produce que no es sino la liberación del deudor. El art. 1177 establece el anuncio de la consignación a otros interesados cuyo procedimiento disciplina el siguiente precepto, regulando el art. 1179 el régimen de imputación de los gastos que genere para finalmente describirse los efectos liberatorios de la obligación y su articulación así como las consecuencias de su retirada, caso de aceptarse por el acreedor, una vez realizada.

2. OTRAS CONSIGNACIONES LEGALES EN EL ÁMBITO CIVIL

Como queda apuntado, junto con el régimen general de la consignación contenida en los artículos del CC y en su remisión a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, existen otras normas que contemplan supuestos específicos de consignación, frecuentemente ajenas a la función esencialmente solutoria que configura la institución de los arts. 1176 y siguientes. Ahora bien, en la medida en que sean compatibles parece que en todos estos casos el «depósito» a realizar, si bien cumple normalmente otros fines, si debiera seguir el trámite de la

consignación judicial regulada en los arts. 98 y 99 de la LJV salvo que la norma que exige la consignación precise alternativas a su realización. (Así lo afirma Seoane, J., «Comentario...», art. 98, quien considera que son preceptos de aplicación general aunque debe concluirse la exoneración del previo ofrecimiento de pago). En todo caso quedan al margen de la breve exposición que a continuación sigue otros supuestos legales de «consignación» o «depósito» ajenos a las relaciones jurídico-privadas pero que también se contienen en ámbitos como el tributario, laboral o administrativo.

Sin ánimo exhaustivo y con incidencia práctica en el marco de las relaciones civiles destacaremos los siguientes:

2.1. Cabe mencionar en primer lugar la «consignación para pago» del art. 7.3 del Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de Octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor (*BOE* núm. 267, de 5 de noviembre), modificado en este punto finalmente por la Ley 35/2015 de 22 de septiembre (*BOE* núm. 228, de 23 de septiembre de 2015). Norma que, a través de la consignación por parte de la entidad aseguradora, busca obviar la aplicación del interés de demora que, a modo de cláusula penal, impone el art. 20 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre del Seguro (*BOE* núm. 250, de 17 de octubre) y que se aparta del régimen general del CC en cuanto que no precisa de previo ofrecimiento al perjudicado. En todo caso desde el momento en que en el precepto se describe ahora tal operación como «consignación para pago» carece ya de sentido la discusión inicial acerca de si era un mero depósito, a expensas de la resultas del proceso, o por el contrario debía entregarse directamente al perjudicado como sin duda el referido precepto ya aclara tras sus sucesivas reformas.

Evidentemente, el análisis pormenorizado de este precepto excede los límites del trabajo si bien ocasiona cierta litigiosidad como puede verse en la última de las Sentencias de la Sala 1.^a recaída sobre la materia (STS n.º 143/ 2018 de 14 de marzo, ROJ: STS 860/2018 - Recurso 2583/2015) a la que haremos alguna referencia ulterior.

2.2. En el ámbito arrendaticio cabe la mención de dos preceptos de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000) como son los arts. 22.4 y 449.1.

Respecto del art. 22.4 debe destacarse que se equipara el pago al arrendador con la puesta a su disposición, mediante su consignación judicial, de las cantidades que adeude «en el momento de dicho pago enervador del desahucio», si bien la problemática de este supuesto enervatorio, que tan solo cabe utilizar una vez, ha generado una cierta problemática que debe tratarse en sede

arrendaticia. En todo caso destacaremos que su apartado 5 ofrece una solución similar a la que sanciona el art. 1179 CC pues si bien la regla general es que se «condenará al arrendatario al pago de las costas devengadas» se altera tal consecuencia cuando el arrendador haya obstaculizado el pago –lo que en definitiva equivale a pensar que hubo previo ofrecimiento del arrendatario– en cuyo caso corre con las costas del proceso pues la norma excepcional del principio general el que «las rentas y cantidades debidas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador».

Especial interés práctico tiene también el art. 449.1 de la LEC donde la consignación de las rentas pendientes de pago, en procedimientos arrendaticios que lleven aparejado el lanzamiento, se erige en presupuesto procesal necesario para la admisión de los Recurso de Apelación y de los extraordinarios por infracción procesal y de casación. Exigencia que ha dado lugar a no pocas decisiones de la Sala 1.^a del TS, obviamente también de los Tribunales inferiores, que revistiendo forma de Auto tendremos ocasión de examinar en el apartado final de este comentario.

2.3. La LEC contiene otras varias menciones a la consignación en materia de ejecución, obviamente de marcado carácter procesal y que por ello me limitaré a mencionar. Lo hace, por ejemplo, en el art. 585 a los efectos de suspender la práctica de un embargo despachado en cuyo caso debe consignarse toda la cantidad por la que se ha despachado tal embargo. Ello propicia que éste no llegue a practicarse o, si ya se hubiera realizado «se alzarán los embargos que se hubieren trabado». Consignación de nuevo atípica, respecto del modelo del CC, en cuanto que al igual que las restantes de la LEC no vienen precedidas de la necesidad de ofrecimiento de pago.

El art. 531, por su parte, prevé la suspensión de la ejecución provisional de pronunciamiento de condena al pago de cantidades de dinero líquidas si el ejecutado «pusiere a disposición del Juzgado, para su entrega al ejecutante... la cantidad a la que hubiera sido condenado más los intereses y las costas que se hubieran producido hasta ese momento...».

En esta línea, al margen del «depósito para pujar» del art. 647, cabe mencionar el art. 650 donde se contempla la necesidad de consignar el importe de la postura ofrecida debiendo subrayarse que, finalmente, el n.º 5 del precepto no ampara consignación liberatoria alguna por parte del deudor pues tan solo podrá liberar sus bienes «pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas». Por su parte el art. 674.2 contempla, con terminología distinta pero con la misma finalidad, el que «se retuvo el remanente a disposición de los interesados». Por último, aún sin ánimo exhaustivo, mencionaremos el art. 693.3 de la LEC donde, ante supuestos de vencimiento

anticipado de la deuda hipotecaria, se prevé la comunicación al deudor de que «hasta el día señalado para la celebración de la subasta podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de presentación de la demanda...».

2.4 El art. 18.2 de la Ley 49/1960 de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (*BOE* núm. 176, de 23 de julio) expresamente prevé la consignación judicial de los gastos de comunidad pendientes de pago a los efectos de impugnar los acuerdos comunitarios aquellos copropietarios que hubieran salvado su voto.

2.5 La normativa hipotecaria también contempla supuestos de consignación, alguno de ellos no exento de polémica. Así, en primer lugar, el art. 156 de la Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción de la Ley Hipotecaria. *BOE* núm. 58, de 27 de febrero) prevé la consignación, con los requisitos prevenidos en los arts. 1176 y siguientes, a los efectos de cancelar hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso.

Debe igualmente mencionarse el art. 175.6 del Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario. *BOE* núm. 106, de 16 de abril) a menudo de aplicación compleja, donde se prevé la cancelación de la inscripción de venta judicialmente resuelta por estar sometida a condición resolutoria inscrita, a cuyo fin debe mediar previamente la consignación –en establecimiento bancario o Caja Oficial– del importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, hayan de ser devueltos.

Tal precepto ha dado lugar a no pocas polémicas ante la pretensión del vendedor de dar por resuelto el contrato y reinscribir la propiedad de la finca a su nombre sin consignar o devolver las cantidades entregadas. Y ello sobre la base de considerar que nada debía restituir al comprador incumplidor pues el contrato amparaba, en función de la cláusula penal convenida e incluso inscrita, la retención de cantidades entregadas a cuenta. En este sentido la DGRN, reiteradamente, ha expresado la necesidad de operar en los estrictos términos del precepto ante la existencia de acreedores posteriores que hubieran anotado sus embargos. A tal efecto es doctrina monolítica de la DGRN la de que en aquellos casos en que no exista oposición del comprador a la resolución, ni terceros posteriores, cabe la reinscripción de la finca a favor del vendedor como consecuencia del ejercicio por parte de éste de la facultad resolutoria inscrita. Ahora bien para ello es imprescindible que acredite haber consignado las cantidades que previamente hubiera percibido como consecuencia de la transmisión. Y no obsta a ello la existencia de una cláusula penal pues, por un

lado está sujeta a la moderación judicial del art. 1154 del CC y su acceso al Registro no tiene otra finalidad que advertir a posibles terceros que sean titulares de derechos posteriores el efecto subrogatorio que sobre el precio a devolver puedan tener sus derechos, llamados como están éstos a extinguirse en caso de producirse la resolución de la venta (Resoluciones de 28 de marzo de 2000 –BOE de 15 de julio– y 9 de junio de 2010 –BOE de 9 de agosto– entre otras muchas). Doctrina que se aplica aún sin existir acreedores posteriores (Resolución de 10 de diciembre de 2010 –BOE de 3 de enero de 2011–) pues la consignación no solo tutela los intereses de eventuales terceros cuyos créditos estén registralmente anotados sino también los derechos del comprador (Resolución de 28 de junio de 2011 –BOE de 7 de octubre–).

Finalmente apuntaremos que el Centro Directivo también ha precisado (Resolución de 20 diciembre de 2005 –BOE de 14 de febrero de 2006–) que la consignación no será necesaria cuando la resolución no se deba a la falta de pago del precio y no existan cantidades satisfechas por la persona cuyo derecho se extingue por la resolución y, con no poca frecuencia, se ha sancionado, también con carácter general, que en el procedimiento resolutorio han de haber sido parte los ulteriores anotantes para en su caso hacer valer sus derechos (Resolución de 22 de enero de 2001 –BOE de 23 de febrero–) y, particularmente, el que no se hubieran dado los presupuestos para dicha resolución contractual (Resolución de 19 de noviembre de 1996 –BOE de 25 de diciembre–).

3. EL INTERÉS AL QUE ATIENDE LA CONSIGNACIÓN: LA FACULTAD DEL DEUDOR

Como a continuación iremos examinando la finalidad básica de la consignación hecha con los presupuestos normativos es producir los efectos extintivos propios del pago liberando al deudor de toda responsabilidad que pudiera derivar del eventual incumplimiento de la obligación. Apuntaremos que, precisamente por ello, el Proyecto de Modernización de la Comisión General de Codificación introduce la figura, sin epígrafe específico alguno, dentro del Capítulo IV destinado al pago o cumplimiento

Obviamente cualifica esta posibilidad, alternativa al pago, el que previamente el acreedor se haya negado a cobrar lo debido en términos que, en consecuencia, deben ir precedidos del «ofrecimiento de pago» con que se epigrafa en el CC el ulterior desarrollo articulado de la institución. En todo caso si bien en principio cabe pensar en que se trata de un subrogado del pago que, a diferencia de otros (la condonación por ejemplo) satisface plenamente el inte-

rés contractual del acreedor, también es cierto que, para el acreedor, difícilmente equivaldrá totalmente al pago si pensamos que por unas u otras razones se ha negado previamente a aceptar el cumplimiento en los términos que ulteriormente dan lugar a la consignación liberatoria. Se aprecia inequívocamente que estamos ante una facultad del deudor en el contenido del art. 1180 en cuya virtud «hecha debidamente la consignación podrá el deudor pedir al Juez...». Por todo ello diríamos que en la consignación prima el efecto liberatorio del deudor frente al satisfactivo del acreedor pues, de alguna manera, inicialmente se negó a aceptar el pago, luego consignado, en los términos ofrecidos.

En todo caso debe afirmarse que fundamentalmente se trata de una institución tuitiva del interés del deudor que evita la indefinida continuidad del vínculo obligatorio configurándose por lo tanto como una facultad del deudor que pretenda cumplir diligentemente su obligación pero que se ve imposibilitado para hacerlo por la conducta del acreedor cuando ésta sea necesaria para recibir el cumplimiento. En este sentido son realmente ilustrativos los términos con los que epigrafió Díez-Picazo el análisis de la institución: «La liberación coactiva del deudor» («Fundamentos...», p. 606).

4. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA CONSIGNACIÓN

Si bien es tema que no aparece expresamente precisado por el CC no plantea su delimitación excesivas dificultades. En todo caso debe subrayarse que el ámbito natural de la consignación es el cumplimiento de las obligaciones de dar o entregar cosa mueble. No obstante al día de hoy no existe dificultad alguna para admitir la consignación inmobiliaria mediante la puesta a disposición judicial o notarial del inmueble a través de su entrega de llaves que posibiliten la posesión exclusiva por parte del acreedor. Tema expresamente solventado en este sentido por la Ley 496 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra (*BOE* núm. 57, de 7 de marzo) y que asimismo se diluye con la dicción del art. 99 LJV que ya no habla de depósito sino de puesta a disposición del Tribunal.

En sentido opuesto no resulta ontológicamente posible la consignación frente a las obligaciones de no hacer de igual manera que no es fácil imaginar esta posibilidad respecto de las obligaciones de hacer salvo que la actividad se concrete en un resultado material susceptible de entrega a la que se obligó el deudor.

Tampoco ofrece dificultades la consignación en las obligaciones alternativas cuando la elección corresponda al deudor ya que el hecho de consignar,

más bien el del previo ofrecimiento de pago, implica el ejercicio de su facultad de elección. Frente a los supuestos en que la elección corresponda al deudor no tiene mucho sentido la consignación de todas las prestaciones pero, quizás más sencillamente, pueda pensarse en que el ofrecimiento de pago haya de ser de todas ellas pero, a la vez, requiriendo al acreedor para que, a efectos de ulterior consignación, designe tan solo una prestación. La buena fe contractual ampara esa solución de compromiso.

Finalmente es habitual la mención a las obligaciones solidarias donde el ofrecimiento y consignación efectuados por cualquiera de los deudores favorecerá a todos los restantes al margen de las ulteriores relaciones internas.

5. LA OFERTA DE CUMPLIMIENTO COMO PRESUPUESTO BÁSICO PARA LA CONSIGNACIÓN

Del propio art. 1176 deriva como formulación general que el presupuesto básico para operar la ulterior consignación es la negativa del acreedor a recibir el pago. Ello ha de vincularse con la previa necesidad de ofrecer tal pago.

De nuevo indicaremos que el tema no plantea excesivos problemas debiendo subrayarse que, clonando lo dispuesto en el art. 1170 de la Propuesta de Modernización de las Obligaciones y Contratos se matiza respecto de la regla inicial del CC que el ofrecimiento puede hacerse «por un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación». Extremo indiscutido y que al día de hoy, aún sin la referencia expresa, debiera igualmente admitirse si bien cuando el tercero no esté interesado en el cumplimiento de la obligación la cuestión sobre la eventual posibilidad de que ofrezca el pago, en principio viable conforme al art. 1158 CC, resulta más compleja y habrá de estarse a la oposición eventual de acreedor y deudor en relación con los supuestos de pago por un tercero.

En relación con esta cuestión analizada apuntaremos, en primer lugar, que el ofrecimiento de pago –declaración unilateral y recepticia del deudor– no está sujeto a formalidad alguna si bien es oportuno dejar constancia documental acreditativa de su práctica. Tal ofrecimiento sirve, *per se*, para constituir en mora al acreedor de forma que entre sus efectos cabe destacar desde un primer momento la imposibilidad de que el acreedor active la pretensión resolutoria del art. 1124. A la vez va a producir, desde que el ofrecimiento acaece, la *mora creditoris* y el consiguiente trasvase de los riesgos por la pérdida de la cosa debida pues se diluye la presunción del art. 1183 de que la pérdida de la cosa es debida a la conducta del deudor. Ahora bien todo ello se producirá

–salvo que se haya producido la ulterior pérdida de la cosa– siempre y cuando el ofrecimiento vaya seguido de la efectiva consignación: diríamos en definitiva que tales efectos únicamente se consolidan retroactivamente si llega a materializarse la efectiva consignación incluso, como veremos, puede haber dudas –por ejemplo en materia de intereses– en orden a si la retroactividad acaece tan solo desde el momento de la efectiva consignación.

Por otro lado es doctrina jurisprudencial consolidada que el ofrecimiento ha de reunir los requisitos del pago (STS de 11 de noviembre de 2010, ROJ: STS 5875/2010 - Recurso 1485/2006); y, en todo caso ser incondicional (STS de 9 de julio de 2003, ROJ: STS 4856/2003 - Recurso 3029/1997). Respecto de este último requisito cabe la cita de la STS 1437 2018 de 14 de marzo, ROJ: STS 860/2018 - Recurso 2583/2015) que contempla un caso relativamente frecuente para concluir que «los ofrecimientos de pago de las aseguradoras condicionados a la renuncia del asegurado a la acción no son eficaces para evitar la mora de aquéllas y sus consecuencias, pues en tales casos no hay verdadero ofrecimiento de pago que, si va seguido de consignación, pueda producir el efecto liberatorio establecido en el párrafo primero del art. 1176 CC, sino más bien una propuesta o intento de transacción carente de idoneidad para descartar la mora de la entidad aseguradora (STS 51/2007, de 5 de marzo STS 1199/2007 - Recurso 1412/2000, que cita la 1197/2004, de 20 de diciembre y 206/2006, de 23 de febrero. En el mismo sentido la STS 1059/2007, de 18 de octubre, ROJ: STS 6932/2007 - Recurso 3855/2000). Sin embargo debe matizarse la condicionalidad pues si que parece relativamente posible introducirla en las obligaciones sinalagmáticas en el sentido de condicionarse el ofrecimiento y la disponibilidad ulterior de lo ofrecido al cumplimiento de la correlativa prestación por parte del acreedor, a su vez deudor. Así lo sancionó la STS de 25 de septiembre de 1986, ROJ: STS 4931/1986.

Adicionalmente diremos que ha de estarse a la fuente de la obligación ofrecida en cuanto a integridad, exactitud, exigibilidad –lo que precisa estar a presencia de una deuda líquida cuando se consigne una suma de dinero– lugar y tiempo de cumplimiento, debiendo también incluirse en la oferta los accesorios de la obligación principal si es que existían, normalmente intereses en las obligaciones pecuniarias (Con detalle y minuciosa cita jurisprudencial Berco-vitz, R. «Comentarios...», p. 1429). En la anterior redacción del CC se accedía básicamente a esta conclusión a través de una exégesis sistemática del apartado 2.º del art. 1177 pues si bien menciona que la consignación será ineficaz si no se ajusta a los requisitos del pago parecía incuestionable, por razones de lógica elemental, que tales presupuestos debían darse ya en la fase previa, es decir en el anuncio de consignación, tal y como venimos exponiendo. La ac-

tual redacción del párrafo inicial del art. 1176 –resultado del texto contenido en el párrafo 2.º del art. 1171 de la Propuesta de Modificación de la Comisión General de Codificación– ha asumido esta idea e integrado esta eventual omisión pues expresamente habla del «ofrecimiento de pago conforme a las disposiciones que regulan éste». De esta regla también debe derivar, a mi juicio, la identidad entre lo ofrecido y lo consignado salvo que por circunstancias temporales se haya producido alguna variación que la justifique.

Finalmente debe indicarse que el art. 69.1 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (*Gaceta de Madrid*, núm. 149, de 29 de mayo) específicamente afirma que tanto «el ofrecimiento de pago como la consignación podrán efectuarse ante notario», lo que significa, en definitiva, que cabe la íntegra tramitación del procedimiento de consignación en sede notarial si bien con el déficit derivado de una viabilidad solo posible ante el asentimiento del acreedor a recibir el pago, objeto de ulterior comentario.

6. LA NUEVA CASUÍSTICA QUE POSIBILITA DESENCADENAR EL PROCEDIMIENTO

6.1 Los supuestos tradicionales

La anterior y originaria redacción del precepto se limitaba a señalar, como presupuesto que facultaba al deudor para iniciar el procedimiento de consignación, el que «el acreedor se negare sin razón a admitir el pago».

Sin embargo la reforma de 2015 ha introducido una profunda modificación en el precepto detallando, junto con el supuesto general de negarse a recibir el pago, concretos casos en los que también cabe iniciar el procedimiento cerrando el precepto una crítica referencia a la mayor onerosidad del deudor como supuesto que igualmente ampara la consignación. De esta manera, junto con la genérica mención a que el acreedor se niegue a recibir el pago –expresa o tácitamente dice el actual precepto–, se contemplan a continuación otros específicos casos que también permiten ofrecer el pago y la ulterior consignación como fórmula «coactiva» de liberación del deudor.

El primero de ellos es que el acreedor si bien acepta el pago que se le ofrece no está dispuesto a otorgar recibo del pago que va a percibir. Con anterioridad a la reforma se habían presentado problemas interpretativos con motivo de la negativa del acreedor a entregar recibo del pago en cuyo caso se dudaba también si era posible acudir directamente a la consignación. En tal caso consideraba Beltrán de Heredia («El cumplimiento», p. 489) que se trataba de

un supuesto de negativa tácita a recibir el pago pues el acreedor rechazaba la consecuencia del pago que eventualmente le perjudicaba como era el dejar prueba literosuficiente del cumplimiento. El tema tiene por otro lado un tratamiento específico en el art. 17 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (*BOE* núm. 282, de 25 de noviembre). En todo caso, actualmente, no solo cabe considerar una negativa tácita a recibir el pago el hecho de no otorgar recibo –pues actualmente cabe considerar el rechazo tácito como hemos visto– sino que expresamente se equipara tal negativa a otorgar recibo con la negativa a la de percibir el pago a los efectos que analizamos.

El segundo supuesto, se refiere a los casos en que el cumplimiento de la obligación estuviera reforzado con una garantía real, mobiliaria o inmobiliaria, y el acreedor se negare a cancelar la garantía bien mediante la devolución de la prenda si hubo desplazamiento posesorio bien mediante el otorgamiento del documento que permitiera su cancelación registral: se enmarca tal idea en última instancia en el cumplimiento simultáneo de las obligaciones sinalagmáticas.

6.2 La excesiva onerosidad

Finalmente el precepto incorpora la referencia a los casos, que resultan de más difícil inteligencia, en que «el cumplimiento de la obligación se haga más gravoso al deudor por causas no imputables a él».

La primera duda que puede plantearse es si tal cláusula abierta permite consignar sin necesidad de llegar a ofrecer el pago, como derivaría de que se contempla a continuación del párrafo 2.º del precepto donde se describen los casos en que es posible la exoneración del trámite previo, o, por el contrario, como parece a mi juicio procedente, estamos ante supuestos abiertos en los que también procedería la consignación por obedecer a una misma finalidad de facilitar la liberación del deudor sin hacerle más gravoso el pago, similares en cuanto a su consecuencia a la idea inicial de rechazo del pago pero en los que no hay razón alguna para obviar el ofrecimiento. Será además en el momento de ofrecer el pago, para evitar una mayor onerosidad, cuando el deudor deba exponer al acreedor y a los interesados –si los hay– las razones que, a su juicio, determinan la posibilidad de utilizar la facultad liberatoria por encajar en el expresado tipo abierto.

Por otro lado la inclusión de este supuesto es sin duda una de las principales novedades de la reforma de 2015 aunque hemos de reconocer que no es fácil la inteligencia de esta norma que introduce en la relación obligatoria la

idea de la excesiva onerosidad para el deudor sin que medie culpa suya en tal acaecer.

De esta manera no resulta sencillo determinar el término con el que establecer la comparación que el precepto apunta, es decir con qué comparar esa mayor onerosidad: debe tratarse de que el cumplimiento conforme al programa contractual resulta más gravoso que un cumplimiento alternativo que se alcanza a través de la consignación. Sin embargo no se sabe en qué puede consistir la diversidad, el precepto no lo sugiere, pues no debe olvidarse que entre los presupuestos de la consignación está su identidad con las circunstancias del pago a las que debe ajustarse «estrictamente» conforme al art. 1177.

Es evidente que no cabe pensar que se trate de un cumplimiento más gravoso que el incumplimiento pues incuestionablemente, desde la perspectiva del deudor, así ocurriría siempre. Por ello creo que la única exégesis del precepto –cuya utilidad dudo sea alguna– radicaría en valorar que, con derogación de la estricta aplicación del párrafo 2.º del art. 1177 CC, ampara la consignación en casos en los que, sin culpa del deudor, el pago en los estrictos términos contractuales se le hace especialmente gravoso de forma que resulta viable, con un juicio de ponderación de los intereses en juego, alterar alguno de sus elementos accidentales –básicamente el tiempo o el lugar de pago– para con ello evitar esa mayor onerosidad. Esencialmente se me ocurren los casos en que se pretende anticipar el pago cuando el plazo se hubiera establecido en beneficio del acreedor pero su cumplimiento estricto implicara, por la dilación, una mayor onerosidad.

Desde otra perspectiva debe aceptarse que tal norma contempla a nivel normativo, por primera vez, la eventual alteración de circunstancias ajenas al deudor como causa que permite una mínima alteración de la relación obligatoria pues, en principio, la consignación no ampara un pago parcial o reducido. No cabe pensar que por esta vía incidental se hubiera pretendido introducir en nuestro ordenamiento civil la genérica incidencia de la alteración de sobrevenida e imprevisible de las circunstancias, y la mayor onerosidad de una de las prestaciones comprometidas, como causa de reequilibrio de la relación obligatoria. Es decir la contemplación normativa de la cláusula *rebus sic stantibus* recientemente actualizada por el TS en su Sentencia 156/2020 de 6 de marzo, ROJ: STS 791/2020 - Recurso 2400/2017, con cita de las precedentes 455/2019 de 18 de julio, 333/2014 de 30 de junio de 2014, etc. En este sentido debe valorarse que ni hay referencia a la alteración sobrevenida de circunstancias –basta con la mayor onerosidad no culpable– ni sería adecuado el expediente de consignación, en principio de jurisdicción voluntaria, para en su seno pre-

tender restablecer contradictoriamente el equilibrio contractual ante la excesiva onerosidad de una de las prestaciones.

Por ello, mucho más limitadamente, hemos de pensar en que la consignación también resulta posible, conforme a este precepto, cuando alguna de las circunstancias de la relación obligatoria que cabe conceptuar como accidentales del pago –tiempo, lugar o incluso gastos– hayan devenido muy gravosas para el deudor respecto de las que derivan de un pago a través de la consignación en sede judicial o notarial. (Accede, creo, a esta misma conclusión tras un largo y documentado discurso analítico de la figura de la excesiva onerosidad de la prestación y de la cláusula *rebus sic stantibus* Infante, F. J., «Comentarios...», p. 410).

7. LAS EXCEPCIONES AL OFRECIMIENTO DE PAGO

El párrafo 2.º del art. 1176, también de novedosa factura tras la LJV, contempla determinados supuestos en que no es posible o razonable realizar el ofrecimiento y en los que, por tanto, cabe acudir directamente a consignar el objeto de la prestación. En este punto la redacción del precepto no sigue las pautas de la Propuesta de Modernización de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación que se limitaba a reproducir la vieja literalidad del CC. En todo caso, con carácter previo, indicaremos que la actual redacción ha precisado y actualizado los supuestos en que es posible la exoneración del ofrecimiento adaptándose a las líneas jurisprudenciales que habían ido surgiendo a lo largo de su aplicación.

Respecto de cada uno de los supuestos del precepto indicaremos, en primer lugar, que la vieja referencia a la ausencia o incapacidad resultaba literalmente un tanto absurda pues en tales casos habría un representante legal a quien ofrecer el pago. Ello ha determinado que la actual redacción del precepto recoja la exégesis que del mismo se venía efectuando, refiriéndose ahora a situaciones de impedimento fáctico al hablar de que la consignación se puede hacer directamente por estar «el acreedor ausente en el lugar en donde el pago deba realizarse, o cuando esté impedido para recibirlo en el momento en que deba hacerse». Referencias ambas que sustituyen a las anteriores de la norma vinculadas con la ausencia y la incapacidad. Se trata de una imposibilidad fáctica y puntual la que el precepto describe y que amparan, por razones obvias, acudir directamente a la consignación al no ser tener sentido alguno el previo ofrecimiento.

Se mantiene como supuesto que elude la necesidad de ofrecimiento la controversia sobre la titularidad del crédito. Ello implica una razonable disputa sobre la titularidad del crédito que, a modo de reforzada protección del deudor, evita un hipotético doble pago pues la consignación determina que el pago se haga a quien finalmente aparezca como indiscutido titular del crédito evitando además que un hipotético ofrecimiento a uno de ellos resulte ulteriormente errado. La reforma de 2015 ha añadido la lógica referencia a que se esté a presencia de un «acreedor desconocido» que también había sido incorporada jurisprudencialmente al elenco de excepciones.

Es oportuna en este punto la cita de la STS n.º 649/2011 de 11 de octubre (ROJ: STS 9343/2011 - Recurso 1751/2008) donde se dice: «Arguye la aseguradora que al ser varios los acreedores no podía hacer ofrecimiento de pago a los dos, pues ambos podrían optar por el cobro de la cantidad. Este argumento no es aceptable dado que el art. 1176.2 del C. Civil establece que no es necesario el ofrecimiento de pago cuando varias personas pretendan derecho a cobrar la misma cantidad, y por ello establece el precepto que la consignación “por sí sola” producirá el mismo efecto... (STS 6380/2006 de 18 de octubre)».

Finalmente tampoco procede el previo ofrecimiento en casos de extravío de títulos que incorporen el crédito y que deben ser presentados para que el pago se verifique. La consignación directa evita también el problema de una eventual duplicidad de pagos o, como con más precisión afirma Díez-Picazo («Fundamentos», p. 609) son supuesto en que el título acredita la legitimación del acreedor y en los que la liberación del deudor se consigue a través de la recuperación del título. Destacaremos que la redacción originaria del precepto hablaba de «título de la obligación» y, más precisamente, hoy se habla del «título que incorpore la obligación».

Con anterioridad se había planteado genéricamente la duda de si era posible extender a otros supuestos la falta de ofrecimiento. En principio así lo había entendido la jurisprudencia si bien, normalmente, para casos que realmente encajaban en una interpretación extensiva del precepto: era, por ejemplo, el entendimiento de la «ausencia» o de la «incapacidad» como situaciones fácticas y no en su sentido estricto. Las precisiones que ha efectuado la nueva norma hacen más difícil dar solución positiva a esta cuestión pues no debe olvidarse que estamos ante casos que funcionan a modo de excepción a los presupuestos generales para que se considere bien realizada la consignación.

8. EL ADICIONAL ANUNCIO DE LA CONSIGNACIÓN A LOS INTERESADOS

De nuevo el tema epigrafiado, disciplinado por el art. 1177 CC, parece no plantear excesivos problemas como evidencia su literal reproducción en la Propuesta de Modificación donde constituía el art. 1171. A ello también hace referencia el art. 99.1 de la LJV al indicar en su párrafo 2.º que «asimismo, deberá acreditar haber efectuado el ofrecimiento de pago, si procediera, y en todo caso el anuncio de la consignación al acreedor y demás interesados en la obligación».

Debe subrayarse que se trata de un presupuesto adicional para la validez de la consignación siempre y cuando existan tales interesados al margen del acreedor. Interesados que han de entenderse en un sentido amplio, incluso vulgar diríamos, si bien no puede exigirse una notificación a todos los que, de forma exhaustiva, puedan tener en algún interés colateral en el cumplimiento de la obligación sino a aquellos que en virtud de alguna relación jurídica (fidores, codeudores, coacreedores) lo tengan tanto desde el lado activo como desde el aspecto pasivo de la relación obligatoria.

Plantea alguna dificultad decidir si la regla es de aplicación general a todo supuesto de consignación o, por el contrario, también puede obviarse esta notificación –que es una mera comunicación de un hecho– en los casos excluidos de consignación del art. 1176 apartado 2.º Entiendo que el ámbito del art. 1177 abarca a todos ellos, salvo que tal comunicación resulte absurda en función de las circunstancias del caso. Es lo cierto que a menudo con mayor razón procede notificar en los supuestos excluidos de la oferta de pago inicial como pudiera ser el estar ante varios acreedores o en caso de ausencia fáctica: el interesado puede dar noticia del paradero del acreedor e incluso contactar con él para que acepte el pago.

También diremos que el anuncio puede ser, y normalmente lo es, coetáneo al ofrecimiento de pago si bien es evidente que el destinatario del requerimiento de pago y de la analizada notificación serán diferentes.

Finalmente debe coordinarse esta exigencia con la que se contiene en el art. 99.5 de la LJV en cuya virtud si se plantea la controversia sobre la oportunidad de la consignación el Letrado de la Administración de Justicia citará para la comparecencia que la norma establece también a «aquellos que pudieran estar interesados». Estos, sin duda, han de identificarse con los que previamente refiere el art. 1177 CC.

9. EL PROCEDIMIENTO DE CONSIGNACIÓN

Como venimos afirmando actualmente cabe la consignación judicial, contemplada en los arts. 98 y 99 de la LJV, que detalladamente regulan el procedimiento a realizar, o notarial disciplinada esencialmente por el art. 69 de la Ley del Notariado también resultado de la modificación acaecida por la LJV.

9.1 La consignación judicial

La consignación en sede judicial viene minuciosamente articulada en los referidos preceptos de la LJV que desarrollan las más escuetas referencias contenidas en el inicial art. 1178 CC el cual hoy se remite sin más a la LJV y legislación notarial.

Se inicia el procedimiento, en el que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, con una solicitud en la que debe justificarse la procedencia de la consignación y acreditarse el haberse integrado el ofrecimiento y anuncio que hemos comentado. Tal y como precisa la norma «con la solicitud se habrá de efectuar la puesta a disposición de la cosa debida, sin perjuicio de que posteriormente pueda designarse como depositario al propio promotor». Caso de que sea aceptada por el acreedor la consignación efectuada se cierra el procedimiento con el consiguiente efecto liberatorio pero, caso contrario, con una minuciosa regulación a la que me remito, se celebra una comparecencia ante el Juez con todos los afectados dictando éste Resolución por la que se declarará si la consignación era o no procedente con el consiguiente efecto liberatorio del deudor en el primer caso.

Indicaremos que el art. 99 LJV, entre otras cosas, reproduce, con alguna matización adicional aclaratoria, el contenido de los arts. 1179 y 1180 en lo referente a las consecuencias de la retirada por parte del promotor de la cosa consignada con autorización del acreedor –pérdida de las garantías de cobro– indicando que los gastos de la consignación «serán de cuenta del acreedor si fuera aceptada o se declarase estar bien hecha. Esos gastos serán de cuenta del promotor si fuera declarada improcedente o retirase la cosa consignada».

Recordemos finalmente que, aunque el detallado art. 99 LJV no lo mencione, conforme al art. 1177 CC la consignación realizada en sede judicial debe reunir los requisitos del pago tal y como ya constaría en el previo ofrecimiento caso de haberse realizado.

9.2 La consignación notarial

La consignación notarial aparece también detalladamente reglamentada en el art. 69 de la LN introducido por la LJV. A diferencia de lo que acaece en la consignación judicial debe subrayarse que si el acreedor no hace alegaciones en plazo o se niega a recibir la cosa el Notario archivará el expediente devolviendo la cosa al deudor que se la entregó. En definitiva la gran disimilitud con la consignación judicial radica en que el Notario, de distinta manera a como ocurre en ésta última, no puede liberar al deudor mediante la declaración de que la consignación estaba bien realizada. También difiere de la consignación judicial en que no cabe que se encargue la custodia o depósito al propio deudor lo cual si se contempla para la judicial en el art. 99 LJV. (Detalladamente pueden verse los aspectos notariales de esta consignación en García Más, F. J., «Reflexiones...», pp. 176 y ss.)

10. LA RETIRADA DE LA COSA CONSIGNADA

10.1 La exclusiva iniciativa del deudor

El CC contiene dos previsiones sobre esta materia. En primer lugar, ubicada temporalmente en el momento previo a la aceptación por el acreedor o a la declaración jurisdiccional sobre la bondad de tal consignación, sanciona el art. 1180 la posibilidad de que el deudor retire el objeto consignado. En los mismos términos se manifiesta el inciso final del párrafo 2.º del art. 99.4 LJV.

Como dijimos la consignación parte de una conducta unilateral notificada al acreedor con carácter recepticio por lo cual, en tanto no se manifieste éste, cabe la renuncia a la continuación del expediente por parte de quien lo desencadenó pues hasta entonces no se han creado nuevos vínculos ni alterado los anteriormente existentes. La precisión de cuales sean sus efectos, más bien el no producir ninguno, es evidente: subsiste la obligación y todos sus accesorios. Tal unilateralidad propicia, a mi juicio, que ni tan siquiera sea posible pensar en la aplicación del art. 6.2 pues ningún perjuicio a terceros –en este caso al acreedor– puede imaginarse ante la exclusiva disponibilidad de esta facultad por parte del deudor.

10.2 La retirada consentida por el acreedor

Por otro lado el art. 1181, que ha transitado inalterado desde el originario CC, prevé el supuesto, que a pesar del empeño en su regulación hemos de

considerar inusualmente atípico, en que tras haberse aceptado la consignación por el acreedor o haber sido declarada judicialmente su bondad, a iniciativa, parece, del deudor se produzca la retirada del objeto consignado con el acuerdo del acreedor. Diríamos que, de alguna manera, uno y otro van contra sus propios actos, lo que compensa la eventual contradicción de sus conductas que ello supone.

A propósito de este tema plantea Infante (Infante, F.J., «Comentario cit.», art. 1181) la duda de si la consecuencia que predica el precepto se aplica tanto a los casos en que la consignación esté bien hecha como en el supuesto de que no lo esté o no se haya aún perfeccionado, optando por esta segunda solución (En el mismo sentido Seoane, J. «Comentario al art. 98.4 LJV» y Cano, M. D. «La consignación» cit., p. 269) pues en tal caso se habrá producido un acuerdo novatorio entre acreedor y deudor que extingue la obligación inicial y, por ello sus garantías, es decir las preferencias de cobro y la exoneración de deudores y fiadores. A mi juicio debe mantenerse sin embargo la tesis inicialmente expresada –la consignación ha de estar bien hecha– pues para la que aún no se haya culminado entiendo resultaría innecesaria la norma ya que incuestionablemente existiría un acuerdo novatorio, con extinción de la anterior obligación y sus garantías (art. 1847, 1207 y concordantes). La norma analizada contempla por ello la consignación bien hecha en coherencia con otros preceptos del CC pues, evidentemente, tal retirada consensuada implica otorgar nuevo plazo (art. 1851CC) para el cumplimiento lo que implica la extinción de la fianza.

Finalmente debe ponerse de relieve una cierta diferencia entre la dicción del CC y la contenida en el art. 99.4 de la LJV pues en éste se habla de que «los copromotores y fiadores quedarán libres» de responsabilidad alguna en el futuro desarrollo de la obligación mientras que aquél habla de los codeudores. Ello nos llevaría a considerar, al ser norma especial y posterior, que la liberación tan solo alcanza, junto con los fiadores, a aquellos codeudores –copromotores dice la LJV– que hayan participado activamente en el expediente de consignación pues literalmente así lo limita el precepto.

11. EFECTOS DE LA CONSIGNACIÓN

Ya hemos venido exponiendo cual sea el efecto básico de la consignación bien realizada –la liberación del deudor– así como las diferentes consecuencias que se producen en los trámites previos ante la mera oferta o la retirada del

objeto consignado, por ejemplo. En cuanto a este efecto principal baste la reseña, de nuevo, del art. 1176 CC donde se sanciona que el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida». De igual manera el art. 1180 precisa que la aceptación por el acreedor o la declaración judicial de estar bien realizada «extinguirá la obligación».

También hemos puesto de manifiesto que si bien teóricamente tal consignación, que debe adecuarse a los requisitos del pago, integraría plenamente las expectativas del acreedor puede que no sea así desde el momento en que éste en un inicial momento se opuso a ella, ante la oferta de pago recibida, e incluso puede haberse opuesto en el trámite jurisdiccional previsto por la LJV tan solo para la consignación judicial.

Adicionalmente debe referirse que el nuevo art. 1180 añade, quizás innecesariamente, como efecto colateral pero evidente, que el deudor podrá pedir que se «mande cancelar la obligación y la garantía, en su caso». El art. 99.5 de la LJV se limita a indicar que la extinción de la obligación producirá los efectos legales tras apuntar que previamente deberá haberse entregado al acreedor el objeto consignado, lo que parece evidente para que se produzca la extinción: al menos debe haberse puesto a su disposición pues su falta de cooperación en este trámite final no puede ser obstáculo a la referida extinción.

Por otro lado es evidente que la extinción de la obligación principal conlleva la de sus garantías. La primera parte del inciso del precepto, aunque no la segunda que expresamente lo establece, ya aparecía en el art.1174 de la Propuesta de Modernización del Código Civil. De esta manera es posible solicitar del Tribunal, caso de haberse tramitado el expediente, un documento acreditativo de la extinción de la obligación y, sobre todo, aunque la LJV no lo diga, el mandamiento que permita la extinción de las garantías reales en los oportunos Registros, caso de que estén inscritas. En este sentido ya una Resolución de la DGRN de 20 de agosto de 1894 hablaba de que «hay que mitigar el rigor de la doctrina que declara en cierto modo independiente el cumplimiento de la obligación principal de la subsistencia de la hipoteca...».

A propósito de esta cuestión pudiera plantearse la duda en sede de consignación notarial aceptada por el acreedor pues el art. 69.5 LN no autoriza expresamente al Notario a expedir documento público cancelatorio de la garantía que pudiera existir.

Finalmente cabe precisar el momento al que han de retrotraerse los efectos de la extinción de la obligación: a mi juicio éste debe ser el momento del ofrecimiento de pago rehusado, por ejemplo ante la pérdida fortuita de la cosa, si bien también cabe pensar en el efectivo momento de la consignación en materia de intereses pues hasta entonces, tratándose de deudas pecuniarias y

para el caso de que se estuvieran devengando, tales frutos los habrá seguido percibiendo el deudor.

12. GASTOS DE LA CONSIGNACIÓN

Pocas dudas puede plantear la literalidad del art. 1179 CC que hace que sean de cuenta del acreedor los gastos de la consignación si la misma fuera procedente. Es la lógica consecuencia de haberse negado a recibir el pago en el inicial momento en que le fue ofrecido. O de haberse opuesto sin éxito a la consignación realizada.

Por su parte el art. 99.6 de la LJV contiene dos matizaciones respecto de la escueta literalidad del CC. Por un lado especifica que tales gastos serán de cuenta del acreedor tanto si fuera aceptada como si declarase estar bien hecha. Respecto de la primera de tales previsiones no sería raro que el acreedor que acepta la consignación de alguna manera la condicione a no hacer frente a gasto alguno, especialmente si nos encontramos ante los supuestos que excepcionan el ofrecimiento de pago pues no tuvo conocimiento previo de la pretensión del deudor. Por otro lado este precepto especifica lo que sensu contrario deriva con claridad del CC, es decir que esos «gastos serán de cuenta del promotor si fuera declarada improcedente». Esto se complementa con la referencia a que también serán de cuenta del promotor los gastos «si retirase la cosa consignada» que parece debe entenderse, pues la ley no distingue, tanto al caso de que la retirada sea unilateral como bilateral.

Diremos también que el art. 69 de la LN no hace referencia alguna a los gastos por lo que en principio parece que serán de cuenta del promotor del expediente –a él se los reclamará el notario– aunque sea aceptada por el acreedor.

Debe tenerse en cuenta, finalmente que los preceptos comentados se apartan del régimen general de los gastos del cumplimiento que, salvo pacto en contrario, el art. 1168 CC sanciona que serán de cuenta del deudor. A tal efecto cabe coordinar este precepto con el art. 1179 en el sentido de concluir que los gastos naturales del cumplimiento, es decir los que en todo caso se hayan ocasionado, seguirán siendo del deudor quien sin embargo no deberá hacer frente a los que por superior importe sean resultado del expediente de jurisdicción voluntaria tramitado con éxito como serán los del anuncio del pago, los de realización del depósito, notificación a los interesados, etc. En términos ilustrativos concluye Infante (Infante, F. J., «Comentario...», art. 1179 cit.) que «los gastos aquí referidos no son los gastos generados por el pago de la deuda, sino los propios de la consignación».

13. ESPECÍFICA REFERENCIA A LA CONSIGNACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 471 DE LA LEC

De la doctrina emanada de la Sala 1.^a del TS, resumida habitualmente en los Autos que se dictan (*vid.* por todos los Autos de 15 de enero de 2020, en Recurso de Queja 314/2019 ROJ ATS 21/2010 y Auto de 19 de febrero de 2020, recurso de Queja 1480/2020, ROJ ATS 367/2020) cabe señalar una serie de conclusiones que, dada la autoridad del órgano del que emanan y la unanimidad de sus pronunciamientos, parece oportuno tan solo sintetizar:

1.^a La exigencia de consignación del art. 449.1 LEC es un presupuesto procesal ineludible para la admisión de los Recursos que refiere.

2.^a El procedimiento al que se refiere el precepto debe llevar aparejado potencialmente y en abstracto el lanzamiento con independencia de las concretas vicisitudes acaecidas en el caso concreto.

3.^a Tal exigencia debe integrarse por el recurrente en el momento de interposición del Recurso sin que sea posible su subsanación, caso de no haberse hecho así, a través de una ulterior consignación o incluso de un pago al demandante.

4.^a A tal efecto es doctrina constitucional consolidada el que dicha consignación no constituye un mero requisito formal sino una exigencia sustantiva o esencial, cuya finalidad es asegurar los intereses de quien ha obtenido una sentencia favorable, debiendo interpretarse tal requisito de recurribilidad de una manera finalista o teleológica atendiendo tanto a la propia finalidad que con su imposición persigue el legislador, que no es otra que asegurar que el sistema de los recursos no sea utilizado como instrumento dilatorio (SSTC 46/89 y 31/92), como al principio de interpretación de las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y a la regla general del art. 11.3 LOPJ (SSTC 12/92, 115/92, 130/93, 214/93, 249/94 y 26/96).

5.^a En todo caso es preciso distinguir entre el hecho del pago o consignación, en el momento procesal oportuno, y el de su prueba o acreditación, permitiendo la subsanación de la falta de ésta última cuando no se hubiese facilitado justificación de ese extremo, por ser éste un requisito formal susceptible de tal cosa, que sólo puede fundar una resolución de inadmisión del recurso previa la concesión de un plazo para la subsanación sin que se hubiera cumplido con el mencionado requisito (SSTC 344/93, 346/93 y 100/95). A ello coadyuva el art. 449.6.º LEC, que, al remitirse al art. 231 del mismo texto legal, posibilita la subsanación, antes de rechazar o declarar desierto el recur-

so, en el caso de que la parte recurrente no acreditara documentalmente, a satisfacción del tribunal, el cumplimiento del requisito legal, pero no autoriza a que el requisito, esto es, el pago o la consignación se haga con posterioridad.

14. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN DE HEREDIA, J., «El cumplimiento de las obligaciones». Madrid, 1956.
- BERCOVITZ, R., «Comentarios al Código civil», coord., R. Bercovitz, Thomson Aranzadi, 2.ª ed, 2006.
- CANO HURTADO, M. D., «La consignación como mecanismo de liberación del deudor», Dikynson. Madrid, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», T. II, Las relaciones obligatorias, 6.ª ed., 2008, p. 606.
- GARCÍA MÁZ, F.J. «Reflexiones sobre la jurisdicción voluntaria. Especial consideración del expediente notarial de ofrecimiento de pago y consignación» en «La jurisdicción voluntaria», coord.. Fernández de Buján-García Más, Dykinson 2016, pp. 176 y ss.
- INFANTE RUIZ, F. J., «Comentario a los artículos 1176 a 1181 CC», en Cañizares Laso, A.-De Pablo Contreras, P.-Orduña Moreno, J.-Valpuesta Fernández, R. (Dir.), Código Civil Comentado, Vol. III, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 407-423.
- SEOANE CACHARRÓN, J., «Comentarios a los artículos 98 y 99», en Fernández de Buján Fernández, A. (dir)-Serrano de Nicolás, A. (coord.), Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- TORIBIOS, F., «Comentarios al Código civil», (dir.) Domínguez Luelmo, A, *Lex nova* 2010.

XX

EL CONTRATO Y LOS TERCEROS¹

SANTIAGO HIDALGO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. El llamado principio de relatividad contractual contenido en el artículo 1257 del CC.–2. ¿Qué y quiénes son los «terceros»?–3. Evolución del principio hasta la época actual. 3.1 La estipulación a favor de tercero. 3.2 la oponibilidad de los contratos frente a terceros. 3.3 la invocabilidad de los contratos por los terceros: la vinculación contractual o contratos conexos y las acciones directas.–4. Estado actual de la cuestión en el Derecho de obligaciones y contratos.–5. Más allá de la de la oponibilidad y de los contratos conexos: la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario de 2019.–6. Prospectiva *lege ferenda*.–7. Bibliografía.

1. EL LLAMADO PRINCIPIO DE RELATIVIDAD CONTRACTUAL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 1257 DEL CC

El Código civil español, a imagen y semejanza del francés, consagró el consabido principio de relatividad contractual que en su formulación latina rezaba *res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest*, lo que en esta o parecidas versiones viene a suponer que lo acordado entre unos no podía afectar (ni perjudicar, ni aprovechar) a otros, es decir a los terceros.

Así el artículo 1165 del *Code* establecía *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui*

¹ Este capítulo ha sido realizado en el marco de los trabajos del Grupo de Investigación Reconocido por la Universidad de Valladolid, GIR Nuevo Derecho de la persona, de los contratos y de daños.

profitent que dans le cas prévu par l'article 1121, precepto este último que regulaba la estipulación a favor de tercero. Este precepto ya no es el que rige la materia en el Derecho francés: desde la modificación introducida por la Ordenanza no 2016-131, de 10 de febrero de 2016 –Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (JORF n.º 0035 du 11 février 2016)– viene a regularse por los artículos 1199 a 1209, cuestión que se tratará más adelante y de manera constante en este trabajo, en tanto el *Code* es la referencia fundamental de nuestro Código en esta materia y su reforma puede marcar las pautas de su eventual modificación en el nuestro.

Sin entrar en demasiadas disquisiciones sobre cuestiones sobradamente conocidas, es sabido que los derechos subjetivos tradicionalmente se distinguen entre absolutos y relativos, los primeros tienen una eficacia *erga omnes*, si bien el general deber de «todos» es omisivo, de abstención de atacarlos (así ocurre con los derechos reales o con los derechos fundamentales en general, la propiedad reúne ambas condiciones), mientras que los segundos tienen una eficacia solo entre quienes los constituyen precisamente porque el fundamento de la obligación (lo que se denomina tradicionalmente eficacia directa de los contratos) es la autonomía de la voluntad y se basa en la prestación del consentimiento: solo aquellos que prestan consentimiento contractual pueden venir obligados por el contrato. Con arreglo a la *filosofía* del Código las obligaciones tienen en común con la ley su obligatoriedad, pero no su generalidad: los contratos tienen fuerza de ley entre las partes porque consienten en que así sea (como se establece en el artículo 1091 Cc), por lo que no pueden tener esa fuerza para quienes no prestan su consentimiento.

Naturalmente se parte de una base –los conceptos de parte y tercero en los contratos– que precisan de alguna aclaración.

2. ¿QUÉ Y QUIÉNES SON LOS «TERCEROS»?

Tradicionalmente la condición de tercero con respecto a un contrato se define de manera negativa, por oposición al concepto de parte, es decir, son terceros todos aquellos que no son parte del contrato (Goutal, 1981, p. 23; Hidalgo, 2012, p. 18).

Partes son aquellos que prestan su consentimiento en el contrato, aquellos cuyas voluntades concurren para el perfeccionamiento del contrato. El artículo 1257 parece excluir de tal condición a los herederos: la razón es que los herederos efectivamente no son parte del contrato como tales, puesto que

no prestan el consentimiento contractual, pero adquieren tal condición como consecuencia del fenómeno sucesorio, en virtud de lo dispuesto en los artículos 659 y 661 del Cc.

De parecida manera ocurre en otros casos en los que sujetos no intervinientes en el contrato asumen la condición de obligados por él, de resultas de un fenómeno subrogatorio, como la cesión de contrato voluntaria, que no regula de manera expresa el CC (sí lo hace el Fuero Nuevo de Navarra en su Ley 513, que ha recibido nueva redacción en su párrafo 2.º que deviene más prolijo que su antecedente –un poco al estilo garantista de leyes como la Ley de Contratos de Crédito inmobiliario– por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril: *si una de las partes hubiere consentido preventivamente la cesión del contrato a un tercero y siempre que la misma haya tenido lugar sobre cláusula que exprese de forma pormenorizada, clara y comprensible las consecuencias jurídicas y económicas que conlleva, la sustitución será eficaz, respecto a aquella, desde el momento en que le hubiere sido notificada; si no hubiere consentido preventivamente la cesión, o lo hubiera hecho sin la expresión de tales circunstancias, sólo le afectará si la aceptare*).

Otra posibilidad es la cesión de contrato *ex lege*, por ejemplo, en el caso de la venta de vivienda arrendada mientras no transcurran las prórrogas legales obligatorias, o bien en el caso de arrendamiento inscrito en el Registro de la propiedad como previene el artículo 1571 CC o en los supuestos que, por convenio, el cambio del titular de una empresa ha de asumir los contratos de trabajo de la precedente.

También se puede incluir en esta categoría el caso del pago por tercero con efecto subrogatorio, con arreglo a los artículos 1209 a 1211 CC (sobre este particular puede verse un interesante tratamiento de la cuestión por Lasarte, 2014, p. 11 y ss. y Del Olmo, 2014, p. 337).

He señalado en otro lugar que «la cuestión fundamental a la hora de centrar los posibles supuestos que realmente excepcionan el principio no está tanto en determinar cuando nos encontramos ante un tercero a una relación contractual, sino más bien en cuando ese tercero interviene en ella como tal tercero y no asumiendo la condición de parte por cualquier suerte de mecanismo subrogatorio, ya en el crédito mismo, ya en alguno de sus aspectos, como puede ser el ejercicio de las acciones que competan al deudor frente a sus deudores, como ocurre en el caso de la acción subrogatoria. Es tercero el que no es parte inicial del contrato, ni pasa a serlo después por la vía que sea (sucesión *mortis causa*, cesión de contrato, ejercicio de una acción subrogatoria, a los efectos de la acción ejercitada, etc.), es tercero, en lo que aquí intere-

sa, el que, no siendo parte por ninguna de esas vías, actúa o le afecta un contrato en cuanto tal tercero» (Hidalgo, 2012, p. 24).

A este respecto, el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo una doctrina algo confusa en relación con el principio de relatividad, puesto que por un lado afirma que los causahabientes a título particular no pueden realmente considerarse terceros al contrato o contratos celebrados por el transmitente y por otro lado considera, como lo hacen las sentencias de 11 de abril de 2011 (RJ 2011, 3452) y la de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5588) que *tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen la relatividad de los efectos de los contratos, no de un modo general y abstracto, sino de manera concreta y muy determinada*, con lo que parece que están «relativizando» el principio, cuando en realidad que un sujeto asuma la condición de parte a posteriori no es realmente una excepción, como el propio Tribunal también reconoce. Así la STS 188/2015 de 8 abril. RJ 2015\1512, se hace eco de ambas ideas y en relación con la primera destaca que *a pesar de la literalidad del precepto el Tribunal Supremo, ya de antiguo (STS de 18 de abril de 1921), ha afirmado, interpretando el artículo 1257.1 del Código Civil (LEG 1889, 27), que los sucesores a título singular ostentan el mismo carácter que sus causantes. Afirma que el principio de relatividad no es tan absoluto que no pueda extenderse a personas que no han intervenido en lo pactado en el contrato (STS 9 de febrero de 1965), así como que los causahabientes a título singular (compraventa) no son terceros STS 1 de abril de 1977 (RJ 1977, 1510) y 24 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8045).*

Sentado lo anterior, no todas las supuestas excepciones al principio de relatividad contractual, o lo que tradicionalmente se han considerado excepciones a tal principio y –es más, que se siguen considerando, al menos formalmente– en la actualidad (como puede verse en la reforma sobre la materia del *Code*) lo son realmente, entre otras cosas porque se utilizan dos nociones distintas de tercero: los que lo son en todo momento y sí les afecta el contrato (ahí encontramos las excepciones al principio) y los que lo son en el momento concluirse el contrato, pero dejan de serlo después por la vía que sea (situaciones en las que no hay realmente excepcionalidad, ya que se trata de partes del contrato que podríamos denominar *sobrevenidas*) como se acaba de ver en el ámbito jurisprudencial.

Así pues, a continuación, trataré cómo ha evolucionado el principio de relatividad contractual en los distintos ámbitos donde se encuentran tradicionalmente sus excepciones: la estipulación en favor de tercero, la oponibilidad de los contratos frente a terceros y la intocabilidad o utilizabilidad de los contratos por los terceros (es decir, las comúnmente denominadas acciones directas).

3. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO HASTA LA ÉPOCA ACTUAL

El tratamiento de la cuestión desde la interpretación tradicional del principio hasta su contemplación más laxa, se ha sustentado en dos órdenes de ideas: por un lado, algunas instituciones han evolucionado en su tratamiento excepcionando de alguna manera el principio y por otro lado existen nuevas fórmulas contractuales que «relativizan» la relatividad contractual.

La cuestión no es nueva, puesto que, ya en 1934, Savatier (Savatier, 1934, p. 525) habló del «pretendido» principio del efecto relativo de los contratos, aunque sí lo sean algunas de sus manifestaciones más recientes, en especial aquellas que a las que dedico alguna atención en la última parte de esta aportación.

Analizaré a continuación la evolución de los distintos ámbitos en los que tradicionalmente se ha entendido se producía una excepción al principio como y que se han enunciado anteriormente.

3.1 La estipulación a favor de tercero

Tradicionalmente se suele asumir que la principal excepción al principio de relatividad la constituye la estipulación en favor de tercero. De hecho, se trata de una excepción que siempre acompaña a la enunciación del principio en sus regulaciones legales, tanto en el Código civil, ya que la recoge el propio artículo 1257, como en otros cuerpos legales, como ocurre en el *Code*, donde el 1165 se remite o recoge, precisamente como excepción, el artículo 1121 y no de otra manera opera la reforma de 2016, si bien se regula dentro del mismo «bloque» de artículos que encabeza en principio de relatividad.

La estipulación en favor de tercero se configura sobre la base de una triple relación: la que existe entre las partes del contrato que contiene la estipulación (una de las partes es el estipulante, aquel que obliga a la otra a que realice una prestación en beneficio del tercero, al que comúnmente se denomina promitente), es decir, la relación de cobertura; la que existe entre el estipulante y el beneficiario o relación de valuta y en fin, la que existe entre el promitente y el beneficiario que se basa en que, con fundamento en el contrato y siempre que se haya producido la aceptación de la estipulación, el tercero puede exigir la prestación estipulada en el contrato al promitente y es precisamente esto lo que constituye la excepción al consabido principio: un tercero se beneficia de un contrato del que no es parte, una parte de un contrato se ve obligada frente a quien no lo es.

Las bases sobre las que se asienta la figura son fundamentalmente dos: una que el beneficiario acepte la estipulación antes de que ésta sea revocada. Por más que sea una excepción al principio, no se llega al extremo y eso sí que sería una excepción radical y absoluta, de que el tercero pueda exigir el cumplimiento del contrato, privando a las partes de su libre facultad de desistimiento o revocación de su voluntad, cuando aún no ha manifestado en ningún momento ni su aceptación, ni consta que conozca la estipulación.

La otra que la estipulación en favor de tercero sea expresa, es decir, que no constituya una mera consecuencia beneficiosa para terceros, sin que éstos tengan capacidad para exigir tal efecto y que tales terceros se hallen concretamente determinados en el contrato. Conocida es alguna jurisprudencia en este sentido (STS de 23 de octubre de 1995, RJ 1995\7104; STS de 26 de abril de 1993 RJ 1993\2946; STS de 14 junio de 2011, RJ 2011\4532; STS de 14 noviembre de 2014, RJ 2014\6897)

Los contratos alteran una realidad preexistente y al hacerlo pueden provocar beneficios a terceros, sin que estos tengan derecho a exigir tales beneficios, son los tradicionalmente denominados efectos reflejos de los contratos. En este sentido Lyczkowska, K., «los tribunales distinguen entre la verdadera estipulación a favor del tercero y los meros actos reflejos que puede tener el contrato sobre un tercero: sólo en el primer caso se legitima al beneficiario para reclamar el cumplimiento. Así, la suerte de los fiadores solidarios en el caso de la ejecución de la garantía hipotecaria, no rebasa los límites del mero acto reflejo del contrato de préstamo [STS de 9 marzo 2006 (RJ 2006, 5710)]. Tampoco se presume la existencia de una estipulación a favor del tercero cuando éste resulta ser beneficiario sobrevenido de un contrato incumplido en el que no tomó parte [SAP Barcelona 1 diciembre 2003 (JUR 2004, 28912)]» (Lyczkowska, K., 2008).

A título de ejemplo: imaginemos el caso del dueño de un solar cercano al mar que tiene derecho, con arreglo a la normativa urbanística, a construir un edificio de 5 plantas, pero que finalmente encomienda a un promotor la construcción de un edificio de solamente dos. Como consecuencia los propietarios de los edificios situados detrás de éste, no se van a ver privados de las vistas al mar. No obstante, unos años después, en uso de su derecho, decide sobre elevar hasta las 5 plantas inicialmente proyectadas, privando de las vistas a estos propietarios. Pues bien, tales propietarios no pueden exigir que se mantenga el edificio como estaba: no se trata de una estipulación en favor de tercero, sino de una mera consecuencia beneficiosa para ellos, un efecto reflejo, máxime teniendo en cuenta que se trata de terceros indeterminados y por tanto carecerían de toda acción para mantener la situación previa (en parecida manera a los

efectos reflejos de las normas, que denominamos situaciones jurídicas secundarias, pero que no son derechos subjetivos).

Pese a esto, la cuestión no siempre aparece con perfiles tan claramente determinados. Así puede verse que, por ejemplo, en los Principles of European Contract Law el artículo 6:110: *Stipulation in Favour of a Third Party* establece lo siguiente. (1) *A third party may require performance of a contractual obligation when its right to do so has been expressly agreed upon between the promisor and the promisee, or when such agreement is to be inferred from the purpose of the contract or the circumstances of the case. The third party need not be identified at the time the agreement is concluded.* Es decir, frente a la tradicional idea de la determinación del beneficiario aludida, no se exigiría en este caso.

De parecida manera el DCFR: Effect of stipulation in favour of a third party II. – 9:301: Basic rules (1) *The parties to a contract may, by the contract, confer a right or other benefit on a third party. The third party need not be in existence or identified at the time the contract is concluded,* así como en la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y en la propuesta de CC de la APDC.

Por otra parte, tanto en la experiencia alemana, como en la francesa, quizá más limitadamente en la del Reino Unido, se ha tendido a extender el ámbito de ciertos contratos a terceros, incluso haciendo abstracción de las intenciones o los intereses típicamente protegibles de las partes en el contrato y utilizando en ocasiones ficciones de acuerdos implícitos o tácitos, se ha mantenido la responsabilidad contractual en aquellos casos en los que un incumplimiento del contrato por una de las partes respecto a la otra produce, así mismo, daños a un tercero, en el Derecho alemán se ha generado una doctrina independiente para resolver estos casos, en el caso de la francesa se sigue en muchas ocasiones utilizando la ficción de considerar la existencia implícita de una estipulación a favor de tercero.

Algunos casos, ya clásicos, ilustrativos de la cuestión aquí tratada: uno de ellos es el que se decidió en la Court de cassation con fecha 4 de febrero de 1986. El asunto era el siguiente: el propietario de dos locales en un mismo edificio los dio en arrendamiento uno de ellos al Sr. Esteban para un negocio de pastelería y otro al Sr. Frappier como panadería. Cada uno de los contratos contenía una restricción consistente en que la pastelería no podía expender pan, mientras que la panadería no podía vender ningún producto relacionado con la confitería, no obstante, ulteriormente, el propietario de los locales acordó relevar de tal restricción al Sr. Esteban, por lo que el Sr. Frappier demandó a ambos reclamando que se mantuviese la prohibición inicial y los daños y

perjuicios por las pérdidas sufridas como consecuencia del nuevo acuerdo. Alegaron los primeros que la restricción no constituía una cláusula en beneficio de tercero, sino que la indicación en el contrato de que las actividades que habían de realizarse eran las propias de una confitería con exclusión de la venta de pan, no era sino una determinación del vínculo que unía a las partes del contrato y de los fines con que se concluía éste, por lo que de asumir la reclamación del Sr. Frappier se estaría conculcando el artículo 1121 del *Code*, por no constituir una estipulación a favor de tercero en los términos de este precepto y así mismo el artículo 1165, es decir, el principio de relatividad contractual.

No obstante, tanto la Cour d'appel como la Cour de cassation, que confirmó la conclusión de la primera, consideraron que la expresa prohibición al negocio de pastelería de vender pan solo podía haberse constituido en beneficio del arrendatario de la panadería, pues de otro modo carecía de sentido, por lo que ésta constituía una efectiva estipulación en beneficio del tercero al contrato. Esto quiere decir que frente al carácter expreso que tradicionalmente caracteriza a las estipulaciones a favor de tercero, estas pueden deducirse del contrato, si no hay otra manera de interpretar una cláusula. Efectivamente en el caso de referencia no puede interpretarse de otro modo la restricción puesto que al arrendador no le reporta beneficio alguno ni puede pensarse que se trate de un mero efecto reflejo, máxime, y a mi modo de ver esto es un aspecto fundamental, si se tiene en cuenta que el otro contrato tiene una restricción correlativa y por tanto de la respectiva aceptación de cada arrendatario puede deducirse la aceptación de la estipulación y en consecuencia su irrevocabilidad.

En Alemania, también en la ya algo lejana fecha de 1986 (BGH 26 de noviembre de 1986), se planteó el siguiente caso: A accionista único de una compañía que quiere vender, encarga un informe a sus asesores fiscales que actuando de forma negligente la consideran en una posición financiera muy favorable. Cuando B se presenta como posible comprador, A aporta el informe favorable que encargó y a su vez B se lo entrega a una entidad bancaria con el fin de que ésta le haga un préstamo para concluir la adquisición, la entidad bancaria confiando en el mencionado informe otorga un préstamo elevado a B, tomando como garantía las acciones de la compañía. Tanto B como la empresa adquirida devienen insolventes y entran en concurso. Como consecuencia el banco dirige también una demanda contra la consultoría emisora del informe. Entre la asesoría y el banco no media vínculo contractual ninguno, es más, ni siquiera existe tal vínculo entre B y los asesores fiscales, ya que el informe fue encargado a estos por A. Sin embargo, el incumplimiento contractual de la consultoría frente a A realizando negligentemente su informe, es evidente que perjudica, no solo al adquirente que confía en él sino también a la entidad ban-

caría que con ese mismo fundamento concede un préstamo y toma en garantía unas acciones de una empresa que resulta inviable. Considera el Tribunal (Bundesgerichtshof) que el informe de unos expertos reconocidos por el Estado tiene precisamente la función, no solo de aclarar la situación de una compañía a su titular (el que lo encarga) sino y sobre todo de dar a éste un valioso instrumento para realizar operaciones con terceros, por ejemplo, la venta de la compañía como era el caso, instrumento que tiene casi un valor probatorio frente a esos terceros. No quiere esto decir que el ámbito del contrato deba extenderse a un número indefinido de terceros, pero razonablemente cabe pensar que existe un grupo de personas directamente afectadas por esa relación contractual (la que media entre A y los asesores fiscales) y desde luego éstas son el adquirente de la compañía sobre la que versa el informe y el banco que prestó el dinero para que tal adquisición pudiera tener lugar.

En estos supuestos se observa cómo se trasciende un tanto la disciplina tradicional de la estipulación a favor de tercero, dado que no estamos ante cláusulas explícitamente establecidas por las partes para beneficiar a un tercero, sino de determinadas consecuencias o finalidades del contrato que eventualmente pueden producir tal beneficio y en las que es el incumplimiento de una parte del desarrollo contractual el que sirve de sustento a la pretensión de un sujeto que no es parte del contrato.

En unos casos el beneficio del tercero se halla implícito en la causa para contratar, en el caso de la *Cour de cassation* de 4 de febrero de 1986 esto se pone particularmente de manifiesto, ya que la cláusula restrictiva en el contrato de arrendamiento de la confitería prohibiendo la venta de pan no puede tener otra razón de ser que la de beneficiar al panadero vecino (es evidente que al propietario necesariamente le resultará indiferente que en la pastelería se venda o no pan, por lo que el motivo de tal cláusula no puede ser otro que beneficiar al arrendatario del otro local); en otros casos ni siquiera se halla implícito en el contrato, así en el caso del informe de los asesores fiscales, esta claro que este tipo de informes son un instrumento que aquel que los encarga va a utilizar para, por ejemplo, acreditar la solvencia de la empresa frente a terceros, pero no es menos cierto que tales terceros no son concretos y determinados, sino cualesquiera con quienes trata el que encargó el informe o, aunque sean concretos no se hallan directamente contemplados en el contrato que vincula a los que efectúan el informe y aquel que lo encargó.

En cualquier caso la concesión de acción al tercero frente a una de las partes (o ambas) del contrato se constituye como un medio idóneo para la adecuada protección de estas, en palabras de Jiménez Blanco, al referirse al sistema alemán: «detrás de todo ello se encuentra una tendencia a la contractuali-

zación de las demandas frente al promitente con el fin de que el tercero obtenga mayores posibilidades de resarcimiento sobre todo en aquellos casos en los que el régimen de responsabilidad extracontractual presenta lagunas y limitaciones que pueden ser colmadas y superadas con un mejor sistema de protección contractual» (Jiménez Blanco, 2009, p. 535; Hidalgo, 2012, p. 36).

Más adelante haré referencia al tratamiento de la cuestión en la reforma de 2016 del Derecho de obligaciones francés y que se contiene en sus nuevos artículos 1205 a 1209.

3.2 La oponibilidad de los contratos frente a terceros

En los variados casos en los que se puede hablar de oponibilidad, una de las partes de un contrato hace valer, *opone* tal contrato, frente a una tercera persona. Estrictamente la oponibilidad es cosa distinta a la fuerza obligatoria de los contratos. Es conocido entre quienes hemos dedicado alguna atención a estas cuestiones, el ejemplo con que Goutal ilustró la cuestión: los cónyuges, decía este autor, se vinculan por el matrimonio debiéndose fidelidad, socorro y asistencia, sin que los terceros deban nada de esto a cada uno de los cónyuges, lo cual no impide que si un tercero contrae matrimonio con uno de los cónyuges, tal matrimonio sea nulo, es decir *le mariage de l'autre ne le lie pas, il lui est opposable*. De parecido modo ocurre en algunos contratos. En cierta manera podría estimarse que esto no es una excepción a la relatividad contractual, puesto que lo que supone el principio es que los contratos solo obligan a las partes y puesto que la oponibilidad no es lo mismo que la fuerza obligatoria, los supuestos de oponibilidad no son excepciones al principio. Tal manera de razonar confunde, a mi modo de ver las causas con los efectos, es decir, si siempre que un tercero se vea afectado por un contrato del que no es parte, se entiende que, por eso mismo, no se trata de un efecto obligatorio, llegaríamos a la conclusión de que el principio nunca se ve cuestionado.

Pero lo cierto es que en los casos de oponibilidad sí se pone en cuestión la contemplación tradicional del principio, porque hay efectos obligatorios del contrato que sí vinculan de un modo u otro a terceros no intervinientes, algo que se pone especialmente de manifiesto, a mi modo de ver, en el caso de la tutela aquiliana de los derechos de crédito. En tal sentido González Pacanowska denomina a esta situación *el contrato como fuente de una situación jurídica que debe ser respetada por todos*, serían los supuestos de oponibilidad en sentido propio, aquellos en que *las partes, o una de ellas fundan eficazmente en la situación nacida de su contrato un pretensión frente a un tercero que no res-*

peta dicha situación con la eficacia que tiene entre ellas» (González Pacanowska, 1993, p. 1475).

Lo primero que cabría plantearse antes de entrar en los particulares casos de oponibilidad es si en realidad ésta constituye una verdadera excepción al principio de relatividad contractual, lo que, ya se vio, entendimos que se trataba, si no de una auténtica excepción, sí de una atenuación o corrección de tal principio.

Delimitada de tal manera la idea de oponibilidad, es posible preguntarse bajo qué presupuestos se produce, lo que implica, a priori, la exclusión como objeto de este estudio de aquellos casos en los que personas no intervinientes en la formación de la voluntad contractual, devienen posteriormente partes del contrato: se analizan aquí casos en los que quien no es parte en el contrato actúa por razón de éste, como tal tercero, sin asumir la condición de parte.

En las cesiones legales de contratos se habla de una obligación de respeto de tales contratos por quien no fue parte en ellos, pero tal obligación viene dada en tanto se le transmiten esos contratos y asume la condición de parte en ellos, era un tercero pero no lo es cuando se le opondrá el contrato: piénsese en los casos en que se exceptiona el principio venta quita renta, ya por la regla general de la inscripción en el Registro (el artículo 1571 Cc se remite a la LH, es decir, a la eventual inscripción de arrendamiento previa a la venta; naturalmente el pacto en contrario a que hace referencia el 1571 es al que puede mediar entre el comprador y el arrendatario), ya en los supuestos especiales contenidos en la LAU (de manera un tanto titubeante por las conocidas reformas y «contrarreformas» de esta Ley, las últimas por Decretos Leyes) o en la LAR, el tercero adquirente de la finca arrendada, deja de ser tercero respecto al contrato cuando la adquiere, porque legalmente se produce una cesión de contrato, en otros términos, deviene parte de éste (o porque existe un pacto subrogatorio).

Por el contrario, cuando se opondrá un determinado contrato celebrado con pacto de exclusiva frente al tercero que lo infringe, al celebrar un convenio sobre el mismo objeto con una de las partes del primero, lo hace como tal tercero, respecto al contrato infractor, no asume la condición de parte en él, sino que actúa como tal tercero.

Sólo estos casos constituyen, según creo, el verdadero ámbito de excepción al principio de relatividad contractual, de ahí que se hayan tratado las acciones directas como excepciones más intensas al principio, en tanto se acciona contra quien no es contraparte en el contrato y se hace en concepto de tercero, reclamando el crédito que tuviese contra aquella, y se vayan a tratar los de oponibilidad en tanto un tercero se va a ver compelido por un contrato del que no fue parte o, dicho de otro modo, una de las partes en el contrato

puede imponer (oponer) éste a quien no fue parte en él, sin que con ello el compelido asuma la condición de parte en el contrato, lo que constituye, en definitiva, una forma de eficacia *erga omnes* de algunos derechos de crédito.

La responsabilidad de los terceros en el incumplimiento contractual se recoge de manera genérica en el DCFR: VI.-2:211:

Loss upon inducement of non-performance of obligation Without prejudice to the other provisions of this Section, loss caused to a person as a result of another's inducement of the non-performance of an obligation by a third person is legally relevant damage only if:

Y establece los siguientes requisitos:

- (a) *the obligation was owed to the person sustaining the loss; and*
- (b) *the person inducing the non-performance:*

- (i) *intended the third person to fail to perform the obligation, and*
- (ii) *did not act in legitimate protection of the inducing person's own interest.*

La violación de los pactos de exclusiva constituye uno de los ámbitos más claros de esta cuestión y también el más antiguo. Efectivamente en el caso Lumley v. Wagner, después Lumley v. Gye (1852, 1 D. M. and G, 604; 1853 2 E&B, 216; inicialmente Lumley se dirigió principalmente contra la Wagner, después lo hizo contra aquel que la había contratado, Gye, propietario a la sazón del Covent Garden). Sucintamente: la entonces famosa cantante de ópera, Johanna Wagner había sido contratada en exclusiva por un teatro de Londres, para cantar en él durante un período de tres meses, dos noches a la semana sin que pudiese durante ese lapso hacerlo para otro sin el consentimiento de Lumley, propietario del teatro, período durante el cual concluyó otro convenio con otra empresa para actuar en el Covent Garden (el asunto debió ser célebre en su momento, en la entrada de Wikipedia sobre Benjamin Lumley, que aparte de empresario teatral era abogado dice lo siguiente: *The soprano Johanna Wagner, niece of the composer Wagner, was lured to Covent Garden, sparking off a complex litigation. The resulting case, 'Lumley v. Gye', is still regarded as a fundamental basis of employment contract law. Lumley won the case, but it was for him a pyrrhic victory, resulting in financial loss*). Así se generó una temprana jurisprudencia sobre la responsabilidad de los terceros en el incumplimiento de la parte de un contrato: *the tort of wrongful interference with contractual rights*.

Bastantes años después se dio un caso similar en España, llegando el Tribunal Supremo a parecidas conclusiones: STS de 23 de marzo de 1921. Se

trataba del litigio entre la compañía discográfica Talking Machine and Co., contra la cantante Raquel Meller y la empresa Compañía de Gramófono Española, S. A., que había realizado un contrato con la artista en violación del que tenía ésta, en exclusiva, con la primeramente citada Talking Machine and Co., así sobre la base del conocimiento (previa notificación por la empresa exclusiva) que la Compañía de Gramófono Española tenía de la existencia del contrato de la Meller. Talking Machine & Co., pedía se condenase a indemnizarla con carácter solidario tanto a la cantante como a la antedicha compañía. La sentencia reconoce la responsabilidad aquiliana del tercero con base en su conocimiento del pacto, aunque curiosamente lo hace responsable mancomunado con la cantante.

El debate sobre este asunto hasta la actualidad no se ha centrado en tal solución al problema, que es la comúnmente admitida, sino en la admisibilidad legal de los pactos de exclusiva, en tanto pueden afectar a la libre competencia. Sea como sea lo cierto es que la cuestión viene a recogerse en el artículo 14 de la Ley de competencia desleal:

1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Otro supuesto de oponibilidad que en los últimos tiempos ha tenido una cierta relevancia es el de la vinculación contractual entre un contrato y el contrato de financiación, que fue objeto de regulación por la Ley de Crédito al Consumo, Ley 7/1995, de 23 de marzo, ulteriormente derogada por la Ley de contratos de Crédito al consumo, Ley 16/2011, de 24 de junio.

Tradicionalmente el contrato de financiación, obtenido para la adquisición de un producto o servicio, hacía abstracción de este contrato, es decir, que el consumidor debería seguir cumpliendo con el contrato de financiación, aún en aquellos casos en los que el proveedor de servicios incumpliese las obligaciones derivadas de su contrato con el consumidor, con las evidentes consecuencias gravosas para el consumidor, que se hallaría en la situación de continuar pagando por un producto o un servicio que no ha recibido o ha recibido de manera parcial o defectuosa, es decir, sin que pueda el consumidor hacer valer eficazmente la cláusula o facultad resolutoria implícita del artículo 1124 CC,

puesto que ésta se referiría al primer contrato, pero no al de financiación. Así pues, la entidad financiadora es un tercero con respecto al contrato de consumo, por lo que las vicisitudes que puedan darse en su desenvolvimiento y ejecución constituirían *res inter alios acta* y por tanto no le son oponibles, con lo que la eventual frustración del fin para el que fue constituido el contrato de financiación no afectaría a éste ni a su cumplimiento.

El problema se puso de manifiesto en relación con un caso que tuvo una cierta popularidad en su momento: el caso de los centros de idiomas Opening (ver sobre este caso, Escuin Ibáñez, «La crisis del sistema de financiación de los cursos de idiomas» *Revista de derecho Bancario y bursátil*, n.º 92, 2003 y muy especialmente el Dictamen Jurídico sobre el caso English Opening School, emitido en 2002 por Marín López. Los cursos de inglés que esta entidad impartía se financiaron a través de créditos, cuyo pago se pretendía por las entidades financiadoras cuando se produjo el cese de actividad de estos centros. Éstas alegaban que eran terceros respecto al contrato de consumo (prestación de servicios, en este caso, clases de inglés) y que no se le podrían oponer sus vicisitudes, ni, en concreto, la frustración del fin para el que la financiación fue constituida. Aunque se celebraron distintos tipos de contratos entre los alumnos y el centro en cuestión y las entidades financieras, el supuesto fundamental objeto de litigio fueron los casos en los que se celebraban dos contratos: uno de enseñanza con Opening, y otro de préstamo con una entidad de crédito. El precio del contrato de enseñanza se paga al contado, con el dinero recibido en préstamo de la entidad de financiación. El alumno queda obligado a devolver el importe del préstamo (más los intereses, si se pactaron) a la entidad de crédito en las condiciones pactadas en el contrato de préstamo. La STS 148/2011, de 4 marzo, viene a resolver lo siguiente:

«b) Debo declarar y declaro que los alumnos referenciados, y quienes se encuentren en la misma situación, podrán oponer a aquellas de las entidades de crédito y financiación demandadas, que corresponda, el incumplimiento de los contratos de enseñanza por parte de las entidades codemandadas antes referenciadas;

c) Debo declarar y declaro resueltos todos los contratos de financiación relacionados y demás existentes entre los alumnos incluidos en los efectos de esta sentencia y las entidades demandadas, por estar dichos contratos de financiación vinculados a los de enseñanza; así como que no tienen aquellos alumnos obligación de pagar las mensualidades de los contratos de financiación desde que se produjo el incumplimiento contractual antedicho por parte de las entidades prestadoras de los servicios de enseñanza».

Es decir, que estaríamos ante un supuesto de oponibilidad del contrato de consumo frente a un tercero (la entidad bancaria o de financiación). De hecho, legislativamente queda consagrada esta idea en el artículo 26.2. de la LCC: *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29, la ineficacia del contrato de consumo determinará también la ineficacia del contrato de crédito destinado a su financiación, con los efectos previstos en el artículo 23.*

La STS (Sala 1.ª) Sentencia 700/2016 de 24 noviembre 2016, Rec. 837/2014, para el caso de un contrato de compraventa de automóvil, que sufría averías que el vendedor no reparaba adecuadamente, expone la cuestión como sigue: *Si celebra ambos contratos, con el vendedor o prestador del servicio y con el financiador, y el bien o servicio no le es suministrado, o el que se le suministra no es conforme a lo pactado en el contrato, se verá obligado a pagar los plazos del préstamo de financiación pese a que el bien o servicio financiado no le ha sido facilitado o lo ha sido defectuosamente, porque el incumplimiento del vendedor es ajeno al financiador, de modo que de acuerdo con la regla clásica sobre la relatividad de los contratos, recogida en el art. 1257 del Código Civil, el financiador podría seguir exigiendo el cumplimiento del contrato de préstamo pese a que el bien financiado no se hubiera suministrado o lo hubiera sido defectuosamente.* Se trataba de un supuesto en el que el vehículo se averiaba constantemente por lo que el Alto tribunal estima se está ante una clara causa de resolución del contrato por parte del comprador: *No hay duda de que, encontrándonos ante un contrato de obligaciones recíprocas, el concesionario cumplió de modo muy defectuoso su obligación principal, lo que facultaba al comprador del vehículo para solicitar la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios o, cuanto menos, oponer la inexigibilidad del precio en tanto no se le facilitara otro vehículo o se solucionaran definitivamente las reiteradas averías.* Por todo lo cual viene a concluir que, *en virtud del régimen de los contratos vinculados previsto en los arts. 14 y 15 de la Ley de Crédito al Consumo (y actualmente, en el art. 29 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo), puede oponer tal excepción al financiador que reclama el cumplimiento del contrato de financiación vinculado al de compraventa, de modo que en tanto que no se le facilite un vehículo en condiciones o se solucionen definitivamente las averías del vehículo que se le entregó, no puede exigírsele el pago de la cantidad que resta por abonar en el contrato de financiación.*

No obstante, hay que reconocer que, pese a la apariencia de la oponibilidad de un contrato frente a un tercero, lo que se produce más bien en estos casos, utilizando las palabras de Marín López es *una causalización de este particular motivo, que constituye lo que se ha denominado «causa concreta»*

del contrato. De este modo, en la causa de este contrato de préstamo hay que incluir ese motivo concreto. Así, y al margen de la causa típica del contrato de préstamo (entrega de una cantidad de dinero a cambio de su devolución a plazos), también entra a formar parte de la causa la eficacia del contrato de enseñanza, por cuanto que la finalidad del préstamo es servir a la preparación del curso en esa concreta academia (Marín López, 2010, p. 256), por tanto es la frustración del fin del contrato de financiación la que produce su ineficacia, más que la oponibilidad del contrato financiado.

3.3 La invocabilidad de los contratos por los terceros: la vinculación contractual o contratos conexos y las acciones directas

El ámbito que más propiamente puede considerarse una excepción al principio de relatividad contractual es la denominada acción directa o mejor dicho acciones directas. Si bien algunos autores desde el punto de vista sistemático las tratan junto a las acciones subrogatoria y rescisoria por fraude de acreedores (revocatoria o pauliana). Por todos puede verse Lasarte (Lasarte, Curso de Derecho civil patrimonial, 2019, p. 487) si bien el propio autor reconoce que «la Ley no atribuye a la acción directa carácter general, sino en algunos supuestos concretos (y en principio excepcionales, por lo que no cabe propugnar su interpretación extensiva).», como garantías generales de las obligaciones, lo cierto es que no son tal cosa, precisamente porque aquellas acciones no son estrictamente excepciones al principio de relatividad contractual, mientras que las acciones directas sí lo son en tanto un tercero, actuado como tal.

La figura ha sido objeto de amplios estudios entre la doctrina francesa a lo largo de todo el siglo XX (son clásicos los trabajos de Cozian «*L'action directe*», LGDJ, Paris, 1969; Teyssie «*Les groupes de contrats*», LGDJ, Paris, 1975; Jamin «*La notion de action directe*», LGDJ, Paris, 1991) y aún en la actualidad (Mainguy, D., *Nouveaux aspects des actions directes dans les contrats*, *Civ. Ire*, 6 juin 2018, n.º 17-10.553 y 17-17.438, 2018; Haas, P. *Le droit au paiement direct et à l'action directe à l'épreuve de la défaillance du sous-traitant dans l'exécution de ses prestations*, RDI 2018. 147; Mireille Bacache, D., *Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers*, 2016, 1454).

De una manera resumida se entiende que: se trata de auténticas excepciones al principio de relatividad, pese a que se contraponen a la acción subrogatoria (de hecho el nombre se opone al que tradicionalmente recibe aquella en Derecho francés, que es el de acción oblicua), que tradicionalmente se dan en

grupos de contratos o cadenas de contratos (entre la doctrina española se suele utilizar más bien la expresión contratos conexos o vinculados), que tal fundamento podría generalizar este tipo de acciones siempre que haya esos grupos, pero, en fin, que hay casos de acciones tradicionalmente consideradas como directas, que no se dan en el marco de los grupos de contratos, me estoy refiriendo fundamentalmente al caso del artículo 76 de la LCS, es decir, a la acción del perjudicado contra la compañía aseguradora en casos de responsabilidad civil extracontractual.

Efectivamente como se ha visto entre la doctrina francesa uno de los escollos que se opuso a la generalización de la acción directa siempre que se diesen grupos de contratos, contratos vinculados, es que había algunas acciones directas que no se daban en ese marco, tal es el caso de la del artículo 76 LCS, ahora bien, a mi modo de ver, el problema en este, como en muchos de los otros casos en los que se habla de acción directa, no estamos ante una auténtica acción de este tipo, sino que se está llamando directas a otro tipo de acciones al estilo de la ya secular manera de denominar a la acción de rescisión por fraude de acreedores como acción revocatoria.

Podría decirse que lo primero que hay que hacer al estudiar la acción directa y su naturaleza y funcionamiento, es «desbrozar» el terreno, en la segunda acepción del término de la RAE: *Eliminar los aspectos accesorios o confusos que complican un asunto innecesariamente y entorpecen su comprensión*, porque a diferencia de la acción rescisoria, que acabo de mencionar, que es una sola, en esta materia se llaman directas no solo acciones que no lo son, sino que además las que lo son tampoco tienen una naturaleza homogénea entre sí. Como es sabido las acciones pretendidamente directas que se contienen en el CC o fuera de él, son las siguientes:

Las de los artículos 1552 del Cc (y el 15 de la LAU de 1964) y 1551 del Cc (y 16 de la anterior LAU), en la LAU vigente, no obstante, la remisión del artículo 4 de ésta hace aplicables los del CC a los arrendamientos urbanos; la del artículo 1597 del Cc dentro del contrato de obra; en materia de mandato la del artículo 1722 del Cc; la contenida en el artículo 1560 del Cc; la del artículo 1650 del Cc aunque su cita ya sea anecdótica; la contenida en el artículo 1512 del Cc; la del 1937 del Cc como posible acción pauliana, con las reservas expresadas y en fin la consabida del artículo 76 de la LCS y afines referidos a distintos seguros de responsabilidad civil obligatorios y voluntarios (entre la doctrina española pueden citarse aquí algunos trabajos sobre estos preceptos, ya en general o sobre alguno de los supuestos en particular (Pasquau Liaño, «La acción directa en el Derecho español», Editora General

de Derecho, S. A., Madrid, 1989; De Ángel Yágüez «Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil», Tecnos, Madrid, 1969 y Rodríguez Morata «La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra», Tecnos, Madrid, 1992; López Frías, A., «Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal», Bosch, Barcelona, 1995. Hernández Arranz, M. La acción directa como instrumento de garantía, Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia, 2005).

Lo primero que llama la atención en la regulación contenida en nuestro Código sobre estas acciones es que no las llama *directas*. El único lugar donde se utiliza la denominación acción directa es en la LCS, curiosamente una acción, que a mi modo de ver, y lo voy a intentar justificar ut infra brevemente, no es estrictamente una acción directa.

Sin entrar en demasiados detalles que excederían la extensión de este trabajo, entiendo que del elenco tradicional antedicho, solamente la acción del 1551, con ciertas reservas la del 1552 y la del 1597 del CC son auténticas acciones directas, no así las demás que responden a distintos parámetros y necesidades, y que no pueden considerarse, ni siquiera, excepciones al principio de relatividad, o no más allá, en algunos casos, que una excepción tradicional y legalmente consagrada por otra vía (la acción rescisoria). Voy a intentar justificarlo brevemente.

Las que sí lo son: queda dicho que desde el originario tratamiento de la figura en el derecho francés se constató que este tipo de acciones eran habituales en los *groupes de contrats*, es decir, cuando había un sujeto común a dos contratos que versaban sobre una misma realidad jurídica, en esos casos uno de los sujetos de un contrato podía dirigirse contra el del otro, pero no ejercitando las acciones que correspondiesen al sujeto «común» a ambos (lo que sería una acción subrogatoria, *oblique*, oblicua como se denominaba en derecho francés) sino ejercitando sus propias pretensiones que, en principio, tendría que dirigir solamente frente a su contraparte en el contrato: la acción es directa por este motivo y porque satisfacía directamente su interés, no el de esa parte o sujeto común a ambos contratos como ocurriría en una subrogatoria. Es más, ni siquiera se trata como esta de una acción subsidiaria, sino que se puede ejercitar «directamente», una razón más para que reciba tal nombre.

La cuestión es si cabe o no generalizar la acción directa siempre que nos encontremos ante un grupo de contratos conexos, es decir, si lo que comúnmente se ha entendido como excepciones especiales, establecidas legalmente para supuestos concretos, puede regularse como una acción general sobre el presupuesto indicado, al estilo de lo que ocurre con la subrogatoria o la pauliana.

El posible escollo de considerar que existen acciones directas que no se dan en el ámbito de la conexidad contractual a mi modo de ver no lo es: la acción del perjudicado contra la compañía aseguradora del artículo 76 LCS, se denomina tradicionalmente acción directa pero responde a parámetros distintos. Como ya he defendido hace tiempo en otro lugar, esta acción denominada directa, ni es tal, ni constituye una excepción al principio del artículo 1257 CC (Hidalgo, 2012, p. 53): el perjudicado por un evento cubierto por el seguro efectivamente es a priori un tercero con respecto a ese contrato de seguro y la compañía aseguradora es un tercero en la relación extracontractual y el perjudicado ha de invocar el contrato respecto al que no es parte, pero tal invocabilidad no constituye un supuesto de acción directa, puesto que no se dirige contra quien no es parte en la relación jurídica extracontractual en este caso (hecho dañoso), sino que la misión del contrato es, precisamente, hacer parte, a determinados efectos (los indemnizatorios) a quien no lo sería de otro modo, la compañía aseguradora (Veiga Copo, 2013). Ocurriría, con base en el contrato de seguro y respecto de la compañía aseguradora, lo mismo que respecto de los herederos a que sí hace referencia el 1257 Cc.

Las acciones directas se dan siempre en el marco de los grupos de contratos, cadenas, contratos vinculados, como se quieran llamar. Si bien puede considerarse atractiva la idea de generalizar tales acciones cuando nos encontramos con este fenómeno, y por más que el principio deba atenuarse o ponderarse, lo cierto es que no cabe desconocer que es preciso un fundamento legal expreso para tales acciones, porque no pueden basarse en la voluntad exclusiva de las partes: si con ese mero fundamento pudiera el arrendador reclamar la renta que le correspondiese al subarrendatario, sería tanto como dar fuerza de ley ala autonomía de la voluntad, pero no solo entre la partes sino también frente a terceros, *erga omnes*. Así pues, no todo grupo de contratos puede generar una acción directa, se necesita un precepto que así lo determine, pero tampoco son acciones directas todas aquellas que tradicionalmente se han considerado como tales.

La acción del artículo 1512 CC que establece que los acreedores del vendedor no podrán hacer uso del retracto convencional contra el comprador, sino después de haber hecho excusión de los bienes del vendedor, no es una acción directa sino una acción subrogatoria con algunas particularidades. Pero en esencia es subrogatoria como justifica fundamentalmente su carácter subsidiario, una explicitación del artículo 1111 CC.

El anecdótico supuesto del 1650 CC: sólo Castan se refirió a ella, como una acción directa. Creo más plausible seguir en este punto a O'Callaghan que la considera una acción subrogatoria (O'Callaghan, 1991, p. 1282). Lo que se

pretende con esta acción es que el enfiteuta (que es el deudor) devenga insolvente, de parecido modo, por tanto a lo que ocurre con la subrogatoria, de modo que por más que sean terceros, no actúan en este caso en tal concepto.

En cuanto a la acción del artículo 1722 CC, procede únicamente frente al sustituto del mandatario, si no se le dio la facultad para nombrarlo o si se le dio sin designar persona y lo hizo en favor de incapaz o insolvente. En estos casos hay un grupo de contratos conexos y puede hablarse, aún con ciertas particularidades, de una auténtica acción directa, en tanto el mandante es tercero y como tal actúa respecto del contrato de sustitución (que es otro mandato).

La contemplada en el 1937 del CC, es decir, la prescripción hecha valer por los acreedores del deudor, cuando esta renuncia a ella, tampoco constituye una acción directa. Utilizando las palabras de Díez-Picazo: *si ha existido una previa renuncia de la prescripción ganada, por parte del favorecido con ella, el precepto establece una irrelevancia de dicha renuncia, o, si se prefiere, una relativa ineficacia de la misma, que parece tener fundamento en los mismos principios que dan soporte a la acción pauliana (1111 y 1295 del Cc)* (Díez-Picazo, 1993, p. 2092).

Planteada la cuestión en tales términos, con la salvedad del artículo 1722 Cc, resulta que solo las contenidas en los 1551/1552 y 1597 CC serían auténticas acciones directas donde un tercero ejercita contra una de las partes de un contrato una pretensión propia nacida de un contrato contra la otra parte de aquel. Así se configura como un supuesto excepcional respecto al artículo 1257 del Cc y por eso mismo es preciso un precepto legal expreso, con la salvedad de la ampliación al subcontratista del 1597 CC, que, como se sabe no se menciona expresamente: naturalmente una futura regulación en el Código de esta acción debería corregir esta carencia. El problema se planteó en parecidos términos en el Código civil francés ya que el 1798 inspirador del 1597 Cc tampoco los mencionaba y se tuvo que llegar a la solución de incluirlos por vía jurisprudencial. El régimen de este precepto es también aplicable a los contratos sujetos a la LOE. Por cierto que si en origen se consideró un precepto de protección al trabajador y se cuestionaba la inclusión del subcontratista, actualmente tiene más recorrido su aplicación a éstos, que a aquellos que tienen otras vías más efectivas para el cobro de sus salarios a través del Derecho laboral.

En cuanto a los relativos a los arrendamientos habrá que entenderlos aplicables tanto a los sujetos a la LAU como a la LAR dadas sus respectivas genéricas remisiones al CC (como se dijo anteriormente, la LAU de 1964 sí que las mencionaba de manera expresa). La del 1552 constituye una genuina acción directa, donde el arrendador ejercita un derecho, que nace de un contrato del cual no es parte sino tercero aquél al que se reclama, si bien hasta el límite del

importe de lo debido al subarrendador. La del 1552 aunque también lo es técnicamente, lo cierto es que no había necesidad de precepto expreso, puesto que en todo caso el arrendador podría reclamar daños extracontractuales (se opone el derecho real de propiedad, no el contrato) por lo que la obligación del subarrendatario existiría, aunque éste precepto no, aunque fuera con distinto fundamento.

Pese a lo que se ha indicado anteriormente, creo posible una regulación o mención genérica de la acción directa sobre la base de grupos contractuales conexos o con un mismo fundamento económico, siempre que haya ese reconocimiento legal, que podría ampliarse a más supuestos que los tradicionalmente contemplados o incluso dotarle de un cierto carácter general en el marco de la subcontratación.

4. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

En la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, el artículo 1244 establece lo siguiente: *Los contratos solo producen sus efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo que del propio contrato o la ley resulte otra cosa.* A mi modo de ver no es una redacción demasiado afortunada, fundamentalmente porque lo afirma para negarlo a continuación, sin concretar cual sea ese ámbito de «negación» del principio. De su lectura parece desprenderse que no solo si se establece legalmente, sino que, si las partes quieren, pueden extender la fuerza obligatoria del contrato a personas que no intervienen en él, cosa que no parece desde luego admisible por principio.

En la propuesta de CC de la APDC, el artículo 526-6, bajo la rúbrica «principio de relatividad» se acoge un texto que no difiere del anterior.

Los contratos solo producen sus efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo que del propio contrato o de la ley resulte otra cosa.

Regulando a continuación el contrato a favor de tercero y el contrato para persona por designar.

La Ley 3/2017, de 15 de febrero del Parlamento de Cataluña (BOE de 8 de marzo de 2017) aprobó el Libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, modificó libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (Téngase en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 132/2019 de 13 Nov. 2019, Rec. 2557/2017 estimó par-

cialmente el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucional y nulo el art. 621-54.3 del Código civil catalán, introducido por el art. 3 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto). Comoquiera que el Título I del Libro VI carece aún de contenido, si bien está prevista su realización, supongo que haciendo abstracción de las «bases de las obligaciones contractuales» del consabido artículo 149.1.8.º de la CE, no se hace en él referencia a esta cuestión, aunque sí a algunos supuestos de oponibilidad instrumental, por ejemplo en el 621.66 o de acción directa como el 622.22.regla tercera que recoge la acción directa del tercero frente al mandante en caso de actuación extralimitada.

Obviamente desde el punto de vista legislativo comparado hay que fijarse en fundamentalmente en el Derecho francés. Como ya se indicó al principio el *Code*, concretamente su artículo 1165 constituyó en su momento el antecedente de nuestro artículo 1257, con la particularidad de que el 1257 contiene la estipulación a favor de tercero como se ha visto, mientras que el 1165 se remite al precepto que la regula en el Código civil francés, el 1121.

La Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016 ha modificado el derecho de obligaciones francés y hace lo propio con lo relativo a los efectos de los contratos frente a terceros, modificación que ya es manifiesta desde el punto de vista de la estructura de esa regulación en tanto contrapone los efectos de los contratos entre la partes) artículos 1193 a 1198) a los efectos de los contratos frente a terceros (artículos 1199 a 1209), lo que no es baladí si tenemos en cuenta que se otorga carta de naturaleza a una serie de posibles efectos de los contratos frente a terceros frente a la antigua «sacralización» del principio de relatividad, que en principio solo recogía como posibles excepciones en e los artículo 1166 y 1167 la acción subrogatoria y la acción rescisoria por fraude acreedores (la acción revocatoria o pauliana). De hecho, el contenido de los preceptos antedichos se contiene en dos secciones dentro del capítulo 4.º, del título III, del Libro III del Código civil, bajo la rúbrica «Los efectos de los contratos».

Efectivamente, frente esa sacralización, el artículo 1199 encabeza una serie de 10 artículos que se refieren a los efectos que los contratos producen frente a terceros y que comprende la sección 2.ª indicada.

Pese a esto lo cierto es que este precepto mantiene la idea tradicional de relatividad cuando bajo el epígrafe «el contrato solo crea obligaciones entre las partes» establece que *Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat*

ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. Y el Chapitre III:

Les actions ouvertes au créancier

Art. 1341. Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi.

Art. 1341-1. Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur; à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne.

Art. 1341-2. Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude.

Art. 1341-3. Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur.

Cabe señalar que éste último supone una novedad por cuanto, junto a la acción subrogatoria (u oblicua como se la ha denominado en Francia) y la acción rescisoria por fraude de acreedores, recoge con carácter general, si bien aclarando que solo en los casos legalmente previstos, la acción directa.

En realidad, no supone una modificación excesivamente relevante salvo desde el punto de vista formal, precisamente porque aunque la trata junto a las mencionadas subrogatoria y pauliana, lo cierto es que no lo hace como una acción general, como éstas, sino solo en los casos determinados por la Ley, de tal modo que puede seguir manteniéndose la idea de que no existe una acción directa como garantía general para todos los acreedores, sino que existen acciones directas en ciertos casos legalmente establecidos. En tal sentido puede decirse que la novedad es más formal que de fondo, la acción directa se menciona junto con la subrogatoria pero no se admite de manera generalizada, precisamente porque, como se ha indicado, la acción directa sí es una verdadera excepción al principio de relatividad contractual, como los son los supuestos de invocabilidad que se dan en los contratos conexos o vinculados, analizados anteriormente. Habría sido una buena ocasión para regular la acción directa como una acción general en el marco de los *groupes de contrats*, no obstante, a pesar de la mención formal, se mantiene la idea tradicional acerca de la acción directa.

En cuanto a la regulación de la estipulación en favor de tercero asume unos perfiles tradicionales, como puede observarse en la definición de ésta en el art. 1205.-*On peut stipuler pour autrui.*

L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce der-

nier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse.

Es decir, exige el carácter expreso de la estipulación y la designación concreta y determinada del beneficiario, aunque pueda ser una persona que no exista al momento de celebración del contrato.

En el Código civil y comercial de Argentina de 2014 también se regula la acción directa junto a la subrogatoria todo ello bajo la rúbrica *Acciones y garantía común de los acreedores*, aunque también atribuyéndole carácter excepcional, así el artículo 736 que la define, establece que *tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y sólo procede en los casos expresamente previstos por la ley*. Pese a ello en los dos artículos siguientes establece unos requisitos generales para su ejercicio y también sus efectos generales. Regula a lo largo de su articulado varias de las acciones directas tradicionales y en el capítulo correspondiente a los efectos de los contratos recoge en primer lugar el *efecto relativo* de éstos y la regla general en el 1021: *El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley*. Define en el 1023 la condición de parte en el contrato, aunque a mi entender lo hace de manera limitada, ya que solo en el artículo siguiente atribuye tal condición también a los sucesores universales, pero no recoge otros supuestos en los que se puede devenir parte en el contrato, con es el caso de la cesión de contrato. A continuación, regula los supuestos que denomina incorporación de terceros al contrato, que comprende la estipulación en favor de tercero o el contrato para persona a designar. Creo que lo más interesante que cabe destacar es lo relativo a la regulación general de la acción directa, sin perjuicio de que a lo largo del articulado regule los particulares supuestos, que, por otra parte, son los habituales.

En los PECL se hace una pormenorizada referencia a la medida en la que los terceros pueden afectar al contrato así el artículo 4:111: Terceros:

(1) Cuando un tercero de cuyos actos responde una de las partes o que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la misma:

(a) provoca un error al dar una información o conocía o debía conocer que existía un error,

(b) proporciona una información incorrecta,

(c) incurre en dolo,

(d) provoca intimidación,

(e) u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta, se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo en idénticas condiciones a las que se aplicarían si el comportamiento o la información fueran de la parte misma.

(2) *Cuando cualquier otro tercero*

(a) *proporciona una información incorrecta,*

(b) *incurre en dolo,*

(c) *provoca intimidación,*

(d) *u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta, se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo, si la parte conocía o debería haber tenido conocimiento de los hechos relevantes o si, en el momento de la anulación, no hubiera actuado de acuerdo con el contrato.*

Ya se ha mencionado anteriormente también el DCFR, que se refiere a la estipulación en favor de terceros y algunos ámbitos de actuación, en beneficio o perjuicio de terceros, de parecida manera a los PECL.

Puede ser de interés también la Directiva 2019/1023 de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deuda, y por la que se modifica la Directiva 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). En este ámbito podemos encontrar importantes excepciones al principio de relatividad contractual o incidencia en él. Como han señalado Gutiérrez-Alviz Velasco/Vidal Vela, *lo que a nuestro juicio supone una medida disruptiva del principio de eficacia relativa es que, conforme a lo previsto en el artículo 11.1 de la Directiva, se prevé la dispensa de la participación del deudor (salvo Pymes) en la formalización del acuerdo de refinanciación homologado. Esto supone no ya que el acuerdo de refinanciación se oponga y surta efectos frente a un tercero, sino que se extiendan sus efectos al deudor sin su participación. Incluso podría darse el caso en que el acuerdo de refinanciación diera lugar a novaciones de instrumentos financieros s por parte de terceros que no son parte del instrumento financiero novado.* Esta Directiva aún no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, pero puede constituir un interesante ámbito de matizaciones al principio de relatividad contractual.

5. MÁS ALLÁ DE LA DE LA Oponibilidad y de los Contratos Conexos: LA LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO DE 2019

Un nuevo o no tan nuevo ya, ámbito de intervención de terceros en los contratos es el de la evaluación de la solvencia que las entidades financieras han de realizar a los potenciales prestatarios en la Ley de contratos de crédito inmobiliario (Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito

Inmobiliario en adelante LCI). No tan nueva porque ya se venía estableciendo, aunque más limitadamente en la Ley de Crédito al Consumo. Naturalmente el banco va a ser parte en el contrato, no obstante para llegar a una evaluación positiva de la solvencia de su potencial prestatario, además de su propia comprobación, así como la información suministrada por el propio prestatario, ha de contar con la información que le suministre por un lado una entidad pública dependiente del Banco de España, la CIR (o CIRBE) y por otro lado la que le facilita al menos una de las entidades privadas de información (los ficheros de solvencia o de morosos como son comúnmente conocidos).

Pero hay más terceros que intervienen en la formación del contrato y de cuya intervención depende su perfeccionamiento y su desenvolvimiento: el tasador del bien que se va a hipotecar, la compañía o compañías aseguradoras y en última instancia e intentará justificar que lo considere a estos efectos así, los notarios autorizantes del contrato. Obviamente hay otros intervinientes que tampoco son parte del contrato, al menos no de una manera directa: los fiadores y garantes y de entre estos últimos, los hipotecantes no deudores. Tal es la influencia de la intervención de estos últimos que es determinante de que la ley sea o no aplicable: basta, por ejemplo, con que el hipotecante no deudor sea persona física, para que la ley se aplique aunque el prestatario sea persona jurídica, cosa llamativa ya que el hipotecante no deudor, ni responde del préstamo, ni lo hace más allá del bien hipotecado (Hidalgo, 2021).

Es evidente que en este tipo de contratos intervienen más terceros que partes. No es que, en todo caso, pueda decirse que estemos ante genuinas excepciones al principio de relatividad, pero lo cierto es que la idea tradicional de un contrato como convención en la que basta la concurrencia de dos voluntades para perfeccionarlo (las partes), se ve bastante cuestionada: para la formación de un contrato de crédito inmobiliario donde, además de las partes, va a hacer falta que intervenga mucha *gente* si se me permite la expresión y lo que es más, su intervención condiciona no solo la formación del contrato (sin ella no puede perfeccionarse) sino también su futura eficacia e incluso la aplicación o no de la propia norma: en efecto la intervención de garantes del tipo que sea, personas físicas, es determinante para que sea aplicable la Ley, con independencia del tipo de bien que se hipoteque o de la naturaleza del prestatario, es decir, aunque éste sea una persona jurídica no consumidor.

He dicho que a los efectos de este tipo de contratos el notario autorizante de la escritura es una especie de tercero al que afecta el contrato y cuya intervención afecta al contrato: en efecto, el notario asume un papel muy relevante en su conclusión y previamente en su formación: ha de asegurarse de que el prestatario ha entregado las correspondientes Fichas a que hace referencia la

Ley, y también asegurarse de que el prestatario (potencial) las ha leído y entendido, ha de prestar una asesoría imparcial al prestatario y finalmente ha de realizar un acta de transparencia en el que da fe de todas estas circunstancias. Evidentemente el notario no es parte en estos contratos, es un tercero cuya intervención, antes de la elevación a escritura pública del contrato, que sería su única función tradicionalmente, condiciona la formación del contrato e incluso su eficacia y futuro desenvolvimiento. Se dirá que el notario interviene en tanto funcionario público y eso no es un tercero, pero lo cierto es que la Ley le atribuye en estos casos un papel que va más allá de su función pública tal y como se venía entendiendo habitualmente.

No puedo desarrollar, pues excedería los límites marcados para este trabajo, estas cuestiones, tan solo quería dejar constancia de cómo en los contratos regulados por la LCI hay una intervención más que relevante y sobre todo condicionante, tanto de la aplicación de la Ley como de la propia eficacia del contrato, de todo tipo de terceros al contrato.

6. PROSPECTIVA *LEGE FERENDA*

A lo largo de las páginas anteriores he intentado, entre otras, cosas delimitar lo que debe y no debe considerarse en sentido estricto excepciones al principio de relatividad, es decir, acotar sus límites, cuestión que se cifra, como ha podido verse, en una cuestión meramente subjetiva: cuándo un contrato afecta a un tercero como tal tercero.

No obstante con el fin de evitar, a efectos legislativos, enturbiar conceptos claros, por más que no sean correctos o precisos (no todo lo que se considera excepción al principio realmente lo es), es decir, de evitar incurrir en aquella frase que se atribuía, según creo, a Alvaro D'Ors cuando en clase decía «la cosa está clara, vamos a oscurecerla»; o la anécdota que cuenta en sus memorias Julián Marías, que al entrar en clase de Introducción a la filosofía de Zubiri, preguntó a una compañera «¿qué tal?» y esta le contestó «estupendo, no se entiende una palabra» (Marías, 1988, 101), creo que lo deseable sería una regulación integral y con unidad sistemática del principio y de sus excepciones pretendidas o reales.

No cabe duda de que el principio ha de mantenerse, siquiera sea como desideratum: es obvio que solo el legislador puede dar normas generales, las particulares solo pueden afectar a aquellos que las acepten expresamente, a aquellos que consientan. El artículo 1257 dice lo que dice, no porque sea absolutamente exacto, sino, al estilo de lo que ocurre con el *nemine licet ignorare*

ius, porque lo que no puede establecer es lo contrario. Otra cosa son las excepciones. A mi modo de ver la mención que se hizo en la propuesta de modernización del Código civil (artículo 1244) en materia de obligaciones y contratos y también en la propuesta de la APDC es demasiado difusa e incluso da la impresión de cuestionar el principio cuando dice *salvo que del propio contrato ... resulte otra cosa*, así, parece dar a entender que la voluntad de las partes puede hacer derivar efectos obligatorios del contrato a quienes no intervienen en él, cosa que no parece admisible como principio, aunque pueda ocurrir.

En cuanto a las excepciones, sean o no auténticas, creo que deberían regularse al estilo de lo que se ha hecho en Francia con una cierta unidad sistemática, es decir, a continuación de la regulación del principio, regular la estipulación en favor de tercero, la acción subrogatoria, la pauliana, las acciones directas, y la regulación de la oponibilidad contractual.

En relación con las acciones directas quizá fuera deseable, aunque no niego que no sea discutible, una cierta regulación general de esta, es decir, una cierta generalización de la acción directa como medio de garantía general para determinados acreedores cuando existe una situación de conexidad o vinculación contractual, es decir, dos o más contratos con una unidad objetiva o económica. Aunque la acción directa tiene perfiles distintos a la subrogatoria o a la rescisoria por fraude, lo cierto es que no es en absoluto desdeñable su regulación junto con ellas, como se hace en muchas ocasiones doctrinalmente y como también se ha hecho en Francia o en Argentina por más que creo que no puede negarse que sigue siendo necesario que se contemple de manera expresa por algún precepto para cada caso, un reconocimiento genérico de que pueden reconocerse en el marco de la existencia de grupos de contratos conexos, con un mismo objeto o finalidad económica, podría resultar deseable a efectos de una posible reforma e incluso dotarle de un cierto carácter general en los supuestos de subcontratación y, desde luego hacer algo que no hace nuestro código a diferencia de los mencionados y de lo que es habitual, es decir, denominarla acción directa.

7. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina Ivón, «Los grupos de contratos en el crédito al consumo», *La Ley*, Madrid, 2009.

COZIAN, «L'action directe», *LGDJ*, Paris, 1969.

CALVO VIDAL/HIDALGO GARCÍA, *Los créditos documentarios irrevocables y el pago. Derecho de obligaciones y contratos: En homenaje al profesor Ignacio Serrano García*. Esther Muñiz Espada (dir.), Madrid, 2016.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Tecnos, Madrid, 1969.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje del Profesor Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993.
- GOUTAL, «Le principe de l'effet relatif du contrat», *LGDJ*, Paris, 1981.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ VELASCO/VIDAL VELA, *Principio de relatividad de los contratos y la excepción de los contratos de refinanciación homologados*. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/09/07/el-principio-de-relatividad-de-los-contratos-y-la-excepcion-de-los-contratos-de-refinanciacion-homologados>.
- HAAS, P., «Le droit au paiement direct et à l'action directe à l'épreuve de la défaillance du sous-traitant dans l'exécution de ses prestations», *RDI* 2018. 147.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *La acción directa como instrumento de garantía, Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia*, 2005.
- HIDALGO GARCÍA, S., «Ejercicio de la acción directa del artículo 1597 Cc por una subcontratista al quedar parte de la deuda del comitente con el contratista pendiente pese a la emisión por éste de créditos documentarios (cartas de crédito) irrevocables. Los créditos documentarios no se consideran pago mientras no se realicen. Aplicación del artículo 117.2 Cc Sentencia de 19 de marzo de 2013». *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* 2013; 0(93): 537-556.
- *El contrato y los terceros*. Lex Nova/Thomson/Reuters, Valladolid, 2012.
- *Los préstamos de la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y sus garantías*. Thomson, Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- JAMIN, «La notion de action directe», *LGDJ*, Paris, 1991.
- JIMÉNEZ BLANCO, P., «Los contratos a favor de tercero en el Derecho Europeo», en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas/Thomson, Pamplona 2009, p. 535.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «La subrogación por pago del tercero», en *Derecho de obligaciones*, XVI Jornadas de la APDC, Zaragoza. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2014, p. 11 y ss.
- LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, Barcelona, 1995.
- LYCZKOWSKA, K., *Terceros en el contrato: análisis del caso del art. 1257 II CC*, Aranzadi Civil-Mercantil núm. 6/2008 parte Estudio.
- MAINGUY, D., *Nouveaux aspects des actions directes dans les contrats*, *Civ. Ire*, 6 juin 2018, n.º 17-10.553 y 17-17.438, 2018.
- MARÍAS, J., «Una vida presente», *Memorias I*, Alianza Editorial, Madrid, 1988
- MARÍN LÓPEZ, M.J., *Crédito al consumo y contratos vinculados*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2010.
- «Dictamen jurídico sobre el caso English Opening School (crédito al consumo, cesión de créditos y contratos vinculados)». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 79, n.º 677, 2003, pp. 1735-1794.

- MIREILLE BACACHE, D., *Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers*, 2016, 1454).
- O'CALLAGHAN, X., *Comentario del Código civil, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- OLMO, P. DEL, «Tres cuestiones sobre el pago de un tercero», en *Derecho de obligaciones*, XVI Jornadas de la APDC, Zaragoza. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2014, p. 337 y ss.
- PASQUAU LIAÑO, *La acción directa en el Derecho español*, Editora General de Derecho, S. A., Madrid, 1989.
- RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Tecnos, Madrid, 1992.
- SAVATIER, R., «Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats», *RTD Civ.*, 1934.
- SAVAUX, E., «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *ADC*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, pp. 715 a 741.
- TEYSSIE, «Les groupes de contrats», *LGDJ*, Paris, 1975.
- VEIGA COPO, *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2013.

XXI

LA OBJETIVACIÓN DEL CONCEPTO DE FRAUDE

CARMEN JEREZ DELGADO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La acción pauliana en el código civil. La doctrina del concepto subjetivo de fraude.–3. La objetivación del concepto de fraude.–4. Incidencia en el ejercicio y efectos de la acción.–5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Del cumplimiento de la obligación responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros (artículo 1911 CC). Este principio de responsabilidad civil patrimonial resulta insuficiente cuando el deudor es insolvente. Por esta razón, se hace preciso complementarlo con acciones que legitimen al acreedor para alcanzar aquéllos bienes que salieron del patrimonio del deudor causando su insolvencia o incrementándola, así como para subrogarse en su lugar a fin de cobrar –en su caso– lo que otros le deben. Estas dos posibilidades (denominadas, como es sabido, acción pauliana y acción subrogatoria, respectivamente) quedaron plasmadas en el artículo 1111 CC, y tienen como lógico presupuesto común la insolvencia del deudor.

El presente trabajo se centra en la acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores, cuyo régimen jurídico se desarrolla en la sección del CC dedicada a la acción de rescisión (artículos 1290 y siguientes), a la vez que se complementa con otros artículos dispersos en este y otros textos legales. El estudio tiene por objeto mostrar cómo, junto al concepto subjetivo de frau-

de, es posible operar en nuestro sistema con un concepto objetivo de fraude que legitima al acreedor para impugnar con mayor facilidad los actos celebrados por el deudor en perjuicio de su derecho. Es decir, se trata de comprobar que, aunque técnicamente el Código civil ofrece una misma acción (la acción pauliana o de rescisión por fraude de acreedores), en la práctica los presupuestos y efectos de la misma difieren en función del caso concreto, por la sencilla razón de que está justificado que así sea. A distintos conflictos, distintos remedios; No obstante, se alcanza una solución intermedia y se mantiene un solo recurso, la acción pauliana, y se ofrece al acreedor medidas complementarias a las que puede recurrir para modular los presupuestos y efectos del ejercicio de la acción, como veremos a continuación.

Desde el Derecho romano hasta nuestros días, la acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores, contempla dos escenarios muy diversos, en función de si se lesiona el derecho de crédito como consecuencia de la actuación fraudulenta del deudor, posterior a la celebración de un acto jurídico celebrado con un tercero (por ejemplo, cuando se oculta el precio obtenido por la venta de un inmueble, para evadir así el patrimonio del alcance del acreedor), o bien si lo que lesiona el derecho de crédito es directamente el acto jurídico celebrado por el deudor (por ejemplo, cuando hace donación de un inmueble, quedando insolvente o incrementando con ello su insolvencia).

Qué duda cabe que uno y otro caso difieren sustancialmente y requieren, por ello, un distinto tratamiento jurídico. Sin embargo, desde la etapa postclásica del Derecho romano hasta nuestros días, el acreedor cuenta con una misma acción para litigar frente al deudor insolvente en ambos supuestos: la ya citada pauliana. Esto ha dado lugar en ocasiones a equívocos por parte de la jurisprudencia, que ha exigido idénticos requisitos sin distinguir bien el fondo del caso, orientada quizás por una doctrina que buscaba explicar aritmética o sistemáticamente los presupuestos para el ejercicio de la acción (única), sin incidir en que la dualidad de situaciones que pueden darse encuentra en el propio Código civil un régimen más flexible, más adaptado a la justicia del caso concreto (como sucedía en el Derecho romano originario o clásico).

Para comprender bien la materia que se explica a continuación es recomendable contemplar el conflicto de intereses que tiene lugar cuando el acreedor ve mermado el patrimonio de su deudor (esto es, la garantía del cobro de su crédito), como consecuencia de un acto jurídico celebrado por éste (piénsese en una venta, donación, constitución de garantía, pago a otro acreedor, renuncia, etc.), y advertir que ese conflicto de intereses no se da tanto entre el acreedor y el deudor sino sobre todo entre el acreedor y un tercero que, o bien

participa, o bien se beneficia con el acto celebrado. El interés del deudor queda en un segundo plano.

Siendo así, resulta fácil intuir que el tercero no merece idéntica protección en todos los casos: Conforme a un juicio de equidad, no será indiferente la valoración de si el tercero recibió el bien a cambio de su valor, o si lo hizo sin dar nada a cambio. Es decir, interesa calibrar si el tercero adquirió —o no— por título oneroso. En el primer caso, el tercero merece protección frente al acreedor (para dotar de seguridad al tráfico jurídico), salvo que se pruebe lo contrario (esto es, salvo que el acreedor pruebe que el tercero actuó con mala fe). En el segundo caso, sin embargo, el acreedor es quien *objetivamente* merece protección, es decir, el acreedor merece ser amparado en su derecho con independencia de la intención o el ánimo que movió al deudor al tiempo de la realización del acto jurídico y con independencia de si el tercero conocía, participaba o compartía dicha intención (esto es, con independencia de que fuera o no consciente de la lesión del derecho de crédito que se causaba).

2. LA ACCIÓN PAULIANA EN EL CÓDIGO CIVIL. LA DOCTRINA DEL CONCEPTO SUBJETIVO DE FRAUDE

En este epígrafe me referiré al concepto subjetivo de fraude, que es el que encontramos en el Código civil. Veremos cómo se desarrolló en la Edad Media, a la vez que, desde el Derecho romano clásico hasta nuestros días, ha convivido con la percepción de que hay actos jurídicos que resultan en sí mismos fraudulentos, esto es, son objetivamente lesivos del derecho de crédito, factor éste que llevó al legislador a introducir en el Código civil determinadas presunciones de fraude que facilitasen el ejercicio de la acción pauliana por parte del acreedor en esos casos.

La existencia de estas presunciones de fraude en el Código civil constituye buena muestra de que el concepto general de fraude que maneja el legislador es subjetivo, es decir, requiere prueba no sólo de la lesión del crédito a consecuencia de un acto jurídico del deudor (elemento objetivo del fraude o *eventus damni*), sino también del ánimo de defraudar, que debe concurrir tanto en el deudor como en el tercero (elemento subjetivo del fraude o *consilium fraudis/scientia fraudis*). La razón radica en que, en la parte general del Código civil, al regular el régimen jurídico de los contratos, se toma como parámetro la compraventa, esto es, un contrato puramente oneroso. En estos casos, como vimos, la protección del tercero está justificada, siempre que tenga buena fe; Pero no sucede lo mismo en el resto de supuestos.

A mi juicio, constituye un buen ejercicio para la comprensión de la materia partir de su origen en el Derecho romano: Allí está todo. Atribuida a un jurisconsulto llamado Paulo, el remedio se empleó ya como mecanismo de protección del acreedor en la época del Derecho romano clásico y se desarrolló después en el Derecho romano postclásico. Es en esta segunda etapa cuando se judicializa o formaliza como un remedio único (la *actio pauliana*), pero lo hace a partir de los dos mecanismos originarios, contenidos en el Edicto de Adriano: El interdicto (*interdictum fraudatorium*) y la *restitutio in integrum*. De ahí quizás que el plazo inicial de un año pase luego a ser de cuatro años.

El concepto objetivo de fraude manejado por el Pretor al otorgar el interdicto en los casos en que el acto en sí mismo lesionaba el crédito (D. 42, 8, 10, 24), se pierde en esta refundición, quedando el concepto de fraude marcado por un cariz esencialmente subjetivo (el acreedor debe probar la mala fe del deudor y del tercero al tiempo de contratar). Por otra parte, el Derecho romano parece olvidarse en la práctica durante la Alta Edad Media. Serán los glosadores de la Escuela de Bolonia (finales del siglo XI-siglo XII) quienes redescubran el Digesto y vuelvan a darle al *Corpus Iuris* una renovada vitalidad. Es entonces cuando Azón esculpe los presupuestos del fraude de acreedores sobre los dos elementos que he mencionado antes como presentes en el concepto de fraude que encontramos en el Código civil: El *consilium fraudis* o intención de defraudar del deudor y del tercero (elemento subjetivo del fraude), y el *eventus damni* o evento lesivo del derecho de crédito (elemento objetivo del fraude). Con el esquema de Azón coincide también la actual regulación del fraude de acreedores en el Código civil italiano. Sin embargo, otro de los glosadores, Accursio, señaló que en ocasiones podía presumirse el fraude porque resultaba evidente (por ejemplo, para los actos gratuitos, la dote, el pago o la constitución de prenda a favor de un acreedor cuyo crédito no ha vencido, la derelicción o abandono de bienes, etc.). Quizás por esta razón, y por la necesidad de responder adecuadamente a las diversas vicisitudes de la vida jurídica, la acción se desarrolló en el Derecho civil (siglo XIII), con una orientación práctica que tendió a establecer presunciones que facilitasen la difícil prueba del fraude en esos casos: Esto sucedió en la etapa posterior de la Escuela de Bolonia, a impulso de los juristas postaccursianos, así como en la Escuela de Orleans y en la doctrina de los Comentaristas (siglo XIII).

La acción pauliana se consolidó en los sistemas francés e italiano, distinguiéndose dos ámbitos: el concursal y el extraconcursal. También en España, como en Alemania, la recepción del Derecho romano tuvo lugar por influencia de la Escuela de Bolonia. Sin embargo, así como en Francia, Italia o España la acción aparece hoy recogida en sus respectivos Códigos civiles, en Alemania,

la acción se contiene en leyes procesales, conservando el marcado carácter ejecutivo que tuvo en su origen en el Derecho romano clásico.

El concepto subjetivo de fraude que contiene el Código civil español tiene, con todo, un precedente inmediato en el Proyecto de Código de 1851, que le sirvió de base. El texto contemplaba la rescisión de las obligaciones a instancia de los acreedores. Para ello se manejaba un concepto subjetivo de fraude que implicaba el ánimo fraudulento del deudor (o, al menos, la consciencia de su insolvencia y, por tanto, del daño que causaba). La impugnación sólo era posible cuando, junto a la lesión del derecho de crédito provocada por el acto, quedase probada la existencia de esa farsa subjetiva, al menos de parte del deudor (según comenta García Goyena). Este concepto subjetivo de fraude fue el que recibieron, como punto de partida, nuestra doctrina y jurisprudencia.

La Ley hipotecaria de 1861, previa también al Código civil y que, a falta de éste, había regulado ya el fraude de acreedores, recogía –como sigue haciendo en la actualidad (artículo 37 LH)– un régimen especial para los actos gratuitos; Pese a su resistencia a acoger un concepto objetivo de fraude (al menos para la primera enajenación), hizo un interesante elenco de actos jurídicos que, por no ser estrictamente onerosos (en el sentido de que el adquirente haya entregado el justo precio por la cosa), exceptuó del régimen general, para facilitar al acreedor el ejercicio de la acción (incluyendo las enajenaciones *por la mitad o menos de la mitad del justo precio*).

Encontramos –desde el origen hasta nuestros días– continuas manifestaciones de que la justicia del caso requiere en ocasiones emplear parámetros objetivos. En la etapa posterior a la publicación del Código civil, la jurisprudencia ha dejado también constancia de ello, con una paulatina evolución hacia una interpretación más flexible del concepto de fraude, no siempre clara.

3. LA OBJETIVACIÓN DEL CONCEPTO DE FRAUDE

La percepción según la cual existen actos en sí mismos fraudulentos que, por lo mismo, justifican sobradamente que se legitime al acreedor para impugnarlos con independencia de la buena o mala fe del deudor y del tercero, la tuvo ya el Pretor en la temprana época del Derecho romano clásico: «porque el Pretor consideró injusto que permaneciese con el lucro el que experimentó lucro por el fraude; y por esto creyó que se le debía quitar el lucro» (D. 42, 8, 10, 24).

Sin embargo, cuando esos actos son contemplados en el Código civil, debido a que se tomó como punto de partida el concepto subjetivo de fraude fraguado en el Derecho romano postclásico y desarrollado –como vimos– por

la Escuela de glosadores de Bolonia, quedaron regulados bajo el régimen común de la acción pauliana, que opera con un concepto subjetivo de fraude, si bien facilitando al acreedor la prueba del *consilium fraudis/scientia fraudis* mediante presunciones de fraude.

En la tesis doctoral que defendí el 9 de julio de 1997 afirmé que es posible operar, en nuestro sistema, con un concepto objetivo de fraude, cuando los actos jurídicos celebrados por el deudor insolvente (o que deviene por ellos insolvente), sean en sí mismos lesivos del derecho de crédito. Avalaban esta propuesta los siguientes artículos, dispersos en el Código civil:

1.º Destacadamente, el artículo 643 del Código civil. Al establecer la presunción de fraude de las donaciones realizadas por el deudor insolvente, el legislador expresamente añadió el adverbio *siempre*, dejando así un fácil argumento para afirmar que estamos ante una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario. Se disipan así las dudas que ha sembrado en este sentido la presunción de fraude que encontramos en el régimen general de la acción rescisoria en relación con los actos gratuitos celebrados por el deudor en estado de insolvencia (artículo 1297. I del Código civil).

2.º En segundo lugar, el artículo 1292 del Código civil. La norma dispone que se presumen fraudulentos los pagos hechos en estado de insolvencia a favor de créditos no vencidos o no exigibles.

3.º Por último, el artículo 6.2 del Código civil. Al declarar sin efectos los actos de renuncia a los propios derechos cuando sean perjudiciales para terceros, proporciona un argumento favorable a la impugnación de los actos de este tipo realizados por el deudor insolvente cuando se lesiona por ello el derecho de su acreedor.

A partir del concepto objetivo de fraude, realicé una tipificación de los actos jurídicos objetivamente fraudulentos, señalando como tales los siguientes: La donación simple, la donación modal (cuando la carga sea menor que el bien objeto de donación), la donación remuneratoria, los actos particionales (cuando el lote adjudicado al deudor sea de inferior valor al que tenía derecho), los contratos onerosos cuando existe manifiesto desequilibrio de las prestaciones (por ejemplo, la venta por precio irrisorio), los actos abdicativos o de renuncia, los pagos hechos por cuenta de obligaciones no exigibles, la constitución de garantías a favor de un acreedor que no podía compeler al deudor al tiempo de hacerlo (por no ser exigible aún el pago), la compensación de deudas a favor de un acreedor cuyo crédito no era exigible, el negocio fiduciario a favor de un acreedor que no podía compeler al deudor a realizarlo (por no ser

exigible el pago), y, por último, la alteración de la relación obligatoria en perjuicio del acreedor de una de las partes.

El denominador común de todos estos actos es la debilidad del título en virtud del cual se beneficia o favorece el tercero, o –lo que es lo mismo– la ausencia de un título oneroso en sentido estricto (esto es, de una contraprestación equivalente al valor de lo que se recibe) que justifique la protección del tercero en atención, muy especialmente, a garantizar la seguridad del tráfico jurídico. Si el conflicto de intereses se da, como hemos explicado, en puridad, entre el acreedor y el tercero, es posible afirmar que la adquisición onerosa de este último hace que se equilibre la balanza de la justicia mereciendo ambos (acreedor y tercero) idéntica protección. Sólo el peso de la necesaria protección del tráfico hace que se incline la balanza a favor del tercero adquirente. Pero, fuera de estos casos, es el acreedor quien merece protección, no sólo porque su derecho de crédito era anterior al acto celebrado, sino particularmente porque el tercero carece de un título fuerte de adquisición (oneroso, con equilibrio de prestaciones), que le proteja aún a costa del perjuicio que se causa al acreedor y siempre que exista buena fe. Se descubre un principio, latente en todos los sistemas de nuestro entorno y desde el Derecho romano hasta nuestros días, conforme al cual, *entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio hay que optar por esto último*.

Los actos antes mencionados (tipificados como actos jurídicos objetivamente fraudulentos), realizados por el deudor en estado de insolvencia o próximo a la misma (de modo que deviene insolvente a resultas de su celebración), son en sí mismos lesivos del derecho de crédito y, por tanto, impugnables por el acreedor con independencia de la buena o mala fe del deudor y del tercero al tiempo de contratar o de la realización del acto jurídico perjudicial. En los manuales del siglo XXI se constata la tendencia a exonerar al acreedor de la prueba del elemento subjetivo del fraude cuando estamos ante una presunción de fraude tipificada en el Código civil. También la jurisprudencia del presente siglo expresamente declara que se ha producido una evolución desde la concepción tradicional del concepto subjetivo de fraude (con una aplicación rígida de los requisitos para el ejercicio de la acción), hacia una concepción más objetivable, funcional y flexible del fraude y los presupuestos para el ejercicio de la acción pauliana, más centrada en la tutela del crédito. La *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Comisión General de Codificación (2009; en adelante, la *Propuesta*) acogió una perspectiva objetivadora del concepto de fraude de acreedores.

4. INCIDENCIA EN EL EJERCICIO Y EFECTOS DE LA ACCIÓN

La afirmación de que existen actos jurídicos objetivamente fraudulentos incide directamente en el modo de configurar los presupuestos para el ejercicio de la acción, que no requeriría entonces la prueba de un elemento subjetivo del fraude (*consilium fraudis* o *scientia fraudis*), junto a la prueba del elemento objetivo del fraude (*eventus damni* o lesión del derecho de crédito), sino sólo esta última. No obstante, claro está, hoy por hoy el ejercicio de la acción pauliana en el ámbito civil requiere la alegación de la presunción de fraude correspondiente, aunque se dirija contra actos jurídicos objetivamente fraudulentos.

Ahora bien, la aceptación de este concepto objetivo de fraude permite, a la vez, dar por sentado que las presunciones de fraude de los artículos 1292 y 1297. I CC, no admiten prueba en contrario, esto es, son presunciones *iuris et de iure*, como lo es la presunción del artículo 643 CC, sistematizando así estos remedios [en contra de lo que algún autor defendió en el siglo pasado –sobre la base de la especial ubicación del artículo 643 CC, a continuación del 642 CC– en sentido de afirmar que el artículo 643 CC contenía un remedio distinto de la acción pauliana, que legitimaba al acreedor para ejecutar en directo el patrimonio del tercero, de modo que la afección del bien al pago de la deuda no cesase cuando el deudor insolvente lo transmitiera a un tercero por donación]. Es lógico que se trate de un único remedio, la acción pauliana, y no de dos remedios diversos (acción pauliana y acción de responsabilidad directa del donatario), ya que de este modo se garantiza que la construcción procesal correcta para el ejercicio de una acción basada en el artículo 643 CC requiera –además de probar la insolvencia del deudor– codemandar al deudor y al tercero.

Pero además, si ya la rescisión pauliana es peculiar en relación con la genérica acción de rescisión desde el punto de vista de los efectos (en particular, no encaja bien con el artículo 1295 CC), la afirmación de que existen actos jurídicos objetivamente fraudulentos afecta a este ámbito de modo significativo, pues el tercero de buena fe no responde si –al tiempo de la acción– la cosa se hubiera perdido o hubiera sido consumida. Para percibir bien lo que esto significa, volvamos la mirada al concepto subjetivo de fraude: El artículo 1298 del Código civil expresamente prevé que el tercer adquirente de mala fe *deberá indemnizar* por los daños que la enajenación de los bienes causare, *siempre que por cualquier causa le fuere imposible* devolverlos. Este párrafo puede aplicarse tanto al primer adquirente como a subadquirentes. El precepto no puede aplicarse, sin embargo, cuando el tercero es de buena fe (sea primer adquirente o subadquirente): No lo admite además su tenor literal, que sólo se refiere al adquirente *de mala fe*.

Por otra parte, el artículo 1295 del Código civil, que regula con carácter general los efectos de la rescisión del contrato para todos los supuestos contemplados en el artículo 1291 CC, excluyendo del deber de restituir la cosa a los terceros adquirentes de buena fe (en su párrafo segundo), no es de aplicación en los supuestos de actos jurídicos objetivamente fraudulentos: Prima en estos casos el principio antes explicado, según el cual entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio hay que optar por esto último (artículo 1 CC, en relación con los artículos 6.2, 643, 1292, y 1297. I del mismo texto legal). Se observa aquí la analogía con el régimen jurídico del enriquecimiento injustificado.

En última instancia, el acreedor debe distinguir en su defensa –cuando impugne donaciones u otros actos jurídicos objetivamente fraudulentos– si le interesa y puede o no probar la mala fe del tercero (elemento subjetivo del fraude), en particular cuando la cosa se haya perdido o no esté ya en manos del tercero. Acto jurídico objetivamente fraudulento y mala fe del tercero no son incompatibles. Y, si el tercero actuó de mala fe, tiene una responsabilidad de la que carece el de buena fe, aunque la donación (por ejemplo) pueda impugnarse en ambos casos sin necesidad de probar el elemento subjetivo del fraude (por ser el acto en sí mismo lesivo del derecho de crédito). La prueba de este elemento subjetivo (mala fe del tercero) se dirigiría entonces a alcanzar unos efectos más amplios que los propios de la impugnación del acto pura y simple: el tercero responde, si es de mala fe, con su propio patrimonio cuando no sea posible alcanzar el bien enajenado. La mala fe del tercero queda sancionada de este modo (artículo 1298 CC). Se contempla así, una vez más, la dualidad de casuísticas que comprende la denominada acción pauliana, en función de si estamos ante un fraude subjetivo u objetivo.

Esta responsabilidad del tercero de mala fe puede ser reconducida a la tutela aquiliana del crédito, siendo de aplicación –desde esa perspectiva– el artículo 1902 CC, subsidiariamente (esto es, en relación con los daños que no hayan sido reparados con lo dispuesto en el régimen general de la acción pauliana, si los hubiera). Además, la doctrina recuerda que hay que tener en cuenta lo dispuesto en el régimen general de la liquidación del estado posesorio, en relación con el poseedor de mala fe.

En definitiva, sólo la adquisición de buena fe y por título oneroso (entendido como aquél en que existe una equivalencia entre las recíprocas prestaciones acordadas por las partes) protege al tercero (adquirente o subadquirente, en su caso) frente a la impugnación pauliana del acto jurídico del deudor lesivo del derecho de crédito. En los demás casos, si el tercero es de buena fe, procede aplicar la regla de la restitución del enriquecimiento en la medida necesaria

para evitar el daño; Y si el tercero es de mala fe, se le puede exigir una indemnización por los daños y perjuicios causados (artículo 1902 CC), que puede cubrir algo más que el pago del crédito, cuando exista daño más allá de esa lesión.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XV-1.º, 1989.
- *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, 1993.
- BERCOVITZ, R. (dir.)./VV. AA., *Manual de Derecho civil*, Bercal, 2017.
- BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho romano*, octava edición italiana, traducida por Bacci y Larrosa, Reus S. A., 1929.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, III, décimo sexta edición, 1992.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La vía pauliana*, Tecnos, 1997.
- D'ORS, Xavier, «El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico», 1974, *Cuadernos del Instituto jurídico español en Roma*, n.º 25.
- DCFR, «Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: El marco común de referencia (DCFR)», editorial *Boletín Oficial del Estado*, 2015 (versión castellana, coordinada por Carmen Jerez Delgado, de la obra *Principles, definitions and Model Rules of European Privat Law*, outline edition 2009, editada por Christian VON BAR/Otros).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código civil», *Revista de Derecho Privado*, 1932.
- DEVÉZE/SAINT-ALARY-HOUIN, *Juris Classeur*, 5, 1988, civ., fasc. 39.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, II, 1993.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Thomson-Civitas, II, 2008.
- DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, I, Tecnos, 1995.
- *Sistema de Derecho civil*, I, Tecnos, 2016.
- ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, III, Edersa, 1983.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *El fraude de acreedores. La acción pauliana*, Real Colegio de España, 1998.
- GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Civitas, Madrid, 1993.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, III y IV, Madrid, 1852, reimpresión de la edición de Madrid, Zaragoza, 1974.

- GHESTIN, Jacques, *La fraude paulienne*, en *Mélanges dédiés a G. Marty*, 1978, pp. 569-585.
- *Traité de Droit Civil, Les obligations. Les effets du contrat*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.
- GONZÁLEZ PALOMINO, «La acción pauliana y el Registro de la propiedad», en *Estudios Jurídicos de arte menor*, Pamplona, 1964.
- HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Philipica. Laberintho de comercio terrestre y naval*, Imprenta de Ulloa, 1790.
- JEREZ DELGADO, Carmen, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. La acción de rescisión por fraude de acreedores*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- «La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: Una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28, enero-abril 2013, pp. 69-102.
- «Elementos para la construcción del régimen jurídico del fraude de acreedores», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Aranzadi, 2014, pp. 1657-1675.
- «La acción pauliana en el Derecho civil chileno y español: conexiones con el enriquecimiento injustificado y con la responsabilidad extracontractual», *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2017 (1/2), pp. 57-75.
- JÖRS/KUNKEL, *Derecho privado romano*, traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, editorial Labor, 1937.
- KASER, Max, *Derecho romano privado*, versión directa de la quinta edición alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, Reus, S. A., 1968.
- KIPP, Theodor, «Impugnación de los actos *in fraudem creditorum*, en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 1924, pp. 1-23.
- LACRUZ/Otros, *Elementos de Derecho Civil*, II-3.^a, LB, 1986.
- *Elementos de Derecho Civil*, II-1.^o, JB, 1994.
- *Elementos de Derecho Civil*, II-I, Dykinson, 2011.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, «Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1984, pp. 469-506.
- MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, V, Madrid, 1896.
- *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901.
- MARTÍN PÉREZ, «Comentario a la sentencia del TS de 3 de octubre de 1995», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 40, enero-marzo 1996, n.º 1077.
- MAY, Gaston, *Éléments de Droit romain*, décimo séptima edición, París, 1927.
- MORENO QUESADA, Bernardo, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2.^o, Edersa, 1981, artículos 1290 a 1299.
- PÉREZ Y ALGUER, *Notas a Enneccerus*, II-1, Bosch, 1966.
- PIANO MORTARI, Vincenzo, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Università di Catania, pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza, 43, editorial Giuffrè, Milano, 1962.

■ ESTUDIOS DE DERECHO DE CONTRATOS

- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, Bosch, tercera edición, II-I, 1988.
— *Compendio de Derecho civil*, II, Bosch, 2.^a ed. 1994.
- PUIG PEÑA, «Teoría de la acción pauliana», *Revista de Derecho Privado*, 1945.
- ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «Efectos de la inscripción respecto de los actos y contratos nulos; (Las acciones rescisoria y resolutoria en el Registro; Efectos hipotecarios de la acción pauliana)», en *Derecho hipotecario*, I, 7.^a ed., Bosch, 1979.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, en LACRUZ/Otros; *Elementos de Derecho Civil*, II-1.º, tercera edición, JB, 1994.
- SCAEVOLA, *Código civil, comentado y concordado*, XX, Madrid, 1904.
- VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, III, Valladolid, 1937.
- WINDSCHEID, *Tratado de Derecho civil alemán*, I-1.º, traducción de Fernando Hines-trosa de la octava edición, con anotaciones de Theodor Kipp, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1987.

**INEFICACIA DEL CONTRATO POR INVALIDEZ: EL BINOMIO
NULIDAD-ANULABILIDAD. LÍNEAS GENERALES**

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
Profesor Emérito de Derecho civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Las distintas causas de ineficacia por invalidez del contrato.–2. Los tipos básicos de ineficacia derivada de la invalidez del contrato: nulidad y anulabilidad. 2.1 Invalidez e ineficacia. 2.2 La elaboración doctrinal y jurisprudencial de los regímenes típicos de ineficacia. 2.3 Carácter estructural y originario de los dos tipos de ineficacia. 2.4 La ineficacia derivada de la nulidad. 2.5 La ineficacia derivada de la anulabilidad. 2.6 El efecto retroactivo de la declaración de nulidad y de la anulabilidad. 2.7 Fundamentos político-jurídicos de los dos tipos de ineficacia. 2.8 La nulidad y la anulabilidad deben analizarse desde la perspectiva unitaria de la regulación de los actos *contra legem*. 2.9 La confirmación. 2.10 La conversión.–3. La acción de nulidad. 3.1 La declaración de la nulidad. 3.2 Su calificación como acción declarativa. Su eventual contenido restitutorio. 3.3 La imprescriptibilidad de la acción. 3.4 Aspectos procesales. a) Acción, excepción y reconvencción en la alegación de nulidad. b) La cuestión de la apreciación de oficio.–4. La impugnación por anulabilidad. 4.1 El poder de impugnación del contrato anulable, en vía extrajudicial. 4.2 Carácter de la acción de anulabilidad. ¿Acción constitutiva o acción declarativa? 4.3 El desdoblamiento entre acción declarativa y acción restitutoria. 4.4. ¿Prescripción o caducidad del plazo? 4.5 Vías procesales: acción, reconvencción, excepción.–5. Nulidad y anulabilidad en el Derecho de los consumidores y en las condiciones generales de la contratación.–6. La ineficacia por invalidez del contrato en el Proyecto de modernización del Derecho de Obligaciones de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Referencias de Derecho europeo.

1. LAS DISTINTAS CAUSAS DE INEFICACIA POR INVALIDEZ DEL CONTRATO

Un contrato es plenamente eficaz cuando lo querido por su autor, o sus autores, se realiza total y definitivamente, de acuerdo con la voluntad manifestada en aquel querer o voluntad y en las condiciones predeterminadas por las leyes. En esta sumaria definición de eficacia va implícito todo un universo de requisitos: el primero que la voluntad sea libre y no errónea; el segundo, que sea emitida por quienes tengan capacidad al efecto; el tercero, que el acto jurídico no esté prohibido por las leyes o la moral; el cuarto, que si la ley ha previsto una determinada forma para el acto jurídico sea observada por las partes; el quinto, que la voluntad contemple el acto jurídico en su estructura esencial, sin dejar de manifestarse sobre algún elemento imprescindible.

La ausencia de alguno de los anteriores requisitos provoca que el contrato esté afectado desde su inicio por invalidez, invalidez que se manifiesta en alguno de los dos tipos básicos de ineficacia que se conocen con el nombre de *nulidad* y *anulabilidad*, a cuyos efectos generales se dedica esta entrada, remitiendo en todo lo demás a las pertinentes contenidas en este libro.

Sin perjuicio de que el legislador puede crear otras causas de ambos tipos de ineficacia, o de un tipo que combine efectos de una y otra, se consideran causas de nulidad contractual la contrariedad a la ley imperativa, la ausencia de los elementos esenciales del artículo 1261, y todos los supuestos de falta absoluta de consentimiento (contrato simulado, error obstativo, violencia absoluta (pero solo en el extremo caso de la *vis ablativa*) y se discute si también la incapacidad natural de entender y de querer (incluso transitoria) y que, entonces, habría que reconducir a la órbita del 1261 (sobre el tema Delgado y Parra, 2005, 140-143). En cuanto al error obstativo, la división doctrinal es profunda [información, de nuevo, en Delgado y Parra (2005, 132-133)], pero la mas reciente jurisprudencia es tajante a la hora de distinguir error obstativo como causa de nulidad y error vicio como causa de anulabilidad: STS 18/2016, de 2 febrero, ECLI:ES:TS:2016:330. Es también causa de nulidad la inobservancia del requisito de la forma, cuando esta sea predisuelta por la ley con el carácter de esencial

Causas de anulabilidad en el Código Civil son los indicados error-vicio, dolo, intimidación y miedo, la falta de capacidad en los términos del artículo 1263 del Código civil (y la incapacidad de entender y de querer, si no se acepta su traslación al artículo 1261) y la falta de consentimiento del cónyuge cuando sea requerido (artículo 1301, párrafo final, supuesto con especial historia y problemática, fuera de nuestro alcance en las dimensiones de esta obra. Información en Delgado y Parra, 2005, 145-150).

2. LOS TIPOS BÁSICOS DE INEFICACIA DERIVADA DE LA INVALIDEZ DEL CONTRATO: NULIDAD Y ANULABILIDAD

2.1 Invalidez e ineficacia

Tanto la nulidad como la anulabilidad son los dos tipos básicos de ineficacia del contrato, entendida esta ineficacia como algo patológico que va incorporado al acto jurídico desde el inicio, desde su nacimiento o celebración.

No obstante, hay otras razones que determinan también la ineficacia, pero que tienen un sentido muy distinto. Son varias: contratos sometidos a condición o a término suspensivos o resolutorios; los que engendran una relación que dura en el tiempo y pueden cesar por voluntad de una cualquiera de las partes de aquella relación, bien porque así lo determine la ley (por ejemplo, artículos 1732, números 1.º y 2.º, causa primera), o una relación cuya duración no se ha definido, y que puede cesar a instancia de cualquiera de las partes, con el oportuno preaviso, y ajustándose en todo caso, a las exigencias de la buena fe, tal como ha establecido una larga jurisprudencia; aquellos en que, la ley determina que un contrato pierda una eficacia que ya se había generado, por haber acaecido circunstancias sobrevenidas: ejemplo destacado es la resolución del contrato por incumplimiento (artículo 1124).

Un caso singular de pérdida de eficacia de un contrato válido es la denominada rescisión, regulada en los artículos 1290 a 1299 del Código Civil, y que tiene lugar sólo en los supuestos indicados en el artículo 1291. Emparentada con la anulabilidad en Derecho Romano en la figura de la *restitutio in integrum*, su posterior deriva histórica fue alejándolas, y la impronta liberal de la Codificación (despreocupada de la justicia material en la correspondencia de las prestaciones contractuales: *tantum valet res quantum vendi possit*) terminó separándolas, dándole un carácter excepcional para privar de eficacia a contratos válidos.

2.2 La elaboración doctrinal y jurisprudencial de los regímenes típicos de ineficacia

Una brillante tradición doctrinal –De Castro (1971), Gordillo (1990), Delgado (1992), Miquel, (1995), Díez Picazo (1993), Pasquau Liaño (1997), Delgado y Parra (2005), Clavería (2007)– y jurisprudencial, ha buscado el desarrollo de una regulación legal lagunosa, poco sistemática, y confusa terminológicamente y su adecuación a la solución de problemas concretos, aunque

no siempre partiendo totalmente de la arquitectura del Código, pese a que en este punto es muy superior a la de su modelo francés; al tiempo que ha elaborado una serie de notas abstractas para la distinción entre una y otra, pero cuya concurrencia total solo se puede predicar de sus tipos puros; y conviene inmediatamente decir que el legislador es perfectamente libre para moldear estos tipos, que no siempre presentan todas esas notas. Lo que se expone a cuestión es predicable en su totalidad solo de aquellos tipos puros.

2.3 **Carácter estructural y originario de los dos tipos de ineficacia**

Tanto la nulidad como la anulabilidad son estructurales y originarias: las causas de una y otra están siempre presentes desde el momento mismo de nacimiento del acto jurídico.

2.4 **La ineficacia derivada de la nulidad**

El contrato afectado de nulidad absoluta no produce efecto alguno (*quod nullum est nullum producit effectum*): mejor dicho, produce los necesarios para su eliminación, como brillantemente dice De Castro; de todos modos esta afirmación debe ser matizada en función del principio de seguridad jurídica: manifestaciones del mismo como la usucapión extraordinaria (por definición, el contrato nulo nunca puede ser título valido a efectos del artículo 1953 del Código Civil) y la protección de los terceros adquirentes, de acuerdo con sus propias reglas (464 del Código Civil, 85 del Código de Comercio, y 33, 34 y 40 de la Ley Hipotecaria), que impiden la propagación hasta el infinito de aquellos efectos. No obstante, bajo esta afirmación de principio late una extensa problemática, que ha sido puesta de relieve en la excelente exposición de Yzquierdo Tolsada(2001, 595-610), en la que nosotros no podemos entrar en este trabajo.

2.5 **La ineficacia derivada de la anulabilidad**

En cambio, lo típico del acto anulable es que produce efectos desde su nacimiento, hasta que se ejercita el llamado poder de impugnación; por eso, hay quien llama a la anulabilidad *impugnabilidad*, y dice que produce *efectos claudicantes*: nacen, pero pueden venir a menos, esto es, claudicar. No obstante, es necesario con respecto a la anulabilidad, poner de manifiesto que se

discute si esos efectos claudicantes corresponden a los de un contrato originariamente válido o bien inválido, lo que produce, creemos, solo algunas consecuencias prácticas. La visión, a nuestro juicio, más conectada con la peculiaridad del contrato anulable es la de Miquel, J. M. (1995, 476-478) seguida por Cañizares, A (2001, 48-33). poniendo de relieve (lo que no se suele hacer) las consecuencias de algo que es obvio, al resultar directamente de la regulación legal: el causante de la nulidad está constreñido a cumplir el contrato, mientras que el que ha padecido la causa de anulabilidad solo lo está en la medida en que no quiera ejercer el poder de impugnación. Esta situación ambigua, dice Miquel, explica que las dos tesis sobre el contrato anulable, la que sostiene su validez desde el principio y la que afirma justamente lo contrario, encuentren ambas sólidos anclajes y sea difícil tomar partido por una u otra. Cuando tratemos las acciones de nulidad y de anulación, volveremos sobre este punto.

2.6 El efecto retroactivo de la declaración de nulidad y de la anulabilidad

Sin embargo, la diferencia anterior entre las dos figuras de ineficacia, nulidad y anulabilidad (se acepte, en relación con la segunda, que el contrato anulable es desde el origen un contrato válido, o bien, un contrario inválido) queda borrada en gran parte desde el momento en que tanto la nulidad como la anulabilidad, desde el momento en que, cuando son declaradas, lo son con efecto retroactivo; la diferencia entre borrar efectos que nunca se produjeron jurídicamente y borrar efectos que se produjeron, pero que han de ser eliminados en su totalidad, en sí misma y en principio, viene bastante a menos. Pero este es un resultado final, y el verdadero problema es anterior y de un doble orden: primero, cuáles son los cauces procesales y los fundamentos sustantivos para lograr una y otra ineficacia, que son muy discutidos en su formulación y alcance, muy en particular para la anulabilidad; y segundo, hasta donde puede desplegar el contrato anulable su eficacia antes de la impugnación. Trataremos esta cuestión bajo la rúbrica general de las acciones relativas a la nulidad y a la anulabilidad.

2.7 Fundamentos político-jurídicos de los dos tipos de ineficacia

Abocetadas las dos figuras, es necesario, antes de entrar en mayores complejidades del régimen de ambas, exponer sus fundamentos político-jurídicos, o lo que es lo mismo, discernir por qué el legislador opta por una u otra, lo que permitirá saber qué relación mantienen entre sí.

La nulidad es una sanción especialmente grave, pues su fundamento inmediato consiste en la necesidad de conformidad de los actos jurídicos con las determinaciones más esenciales del Ordenamiento jurídico (*sanctio pro ordine*), de exigencia especialmente rigurosa en el Derecho Privado, donde los particulares gozan de un amplísimo margen de maniobra, por la más que esencial afirmación de la autonomía privada, auténtico corazón del Derecho de los particulares. Lógico será que si se excede ese margen, la sanción sea enérgica; tan enérgica que tiene trascendencia general, y el acto nulo *en sí mismo*, no puede ser fundamento de ningún efecto para nadie; la nulidad, dice brillantemente D. Federico De Castro (1971, 477), provoca una reacción en cadena de nulidades: «*titulus invalidus non potest aliquem effectum validum operari*»; el brocardo es de una sorprendente precisión: «no puede un título inválido engendrar ningún efecto válido».

En cambio, la anulabilidad tiene otro fundamento inmediato: cuando se trata de actos *inter vivos* en los que hay un defecto de capacidad o error, dolo, intimidación o miedo, ha sido tradicional solución del Ordenamiento dejar su validez al poder de impugnación del incapaz, cuando deje de serlo, o a sus representantes, o a quien padeció el error, el dolo, la violencia o la intimidación, y ello por la razón de que puede convenirles el mantenimiento del acto. Se pretende que el que negoció con el incapaz o provocó alguno de los «vicios de la voluntad» (así se conocen tradicionalmente el error, el dolo, la intimidación y la violencia) no obtenga provecho, y si lo hubiere, sea para el incapaz o el que padeció el vicio; la anulabilidad hunde sus raíces inmediatas en el favorecimiento de determinadas personas más que en la protección del Ordenamiento; no es como la nulidad *sanctio pro ordine* sino *favor ac defensio pro aliquo*. Pero esta afirmación debe entenderse de acuerdo con lo que a continuación se expone.

2.8 La nulidad como la anulabilidad deben analizarse desde la perspectiva unitaria de la regulación de los actos *contra legem*

A nuestro modo de ver, y creemos que ello evita tanto considerar como problemas algunos que no lo son como elaborar alguna distinción inútil, tanto la nulidad como la anulabilidad deben analizarse desde la perspectiva unitaria de la regulación de los actos *contra legem*. Estas mismas ideas han sido defendidas por Grimalt, P. (2008, pp. 43-78) con abundancia de ajustadas razones, en su interesante visión de la ineficacia contractual como una figura unitaria, tesis que aquí no podemos entrar a valorar y que no ha tenido todavía la aten-

ción que merece. Esta afirmación no contradice lo dicho sobre los diversos fundamentos de la nulidad y la anulabilidad, sino que se pretende hacer ver que ambas son sanciones impuestas por las normas, habida cuenta de que tanto una como otra son contravenciones de estas. Es bien cierto que, como también ha quedado dicho, los efectos de una y otra son distintos; pero ello no puede obviar que ambas son determinaciones de la ley ante su contravención por el contrato, que la ley puede considerar más o menos grave, y merecedora de la ineficacia que estime pertinente, de acuerdo con su escala de valores: lo más que podemos decir es que ante contravenciones muy graves lo usual es la nulidad, pero sin olvidar que lo que se ve como grave es juicio de la propia ley.

Hay muchas razones que abonan este modo de ver las cosas, que entre otras cosas, explican que el legislador tiene absoluta libertad para determinar si una causa es de nulidad o de anulabilidad, o adoptar figuras híbridas que tengan notas de una u otra. Pasquau, M., (1997, *passim*) ha subrayado con gran acierto que la solución a los problemas prácticos de la ineficacia del contrato exige soluciones flexibles para las que una visión radicalmente bipartita de ella no es conveniente. En el fondo, tendemos a olvidar que el mundo de la autonomía privada no es solo un ámbito de inmunidad y arbitrio individual, y que para definirlo hay que recurrir a estudiar sus límites, lo que significa que el punto de partida ha de ser siempre el artículo 6.3 del Código Civil, cuya conexión con el 1255 es obvia, pues resulta, entre otras cosas, de la referencia expresa al «orden público». Es el Ordenamiento el que define los confines y los intereses protegidos del *agere licere*, y cosa distinta es su determinación también soberana de la regulación de los mecanismos de protección de aquellos (Delgado y Parra, 2005, 29); y por ser así los regímenes de la anulabilidad no dejan de provocar perplejidades si se les pretende explicar con una lógica distinta del acto *contra legem*, salvo que no se consideren conductas prohibidas engañar, intimidar o violentar, de los que se predica la anulabilidad.

Por tanto, el punto de partida es el artículo 6.3., que no debe ser interpretado en la única clave del acto radicalmente nulo, sino más bien en el de la posibilidad otorgada al legislador de establecer diversas reacciones (y entre estas, diferentes) frente a la vulneración de la ley imperativa o prohibitiva, y en su caso, la dispositiva (que no es una mera regulación sustitutiva, sino el ideal del legislador, aunque permita, caso a caso, excluirlo, y nunca en bloque porque en su conjunto porta principios generales (*vid.* De Castro, 1982, 1059-1062). Por ello, creemos que no puede tener cabida en los tipos de ineficacia la llamada inexistencia, pues parte de la premisa de una tierra de nadie entre la nulidad de los actos *contra legem* y los supuestos típicos de anulabilidad, que vendrían a ser cubiertos por dicho tipo de ineficacia (*Cfr.* Gordillo, 1990, 966-972). Para tener

pie solido dicha tesis habría que sostener con Carrasco Perera, Á. (1992, 782 y 829 ss.) que la anulabilidad es otra cosa diferente al «efecto distinto» que el Ordenamiento pueda prever para casos de contravención a normas imperativas y prohibitivas, lo que no creemos con fundamento; a nuestro juicio, es mejor, por más respetuosa a la ley, la opinión contraria (Delgado y Parra, 2005, 28).

2.9. La confirmación

Si se tiene en cuenta lo dicho en todos los apartados anteriores resulta claro que la nulidad no es susceptible de *confirmación*, y la anulabilidad sí, dado que la confirmación no es, se la construya como se la construya, otra cosa sino la renuncia del incapaz o del que padeció el vicio del consentimiento a ejercer la impugnación, y esa renuncia no es posible en la nulidad porque iría contra la ley imperativa, como se ha explicado. Amplia información en Delgado y Parra (2005, pp. 335-359).

2.10 La conversión

Posibilidad distinta para el acto nulo es la llamada *conversión*, compleja figura de la que sólo podemos decir aquí que consiste en que un acto nulo valga como otro acto distinto del que reúna los requisitos: ejemplos típicos (y que por cierto, corresponden a universos de problemas distintos) son la letra de cambio que carece de los requisitos de forma de la Ley Cambiaria, pero que vale como reconocimiento de deuda (ejemplo de la llamada *conversión formal*); el contrato de arrendamiento de servicios por toda la vida, nulo según el artículo 1583, del que quizás cabe, con los auxilios de la interpretación contractual (artículos 1281 a 1289 del Código Civil), concluir que la intención real de los contratantes es que el contrato fuera indefinido, no vitalicio, cosas obviamente distintas (ejemplo de la llamada *conversión jurídico-material*); conversión que a veces la ley determina directamente: el depósito que autoriza al depositario usar de las cosas depositadas no es nulo, sino que se convierte en préstamo o comodato (ejemplo de la llamada *conversión legal*). Es claro que desde el instante en que el negocio anulable es susceptible de confirmación, la conversión en él carece de sentido. Sobre la figura y otras formas de sanación del contrato nulo (repetición o renovación del contrato nulo, convalidación excepcional, ratificación) remitimos de nuevo a Delgado y Parra (2005, 360-366).

3. LA ACCIÓN DE NULIDAD

3.1 La declaración de la nulidad

Como queda dicho, la nulidad no produce más efectos que los encaminados a hacerla desaparecer del mundo jurídico. Nada impide, en línea de principio, que los contratantes consigan dicho resultado sin recurrir a procedimiento judicial ni arbitral. Cierto es que no se podría hablar técnicamente de mutuo disenso al operar sobre un contrato nulo, pero ello no oculta la realidad de que con un acuerdo las partes pueden declarar que su voluntad no era eficaz y proveer a lo necesario para la restitución de las prestaciones, si la entrega se hubiera producido. Es claro que esta posibilidad no existe sin mediar dicho acuerdo, y que en ese caso será necesario recurrir a la oportuna vía procesal, o arbitral (en la medida que sea factible, de hecho y de derecho)

3.2 Su calificación como acción declarativa. Su eventual contenido restitutorio

Dedicada a hacer efectiva una realidad jurídica que se produce *ipso iure* y, en consecuencia, existe antes de que se ejercite la acción, esta no puede ser calificada nada más que como declarativa (por todos, De Castro, 1971, 481). Esto dicho, puede acaecer que se hayan consumado todos los efectos del contrato nulo, y que la repristinación de la situación exija que se formule una acción restitutoria. No representa un problema que estemos ante dos acciones distintas, desde el punto de vista de su ejercicio procesal conjunto, porque nos encontraríamos ante un claro supuesto en el que se permitiría la acumulación de acciones (artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En cambio, si puede serlo desde otras perspectivas, sobre todo en relación con la prescripción, pues se puede opinar, con algún fundamento, que la nota de la imprescriptibilidad que tradicionalmente se considera propia de la acción de nulidad no se refiere nada más que a la acción declarativa, y no a la restitutoria, cuyo plazo de ejercicio sería el general del artículo 1964 del Código Civil (Delgado y Parra, 2005, 185-191).

A pesar de los bien trabados argumentos en esta dirección, no creemos compatible tal opinión con el significado institucional de la nulidad: el desdoblamiento entre acción declarativa y acción restitutoria hace venir a menos la finalidad de la nulidad y la severidad que comporta, y aproxima su régimen al de la anulabilidad (como habrá de verse), aproximación agravada ahora por el acortamiento del plazo general de la prescripción del artículo 1964. Tal vez los tiempos caminan

hacia una regulación cada vez más unitaria, o al menos, expansiva de la anulabilidad, pero ello no autoriza, hoy, a una casi práctica indistinción entre los dos regímenes. Es cierto que la jurisprudencia, como indican los citados autores, afirma más claramente la imprescriptibilidad de la acción de nulidad cuando es meramente declarativa que cuando la acompaña una petición de restitución. Cuando ello se da, el criterio de la jurisprudencia es contradictorio, aunque un último pronunciamiento parece decantarse porque el efecto restitutorio acompaña inescindiblemente a la acción de declaración, sea cual sea el tiempo en que se ejercite: Sentencia de 25 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2456) *«la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada deriva de la nada –“ex nihilo nihil”»*. No pretendemos que este pronunciamiento, resuelva la cuestión de manera definitiva, pues hay demasiadas sentencias que se mueven en una suerte de indefinición sobre el punto, pero su modo de ver parece más congenial con la arquitectura institucional de los tipos de ineficacia. Hay que anotar que la alternativa imprescriptibilidad de la acción declarativa-prescriptibilidad de la acción restitutoria no se plantea para quien sostiene que la acción de nulidad sí prescribe: es el planteamiento de Pasquau, M. al que dedicaremos dentro de poco una consideración singular.

El efecto restitutorio anejo a la nulidad declarada está excluido de la regla general del artículo 1303 en los supuestos de los artículos 1305 y 1306: ilicitud de la causa u objeto del contrato por ser constitutivos de delito, o causa torpe no delictiva. Delgado (1991, Comentarios, II, pp. 555-560, a nuestro juicio exposición de referencia) justifica la inclusión de este bloque solo aplicable al contrato nulo en un conjunto como el de los artículos 1301 al 1314 –donde hay preceptos solo para la anulabilidad y preceptos «comunes» a esta y a la nulidad–, precisamente por ser una excepción a lo dispuesto en el 1303; y con ser ello cierto, da que pensar en una posible perspectiva unitaria de la ineficacia contractual en el diseño original del Código, perspectiva que ha alimentado visiones tan sugerentes como las de Pasquau (1997) y Grimalt (2008). Interesante y aguda exposición de la jurisprudencia, señalando que tiende a reducir cada vez más el ámbito del 1306 en López Beltrán de Heredia, C., (2011, Código Civil comentado, 773-775).

3.3 La imprescriptibilidad de la acción

El contrato nulo no puede sanar por prescripción. Como expone De Castro (1971, 480) la trascendencia de la nulidad es tal, que solo la ley determina sus efectos y sus posibilidades de sanar, y frente a ellos la inacción de los inte-

resados es del todo ineficaz. La acción de nulidad es, pues, por su propia naturaleza, imprescriptible, aunque nada digan las normas de la prescripción extintiva. No debe dejar de mencionarse la contraria opinión de Pasquau que sostiene que la acción de nulidad prescribe (1997, 277 y ss., y 2011, pp. 225 ss.). Uno de sus ejes argumentales principales, si no el principal, es criticar que de la insubsanabilidad del contrato nulo se derive la imprescriptibilidad, vulnerando así el ámbito propio de la institución de la prescripción, autónoma con respecto al derecho material sobre el que se proyecta. Aparte de algún apunte crítico menor, creo que la tesis de Pasquau no ha sido objeto todavía de una reconsideración profunda (línea en la que se mueve, con información reciente y observaciones interesantes Pertiñez Vílchez, F., 2019, 72-85), que esta fuera de nuestro alcance en esta obra. Ahora bien, con independencia de que *de lege data* se pueda disentir, no cabe la menor duda de que su opinión se inserta en una construcción de la ineficacia que no adolezca de la rigidez del binomio nulidad-anulabilidad, y propicie la aproximación de los dos tipos; lo que, de modo más o menos manifiesto en la doctrina, parece ser una tendencia, aunque, de momento, no parece consolidarse en los textos legales

3.4 Aspectos procesales. a) Acción, excepción y reconvencción en la alegación de nulidad. b) La cuestión de la apreciación de oficio

a) No se discute que el que ejercite como actor la acción de nulidad deberá formular demanda en el proceso que corresponda. Lo que, en cambio, ha sido polémico, desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 es si la alegación de la nulidad como defensa era una excepción en sentido propio que se podía articular en la contestación a la demanda y de ella resultar un pronunciamiento absolutorio, o bien solo cabía efectuarla como reconvencción. Tomar una u otra postura no era solo una cuestión de procedimiento, pues se estimaba que la sentencia absolutoria no producía cosa juzgada, y se podría proponer la nulidad en otro juicio.

Este problema es el que ha pretendido solucionar la LEC 2000 en su artículo 408.2., al establecer que *si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Letrado de la Administración de Justicia contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción, y así lo dispondrá el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto*. La norma ha sido objeto de críti-

cas por la doctrina procesalista (*ad rem*, por todos, Marcos González. M., 2011, pp. 89-99) y desde luego plantea problemas de difícil interpretación, y no es el menor que si a pesar del dicho literal no se aplica también a la anulabilidad, si esta se alega, fundaría una sentencia meramente absolutoria y podría dar lugar al planteamiento de un nuevo litigio (Tapia Fernández, 211, 737) cuando la evitación de esa consecuencia es precisamente la *ratio iuris* del 408 (De la Oliva, 2005, 231); con los que concuerdan Delgado y Parra (2005, 104-111). La cuestión es dudosa, por la razón de que no es clara la falta de eficacia de cosa juzgada para el supuesto en que el demandante alegue una causa de nulidad y el demandado no utilice el camino procesal del 408.2, aunque si se piensa bien, afirmar la cosa juzgada en este caso, conduciría a la práctica inutilidad del precepto. En todo caso, y por plausible que parezca la interpretación «correctora» del artículo 408, casa mal con la doctrina jurisprudencial que solo admite, como se verá, la excepción (en sentido material) de anulabilidad si se formula como demanda reconventional, de acuerdo con el rito de la demanda, y no con el del 408.2. Con acierto o no, hoy la jurisprudencia pide para la anulabilidad una cognición más rigurosa que para la nulidad, y ello la conduce a considerar correcto el 408.2., en su literalidad.

b) Un problema distinto, pero emparentado con el anterior, es de la apreciación de oficio de la nulidad. Postulada desde su autoridad por Federico de Castro (1971, 476) señalaba que tal posibilidad necesitaba no tener en cuenta el principio de justicia rogada ni en función de este, la congruencia de las sentencias, pues estaba justificada por razones de que conductas gravemente inmorales o contrarias a la ley desplegaran efectos. Desde hace tiempo, no se considera que esta sea la solución adecuada más que en casos excepcionales (en lo que quizá tampoco disiente la justificación de F. De Castro), ya que una regla general de apreciación de oficio vulneraría las garantías procesales, hoy con rango constitucional (artículo 24 Constitución)) Así lo ha sostenido con acierto Delgado, y es línea jurisprudencial contrastada que puede verse abundantemente y en toda su evolución y matices en Marcos González, M (2011, 103-195).

4. LA IMPUGNACIÓN POR ANULABILIDAD

4.1 El poder de impugnación del contrato anulable, en vía extrajudicial

A nuestro modo de ver, nada impide que el legitimado para pedir la anulabilidad, reclame del otro contratante la celebración de un contrato que extinga el contrato anulable. La suerte de este está desde el principio confiada a su

poder de impugnación, lo mismo que lo está la confirmación. Claro está que de no ser satisfecha su pretensión, tendrá que acudir a los Tribunales. Cómo muy bien ha destacado (Diez-Picazo, L., 1993, I, 477-479), la posibilidad de este contrato, no lejano del mutuo disenso, nada tiene que ver con que la sentencia judicial, y la acción de la que esta trae causa sean constitutivas, porque no son constitutivas necesarias. En el mismo sentido Delgado y Parra (2005, 111-114) con amplia y crítica revisión doctrinal.

4.2 **Carácter de la acción de anulabilidad. ¿Acción constitutiva o acción declarativa?**

La mayor duda sobre dicho carácter es si nos encontramos ante una acción constitutiva o bien ante una declarativa. El punto de partida sobre el que se fundan una u otra de las posibilidades es la consideración del contrato aquejado de causa de anulabilidad, bien como contrato válido, pero con eficacia claudicante, bien como contrato inválido desde el inicio, pero que puede llegar a desplegar efectos plenos con la confirmación, o con la finalización del plazo de la acción y efectos definitivos si se desecha la tesis de la perpetuidad de la excepción, de lo que nos ocuparemos a continuación. De las dos visiones posibles de la anulabilidad podemos encontrar un excelente estado de la cuestión en Clavería (2007, 60-77), al que añade agudas opiniones propias, y son expuestas con singular precisión y claridad por Cañizares Laso, A. (2001. 139-157), que nos explica que básicamente podemos reducir a dos las tesis en esta materia.

a) Según la primera, la acción y la sentencia de anulación tienen carácter constitutivo (principal sostenedor, Díez-Picazo, 1993. 460-463) por ser la anulabilidad una ineficacia estructural, pero que debe ser provocada, dado que el Ordenamiento atribuye a la persona especialmente protegida un poder jurídico dirigido a pedir la anulación o impugnar el contrato, sin cuyo ejercicio el contrato anulable es válido y eficaz hasta que se anule. Antes de la anulación el contrato despliega sus efectos, y por consiguiente, si el contratante no especialmente protegido paga, no puede ejercitar *la condictio indebiti*; y de la misma manera el contratante que ha sufrido el vicio puede realizar eficazmente actos aun cuando el vicio no se haya desvanecido, como poner en mora al deudor; si las partes llegasen a un acuerdo extrajudicialmente sobre la validez del contrato, los efectos de dicho acuerdo serían los del mutuo disenso, y si el vicio se hiciese valer en juicio por el demandado se trataría de una reconvencción, pues de excepción sólo cabe hablar en sentido sustantivo o material. Probado, con

estos argumentos, el carácter inicialmente eficaz del contrato, la acción de anulación es constitutiva, si bien la sentencia tiene efecto retroactivo.

b) En cambio, De Castro (1971, 508) sostiene el carácter declarativo de la acción de anulación concibiéndola como una acción doble: la acción declarativa con la que se busca la declaración judicial de que el negocio no nació y sigue teniendo un vicio que determina su nulidad (art. 1.303 CC); y la acción restitutoria, que origina el deber de las partes de devolverse recíprocamente lo recibido por el negocio. Aunque la fundamental es la primera, pues sin declaración no hay lugar para la restitución, De Castro no cree preciso obtener con carácter previo la declaración de nulidad para poder demandar la restitución. Al contrario, ambos efectos se pueden conseguir en el mismo procedimiento.

Presupuestos básicos de esta comprensión de la anulabilidad son los siguientes: en primer lugar, se considera que el negocio anulable tiene la condición de viciado y de sanable mediante confirmación; en segundo lugar, declarada la nulidad de un negocio jurídico por sentencia judicial se producirán los efectos propios de la declaración de nulidad apareciendo la originaria invalidez del negocio. La anulación tiene eficacia retroactiva: declarada la nulidad, cuando el negocio ha sido cumplido, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones si el negocio hubiera sido ejecutado (art. 1303 CC).

Señalan Delgado y Parra (2005, 56) que la discusión doctrinal sobre la naturaleza de la anulabilidad no carece de consecuencias prácticas. Aunque en muchos aspectos las cosas ocurran de forma parecida, o pueda darse igual respuesta a los problemas cualquiera que sea la premisa de que se parta, no ocurre así a todos los efectos. La cuestión de «la naturaleza» implica, dicen, por ejemplo, la distinción entre acción declarativa y acción restitutoria, la posibilidad de oponer la anulabilidad como excepción (y no, necesariamente, por medio de reconvencción, la naturaleza (caducidad, prescripción) y cómputo del plazo de los cuatro años, la posibilidad de que la excepción no prescriba, o la naturaleza y efectos de la confirmación. Por nuestra parte, no negamos que la distinción tal vez puede tener (pero no necesariamente, o de modo muy relativo) algunos efectos prácticos como la disciplina de la *condictio indebiti*, la puesta en mora o los efectos y la naturaleza de la confirmación; y desde luego, en principio, no decisiva es para la suerte de una eventual usucapación ordinaria (en este punto debemos evocar la depurada casuística de Izquierdo Tolsada, M (2001, 610-636), ni para los mecanismos de protección de los terceros adquirente, que nos parecen tiene su propia y separada lógica. Por el contrario, creemos que la adopción de una u otra posición es bastante indiferente para problemas esenciales del poder de impugnación, como la naturaleza del plazo, y su duración, la vía procesal de alegación de la anulabilidad y la cuestión de la perpetuidad de la excepción.

Esta posición se aparta en alguna medida de las dos tesis tradicionales cuya explanación puede verse, con lujo de detalles en Delgado y Parra (2005, 54-60) y en la brillante revisión de Clavería(2007, 59-89), el cual añade, con excelente juicio a nuestra opinión, que aún de aceptarse que el contrato anulable produce efectos, esta no es una regla general, y habría que ir viendo caso por caso, según qué efectos y según cual fuera en el momento la situación del contratante protegido

4.3 El desdoblamiento entre acción declarativa y acción restitutoria

Como hemos tenido ocasión de ver, el desdoblamiento entre acción declarativa y acción restitutoria, también se plantea en la nulidad radical y el problema práctico es si la imprescriptibilidad de la primera alcanza siempre a la segunda. Solo si se sostiene que la imprescriptibilidad de la nulidad radical no acompaña ineludiblemente a la acción encaminada a deshacer los efectos, se puede hablar de doble acción, contra lo que nos hemos pronunciado.

En el caso de la anulabilidad, aunque es firme la doctrina y la jurisprudencia de que el artículo 1301 se aplica solo a la anulabilidad, no goza de consenso que la acción restitutoria (por definición acción de condena y sometida a plazo, ya se verá si de prescripción o de caducidad) conviva con una acción meramente declarativa (Delgado y Parra, 2005, 65-68), dedicada esta solo a establecer la existencia de la causa de anulabilidad, y ello siempre que encontráramos un interés que sustentase su ejercicio, lo que es tarea difícil, como se dirá. Ahora bien, a este supuesto desdoblamiento, predicable por atender a intereses legítimos del protegido por la anulabilidad, es indiferente el carácter constitutivo o declarativo de la sentencia que pronuncie la anulabilidad.

La esencia de las acciones constitutivas (en general, pues posiblemente solo son indiscutiblemente tales las llamadas «constitutivo-necesarias», en las que extrajudicialmente no se puede conseguir lo que la sentencia no otorgue, y solo desde que su pronunciamiento adquiera de modo definitivo la condición de cosa juzgada) es que sin que ellas no se puede producir un cambio jurídico por voluntad de las partes, y su eficacia natural es la proyección al futuro de su pronunciamiento, salvo que la ley dijere lo contrario, como expresamente hace con los efectos de la nulidad. La retroacción es una consecuencia de la ley, no del carácter de la sentencia. La prueba de ello es que la doctrina que ha optado por la tesis de la acción declarativa llega a las mismas consecuencias en este punto. Tanto las acciones declarativas como las constitutivas realizan la voluntad de la ley (que es siempre lo que hace efectiva la sentencia, en el famoso

dicho de Chiovenda), y la ley es la que determina su eficacia *ex tunc*. Los problemas para resolver sobre los actos de los contratantes anteriores a la declaración de anulabilidad después del pronunciamiento van a ser exactamente los mismos, y requerirán de consideraciones que nada tienen que ver con el carácter declarativo o constitutivo de aquella declaración, como sucede con todo caso de retroactividad de las normas, que es el problema, no el dicho carácter, como un *a priori* lógico de todas las soluciones.

Esto dicho, y siempre que partamos de la existencia de un interés suficiente para justificar su ejercicio, lo que hay que dilucidar es el plazo de ejercicio de la acción meramente declarativa. La cuestión del plazo no es solamente vital para la determinación de una concreta cadencia de tiempo, sino *condicio sine qua non* de su existencia: si el plazo no es diferente al fijado en el 1301, la distinción sería poco útil, y el papel de la acción declarativa quedaría reducida a pedir la declaración de la anulabilidad si el contrato no se hubiera consumado, lo que es perfectamente posible, pero lo que da sentido a su existencia es su pervivencia una vez prescrito el plazo de los cuatro años. Según la opinión común, la acción, en cuanto meramente declarativa, no prescribiría, (Delgado y Parra, 2005, con amplia revisión doctrinal y jurisprudencial, 93-117), y según los autores citados hay casos en que se pide solo la declaración; pero los ejemplos que citan nos parecen poco significativos, creemos, en el contexto de la suma dificultad generalizada para individualizar que interés habría que tutelar en perpetuo; ello no es un argumento menor, y así lo expresa no solo la propia tesis que niega la existencia de las dos acciones, sino que desde el alto magisterio de D. Federico de Castro (1971, 512), sostenedor primero de la teoría de las dos acciones, se mantiene que en vía de acción normalmente la acción declarativa carecerá de interés que soporte su ejercicio; lo que no sucederá en cambio en vía de excepción.

A nuestro modo de ver, aun siendo cierta la idea de que el Código desde el inicio de su vigencia mostraba en el tema de la anulabilidad un panorama deficiente y confuso, y que era obra necesaria de la doctrina y la jurisprudencia construir un sistema más coherente y completo (puesto que se planteaban problemas de no fácil solución), nos ha llevado tal vez a ignorar que, en sus trazos generales era a la altura de su tiempo más armónico de lo que hoy nadie está dispuesto a conceder; lo que ha propiciado en muchos casos importaciones foráneas, sustentadas por Ordenamientos distintos al nuestro, además de muchos anacronismos. Decimos esto, porque la tesis de las dos acciones, una de ellas declarativa negativa (imprescriptible como si de nulidad radical se tratara), no parece demasiado consonante con el pensamiento jurídico de la época de los que redactaron el Código. En esta materia, posiblemente la única acción decla-

rativa en que se pensaba es en la que ineludiblemente hay que plantear para obtener la restitución; y, como aquellos redactores eran conscientes de la consecuencia de que, si no había pedido en plazo la anulación del contrato viciado, se podía exigir su cumplimiento, bastaba para impedir consecuencias que perjudicaran al contratante protegido, dotarle de una excepción, que como tal, sí era perpetua. No otra cosa cabe deducir de las expresiones de García Goyena, tantas veces repetidas. Extraer de ellas la conclusión de que sólo se refería a la acción de condena y que hay espacio para una acción meramente declarativa, no pasa de ser una afirmación, plausible tal vez, pero sin fundamento claro, y de dudosa utilidad, si se tiene en cuenta el papel de la excepción y su perpetuidad. Es más, desde su magisterio indiscutible, D. Federico De Castro (1971, 509, 512) considera que la vía de excepción es la única manifestación de la acción declarativa ya que, caducada la acción de condena, normalmente no existirá interés para su ejercicio en vía de acción.

Debo decir además que, en mi opinión, la regla *quae temporalia ad agendum perpetuae sunt ad excipiendum* no es un mero residuo histórico, ni hay que recurrir para justificarla en consideraciones de equidad, sino que forma parte de la propia estructura de la prescripción extintiva, como creo haber demostrado en otro lugar (López y López, 2011, 240-241); sobre la inequívoca existencia de la excepción perpetua, remitimos de nuevo a Yzquierdo Tolsada, M. (2001, 621-622 e ilustrativa bibliografía). Si se tiene todo esto en cuenta ni es necesario fundar la excepción en el carácter declarativo de la acción, ni hay contradicción alguna en que optemos porque el plazo de la acción sea de caducidad o, por el contrario, de prescripción (en contra, por todos López Beltrán de Heredia, C., 2011, 745-746).

4.4 ¿Prescripción o caducidad del plazo?

Es muy discutido si el plazo de ejercicio de la acción de anulación es un plazo de caducidad o de prescripción. Se ha de notar que la alternativa no divide en estos casos a los partidarios de la inicial validez del contrato (y en consecuencia del carácter constitutivo de la sentencia), y a los de la inicial invalidez: entre estos últimos y de mayor significación en la construcción global de la figura, De Castro (1971, 509) y Delgado y Parra (2005, 118-124); (estos con muy bien trabada argumentación, y critican la tesis del anterior como contradictoria, lo que no podemos valorar aquí) sostienen el uno la caducidad y los otros la prescripción, mientras Díez-Picazo, L., como sabemos defensor de la validez inicial, afirma que el plazo es de caducidad (1993, 465).

En estas incumbencias resulta ineludible referirse a la visión de Cañizares Laso, A., (2001, *loc. cit.*), en obra general sobre la caducidad. Siguiendo a Miquel, pone de manifiesto que el poder de impugnación es un derecho potestativo del contratante protegido por la anulabilidad, y por cierto, niega que un derecho potestativo necesite siempre para su realización de una sentencia constitutiva. El derecho potestativo, soporte técnico de su solución, es configurado en su versión más estricta, como un poder autónomo no derivado de otra situación, que supone una sujeción del sujeto pasivo, en lo que es distinto a una pretensión (lo que el Código llama acción), y las pretensiones sí prescriben. Sin entrar a analizar esta afirmación general, con la que básicamente estamos de acuerdo, un poder que logra incidir sobre la estabilidad de los contratos, cuyo mantenimiento es clave para la seguridad jurídica, debe ser considerado con un plazo de caducidad.

La construcción de Cañizares es la más correcta, porque parte de la descripción real de la situación de anulabilidad, analiza los intereses protegidos, y opta por la caducidad, por ser la seguridad jurídica un reflejo del orden público (2001, *passim*). Hay que señalar que no disponemos de criterios jurisprudenciales para esclarecer la cuestión presente, porque aunque alguna sentencia antigua se ha inclinado por la prescripción, la tónica general posterior es la ambigüedad, porque suele hablar de caducidad o prescripción, indiferentemente, siempre como *obiter dicta*. En este punto resulta curiosa y significativa la sentencia de 9 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2263), (de la que ha sido Ponente la Excm. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán, una firme sostenedora en el plano científico de la tesis de que la acción de anulación no caduca sino que prescribe), en la que se afirma que: «Puesto que en el caso no había transcurrido el plazo de cuatro años establecido en la ley cuando se interpuso la demanda, es irrelevante la cuestión planteada por la recurrente en el primer motivo del recurso acerca de si la calificación más ajustada a la naturaleza y contenido del plazo del art. 1301 CC es la de ser un plazo de prescripción o de caducidad, así como si las sentencias citadas por las partes en sus escritos se pronuncian sobre tal naturaleza con valor de *ratio decidendi* o mero *obiter dicta*» (Fundamento Jurídico, 4.º, 2, *in fine*). No parece muy temerario afirmar, a la vista de este reciente dicho, que el Tribunal supremo hoy carece de criterio sobre el punto, y solo resolverá cuando la *ratio decidendi* verse sobre si el plazo es susceptible de interrupción o no, lo que a la altura del conocimiento que tenemos, no se ha producido. Sea el plazo de caducidad, sea de prescripción, sí es novedad, y digna de elogio, cómo el Alto Tribunal ha propiciado la flexibilización para el cómputo del plazo en todos aquellos contratos complejos de productos financieros que suscitaron error o engaño por la

inadecuada (por decir lo menos) comercialización que la Banca hizo de dichos productos en la época anterior a la Gran Recesión (Información y valoración precisa y posibles consecuencias para la reconfiguración global de la categoría de la nulidad en Pertíñez, 2019, *passim*).

4.5 Vías procesales: acción, reconvención, excepción

Como ya hemos apuntado, en el terreno procesal la LEC 2000 ha traído novedades significativas que, con independencia de una no muy bien depurada técnica legislativa, tienen dos declarados propósitos. El primero, evitar que la alegación tanto de la anulabilidad como de la nulidad fueran consideradas como excepciones puramente procesales, y dieran lugar a sentencias absolutorias sin efectos de cosa juzgada material, y por consecuencia, propiciaran que el pleito se pudiera volver a plantear. Este propósito o finalidad es el que late en el artículo 408, del que se criticaba su dicho literal, que ceñía su aplicación a la nulidad, llegándose a proponer la interpretación correctora [*vid.* punto 3.4., a), de este trabajo]. Ahora bien, la jurisprudencia exige siempre que se formule demanda reconvencional, y rechaza la vía del artículo 408.2, como indica, con cita de otras (de inequívoca expresión), la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1110). Estas exigencias de la nueva ley tienen una segunda motivación, ahora de carácter general, y que alcanza a cualquier objeto del proceso, evitar la existencia de la reconvención implícita, antes de 2000 admitida y hoy prohibida. A fin de cuentas, el rito del artículo 408.2 es un rito reconvencional, aunque abreviado, y vengo con ello a señalar que el propósito de la Ley es someter a una plena cognición las cuestiones tanto de nulidad como de anulabilidad, negándoles su tramitación como mera excepción. Que el procedimiento del artículo 408.2 consagre una mayor flexibilidad para dirimirlo, siempre reconvencionalmente, se aplique a la nulidad y no para la anulabilidad, como si las cuestiones no pudieran ser igual de complejas en hecho y en Derecho, tal vez no esté muy justificado, (salvo que se piense que la nulidad casi brota *ictu oculi*, lo que es derechamente falso), pero a nuestro juicio no justifica la predicada interpretación correctora. En resumen, la anulabilidad siempre debe ser alegada en demanda o en reconvención, incluso cuando ejercitemos la excepción perpetua, que no es evidentemente una excepción en sentido procesal, y cuyo vehículo formal ha de ser la reconvención.

5. NULIDAD Y ANULABILIDAD EN EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y EN LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Todo el anterior discurso va referido a las disciplinas de la nulidad y de la anulabilidad en el Código Civil, que en principio hay que reputar Derecho común aplicable a los supuestos de tales ineficacias contenidos en normas extracodiciales, y siempre bajo el presupuesto de que el legislador es libre a la hora de configurarlos. No obstante, no se puede dejar de levantar acta que la nulidad contractual regulada en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios tienen un ámbito de aplicación (a pesar de las discusiones sobre él) extraordinariamente amplio, dibujando un sistema que no se puede explicar, al menos enteramente, y desde luego no en puntos cruciales, con el recurso a las categorías del Código; es más, pudiera considerarse su régimen una avanzadilla de soluciones que en el futuro habría que tomar en cuenta para reconstruir de modo unitario dichas categorías. No es este el lugar para su estudio, lo que no dispensa, habida cuenta del propósito del presente libro de hacer algunas reflexiones sobre el futuro de estas disciplinas, llamémoslas especiales (sin mayores aspiraciones técnicas), en relación con una futura reforma del Código que es incierta, y pasa por opciones muy distintas, en relación con su incorporación o no incorporación al texto; y en este caso, su grado de diferencia y modo de relación con las normas del Código.

En nuestra opinión, la regulación de las condiciones generales no es una «normativa de sector», aunque tal vez (no es claro) sí lo fuera en origen, en la medida en que formó parte de la panoplia de la regulación protectora de los consumidores, pero obviamente ello no es hoy ya así, y no hay motivos técnicos poderosos para no incluir las normas relativas a las condiciones generales dentro de la modernización del Código. Ello, en principio, puede parecer más dudoso para la regulación contractual (no solo de la ineficacia) del consumo, al insertarse ella en una disciplina sectorial que porta tan gran movilidad, que mal conviviría con la estabilidad que debe ser virtud de las disposiciones de los Códigos. No obstante, puede ser que mayor daño, desde muchos puntos de vista, causaría una regulación dual, y por otra parte es posible que el aspecto más elaborado y estable del supuesto Derecho del consumo es precisamente el de sus singularidades contractuales. Por ello, la opción de incluir la regulación de las condiciones generales y los aspectos contractuales del consumo en la «Propuesta de Anteproyecto de ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», elaborada por la Comisión General de Codificación

(Sección de Derecho civil), en sus artículos 1261 a 1269, que en líneas generales reproduce, nos parece, aún no exenta de inconvenientes, la más correcta para la ordenación y mejora técnica del Derecho ahora vigente.

6. LA INEFICACIA DEL CONTRATO EN EL PROYECTO DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA. REFERENCIA AL DERECHO EUROPEO

El presente epígrafe se dedica a analizar sumariamente la cuestión de la nulidad y anulabilidad en algunos proyectos de reforma y modernización de la materia, ciñéndonos exclusivamente a los que han tenido un cierto origen público, sin ignorar que hay otros de origen privado: en nuestro propio país, la redacción de un entero proyecto de Código Civil, trabajo valioso elaborado bajo los auspicios de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Prestaremos atención aquí, pues, y brevemente, al Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones (2009, texto en la web del Ministerio de Justicia) de la Comisión General de Codificación, con algunas referencias imprescindibles al Derecho europeo Ni que decir tiene que el boceto que sigue es casi puramente descriptivo, en espera de una mayor reflexión, si es el caso de producirse la reforma.

El Anteproyecto aborda casi todas las discrepancias sobre el régimen de la nulidad y de la anulabilidad de las que nos hemos hecho eco en las páginas anteriores, casi siempre decantándose a favor de las tesis mayoritarias, con lo que su obra de reordenación y clarificación no supone una ruptura con lo más aceptado al hilo de la interpretación del Código, manteniendo el binomio tradicional nulidad (artículo 1296, 1306 –común con la anulabilidad, sobre la el efecto restitutorio de la declaración de una u otra– y 1309, dedicado a la nulidad parcial) –anulabilidad (1297-1308), aunque con más perfecta delimitación entre ambas, atrayendo a la segunda la capacidad natural de entender y de querer (1297.2) y el error obstativo (1298.5). La acción de nulidad se declara imprescriptible (1297.1), y al no distinguir, creo que tal cualidad alcanza a las eventuales pretensiones restitutorias, como es la más común doctrina, aunque tal vez no hubiera estado fuera de lugar aclararlo; y se opta claramente por la caducidad en la acción de anulación, (1304), señalando que no se aplica el plazo a la anulabilidad esgrimida como excepción (1305, párrafo segundo), expresión algo nebulosa, pero que creo que no se puede entender sino en el sentido de la perpetuidad de dicha excepción. Por lo demás, el Anteproyecto parece partir de la base de que el contrato es inicialmente inválido, al permitir

desde el primer momento pedir extrajudicialmente la anulación (1305, párrafo primero; aunque se sabe que no se considera argumento decisivo); sí parece claro que la calificación de caducidad de la acción, unida a la perpetuidad de la excepción, consagra definitivamente que la acción declarativa de la nulidad solamente existe como excepción.

A mi modo de ver, el Anteproyecto clarifica y mejora técnicamente el Código, y decide de acuerdo con la doctrina más asentada algunas cuestiones muy debatidas. No significa ninguna ruptura con el sistema del Código, salvo la incorporación de alguna cuestión muy novedosa, como la acción de anulación por «ventaja excesiva» (artículo 1301). Ahora, tal vez sería necesario proponerse en el futuro para que, con su sólida base, se propusiera una entera remodelación del sistema, y si no tanto, una recepción más extensa de los *Principios Europeos del Derecho de Contratos* (sobre el concreto aspecto de la validez del contrato, la excelente visión general de Morales Moreno, A. M., 2003, 371-396) y del *Draft Common of Reference* (esencial para el entendimiento global, aunque el trabajo versa globalmente para la nulidad por ilegalidad del contrato, Infante, F., y Oliva, F., 1989, 1-58). No sería inútil tampoco, pienso, comparar en este punto, la «Modernisiërung» del BGB y el Code Civil francés, y ver, entre otras cosas, las disonancias entre ambos. Creo bastante improbable que haya en el futuro un Código Civil para Europa, ni siquiera un Código de Obligaciones y Contratos, como he razonado en otro lugar (López y López, A. M., 2015, 122-125), pero eso no quita para participar en un necesario proceso de armonización que tenga en cuenta esos textos, al tiempo que defienda nuestra brillante tradición jurídica, expandida por la mayor parte de América Latina. Ni podemos quedar al margen del movimiento unificador, ni encontrarnos ante hechos consumados que nos impongan soluciones ajenas a los intereses de nuestra comunidad jurídica, y ambos son riesgos ciertos.

7. BIBLIOGRAFÍA

CAÑIZARES LASO, A. *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001.

CARRASCO PERERA, Á. (1992), «Comentario al artículo 6.3 del Código civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, 1. 1, vol. 1, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Madrid.

DE CASTRO Y BRAVO, F. «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 987-1086; *El negocio jurídico*, Madrid. 1971

- CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», pp. 59-89, en el volumen «Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución», coord. por Delgado Echeverría, J., Cizur Menor, 2007.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso Civil*. Cizur Menor, 2005.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *sub. arts. 1300 a 1314*, en *Comentarios al Código Civil*, publicados por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, A. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*. Madrid, 2005.
- DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Introducción. Teoría del contrato, Madrid, 1993.
- GORDILLO CAÑAS, A. «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 1, Madrid, 1990
- GRIMALT SERVERA, P., *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Granada, 2008.
- INFANTE RUIZ, F. y OLIVA BLÁZQUEZ, F. «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», en *InDret*, julio 2009, pp. 1-58.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. *sub. arts. 1305 y 1306 en Código Civil Comentado*, III, Cizur Menor. 2011.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Valencia, 2012.
- *El Derecho civil entre tradición histórica y constitución política*, Cizur Menor, 2015.
- MARCOS GONZÁLEZ, M., *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Cizur Menor, 2011.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Anulabilidad», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Madrid, 1985.
- MORALES MORENO, A. M., «La validez del contrato», en *Derecho Privado europeo*, coordinado por Sergio Cámara Lapuente, Madrid, 2003, pp. 371-596.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1997), *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid.
- «La acción de nulidad sí prescribe» en el volumen *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coord. por Delgado Echeverría, J., Cizur Menor, 2007, pp. 225-247.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *La nulidad contractual en la jurisprudencia: especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*. Valencia, 2018.
- TAPIA FERNANDEZ, I., *sub. artículo 408 en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2011, coordinados por Cordón Moreno, F. *et al.*
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «Tipología del justo título. Crónica de una cuestión pendiente» en *Anuario de Derecho Civil*, 2001, pp. 547-679.

XXIII

LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y SUS LÍMITES

EUGENIO LLAMAS POMBO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. El cumplimiento *in natura*. El modelo y sus posibles alternativas.—2. Referencia a su construcción histórica.—3. Su funcionamiento en el CC y la LEC. 3.1 Respecto de las obligaciones de dar cosa determinada. 3.2 En las obligaciones de hacer y de no hacer.—4. Caracteres y presupuestos de la pretensión de cumplimiento.—5. Límites. 5.1 Precisiones previas. 5.2 La imposibilidad sobrevenida. 5.3 Inidoneidad. 5.4 Excesiva onerosidad. 5.5 Servicios u obra de carácter personal. 5.6 Obtención de la prestación por otras vías.—6. Compatibilidad entre cumplimiento forzoso e indemnización.

1. EL CUMPLIMIENTO *IN NATURA*. EL MODELO Y SUS POSIBLES ALTERNATIVAS

Cuando se lesiona el derecho de crédito, y mientras no haya sobrevenido una imposibilidad definitiva, el ordenamiento jurídico en primer término dirige sus normas a conseguir en todo caso el cumplimiento «específico», *in natura*, de la prestación programada inicialmente. Se trata de obtener, mediante la compulsión judicial, el comportamiento omitido, y obtenerlo del mismo modo que debió ser y no fue realizado por el deudor. Incluso mediante la adopción de las medidas coercitivas que sean necesarias para conseguir tal objetivo. Frente a otros remedios del acreedor (resolutorios, indemnizatorios o, en cier-

to modo, sucedáneos de la prestación), el cumplimiento específico se dirige a satisfacer su interés prestacional de manera directa, a fin de darle, hacer o no hacer a su favor precisamente aquello que constituía el objeto de la obligación.

Esa «coacción propulsiva del Derecho», de la que habló Ihering, se trata, sin duda, del remedio más genuino de nuestro Derecho de obligaciones, a tenor de los artículos 1096, 1098 y 1099 del CC y 701 y siguientes de la LEC.

Pero no necesariamente había de ser así. En el sistema del *Common Law* no se concede al acreedor la *specific performance* más que en casos muy excepcionales, como solución *in equity*, de forma que el contrato no es verdadera fuente de la obligación de dar, hacer o no hacer, sino de una obligación de indemnizar cuando no se da, hace o no hace alguna cosa. Por eso se habla de «quebrantamiento del contrato» (*breach of contract*) y no de «inejecución de la obligación». Sin embargo, tan rígidos principios están notablemente atenuados por las reglas de la *equity*, que efectivamente en ciertos casos permiten la *specific performance* (Puig Brutau, 1957, pp. 146 y ss.; Pantaleón, 1991, p. 1728, Treitel, 1991, pp. 895 y ss., 902 y ss.). Holmes (1963, p. 236) explica que la única consecuencia universal del contrato viene a ser que la ley hace pagar al contratante la indemnización de daños si el resultado prometido no llega a producirse, de forma que, si lo desea, puede «romper» el contrato e indemnizar. Tampoco es posible el remedio «ejecución forzosa» en aquellos ordenamientos, como el griego, en que no se conoce otra lesión del derecho de crédito que la imposibilidad sobrevenida; dada la imposibilidad, no cabe ejecución forzosa *in natura* (Rodière, 1985, p. 140).

2. REFERENCIA A SU CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA

El modelo seguido por nuestro CC es el resultado de un largo camino, que comienza con la negación de toda posibilidad de ejecución forzosa con la *condemnatio pecuniaria* de la época clásica romana, atenuada ya en el *Corpus*. En el Derecho común, se discute ampliamente si el deudor puede o no ser condenado a la prestación debida y obligado a realizarla ejecutivamente. Explica Badosa (1987, p. 258) cómo la doctrina europea mantendrá mayoritariamente una postura positiva, tendente a la admisibilidad de la ejecución forzosa (con citas de Alciatus, Cujacius, Zoesius, Mozzius, Vinnio, Hilligerus, Huber, y en la doctrina castellana, Covarrubias, D. Perez, Gr. Lopez, Matienzo, Perezius, Gomezius, Caevallos, Hermosilla). Y mayoritariamente se distingue entre obligaciones dirigidas al *dare* o al *facere*, cuya distinción está ya en D. 45.1.2. pr., (Paulo): *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt*; y también en D. 44.7.3. Mien-

tras en las primeras cabe la condena ejecutiva al *dare* mismo (*praecise tenetur*), en las *obligationes faciendi* rige la norma *nemo potest praecise cogi ad factum*; y por ello, la sentencia se dirige sólo a la indemnización de daños, por lo que el deudor puede liberarse mediante la satisfacción de los daños e intereses.

Es ya en Domat (1844, I,1,3,§4., y I,2,§20), con un claro precedente en Molinaeus, donde encontramos claramente la idea, antigua por otra parte, de que, primariamente, el deudor viene obligado a realizar la prestación debida, y sólo secundariamente la indemnizar por daños en caso de incumplimiento. De tal manera, que se distingue entre la prestación originaria y la prestación del *id quod interest*. La idea se encuentra muy claramente en Sánchez Román (1889, p. 86) cuando explica: «No falta alguna tendencia doctrinal que para este caso, y huyendo de toda apariencia violenta, estima que debe ser substituida la obligación por el *resarcimiento equivalente* de daños y perjuicios, pero con tal criterio se desnaturaliza, sin necesidad, la obligación, que es de entregar cosa, y no de indemnizar su valor, y se aplica el subsidiario resarcimiento de impropia manera, puesto que las obligaciones de dar, lo mismo que las de hacer, cuyo objeto preciso consiste en lo uno o en lo otro, únicamente se resuelven en las *subsidiarias* de indemnizar, cuando es en absoluto imposible su efectivo cumplimiento, en los propios términos en que fueron contraídas».

Pothier (1825, n.º 156 y 157) se inclina de manera decidida por la admisibilidad de la ejecución forzosa de las obligaciones de dar, si bien en las obligaciones de hacer y no hacer niega la posibilidad de tal forma de ejecución, entendiendo que en virtud del principio *nemo potest praecise cogi ad factum*, tales obligaciones «se resuelven» en la obligación de daños e intereses. Pero acertadamente se ha señalado ya que el motivo de esta absorción de la ejecución forzosa por parte de la indemnización, no está en que ésta ocupe el lugar de aquélla, sino en la imposibilidad de efectuar tal ejecución sin violentar el principio de libertad del deudor (Badosa, 1987, p. 259).

Lo cierto es que esa puerta que Pothier deja abierta a la admisión de la ejecución forzosa se ve sumamente ampliada en el *Code*, cuyo artículo 1610 la admite para la compraventa, y que en su artículo 1144 es extendida a las obligaciones de hacer y no hacer. En nuestro CC, el artículo 1096 la establece expresamente para las obligaciones de dar. Y los artículos 1098 y 1099, presididos por el principio *nemo potest cogi ad factum*, admiten dicha ejecución forzosa, a costa del deudor. Lo que lleva a Badosa (1987, p. 261) a concluir, acertadamente, que «podemos decir que la ejecución forzosa es un principio totalmente admitido en el CC español, con plena autonomía respecto de la indemnización de daños, que aparece regulada en una disposición distinta (los artículos 1101 y ss.) y presidido por el principio fundamental del *nemo cogi ad factum potest*».

3. SU FUNCIONAMIENTO EN EL CC Y LA LEC

3.1 Respecto de las obligaciones de dar cosa determinada

En las obligaciones de dar procede la compulsión al deudor para que entregue *in natura* la cosa debida, lo que equivale a presuponer que ésta se encuentra en posesión del deudor; y a dicho fin, el acreedor puede solicitar del juzgado que le ponga «en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos. Si fuera necesario proceder a la entrada en lugares cerrados recabará la autorización del Tribunal..., pudiéndose auxiliar de la fuerza pública, si fuere preciso», como previene el artículo 701.1 de la LEC, para el caso de cosas muebles. Y de modo análogo, los artículos 703 y 704 de la LEC establecen las reglas para adecuar el Registro al título ejecutivo y llevar a efecto el lanzamiento de cualquier poseedor. Tales apremios pueden ser de naturaleza muy diversa. Así, por ejemplo, y en el problemático supuesto en que la prestación de dar tiene por objeto llevar a cabo la traslación de la propiedad o el traspaso posesorio, en el que la autoridad judicial tiene que llegar a suplir ese acto de voluntad del transmitente, particularmente en bienes inmuebles, son numerosas las sentencias que declaran unánimemente que «la adjudicación judicial de inmuebles no puede consistir en otra cosa que en poner en posesión de ellos al acreedor, llegando al lanzamiento del deudor que los ocupe sin necesidad de un nuevo pleito, por no ser esta medida legal exclusiva del juicio de desahucio» (STS 26 junio 1950, RJ Aranzadi 1030). La entrega, afirma Vattier (1980, p. 70), tanto en función traslativa como en función restitutoria, reconduce esta clase de obligaciones al *genus* de las obligaciones de hacer, pues consiste en la actividad de entregar cualificada solamente por el desplazamiento posesorio.

Y si la cosa está en posesión de un tercero, quien a menudo además no ha sido parte en el pleito suscitado entre acreedor y deudor, con independencia de otras disquisiciones doctrinales, lo cierto es que la jurisprudencia equipara tal supuesto al de imposibilidad de entrega, y aplicando el artículo 701.3 de la LEC (hacía lo propio con el viejo párrafo 3.º del artículo 926 de la LEC 1881), remite al cumplimiento por equivalente, bien que aquí algo difuminado con la indemnización de daños y perjuicios en esa «justa compensación pecuniaria» a la que se refiere el precepto. La explicación de tal mecanismo es bastante lógica: la jurisprudencia afirma de manera reiterada que «el mandato del artículo 926 de la LEC (de 1881, obviamente), que obliga a poner en posesión del que hubiera vencido en juicio, la cosa inmueble objeto del litigio, no puede afectar a la posesión de terceros que no hubieran intervenido en él, con lo que

se consagra el derecho de todo poseedor a ser amparado en la posesión, como determina el artículo 446 del CC» (STS 3 marzo 1968, RJ Aranzadi 1451).

Por otra parte, en realidad, esa regla de cumplimiento *in natura* es perfectamente aplicable también a las obligaciones de dar cosa «indeterminada o genérica», cuyo objeto es, en efecto, indeterminado, «pero es cierto y determinado el género de donde él debe tomarse», como enseñó Pothier (1825, n.º 142). En efecto, si el objeto de la obligación es cosa genérica, habrá de cumplirse la obligación «a expensas» del deudor (artículo 1096.2.º del CC). Si se trata de dinero, los artículos 571 y siguientes de la LEC regulan pormenorizadamente la ejecución dineraria y brindan la posibilidad del embargo de bienes del deudor, y posterior vía de apremio mediante el correspondiente avalúo y venta en subasta pública, con cuyo producto se paga al acreedor. Y para el resto de cosas genéricas, procederá la adquisición a costa del deudor. Antes de la entrada en vigor de la LEC 2000, era ya unánime la opinión doctrinal que se inclinaba por facultar al acreedor para pedir la entrega directa de la cosa genérica, si la misma se encuentra dentro del patrimonio del deudor. Es una manera de cumplir la obligación «a expensas» del deudor. Y únicamente cuando dicho género no se encuentre a disposición del deudor, se podrá adquirir la cosa a costa de éste (Martín Pérez, pp. 283 y ss.). Y tal cosa es, justamente, lo que ha venido a establecer el artículo 702 de la LEC, cuando previene que la facultad del acreedor ejecutante para instar del juzgado «que le ponga en posesión de las cosas debidas o le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición».

Nótese que esa ejecución «a expensas» del deudor, en cualquiera de sus variantes (incluida la sustitución de la cosa genérica defectuosa por otra), no es sino una acción de cumplimiento, que nada tiene que ver con la indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento (en este caso de ejecución forzosa, habrá que hablar de *mora*) irroga al acreedor. Es más, en puridad, no hay tal «sustitución», pues se trata de entregar «cosa genérica sin defectos», y si se entregó cosa defectuosa, no se hizo sino incumplir la obligación dejando pendiente el cumplimiento correcto. Así se establece de manera contundente en la regulación de la venta de bienes de consumo que contiene la LGDCU (Llamas, 2014, pp. 777 y ss.)

3.2 En las obligaciones de hacer y de no hacer

En estas obligaciones, por virtud del viejo principio *nemo potest praecise cogi ad factum*, o sea, la incoercibilidad tanto jurídica como material de la

conducta del deudor, sólo cabe una doble posibilidad: o sustituir tal comportamiento por la autoridad judicial, cuando tal sustitución sea suficiente para satisfacer el interés del acreedor, o trasladar al patrimonio del deudor las consecuencias de la ejecución realizada por un tercero o por el propio acreedor, conforme a las reglas de los artículos 705 a 711 de la LEC (STS 5 abril 1960 RJ Aranzadi 1670). Pero en ambos casos se satisface el interés específico del acreedor en el cumplimiento, aunque sea a costa del patrimonio del deudor, y no merced a su intervención directa.

La sustitución de la conducta viene particularmente indicada cuando la conducta obligada consiste en prestar una declaración de voluntad o, en palabras de la STS 28 febrero 1978 (RJ Aranzadi 593), «desarrollar la actividad necesaria para la conclusión definitiva de un contrato». Se trata de la obligación derivada del precontrato, o como suele denominar el TS, siguiendo la terminología italiana, del contrato preliminar. La doctrina española se viene cuestionando hace tiempo si cabe en nuestro Derecho una solución similar a la que contempla el Código italiano de 1942, a la hora de ejecutar forzosamente tal suerte de obligaciones, es decir, si el juez puede suplir el consentimiento del obligado, o dictar una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluído. Nuestra jurisprudencia aparece dividida en este punto, aunque la mayor parte de las sentencias, y en todo caso, la doctrina más reciente, se inclinan por admitir que el juez sustituya el otorgamiento del consentimiento al que se niega el deudor. Suele citarse como primera sentencia favorable a dicha solución la STS 1 julio 1950 (RJ Aranzadi 1187), según la cual, *«La aplicación del artículo 1098, mandando hacer a costa del demandado lo que éste se resistiere a cumplir; significa en este caso... la intervención de un otorgante, que aparecería representando una voluntad que no existió, porque precisamente está dictado el precepto en términos generales para suplir por la Ley la rebeldía de la voluntad del otorgante remiso en cumplir lo pactado. Tampoco el acto de firmar una escritura de compraventa, que el recurrente califica de personalísima, es de aquellos que no puedan realizarse en nombre del obligado»*. Y en términos similares se pronuncian las SSTS 21 diciembre 1955 (RJ Aranzadi 232/1956), 2 febrero 1959 (RJ Aranzadi 2894), 26 marzo 1965 (RJ Aranzadi 1481), 21 febrero 1969 (RJ Aranzadi 967), 28 junio 1974 (RJ Aranzadi 3465) y 13 diciembre 1989 (RJ Aranzadi 8824). En contra, parecen pronunciarse las SSTS 2 mayo 1959 (RJ Aranzadi 1987) y 16 octubre 1965 (RJ Aranzadi 4468). El estado de la cuestión se resume con toda claridad por la STS 25 junio 1993 (RJ Aranzadi 5384), aunque cita en apoyo de la tesis afirmativa a la sentencia que acabamos de citar, que es la única verdaderamente negativa. Es, en cualquier caso, absolutamente concluyente. Así, señala que

«el precontrato es ya en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o la ley de bases del siguiente. Debiéndose... quedar atemperada su fuerza vinculante, o cumplimiento forzoso, a dos posiciones extremas: entender que no es posible obligar a la contraparte a la prestación del consentimiento...; o bien entender, con la más reciente jurisprudencia de esta Sala, que al consistir el objeto del precontrato una obligación de hacer, una vez requerido el obligado para que cumpla su promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento; cumplimiento forzoso que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización, cuando el contrato definitivo no sea posible otorgarlo».

Por lo demás, no parece que ni una ni otra alternativa –la sustitución por el juez y la imputación al patrimonio del deudor del coste de ejecución por un tercero– tengan nada que ver con una «indemnización de daños y perjuicios», por más que también aquí, de forma análoga a lo que sucede con la ejecución forzosa de las obligaciones de dar, sea frecuente la confusión entre ambos procedimientos. Mandar ejecutar una prestación de hacer, o destruir lo mal hecho, «a costa» del deudor, no es sino la consecuencia de una *acción de cumplimiento*, nunca es acción resarcitoria, y tiene sólo un remoto parecido con lo que sería transformar dicha obligación de hacer en la de indemnizar daños y perjuicios; como dice Carrasco (1989, p. 401) el «hacer a costa del deudor» en las obligaciones de hacer constituye «cumplimiento» y no «resarcimiento» y la importancia de la determinación de si una determinada pretensión es resarcitoria o de cumplimiento se encuentra principalmente en que para exigir el cumplimiento –en cualquiera de las formas que adopte– no es precisa la culpa del deudor.

Cuestión diferente es que si, como consecuencia de la sustitución –por el juez, por un tercero o por el propio acreedor– de la conducta del deudor, se irrogan además unos perjuicios al acreedor (costas del procedimiento de ejecución a tenor del artículo 950 LEC, ejecución imperfecta, *aliud pro alio*, ejecución morosa, etc.) ello deba, por supuesto, ser objeto del correspondiente resarcimiento. Pero el acreedor ningún daño tiene que demostrar –entre otras cosas porque el mismo bien puede no existir– para obtener la conducta sustitutiva en que se sustancia la ejecución forzosa. Un ejemplo (aislado) en contra de tal doctrina lo constituye la STS 3 julio 1989 (RJ Aranzadi 5281), cuando establece lo siguiente: *«En las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable (¿?), que en ocasiones puede conseguirse coactivamente, aun contra la voluntad del deudor; así, el art. 1098 del CC... Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso*

de la obligación entra en juego nemo factum cogi potest (sic) y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en la de indemnizar, pero para que nazca esta acción de resarcimiento es indispensable que el incumplimiento sea voluntario, es decir, que se deba a dolo o culpa del deudor o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (artículo 1101 del CC)». En lo único que estamos de acuerdo con tal pronunciamiento es en la prioridad del cumplimiento forzoso sobre el cumplimiento por equivalente (integrado o no en la indemnización). Sin embargo, ni creemos que la obligación de cumplir sea «directa consecuencia del incumplimiento imputable», como señalamos más abajo, ni que para el cumplimiento por equivalente, o la sustitución de la conducta del deudor con traslado a su patrimonio de las consecuencias de tal sustitución, sea necesario dolo o culpa del deudor o contravención del tenor de las obligaciones con arreglo al artículo 1101 del CC. ¿Para qué está, entonces, el artículo 1098? Parece como si, según el criterio de esta sentencia, todo lo que no es cumplimiento voluntario y correcto es responsabilidad, o sea, resarcimiento de daños con arreglo al artículo 1101.

Con todo, es necesario aceptar, con Carrasco (1996, p. 62), que «ni el CC ni la LEC dan pie para distinguir en sede de obligaciones de hacer entre lo que es una acción de cumplimiento a costa del deudor (a la que hay que considerar como una acción de cumplimiento primaria, junto al cumplimiento específico por parte del deudor), lo que es una acción de cumplimiento por equivalente y lo que es una pretensión indemnizatoria por incumplimiento de la obligación de hacer. Esta duda proviene de que la expresión «hacer a costa» del deudor (artículos 1098 del CC y 924 de la LEC) no es técnicamente clasificable».

En cualquier caso, para que entre en funcionamiento esta ejecución por el acreedor o por un tercero «a costa» del patrimonio del deudor, es preciso un previo incumplimiento por el deudor. Y además el legislador requiere una verdadera certeza de dicho incumplimiento. De ahí el plazo que, según prevé el artículo 705 de la LEC, debe conceder el juez al deudor, una vez detectado tal incumplimiento, para que ejecute la prestación debida, «según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurren»; y solamente cuando ha transcurrido dicho plazo sin éxito, cabe el remedio del artículo 1098 del CC, ya sea mediante el encargo a un tercero si se trata de un hacer no personalísimo (artículo 706 de la LEC), o ya sea la fijación del equivalente pecuniario en el caso de la hacer personalísimo del artículo 709 de la LEC. Así lo establece la STS 29 junio 1988 (RJ Aranzadi 5137) en un claro caso de obligación de hacer, en relación con la facultad del dueño del predio que sufra la servidumbre de vertiente de los tejados que previene el artículo 587 del CC. Por lo demás, ese «resarcimiento de daños y perjuicios» que, conforme al párrafo primero del

artículo 706.1 de la LEC, está facultado para reclamar el acreedor como alternativa del encargo a un tercero, tal vez, sólo tal vez, no se deba a un *lapsus* del legislador (quien, en realidad, se estaría refiriendo al equivalente pecuniario), sino se trate de una consciente decisión legislativa por acudir en tal caso directamente al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de obtener el cumplimiento forzoso de la obligación de hacer, ni siquiera por equivalente.

En todo caso, la realización de la prestación –de hacer o de no hacer– «a costa» del deudor, no significa, sin embargo, «a toda costa». Por el contrario, nada impide al juez o tribunal el establecimiento de un límite cuantitativo a la valoración de esa ejecución forzosa, que posteriormente repercutirá sobre el patrimonio del deudor. Así se pronuncia la STS 12 julio 1991 (RJ Aranzadi 5382), en la que se recurría una sentencia que había fijado un límite económico a la realización de unas obras; entendía el recurrente que tal imposición implicaba el incumplimiento directo del artículo 1098, al sostener que una vez agotado aquel límite, las obras necesariamente quedarían incompletas o no coincidentes con la calidad a que se comprometió el demandado; y además, que si el repetido límite quedaba fijado varios años antes del momento de la ejecución efectiva de la sentencia firme, era seguro que las obras nunca podrían realizarse. Y señala el TS que *«resulta indiscutible que la fijación de un determinado montante cuantitativo en orden a la realización de unas obras concretas, en ningún modo puede estimarse como infracción del artículo 1098 del CC o interpretación errónea del mismo, y cosa bien distinta sería que en la fase de ejecución de sentencia se viesen confirmados los temores de la parte recurrente, pues en ese caso, y partiendo de una posible calificación de deuda de valor que cabría asignar a los límites cuantitativos señalados en la sentencia, sería allí, en la indicada fase, donde, en su caso, habría de plantearse el problema de su actualización en relación con los costos entonces existentes a fin de conseguir la adecuación entre obra a realizar y proyecto, pero es de insistir que la solución de tal problema, en el supuesto de presentarse, tendría que resolverse en la vía de ejecución»*.

4. CARACTERES Y PRESUPUESTOS DE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

La pretensión de cumplimiento, y su satisfacción por vía de ejecución forzosa, presenta las siguientes características y presupuestos, que han estu-

diado Díez-Picazo (1993, p. 678), Pantaleón (1993, pp. 1728 y ss.), Verdera (1995, pp. 149 y ss.):

1.º Se trata de una acción de condena, dirigida a obtener un pronunciamiento judicial por el que se imponga coactivamente al deudor la realización del comportamiento debido. La ejecución forzosa tiene un marcado carácter judicial, por lo que se ha definido como el «modo de realizarse judicialmente la obligación y la responsabilidad» (Hernández Gil, 1983, p. 468).

2.º Salvo la posibilidad material de cumplimiento (la no-imposibilidad, como presupuesto metafísico de la ejecución forzosa), su exigencia judicial no está sometida a ningún requisito o limitación, que no sean los generales de ejercicio no abusivo de los derechos, a los que luego nos referimos. En consecuencia, como es natural, la pretensión de cumplimiento no viene supeditada a la existencia o demostración de unos daños y perjuicios, ni presentes ni futuros.

¿*Quid* respecto de un eventual requisito de imputabilidad al deudor del incumplimiento? Creo yo que tampoco es exigible, pues entiendo que mientras el cumplimiento de la obligación sea posible (de lo contrario estaríamos ante un supuesto de extinción de la obligación *ex* artículo 1182), y por muy inimputable que haya sido el incumplimiento, es legítimo mantener al acreedor en la posibilidad del cumplimiento, incluso forzoso; y no lo contrario, exonerar de un cumplimiento posible al deudor, a costa de los intereses del acreedor. Como dice Pantaleón (1993, p. 1729), no se puede identificar de modo absoluto «el hecho que exonera de la obligación de indemnizar el daño derivado de la falta de cumplimiento» y el «hecho que extingue (o suspende) la obligación». La acción de cumplimiento correcto de los artículos 1096-1099 del CC está basada en el hecho objetivo del material incumplimiento, sin exigir criterio alguno de imputación del mismo al deudor, y en eso se diferencia de la acción indemnizatoria (Carrasco, 1989, p. 397).

A diferencia de lo que sucede con la reclamación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, para el ejercicio con éxito de la acción de cumplimiento específico basta acreditar el incumplimiento de la obligación, sin que el deudor pueda excusarse invocando su no-culpa, o la ausencia de daños. De donde se deduce que dicha acción de cumplimiento forzoso es absolutamente independiente de que se hayan causado daños al acreedor, y de que el deudor sea o no responsable de los mismos, pues ello es fundamento y objeto de una pretensión diferente. Si el incumplimiento es *per se* un acto injusto (salvo su inevitabilidad por *vis maior*), la acción de cumplimiento trata de evitarlo a toda costa, con independencia de que se irroguen daños al acreedor. O si se quiere ver de otro

modo, menos riguroso a mi juicio, puede entenderse que el incumplimiento, en sí mismo, engendra un *eventus damni* al titular del crédito.

Tales afirmaciones vienen además apoyadas por la jurisprudencia. Así, puede considerarse emblemática, en este sentido, la STS 30 mayo 1987 (RJ Aranzadi 3854), que en un arrendamiento urbano condenó al arrendador «a realizar ciertas obras, de conformidad con el artículo 107 de la... L.A.U. (como es evidente, se refiere al Texto Refundido de 1964) a fin de conservar el local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido, concretamente a reparar la instalación eléctrica que suministra energía a la entidad actora para que la misma tenga una potencia de 50 kw»; y tal pronunciamiento se mantenía a pesar de que la privación del suministro eléctrico se había debido a un hecho de terceros, y por tanto no era imputable al deudor. Sin embargo, la misma sentencia desestima la reclamación de daños y perjuicios, «en cuanto la parte actora no acreditó ni su cuantía ni tampoco su existencia, ni la imputabilidad de los alegados daños a su contraparte». Es decir, acreditado el incumplimiento, se obliga al cumplimiento forzoso, pese a no haber culpa del deudor; y por el contrario, precisamente al no existir dicha culpa, ni tampoco estar acreditados los daños, absuelve de la acción de resarcimiento. En términos similares se pronuncian las SSTS 12 mayo 1994 (RJ Aranzadi 3575), que condena a reparar los servicios de calefacción y agua caliente central del edificio, pero no indemnizar los daños y perjuicios, cuya pretensión no fue deducida en la demanda), 21 junio 1995 (RJ Aranzadi 5178) y 22 junio 1995 (RJ Aranzadi 5180), que obliga al acondicionamiento de un inmueble para posibilitar el acceso directo de una minusválida a su vivienda. Sin embargo, en la STS 3 julio 1989 (RJ Aranzadi 5281) parece afirmarse lo contrario, cuando se establece que la acción de cumplimiento y la obligación de cumplir es «la primera y directa consecuencia del incumplimiento *imputable*»; ya la hemos criticado más arriba. El adjetivo «imputable» parece más bien haberse «deslizado» que deliberadamente establecido, pues la sentencia tampoco establece cuáles son los criterios de esa imputabilidad. En suma, no creo que se trate de un fallo precisamente decisivo sobre la cuestión, frente a los otros numerosos que hemos mencionado.

No obstante, aunque la posición expuesta es la mayoritaria en la doctrina (Giorgiani, 1975, p. 26-27; Scognamiglio, 1957, p. 226; Von Thur, 1934, p. 76; Puig Brutau, p. 158; Díez-Picazo, 1993, p. 678; Pantaleón, 1993, p. 1728; y 1991, p. 1046; Carrasco, 1989, p. 397; Verdura, 1995, p. 136; Llamas, 2020, p. 194), hay que destacar que tal opinión no es unánime, y cuenta con cualificados detractores. Así, Badosa (1987, pp. 263-264), sostiene justamente lo contrario, es decir, que para la ejecución forzosa no basta el incumplimiento material, sino que se precisa además que se deba a dolo o culpa prestable del deudor. Y ello

por varios argumentos, que aluden a la identidad de fines y fungibilidad existente entre ejecución forzosa e indemnización; lo que no nos convence, pues una cosa es la compatibilidad entre ambos remedios y otra diferente su fungibilidad, y por otra parte, su compatibilidad se debe precisamente a que cumplen finalidades en cierto modo diferentes, dado que satisfacen distintos intereses del acreedor (la primera el de cumplimiento, la segunda el de indemnidad). Y por otra parte, añade el respetado Prof. Badosa un argumento de justicia, según el cual sólo la culpa del deudor justificaría traspasar al acreedor el «dominio de la situación», imponiendo él la ejecución forzosa, y privando al deudor de la posibilidad de organizar el cumplimiento de la obligación según su conveniencia. Sin embargo, privar al acreedor de tal control sólo por el hecho de que el incumplimiento no fuera imputable al deudor, siendo el cumplimiento posible, tampoco nos parece la mejor solución desde la justicia material.

Desde un planteamiento absolutamente distinto de la cuestión, afirma Jordano que la doctrina que en el ámbito de la responsabilidad contractual permanece aferrada al principio de la culpa, se ha visto obligada a reconocer la existencia de una serie de medidas contra el deudor no cumplidor que presuponen el mero hecho del incumplimiento (su materialidad) y que prescinden de la culpa de aquél. Pero, como quiera que dicho autor afirma que el fundamento de toda responsabilidad contractual es el hecho estricto del incumplimiento, negando virtualidad a la culpa como presupuesto de cualquier medida contra el defecto de cumplimiento, resarcitoria o no, tampoco encuentra necesidad de establecer ninguna consideración de «excepcionalidad» respecto de aquellas medidas que, como el cumplimiento forzoso, prescinden de la culpa del deudor.

3.º La acción de cumplimiento tiene preferencia sobre el resto de los remedios, lo que se desprende de la regulación de conjunto del CC, y en el caso de las obligaciones de dar cosa determinada, se proclama en el artículo 1096. En la medida en que el deber de prestación (interés específico, fin típico) constituye el objetivo primordial del ordenamiento, el resto de los remedios, compatibles o no con la pretensión de cumplimiento, tienen carácter secundario o subsidiario a la prioritaria ejecución *in natura* (Capilla, 1989, pp. 92 y ss.). Y ello afecta a ambas partes de la relación obligatoria, y por tanto se erige también como un verdadero derecho del deudor, de manera que el acreedor no puede optar libremente por exigir el valor de la prestación, sea como *aestimatio*, sea como indemnización por la vía de la responsabilidad. Gráficamente, y siguiendo en parte los términos del artículo 1243 del CC belga, lo expresa Dekkers (1955, p. 195), cuando señala que el deudor no tiene el derecho de ofrecer otra cosa que la que es debida, y el acreedor no tiene derecho de exigir otra cosa que la que es debida. Y por esta razón, el acreedor ha de pretender el

cumplimiento mientras sea posible y conserve interés en él. No en vano el artículo 18.2 de la LOPJ establece: «Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno».

Así, aunque son unánimes las voces que en la doctrina se lamentan de las deficiencias que presenta nuestro Derecho sustantivo y procesal, a la hora de hacer efectiva la compulsión del deudor para que entregue la cosa debida, también es decidida la jurisprudencia que entiende que la pretensión de dicha entrega es prioritaria. Así lo reconocen, explícita o implícitamente, las STS 8 enero 1945 (RJ Aranzadi 8), 1 julio 1949 (RJ Aranzadi 945), 14 junio 1957 (RJ Aranzadi 2522), y 2 mayo 1968 (RJ Aranzadi 3416). Y respecto de las obligaciones de hacer, son expresivas las palabras de la STS 24 abril 1973 (RJ Aranzadi 1848): «*Toda ejecución transformativa (aquella denominada así por algún sector doctrinal, en que la finalidad del proceso se satisface mediante la realización, por el órgano jurisdiccional, de una conducta física distinta de la entrega, al ejecutante, de una cosa o de una cantidad de dinero, supuesto éste que contempla el artículo 924 de la LEC), puede convertirse en una ejecución ordinaria (entiende por tal el TS, al parecer, la del pago de cantidad líquida, a través del embargo) cuando la conducta impuesta por el juez no sea de posible realización, en cuyo supuesto, aquella obligación de hacer se convierte en una obligación de abonar los daños y perjuicios que surjan de la omisión de aquel quehacer decretado en la sentencia; pero para ello es preciso que se acredite en los autos tal imposibilidad, si así lo exige el acreedor, aunque prima facie aparezca como presumible esa imposibilidad, sin que, mientras tanto, se pueda entender sustituida la obligación de hacer por la de indemnizar al acreedor, y aunque el principio de economía procesal pareciera aconsejar otra cosa*».

De lege ferenda, propugna Pantaleón (1993, p. 1731) matizar este principio de absoluta prioridad del cumplimiento *in natura*, por entender que en ocasiones puede resultar excesivamente duro para el acreedor, y además es insatisfactorio para la seguridad del tráfico, y propone una norma cuya idea directriz fuese que el acreedor dispusiera de la posibilidad de optar por la exigencia del valor de la prestación como daño indemnizable (lo que nosotros preferimos llamar puramente equivalente pecuniario, distinto de la indemnización) una vez transcurrido sin éxito un plazo adecuado para cumplir que fije al deudor, o de inmediato cuando sea evidente lo infructuoso de cualquier fijación de plazo. No parece descabellado. Sin embargo, creo que el acento debe ponerse una vez más en el interés del acreedor: si la ejecución forzosa *in natura* todavía satisface el

interés del acreedor, no veo por qué motivo le vamos a dar la posibilidad de elegir la «indemnización», ni cómo afecta ello a la seguridad del tráfico, por más que haya transcurrido un plazo «adecuado» que sólo podría establecer el juez; y si dicha ejecución ya no satisface el interés del acreedor, ningún plazo adicional hay que esperar para poner en marcha los remedios sustitutivos.

4.º Tal prioridad de la ejecución forzosa sólo tiene excepción en los supuestos o «límites» que veremos seguidamente.

5.º La pretensión de cumplimiento comprende también la reparación de los defectos y la sustitución del objeto de la prestación defectuosa. En contra, Scognamiglio, (1957, p. 226), quien, en su particular visión de la materia, entiende que la reparación *in natura* es totalmente distinta del cumplimiento forzoso, no sólo desde el punto de vista teórico, sino también en la práctica.

5. LÍMITES A LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

5.1 Precisiones previas

Ante todo, debemos dejar constancia de que el CC no establece, de manera explícita, una enumeración de los supuestos en que, por excepción, no procede la pretensión de cumplimiento específico o, sencillamente, límites a dicha pretensión de cumplimiento, lo que resultaría especialmente recomendable *de lege ferenda*. Sí lo hace, por ejemplo, el artículo 9:102 (2) de los PECL, como veremos. Sin embargo, no resulta difícil deducir del articulado del CC y la LEC, a la luz de la jurisprudencia, cuáles son esos límites.

De otro lado, no por obvio debemos dejar de recordar que en estos supuestos excepcionales, el acreedor no queda totalmente desamparado o frustrado, sino que tendrá a su disposición otros remedios alternativos, como el cumplimiento por equivalente o *aestimatio rei*, del que me ocupé con extensión en Llamas, 2020, *passim*, o la resolución del contrato cuando la obligación incumplida se inscribe en una relación sinalagmática.

5.2 La imposibilidad sobrevenida

La pretensión de cumplimiento específico decae cuando en las obligaciones de dar la entrega no sea posible (normalmente por destrucción de la cosa objeto de la prestación), o, en las obligaciones de hacer, la imposibilidad afecta tanto al deudor como al propio acreedor o un eventual tercero, impidiendo

también la conducta sustitutiva. En tales casos será preciso acudir a la prestación del equivalente pecuniario (hasta hace algunos años, a menudo confundido en este punto con la indemnización de daños y perjuicios). En palabras de la STS 9 noviembre 1968 (RJ Aranzadi 4966), que incurre en dicha confusión, «aunque en principio el acreedor tiene derecho al cumplimiento natural o forzoso de la obligación convenida, siempre que exista posibilidad de imponerla, sin embargo, por excepción, el acreedor debe contentarse con la indemnización de daños y perjuicios cuando sea imposible el cumplimiento normal».

La STS 29 junio 1985 (RJ Aranzadi 3320) contempla un supuesto de imposibilidad de poner en posesión al acreedor, «*como actividad ejecutiva cuando el objeto específico de la sentencia de condena es la entrega de una cosa determinada*», por la insuperable realidad de la inexistencia del bien al tiempo en que se postula la entrega, por haber desaparecido durante el curso del proceso. Ello nos coloca de inmediato en un problema de imputación del riesgo de la cosa. Pero dicha Sentencia se inclina claramente por la «*correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pues la obligación principal se nova*», citando en su apoyo la STS 9 abril 1959 (RJ Aranzadi 1545). En ésta, habían desaparecido también los bienes muebles (herramientas y recambios de automóvil) que venía obligado a entregar el demandado, por lo que la Sala remite al resarcimiento de los perjuicios causados con el incumplimiento del fallo firme, o sea, el valor de las piezas desaparecidas. En una obligación de hacer, y con similares argumentos, la famosa STS 1 julio 1950 (RJ Aranzadi 1187), establece la necesidad de aplicar el artículo 1098 párrafo 1.º —o sea, la ejecución específica a costa del deudor—, en el caso de que el obligado se resista a cumplir la obligación, «*quedando el derecho a percibir indemnización... para el caso de que el contrato no se pueda cumplir*».

La imposibilidad de la prestación que aquí nos interesa, o sea, la que da lugar a su sustitución por el equivalente pecuniario, debe revestir los siguientes requisitos y/o características, que exponemos con más detalle en Llamas, 2020, pp. 142 y ss.:

a) Debe tratarse de una imposibilidad *sobrevenida* o subsiguiente, y no originaria o inicial, pues en este último caso no cabe hablar de cumplimiento-incumplimiento, al no existir obligación, conforme a los artículos 1261,2.º y 1272 del CC. Si la prestación objeto de la relación obligatoria resulta imposible física o legalmente en momento preexistente o simultáneo a la formación de dicha relación jurídica, la obligación no llega a nacer por venir afectada *ab initio* de una circunstancia que impide su realización (*impossibilium nulla obligatio est*).

b) Ha de tratarse de una imposibilidad definitiva, permanente. Al menos desde un punto de vista relativo, pues no hace falta que la imposibilidad

sea eterna. Es decir, el carácter definitivo de la imposibilidad debe ponerse en relación con la duración de la obligación misma, pues en las obligaciones con término esencial, por ejemplo, la llegada del vencimiento sin verificarse la prestación, implica ya directamente imposibilidad definitiva; en resumen, puede decirse que la imposibilidad es predicable en relación con el momento en que debe ejecutarse la prestación debida.

c) Poco importa, y el artículo 1184 del CC lo confirma, que la imposibilidad sea física (*interitus rei, amissio rei*) o jurídica (el *factum principis*, la prescripción o la irreivindicabilidad, por ejemplo), de hecho o económica. El artículo 9:102.2.b) de los PECL equipara la ilicitud a la imposibilidad.

d) En caso de imposibilidad *parcial*, o sea, la que no incide sobre la total prestación, sino sólo a una parte de la misma, sea una fracción (sólo se pueden entregar 60 de los 100 aparatos de televisión contratados, por una explosión en la fábrica), sea una de las varias prestaciones heterogéneas conectadas entre sí (llevo los materiales a la obra, pero no puedo ejecutar la misma por la huelga de mis trabajadores), los efectos extintivos de la imposibilidad no pueden someterse en cuanto a su extensión a una regla fija, y entonces el gobierno de la situación queda totalmente a expensas de la voluntad del acreedor, cuyo interés tutela el ordenamiento: 1.º) Cuando dicho acreedor lo desee, puede obtener el cumplimiento específico parcial, si es que éste todavía satisface su interés. Pero en tal caso, y si la imposibilidad fue imputable, el resto de la prestación, o sea, la parte cuyo cumplimiento devino imposible deberá transformarse en el equivalente pecuniario. Otra cuestión es que, si la obligación de prestación parcialmente imposible se inserta en una relación sinalagmática, y con independencia de la imputabilidad de la imposibilidad, el acreedor tiene derecho a reducir proporcionalmente el importe de su contraprestación. 2.º) Si a causa de la imposibilidad de una parte de la prestación, la realización del resto no satisface ya el interés del acreedor, puede éste desistir del contrato, pues no puede ser compelido a recibir tal prestación parcial (artículo 1169, y para la compraventa, artículo 1460 del CC).

e) La imposibilidad verdaderamente relevante –tanto a efectos de liberar al deudor, como de perpetuar la obligación por equivalente– es la de *carácter objetivo*, la imposibilidad en sí misma, la que afectaría a todo deudor. Y no la subjetiva, la que afecta sólo a tal o cual deudor, la individual, que se produce en la esfera de poder de un deudor determinado.

f) A los meros efectos de obstar la pretensión de cumplimiento específico, poco importan aquí las cuestiones de imputabilidad de la imposibilidad o situación de mora, que sí habrá que considerar a la hora de operar, o no, la *perpetuatio obligationis*, y el correspondiente deber de prestación por equivalente.

5.3 Inidoneidad

La excepción a la pretensión de cumplimiento *in natura* y el remedio «sustitución de la prestación originaria por su equivalente pecuniario» procede no sólo en caso de que aquella prestación devenga imposible en sentido estricto, sino también en aquellos supuestos en que la prestación inicial es objetivamente posible, pero ya no es idónea para satisfacer el interés del acreedor. Precisamente en estos casos, la única manera de proteger jurídicamente dicho interés es perpetuar la obligación a través de su equivalente económico.

Muy frecuentemente, esa inidoneidad derivará del retraso de la prestación. A menudo se da una imposibilidad transitoria de cumplir la obligación. En tal caso, evidentemente dicho cumplimiento se retrasa, y la demora no generará responsabilidad del deudor, si aquella imposibilidad no es imputable al mismo; lo que sucede es que en tal caso la obligación se perpetúa, pervive, aunque quede *suspendida* su eficacia. Ello quiere decir que cuando vuelve a ser posible su cumplimiento, el deudor debe ejecutarla igualmente. La STS 13 junio 1944 (RJ Aranzadi 893) dice que en tal caso la obligación «*revive*», por lo que el deudor deja de estar justificado en su retraso y si no procede a cumplir de inmediato incurre en responsabilidad. Se trataba de un caso en que la guerra civil impidió la entrega de la mercancía vendida. Lo que sucede es que en dicho momento, la prestación, aunque posible, puede no satisfacer ya el interés que por la misma había sentido el acreedor. Sensatamente lo explica la STS 16 mayo 1941 (RJ Aranzadi 630).

Dicha situación de *inidoneidad* de la prestación para satisfacer el interés del acreedor puede deberse a diversas circunstancias (Jordano, 1987, p. 152): unas veces la prestación ya no ofrece interés para el acreedor por razones atinentes a la propia relación obligatoria (es decir, límites implícitos de su utilidad), y otras por la propia naturaleza de la prestación. En este último grupo deben inscribirse las prestaciones continuadas, con término esencial o a fecha fija.

5.4 Excesiva onerosidad

La pretensión de cumplimiento forzoso de la obligación también cede en los supuestos en que éste resulte excesivamente oneroso. Para determinar si la prestación ha devenido excesivamente onerosa hay que ponerla en conexión o compararla con el grado de utilidad o satisfacción del interés que esa prestación genera para el otro contratante. La prestación ha de manifestarse como *excesiva* al compararla con la *escasa* utilidad que reporta a la otra parte del

contrato. La clave radica en una circunstancia objetiva (ajena a la voluntad, explícita o presunta de las partes): el acaecimiento de una enorme desproporción o desequilibrio entre las prestaciones.

En efecto, el artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT contempla la posibilidad de pactar la cláusula denominada *hardship* «cuando ocurren sucesos que alteran el fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el coste de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra». Y también se encuentra en los PECL, cuyo artículo 6.111 prevé taxativamente la obligación de renegociar el contrato «cuando ocurren sucesos que alteran el fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el coste de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra». Y el artículo 9:102.2.b) de dichos PECL explícitamente limita la pretensión de cumplimiento *in natura* cuando éste provoque en el deudor «esfuerzos o gastos irrazonables» (a todas horas, la regla de la «razonabilidad»).

Nada dice al respecto la legislación española. Pero sí se encuentra la excepción en la jurisprudencia, sobre todo a partir de la crisis económica de 2008 (SSTS n.º 820/2012, de 17 enero 2013 y n.º 822/2012, de 18 enero 2013) y, sobre todo, las SSTS n.º 333/2014 de 30 junio 2014 y n.º 591/2014 de 15 octubre 2014, en que inaugura una configuración «normalizada» de la figura alejada de aquella calificación tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus* como excepcional y peligrosa, cuando las circunstancias «alteran las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido». La STS n.º 591/2014 de 30 junio 2014 explica que la incidencia de la excesiva onerosidad debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado, lo que sucede cuando se frustra la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), o se rompe la relación de equivalencia de las contraprestaciones (comutatividad del contrato). Y en consecuencia, parece razonable apreciar la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de la prestación en aquellos supuestos en donde lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación).

Cuando algunas Sentencias afirman, por poner sólo algún ejemplo entre otras numerosísimas, que «*si no existen causas que hagan imposible el cumplimiento, las partes han de sujetarse a las consecuencias que se derivan de lo convenido, sin consideración a lo gravoso de las mismas*» (STS 17 mayo 1957, RJ Aranzadi 2164) o que «*no existe fuerza mayor ante circunstancias subjetivas*

que dificultan pero no impiden el cumplimiento de las obligaciones» (STS 11 noviembre 1995 RJ Aranzadi 8119), es evidente que no se están refiriendo a la responsabilidad del deudor propiamente dicha, sino a una cuestión de extinción de la obligación. Si la prestación es posible, ya lo hemos dicho, debe cumplirse. Y si no lo es, a consecuencia de un hecho del deudor, por diligente que fuese el mismo, debe prestar su equivalente dinerario.

Por el contrario, con razón dice en otros casos el TS, y ello no supone ninguna contradicción con la doctrina anterior, que al deudor no se le puede exigir *«la llamada prestación exorbitante para prevenir los daños o vencer dificultades que hubieran exigido sacrificios absolutamente desproporcionados»* (STS 6 mayo 1994 RJ Aranzadi 3888, en un incendio no debido a falta de diligencia en el cuidado de unas instalaciones); añadiendo otras sentencias SSTs 9 noviembre 1949 (RJ Aranzadi 1245) y 30 septiembre 1983 (RJ Aranzadi 4688) que *«basta para excusar el incumplimiento que éste no sea imputable al deudor, por haber procedido con la diligencia que las circunstancias requerían con arreglo al artículo 1104 del CC»*. Aquí no se está contemplando ya una cuestión de extinción de la obligación, sino de pura y auténtica responsabilidad, pues en estos casos lo que sucede es que la inevitabilidad del resultado dañoso hace que exoneremos al deudor de su imputación al mismo; y aquellos sucesos que exigen tal «sacrificio absolutamente desproporcionado», o la «violación de deberes más altos» (en alusión a una suerte de estado de necesidad) que, como dicen las Sentencias mencionadas, pueden ser equiparados a la imposibilidad, son *inevitables* según dicha doctrina de la prestación exorbitante.

Específicamente para las obligaciones negativas, la ejecución forzosa «deshacer lo mal o indebidamente hecho», que alcanza también a los supuestos en que el deudor ejecuta mal la prestación, o de manera incompleta, puede resultar en ocasiones –muy especialmente en los casos de contravención– una medida excesivamente grave, a menudo demasiado perjudicial y, en ocasiones, incluso antieconómica. Por ello, el artículo 710 de la LEC condiciona dicha solución a que «fuere posible», y esta facultad suele ser objeto de ponderación por los tribunales, mediante el recurso a la equidad, *ex* artículo 3.2. del Código civil. Lo que da lugar a una variada jurisprudencia, que se acomoda a las peculiaridades y circunstancias de cada caso, y a la verdadera entidad de tal contravención. En síntesis, puede afirmarse que los tribunales reservan la solución destructiva para los casos de auténtica frustración de la finalidad del contrato. Así, la STS abril 1977 (RJ Aranzadi 1658), en un caso de defectos constructivos, declara al artículo 1098 como precedente inmediato del 1591 del CC, cuya aplicación jurisprudencial ofrece un rico abanico de ejemplos acerca de la destrucción de lo deficientemente construido. Por el contrario, no amparan

el ejercicio abusivo de la facultad destructiva, cuando entienden que no ha existido verdadera frustración de la finalidad contractual, o cuando la medida resulta excesivamente gravosa u onerosa: la STS 27 octubre 1987 (RJ Aranzadi 7308), contempla un supuesto en el que existía un problema con los ladrillos «cara vista» empleados en el revestimiento de un patio interior de un edificio. La Audiencia Territorial de Zaragoza entendió que se trataba de un defecto «de imposible reparación», condenando al pago de una indemnización en la cuantía que desmereciese o infravalorase el inmueble, cuyo criterio confirmó el TS.

5.5 Servicios u obra de carácter personal

El artículo 9:103.2.c) de los PECL excepciona la pretensión de cumplimiento específico cuando éste consiste en una prestación de servicios u obra de carácter personal «o se base en una relación personal». Se trata, a nuestro modo de ver, un claro guiño o concesión a las legislaciones del *Common Law*, pues aunque para nuestro Derecho puede encontrarse alguna referencia de pasada en Díez-Picazo (1993, pp. 124 y 680), resulta ajena a nuestra tradición jurídica, como hemos podido explicar, y no es fácil localizar ningún ejemplo en la jurisprudencia española.

5.6 Obtención de la prestación por otras vías

La letra d) el mismo artículo 9:103.2 de los PECL, en otra solución de compromiso entre los ordenamientos del *Common Law* (aunque ni siquiera en éstos podemos encontrar una norma similar) y del *Civil Law*, también limita la pretensión de cumplimiento forzoso en los casos en que el acreedor puede obtener la prestación (siempre de modo «razonable») por otras vías, mediante un negocio sustitutivo. Se trata de una excepción más debida a la doctrina (Rabel, 1907, p. 378) que a la legislación o jurisprudencia.

6. COMPATIBILIDAD ENTRE CUMPLIMIENTO FORZOSO E INDEMNIZACIÓN

Es preciso destacar la absoluta compatibilidad y acumulabilidad de la pretensión de cumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios, de manera que la segunda no absorbe a la primera. En general, la cuestión siem-

pre vino unida a la de la admisibilidad misma de la ejecución forzosa, de manera que quienes negaban la viabilidad de tal medida, solían basarse –junto a otros argumentos– en que la indemnización de daños y perjuicios viene a ocupar el lugar del cumplimiento (Pothier, 1825, n.º 154). En todo caso, la doctrina mayoritaria anterior a la codificación, y también entre los defensores de la ejecución forzosa, se mantenía la incompatibilidad de ambos remedios que, aunque diferentes entre sí, dependían de un mismo hecho, el incumplimiento de la obligación, y por tanto, habían de ejercitarse alternativa y no cumulativamente.

Sin embargo, ya el Proyecto de 1851 remite a lugares distintos el tratamiento de la ejecución forzosa y la indemnización de daños y perjuicios, y el artículo 1096 CC acaba consagrando expresamente la compatibilidad de ambos remedios para las obligaciones de dar, solución que debe extenderse a las obligaciones de hacer y de no hacer, dado el carácter general del artículo 1101.

A partir del reconocimiento de dicha compatibilidad, la doctrina ha hecho algunos esfuerzos por delimitar el campo de aplicación de la acción resarcitoria, en función del ejercicio de la acción de cumplimiento, estableciendo algunas reglas que muy resumidamente son las siguientes (Carrasco, 1989, p. 400): 1) Quien solicita el cumplimiento, en la acción indemnizatoria no puede pedir el interés de confianza o negativo (no puedo pedir al mismo tiempo la reparación del coche defectuoso y la indemnización del daño consistente en haber comprado el coche defectuoso, y no otro de otra marca). 2) La acción de cumplimiento es compatible con la acción de indemnización por daño moratorio derivado del cumplimiento tardío (además de forzoso) de la obligación. 3) Si hay verdadera imposibilidad-inidoneidad imputable, tal como la hemos entendido más arriba, el daño por incumplimiento definitivo (*Nichterfüllungsinteresse*), diferente según nuestro criterio del equivalente pecuniario, es compatible con el daño moratorio; cabe pedir el cumplimiento por equivalente, y además la indemnización del daño derivado del retraso en el cumplimiento, y también la del daño derivado de la sustitución o subrogación de la prestación originaria por su equivalente (si lo hay y se demuestra).

Por lo demás, la compatibilidad de que venimos hablando se reconoce explícitamente en el artículo 9:103 de los PECL («*Conservación del derecho a la indemnización por daños y perjuicios, aun cuando el derecho a la pretensión de cumplimiento resulte excluido*»), viene absolutamente admitida por la jurisprudencia, como, por ejemplo, ha señalado la STS 25 marzo 1964 (RJ Aranzadi 1717): «*cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor puede compeler al deudor a que realice la entrega, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1101 a la indemnización de los daños y perjuicios causados, pudiendo concurrir ambas pretensiones cuando*

se reclame, además de la entrega, la indemnización correspondiente a la mora en el cumplimiento o a cualquiera otra irregularidad». Más recientemente, para un interesante caso de fiducia *cum amico*, la STS 2 diciembre 1996 (RJ Aranzadi 8784), establece que «*el artículo 1096 compatibiliza la ejecución forzosa con la compensación de daños y perjuicios a elección del acreedor*».

Y también cuando la ejecución forzosa consiste en la reparación de defectos, o sea, en obligaciones de hacer, como veíamos, se proclama de idéntica forma dicha compatibilidad en la jurisprudencia: la STS 3 febrero 1995 (RJ Aranzadi 734), en un supuesto de defectos constructivos, declara perfectamente compatibles, e incluso acumulables procesalmente, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, y la reparación de los defectos constructivos que atañen a la utilidad o confortabilidad de la vivienda, siempre que por su naturaleza permitan dicha reparación *in genere*. Análoga, la STS 10 junio 1983 (RJ Aranzadi 3454).

Esta compatibilidad demuestra que, aunque ambos remedios proceden de un mismo hecho, el incumplimiento de la obligación, satisfacen intereses distintos del acreedor. Se ha dicho (Badosa, 1987, p. 261) que ambas persiguen una misma finalidad reparadora de las consecuencias negativas del incumplimiento, de manera que la ejecución forzosa cumple una función «preventiva» del daño, mientras que la indemnización se dirige a su eliminación *a posteriori*. Es cierta tal afirmación, pero debe entenderse adecuadamente: primero, porque la indemnización rara vez alcanza a «eliminar» el daño, sino que más bien tiende a «reparar» el mismo; y segundo, porque el interés que satisface la ejecución forzosa no es propiamente la prevención de un daño, sino el interés positivo que tiene depositado el acreedor en el cumplimiento de la obligación; no se trata ya de «evitar el daño» como de «conseguir la prestación». Así, como queda dicho, la ejecución forzosa no requiere la existencia de daño; ni siquiera de la «eventual posibilidad de que se produzca un daño en caso de incumplimiento». Sencillamente, no depende del daño, ni presente ni futuro. Y la *indemnización* evidentemente sí.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BADOSA COLL, F., «La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil», *Studia Albortiana*, Bolonia, 1987.
- CAPILLA RONCERO, F., *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fund. Univ. Jerez, 1989.

- CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101 a 1107 (excl. 1103) del CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XV, vol. 1.º, Edersa, 1989, pp. 374 y ss.
- «Reparación del daño en forma específica», en *Aranzadi Civil*, 1996, II.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 4.ª ed., Cívitas, Madrid, 1993.
- GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*. 2.ª ed. revisada, Giuffrè, Milán, 1975.
- DEKKERS, R., *Précis de Droit Belge*, T. II, Bruselas, 1955.
- DOMAT, J., *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. esp., Taulá, Barcelona, 1844.
- HERNANDEZ GIL, A., «En torno al concepto de la obligación», Discurso inauguración curso 1981-1982 de la R. A. J. L., en Apéndice al *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, reimp. 1983.
- HOLMES, O. W., *The Common Law*, 1881, reed. 1963
- JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Cívitas, Madrid, 1987.
- LLAMAS POMBO, «La compraventa», *La Ley*, Madrid, 2014
- *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, 2.ª ed. Walters Kluwer, Madrid, 2020.
- MARTÍN PÉREZ, A., «Comentario a los artículos 1088 a 1099 (excluidos el 1092 y 1093)», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XV, vol. 1.º, Edersa, 1989
- PANTALEON PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», en *ADC* 1991, pp. 1019 y ss.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *ADC* 1993, pp. 1719 y ss.
- POTHIER, R., «Traité des Obligations», *Oeuvres*, París, 1825.
- PUIG BRUTAU, J., «Comentario del traductor» en su traducción de la obra de Fuller-Perdue, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Bosch, Barcelona, 1957.
- RABEL, «Origine de la règle *Impossibilium nulla obligatio*», en *Mèlanges Gérardin*, 1907, pp. 473 y ss.
- RODIERE, R. (Coord.), *Les effets du contrat dans les pays du marché commun*, Inst. Droit Comparé Univ. Paris II, Paris, 1985.
- SÁNCHEZ ROMAN, F., *Estudios de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1889.
- SCOGNAMIGLIO, R., «Il risarcimento del danno in forma specifica», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, pp. 201 y ss.
- TREITEL, G. H., *The Law of Contract*, 8.ª ed., Londres, 1991.
- VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980.
- VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1995.
- VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, T. I y II, trad. de Roces, Madrid, 1934.

XXIV

LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN: LA «REGLA DEL ESPEJO»

JUANA MARCO MOLINA
Catedrática de Derecho civil
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. El esquema bilateral de formación del consentimiento contractual: el «concurso» de la «oferta» y de la «aceptación». Sus limitaciones prácticas.–2. La oferta y la aceptación. 2.1 La oferta o propuesta de contratar. Sus requisitos. 2.2 La aceptación.–3. La «regla del espejo». 3.1 La aceptación modificativa del contenido de la oferta. Regla general. 3.2 El caso particular del llamado «conflicto de formularios»: la incompatibilidad entre las condiciones generales de la contratación de dos profesionales. 3.3 La clave de la incompatibilidad entre la oferta y la aceptación contractuales.

1. EL ESQUEMA BILATERAL DE FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL: EL «CONCURSO» DE LA «OFERTA» Y DE LA «ACEPTACIÓN». SUS LIMITACIONES PRÁCTICAS

La rúbrica «De los contratos» que encabeza el Título II del Libro IV del CC español se inicia con algunas disposiciones generales, que, como los arts. 1254, 1258 y 1261,1.º, señalan al «consentimiento» como elemento esencial o materia constitutiva del contrato, además de situarlo como punto de partida o momento inicial de su existencia y eficacia obligatoria.

Sin embargo, solo el art. 1262 descompone analíticamente esa noción nuclear, estableciendo que el consentimiento contractual se forma mediante el «concurso» o confluencia de dos declaraciones de voluntad¹, a las que nuestro CC –como otros códigos contemporáneos– llama «oferta» y «aceptación».

El art. 1262 acoge así, en definitiva, el esquema bilateral de perfección o conclusión del contrato², que se remonta a los albores de la Codificación³ y que, por ser compartido por la tradiciones legales romanista y anglosajona (comp. §147 del Código civil alemán [en adelante, BGB] y §2-206 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos [en adelante, UCC]), ha sido asumido asimismo por los textos del Derecho contractual armonizado o uniforme (art. 23 de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías [en adelante, CISG; BOE núm. 26, de 30.01.1991], art. 2.1.1. de los *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales* [en adelante, PUNIDROIT]⁴, art. 2-205 de los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos* [en adelante, PECL]⁵ y arts. II-4:201 a II-4:2011 del *Borrador de un Marco Común de Referencia* [en adelante, DCFR])⁶.

¹ Separadas o individualizadas, incluso si son simultáneas.

² Los textos del Derecho privado armonizado o uniforme citados a continuación se sirven del término «conclusión» para designar el proceso de formación del contrato. Por fidelidad a ellos, también lo designa con ese nombre la Propuesta de CC de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, Propuesta APDC; *vid. sus arts. 522-4 y ss.*). En cambio, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (en adelante, PMCC) de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil) utiliza el término «formación» (así, en sus arts. 1245 y ss.).

En el presente trabajo, utilizamos como sinónimos los términos «conclusión», «formación» y «perfección» del contrato (conforme al CC español, esta última es la expresión tradicional en nuestro Derecho).

³ Pese a que, doctrinalmente, se suele atribuir la paternidad de ese esquema dual de formación del contrato a Robert Joseph Pothier, quien supuestamente habría inspirado al Código civil francés también en esta materia, lo cierto es que Pothier nunca aplicó designaciones específicas a las declaraciones de voluntad de los contrayentes (POTHIER, 1827, pp. 13-14). Tampoco lo hizo el CC francés de 1804 (art. 1108). En la órbita románica, el primer texto normativo que singularizó a las dos declaraciones de voluntad en que se descompone el acuerdo contractual fue el Anteproyecto de Código civil (1883) elaborado por el jurista belga François LAURENT (veáse su art. 1058). Pero, en realidad, esa individualización de la oferta y de la aceptación parece haber sido anterior en el ámbito germánico, pues ya las contemplan por separado algunos preceptos del CC prusiano de 1792-94 (*vid. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, Primera Parte, Título 5.º, Sección III, §§78 y 79).

⁴ UNIDROIT. International Institute for the Unification of Private Law (ed.), *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016*, Unidroit, Rome 2016.

⁵ <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>.

⁶ Veáse STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, 2009.

Ahora bien, pese a ser universalmente compartido, ese esquema tradicional⁷ de formación del contrato mediante la conjunción de dos declaraciones de voluntad contrapuestas se revela a menudo como un modelo apriorístico o un intento –ciertamente, pedagógico– de sistematización en el que se resisten a encajar realidades prácticas que resultan ser mucho más complejas. Naturalmente, tales dificultades –y las consiguientes controversias judiciales– son particularmente agudas en los contratos que, como el de aparcamiento de vehículos⁸, se concluyen solo o principalmente mediante actos⁹. Pero, incluso en aquéllos concluidos mediante el intercambio de declaraciones verbales de voluntad (sean orales o escritas), a menudo, no llega a saberse –y tampoco aciertan a establecerlo los tribunales– cuál de los documentos intercambiados entre las partes fue la oferta y cuál tuvo valor de aceptación¹⁰.

Es más, en ocasiones, ese debate no gravita solo sobre la existencia del contrato, sino que acaba afectando a la determinación del momento de su conclusión y a su propio contenido. Por citar uno solo entre muchos otros posibles ejemplos, basta pensar en el litigio que suscitó la venta por parte del Estado español de las bodegas del «Grupo Rumasa» a «Freixenet S. A.» (STS 293/1993, de 26 de marzo, ROJ 19228/1993 - ECLI:ES:TS:1993:19228). Tuvo que ser el Tribunal Supremo quien, de modo voluntarista, decidiese si la oferta había partido del Estado o de Freixenet, decisión que, en última

⁷ Que, como se ha dicho, responde a «une conception statique et instantanéiste de la formation du contrat» (así, MONTERO y DEMOULIN, 2004, p. 7).

⁸ Pese a que su ley reguladora (Ley 40/2002, de 14 de noviembre. BOE núm 274, de 15 de noviembre de 2002) no aborda el proceso de formación del contrato de aparcamiento, intenta esclarecerlo la STS 849/1996, de 22 de octubre (ROJ 5733/1996 - ECLI:ES:TS:1996:5733), para la cual tal contrato se concluye mediante una «oferta pública» consistente en el anuncio, por parte de la empresa titular del aparcamiento, de la disponibilidad del espacio para estacionamiento, consistiendo la aceptación en la «ocupación» (*sic*) de alguna de las plazas libres por un concreto usuario (así, en sus FF.JJ. 5.º y 6.º).

⁹ Para no desviarnos del tema asignado, prescindimos aquí de la posibilidad de que esos comportamientos a los que a los que, objetiva o «razonablemente» (cfr. art. 8.2. CISG), quepa asignar un valor negocialmente significativo carezcan realmente de él. Se trata, en definitiva, de la posibilidad de un contrato que se considera celebrado sin verdadera intención de contratar en alguna de las partes, pero que, aun así, determinadas normas del Derecho contractual armonizado (art. 2: 102 PECL) llegan a tener por concluido y existente como medida de protección de la confianza que, fundadamente, el acto ajeno ha llegado a suscitar en el destinatario de ese conducta. Sobre esa posición normativa «conductista», puede verse MARCO MOLINA, 2015, pp. 8 a 12.

¹⁰ A ese respecto, resulta ilustrativa la STS 73/2009, de 19 de enero (ROJ: 73/2009 - ECLI:ES:TS:2009:73) que, en lugares diversos, (FF.JJ. 3.º y 4.º) atribuye la oferta de contrato para la producción de un programa televisivo, ora al demandante (presentador y autor del proyecto), ora a la demandada (cadena televisiva), para acabar concluyendo al fin que el contrato no había llegado a perfeccionarse y a existir.

instancia, mediatizaba el propio contenido contractual¹¹, puesto que, en función de cuándo y cómo se entendiese celebrado el contrato, se consideraba o no incorporada a a él la estipulación relativa al deber de Freixenet (compradora) de asumir el pasivo de Rumasa¹².

Por otra parte, empieza a admitirse que hay ciertos tipos contractuales (el contrato de sociedad y otros acuerdos multilaterales) en cuyo proceso formativo no es reconocible un haz de individuales «ofertas» y «aceptaciones»¹³.

Tal constatación resulta aún más evidente respecto a determinadas modalidades o procedimientos de conclusión del contrato: así, las propias leyes (art. 55 C. de Comercio)¹⁴ consideran que los contratos concluidos con intervención de un tercero mediador quedan perfeccionados, no cuando confluyen la oferta y la aceptación de las partes contractuales, sino cuando ambas aceptan la propuesta del mediador. En este momento, el máximo exponente de esa modalidad de contratación son los contratos (mayoritariamente, de compraventa o de arrendamiento de cosas)¹⁵ celebrados por mediación de plataformas

¹¹ También el F.J. 5.º del Auto del TS de 17 de febrero de 2008 (ATS 1451/1998 - ECLI:ES:TS:1998:1451) permite constatar cómo las dudas sobre la perfección y existencia de una compraventa internacional afectaban a su contenido, por cuanto, por falta de certeza en este caso sobre el momento exacto de su conclusión, debatían las partes si llegó a formar parte del contenido contractual una cláusula de sumisión a arbitraje incluida en una «confirmación de venta» (*sic*) remitida por la vendedora a la compradora.

¹² El Estado, parte vendedora, sostenía que el contrato se concluyó al haber aceptado, por acuerdo del Consejo de Ministros, la oferta que le había sido previamente formulada por Freixenet. Por contra, Freixenet argüía que, habiendo partido la oferta del Estado, su aceptación no tuvo lugar sino en el momento de elevación a escritura pública del acuerdo previo alcanzado, de manera que no podía considerársela obligada a asumir deudas pendientes de Rumasa, al no haberse incorporado a la escritura el pacto previo relativo a dicha obligación. Desestimando la tesis de Freixenet, que calificaba de meros tratos preliminares los acuerdos antecedentes a la escritura, y con apoyo en el art. 1224 CC, contrario al efecto novatorio de la escritura pública de reconocimiento de un preexistente acto o contrato, el Tribunal Supremo dio la razón al Estado vendedor y condenó a Freixenet a asumir el pasivo de Rumasa (véase el F.J. 5.º de la STS).

¹³ Así, Treitel, 1995, p. 46. Aunque por otro orden de razones, también para el contrato de seguro se señala la dificultad ocasional de identificar las declaraciones unilaterales de las partes (así, Morillas Jariellas, 2014, p. 754).

¹⁴ Así lo reconoce, en efecto, el art. 55 del vigente Código de Comercio y, aún más claramente, el apdo. 2. del art. 412-1 del Anteproyecto de Código Mercantil (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN [Sección 2.ª], 2018), que presenta a la contratación a través de un mediador como una modalidad alternativa a la conclusión del contrato por el concurso de la oferta y de la aceptación (comp. art. 412-1, apdo. 1).

Sobre la específica problemática que plantean los contratos de suministro de bienes o prestación de servicios concluidos a través de una plataforma intermediaria en línea, véase nuestro trabajo «La contratación de bienes y servicios a través de plataformas intermediarias en línea: el medio sí es el mensajer», en CUENA CASAS e IBÁÑEZ JIMÉNEZ (dir.), 2021, pp. 249-287.

¹⁵ Dejamos fuera de consideración el caso de la plataforma de transporte Uber, ya que – según argumenta el TJUE, siguiendo las Conclusiones del Abogado General – su actividad no es, en rigor, mediadora, sino que es la propia plataforma quien presta el servicio de transporte por personas interpuestas: «*Uber controla todos los aspectos pertinentes de un servicio de transporte urbano: A pesar de que este control no se ejerce mediante una subordinación jerárquica de corte clásico, no debemos dejarnos engañar por las apariencias. Un control indirecto como el que ejerce Uber, basado en incentivos económicos y una evaluación descentralizada realizada por los pasajeros...permite una gestión tan eficaz, o más, que el basado en órdenes formales dadas por un empresario a sus trabajadores y en el control directo de su*

electrónicas, los cuales se reputan concluidos cuando tanto el proveedor como el destinatario de la cosa o servicio contratados se han adherido (verbalmente o por actos) al contenido contractual predispuesto¹⁶ por la plataforma¹⁷.

A diferencia de los códigos nacionales de los siglos XIX y XX¹⁸, los textos del Derecho contractual armonizado o uniforme sí han tenido en cuenta la complejidad de las situaciones prácticas expuestas. Es por ello que, entre sus reglas de formación o conclusión del contrato, acostumbra a incluir una disposición –siquiera sea genérica y poco comprometida– declarando que «A los contratos en cuyo proceso formativo no pueda reconocerse una secuencia de oferta y aceptación y, particularmente, a los contratos concluidos mediante actos, se les aplicarán en lo pertinente las normas precedentes.»¹⁹

No obstante, «*de lege ferenda*», convendría una mayor concreción, precisando cuáles son las normas relativas a la perfección del contrato que debieran mantenerse incluso para esos contratos peculiarmente concluidos. Debieran ser las siguientes:

ejecución» (véase la STJUE de 20 de diciembre de 2017, ECLI:EU:C:2017:981 [Asunto C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi c Uber Systems Spain S.L.]).

¹⁶ Sobre este particular véanse dos Sentencias del TJUE (la STJUE de 12 de julio de 2011, ECLI:EU:C:2011:474 [Asunto C 324/09, L'Oréal c. Ebay] y la STJUE de 19 de diciembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:1112 [Asunto C 390/18, Airbnb Ireland UC c. AHTOP y otros]). Tal y como trasluce la primera de tales resoluciones, lo característico de la contratación a través de plataformas intermediarias es que el contrato que se celebre «*se ajusta a las condiciones*» establecidas por la plataforma (apdo. 114 de la STJUE de 2011, relativa al Asunto L'Oréal c. Ebay).

Conviene puntualizar que la especialidad en la perfección de tales contratos radica en la intervención de la plataforma como mediadora. En cambio, el hecho de que el contrato se celebre mediante dispositivos electrónicos es ajeno a ella. En efecto, si no interviene un tercero mediador, el hecho de que un contrato se concluya por vía electrónica no impide *per se* que pueda identificarse en su conclusión una secuencia ordenada de oferta y aceptación. Antes al contrario, su Ley reguladora define al llamado «contrato electrónico» en los siguientes términos: «todo contrato en el que *la oferta y la aceptación* se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones» (así, el Anexo, apdo. h), de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002). En realidad, tal y como refleja el art. 522-15, apdo. 3., de la Proposición de CC de la APDC, la problemática del contrato electrónico en cuanto a su conclusión no consiste en apartarse del esquema bilateral clásico, sino en propiciar determinadas contingencias perjudiciales para el usuario contratante: un mayor riesgo de incidencia del error obstativo (posibles errores en la introducción de datos en sus declaraciones de voluntad) y, asimismo, una eventual falta de constancia física de la contratación efectuada.

¹⁷ Aunque solo sea como «*obiter dictum*», así lo reconoce el F.J. 3.º de la SAP de Navarra 123/2010, de 2 de julio (ROJ 633/2010 - ECLI:ES:APNA:2010:633).

¹⁸ Excepción hecha de códigos como el holandés, que sí ha afrontado realidades propias del tráfico moderno tales como los contratos concluidos mediante dispositivos electrónicos (véanse sus arts. 6:227a a 6:227c), así como la problemática derivada de las discrepancias entre la oferta y la aceptación (art. 6: 225), que nosotros abordaremos al final.

¹⁹ Así, el art. 522-13, apdo. 1., de la Proposición APDC, análogo al art. 1260, apdo. 1, de la PMCC. Ambas disposiciones están inspiradas por textos legales o propuestas de armonización tales como los PECL (*vid.* su art. 2: 211).

1.^a Sea cuál fuere el modo de conclusión del contrato, éste solo podrá considerarse existente si concurren dos requisitos (la intención de vincularse de cada una de las partes y un acuerdo suficiente entre ellas)²⁰:

– Por lo que hace a la intención de concluir el contrato, ha de constatarse para cada una de las partes partiendo de sus declaraciones o de su conducta, interpretadas conforme al sentido que les atribuiría una persona razonable de la misma condición que el destinatario de la declaración o del acto significativo de que se trate²¹.

– La existencia de un acuerdo lo suficientemente preciso y completo como para que quepa instar su ejecución, incluso si incorpora algún término abierto o pendiente de negociar²².

2.^a La regla de la autonomía o sustantividad de las declaraciones de voluntad respecto a su autor²³, por lo que, una vez efectuadas²⁴, no se ven afectadas por las vicisitudes personales del declarante, llegando, en su caso, a vincular incluso a los sucesores de éste.

3.^a Tratándose de un contrato de consumo, sea cuál fuere su modo de conclusión, se entenderá perfeccionado en el lugar de la residencia habitual del consumidor²⁵, que servirá para establecer tanto la ley aplicable como el fuero judicial que corresponda al contrato.

²⁰ Sobre esos dos elementos vertebraba el contrato el art. 522-4 de la Proposición *APDC*, cuyo principal modelo ha sido el art. 2: 101 (1) *PECL*.

²¹ Véase a este respecto el art. 1278,3 *PMCC* y el art. 522-4, apdo. 2 de la Propuesta *APDC*. Ambas disposiciones y sus homólogas en los textos del Derecho contractual uniforme están, en definitiva, inspiradas por el art. 8.2 *CISG*.

²² Incluso la *PMCC* admite que un acuerdo con términos abiertos o aún por negociar sirva para constituir el contrato (*vid.* sus arts. 1242 y 1277).

²³ Pese a que nuestro *CC* solo aborda tal cuestión muy indirectamente (en los arts. 633.2 y 1262.2.), nuestra jurisprudencia sigue siendo reacia a admitir la sustantividad o autonomía de las declaraciones de voluntad respecto a su autor (por todas, véase la STS 240/1988, de 23 de marzo, ROJ 16728/1988 - ECLI: ES:TS:1988:16728). Sin embargo, es mucho más favorable a la agilidad y a la seguridad del tráfico la opción de la sustantividad y, por ello, es ésa la regla que adoptan ahora los códigos (art. 6: 222 *CC* holandés) y las modernas propuestas de la contratación (así, art. 1256 *PMCC* y art. 522-5 Propuesta *APDC*).

²⁴ Más precisamente, desde que cada una de ellas pueda considerarse perfecta y existente, por haber sido comunicada y poder ser objetivamente conocida por su destinatario (art. 1257 *PMCC*). Si alguna de las declaraciones de voluntad constitutivas del contrato consiste o se infiere de actos, se entenderá igualmente efectuada desde que el destinatario pueda tener noticia del acto, a no ser que, en virtud de una previa autorización de aquél, de una práctica establecida entre las partes o de algún uso aplicable al contrato, quepa considerar que basta la mera realización del acto, particularmente cuando éste consiste en la propia ejecución del contrato.

²⁵ Se apoya esa norma, ineludible para proteger al contratante consumidor, en el art. 6 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*Roma I*) (DOUE núm. 177, de 4 de julio de 2008) y en el art. 17 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, de 22 de diciembre (DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

2. LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

Pese a que, como acabamos de señalar, el concurso de la oferta y de la aceptación constituye, en realidad, solo uno de los posibles modos de concluir el contrato, ese esquema puede, al menos por ahora, mantenerse como modelo legislativo y asimismo científico, tanto por su valor arquetípico como por su utilidad para explicar cuestiones usuales del *iter* formativo del contrato (particularmente, el grado de coincidencia exigible entre las declaraciones de voluntad de las partes, tema que abordamos en los tres últimos epígrafes de este trabajo).

Pero antes, aunque sea sumariamente, parecen necesarias algunas puntualizaciones sobre la oferta y sobre la aceptación.

2.1 La oferta o propuesta de contratar. Sus requisitos

Para poder ser valorada como oferta, se suele exigir a la propuesta de contratar determinados requisitos: ha de dirigirse a una o varias personas determinadas²⁶, ha de revelar la voluntad del oferente de quedar obligado, si recae la aceptación y, asimismo, ha de contener los elementos precisos para llegar a constituir el futuro contrato²⁷.

Para empezar, el hecho de que la oferta constituya una propuesta de contrato no implica necesariamente que la iniciativa de contratar corresponda siempre al oferente²⁸. Así, puede ocurrir que tal iniciativa proceda de alguien que, pese a haber entablado el proceso de negociación, acabe posicionado como aceptante por haber formulado una propuesta de contrato que, por ejemplo, por la imprecisión de su contenido o de sus destinatarios, carece de entidad como oferta y constituye solo una mera invitación a realizar ofertas²⁹.

²⁶ Jurídicamente, no constituye, pues, «oferta», sino mera invitación a sus destinatarios para formularlas, la que se hace al público (art. 1246 PMCC). De ese modo, se pretende evitar que el oferente que sea profesional o comerciante pueda llegar a quedar obligado con un número indeterminado de aceptantes más allá de su propia disponibilidad del género ofrecido o de la posibilidad de prestar el servicio propuesto. Con todo, cabe reconocer excepciones como las previstas en el apdo. 3 del art. 522-6 Propuesta APDC: «A no ser que de las circunstancias pueda inferirse otra cosa, el ofrecimiento hecho por un profesional al público de bienes de las propias existencias o de un servicio a un precio anunciado públicamente, a través de un catálogo o mediante la exhibición o exposición de los géneros, es tratado como oferta de suministrar a ese precio hasta el fin de las existencias o de la capacidad del profesional de proporcionar el servicio». Por lo que hace a la exhibición de géneros o artículos, el precepto transcrito concuerda con el art. 9.1. de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996).

²⁷ Sintetiza claramente esos requisitos el art. II-4:201 (1) y (2) DCFR.

²⁸ También la STS 403/2009, de 15 de junio (STS 3620/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3620) constata esa eventual disociación entre la iniciativa al negociar y la formulación de la oferta (así, en su F.J. 8.º).

²⁹ Son excepcionales los casos en que, de modo voluntarista, es la ley quien decide a cuál de las solicitudes o propuestas de las partes corresponde el valor de oferta. Lo ejemplifica el art. 16.1. de la

Por lo que hace a los concretos requisitos para valer como oferta, viene exigiéndose sustancialmente a la propuesta de contrato que sea «completa» y firme en cuanto a la intención de contratar:³⁰

1.º A nuestro entender, en lugar de requerir que la oferta sea «completa», debiendo contener todos los elementos «esenciales» del futuro contrato (art. 1261 CC)³¹, basta con que sea lo suficientemente precisa³². En primer lugar, esa exigencia de integridad no siempre es necesaria, ya que la determinación del futuro contenido contractual puede efectuarse por remisión de la oferta a previas comunicaciones entre las partes intercambiadas durante sus tratos preliminares. Es más, puesto que –como al final se verá– incluso una aceptación modificativa o que no coincide enteramente con el contenido propuesto por la oferta puede llegar a ser apta³³ para formar el contrato, cuando así ocurra, el contenido contractual no quedará enteramente determinado por la oferta, sino que incluirá asimismo los términos introducidos por la aceptación que quepa estimar compatibles con la oferta.

Pero, sobre todo, hay que tener en cuenta que, al menos en los textos legales de la contratación internacional (por todos, art. 55 CISG) –y, aunque sea minoritariamente, también en nuestra jurisprudencia– empieza a dejar de identificarse el contrato con un acuerdo completo o ya enteramente vertebrado sobre los llamados «*essentialia negotii*»³⁴. Por el contrario, en interés del actual mode-

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE de 17 de octubre de 1980), a cuyo tenor «*La solicitud de seguro no vinculará al solicitante. La proposición de seguro por el asegurador vinculará al proponente durante un plazo de quince días*». Fuera de esos casos, la ley no prejuzga y deja abierta (y, en última instancia, al arbitrio de los tribunales) la cuestión de cuál de las propuestas o contrapropuestas efectuadas por las partes reviste, por su firmeza y precisión, el valor de oferta. Tal libertad de apreciación se mantiene incluso para los contratos de consumo, si bien, respecto a ellos, su legislación específica parece preferir que, en lugar de vincularse aceptando lo que ella misma llama «ofertas comerciales», procedentes de un profesional, el consumidor contratante mantenga su libertad de decidir y no quede vinculado hasta haber formulado él mismo una oferta o propuesta al profesional, después de haber recibido de éste la preceptiva información precontractual (así, p. ej., en los arts. 96.4. y 97.1. LGDCU, relativos a los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos comerciales).

³⁰ Se enuncian sintéticamente tales requisitos en el F.J. 8.º de la STS 403/2009 de 14 de junio (STS 3620/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3620) y en el F.J. 4.º de la STS de 14 de noviembre de 2011 (STS 8160/2011 - ECLI:ES:TS:2011:8160).

³¹ En ese sentido, véase el F.J. 2.º de la citada STS de 1993 (ROJ 19228/1993), con el que coincide el F.J. 2.º de la STS 31/2000, de 28 de enero (STS 493/2000 - ECLI:ES:TS:2000:493).

³² Esa misma expresión utiliza el art. 422-13 del Anteproyecto de Código Mercantil (en su primera versión, de 2014). En definitiva, lo que se persigue con esa exigencia es que, aun sin ser íntegra, la oferta sea lo suficientemente completa como para poder concluir el contrato y llegar a permitir su ejecución (art. 522-6, 1. Propuesta APDC).

³³ En los términos que asimismo veremos (*infra* en nuestro epígrafe 3).

³⁴ Téngase en cuenta que la tradicional categoría dogmática (y también legislativa: art. 1261 CC) de los «elementos esenciales» del contrato empieza a ser abandonada en las modernas propuestas de armonización del Derecho contractual. Ello obedece al propósito de eludir la incómoda concepción anglosajona de la causa contractual («*consideration*»), cuyas dificultades probatorias constituyen una amenaza para la estabilidad de los contratos. Lo exponemos con mayor detalle en MARCO MOLINA, 2015, p. 15.

lo de intercambio ágil y concatenado³⁵, se tiende a admitir que quepa considerar concluido el contrato, si los términos ya acordados permiten a alguna de las partes instar su cumplimiento y al juez decretar su ejecución, por haber llegado a quedar suficientemente concretado³⁶ qué es lo que habrá de hacer cada uno de los contratantes (o bien, el único obligado, si el contrato es unilateral)³⁷.

Tomando, pues, como premisa esa nueva pauta sobre la formación del contrato que denominamos regla del «acuerdo mínimo suficiente», bastará que la oferta o propuesta de contratar sea lo suficientemente precisa como para llegar a permitir la ejecución del futuro acuerdo, si éste llega a alcanzarse, sin necesidad entonces de requerir que sea íntegra o completa.

2.º El segundo requisito que define a la propuesta de contrato como oferta es la voluntad de contratar del oferente³⁸, es decir, de quedar obligado en caso de aceptación. Pese a que dicho requisito no constituye una novedad, pues acostumbra a recordarlo nuestra jurisprudencia³⁹, sí empiezan, en cambio, a serlo las normas aplicadas para identificarlo.

³⁵ En la base de esa nueva regla, tendente a facilitar la conclusión del contrato sobre un mínimo punto de encuentro o consenso entre las declaraciones de voluntad de las partes, subyace un capital objetivo de política legislativa: evitar que toda una serie o cadena de actos de intercambio pueda llegar a verse interrumpida o truncada, si se suscitan dudas acerca de la conclusión y existencia de algún puntual acuerdo intermedio. Es indiscutible que, al servicio de ese objetivo general, se sacrifica el interés individual (la libertad reguladora de cada una de las partes que negocian), ya que las lagunas de su acuerdo habrán de ser colmadas por una instancia externa, ya se trate del juez o de la propia ley (en cuanto a los índices para la integración de ese acuerdo contractual con algún término abierto o pendiente de negociar, véase, p. ej., el art. 1277.1, párrafo 2.º PMCC). Con apoyo en el art. 708 de la LEC, así lo reconoce el F.J. 2.º de la STS 34/2010, de 8 de febrero, que establece que los términos contractuales abiertos los determinará «el tribunal, oídas las partes...conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico».

³⁶ Tal valoración se efectuará empíricamente, sin apriorismos, o como señala el comentario al art. II-4: 103 DCFR «*There is no fixed minimum content*» (DCFR, 2009, p. 306).

En efecto, pese a ser minoría, hay sentencias que, rehuendo el apriorismo que representan los «elementos esenciales» del contrato, indagan pragmáticamente si, a la vista de las determinaciones ya consensuadas por las partes, puede tenerse por concluido su acuerdo. Destacamos como ejemplo el F.J. 4.º de la SAP de Asturias 249/2006, de 3 de julio (SAP O 2021/2006 - ECLI:ES:APO:2006:2021), sobre un contrato de seguro; el F.J. 3.º de la SAP de Barcelona 145/2013, de 15 de marzo (SAP B 4463/2013 - ECLI:ES:APB:2013:4463), que, «*a sensu contrario*», exige a un arrendamiento de inmueble que sea «completo» y «ejecutable» y, sobre todo, el F.J. 3.º de la ya citada STS 34/2010, de 8 de febrero (STS 287/2010 - ECLI:ES:TS:2010:287), que, frente a la alegación de una de las partes de que no habían llegado a consensuarse los «elementos esenciales» del futuro contrato de «permuta» o cesión de finca a cambio de edificabilidad, establece: «[L]a forma de la permuta se dejaba abierta a fin de poder adoptar la que fuera más beneficiosa para ambas partes a efectos fiscales (pactos segundo y quinto), pero existía el consentimiento mutuo de las partes sobre la celebración del contrato y la determinación de las prestaciones de cada una de ellas en cuanto a su valoración económica».

³⁷ Como señalamos en otro lugar (MARCO MOLINA, 2015, pp. 5 y 55), la regla del «acuerdo mínimo suficiente» ha sido inspirada por el §2-204 (3) *UCC norteamericano*, cuya influencia se deja notar en las propuestas de armonización del Derecho contractual (véase, p. ej., el art. II-4:103 DCFR).

³⁸ Por todas, véase el F.J. 4.º de la STS de 11 de noviembre de 2014 (STS 8160/2011 - ECLI:ES:TS:2011:8160).

³⁹ Así en el F.J. 2.º de la ya citada STS 31/2000, de 28 de enero de 2000 (STS 493/2000 - ECLI:ES:TS:2000:493).

A estos efectos, el cambio de pauta lo ha señalado, al menos para la contratación internacional o transfronteriza, el art. 8.2. CISG⁴⁰, que –tal y como se explica en otro lugar⁴¹– utiliza como norma dirimente o de cierre de la interpretación contractual una regla tomada del *common law*⁴²: la regla de la interpretación objetiva o razonable⁴³. Aplicándola, se entenderá que concurre intención de contratar en el oferente, si, a la vista de sus declaraciones o de su conducta, cualquier persona razonable de la misma condición⁴⁴ y en las mismas circunstancias que el potencial aceptante hubieren confiado⁴⁵ en tal intención y hubiesen, además, actuado en consecuencia⁴⁶. El objetivo de la regla es evitar que, en caso de discrepancia entre el oferente (o, más en general, declarante) y el destinatario de la oferta pueda aquél intentar que prevalezca lo que supuestamente quiso y no acertó a expresar sobre el significado objetivo de aquello que hizo o dijo⁴⁷.

⁴⁰ La ha hecho suya el art. 1278.3 PMCC, aunque omitiendo el término «razonable, que es imprescindible, porque designa el índice de valoración a seguir.

⁴¹ En el ya citado trabajo de MARCO MOLINA, 2015, pp. 8 a 13.

⁴² El origen de la regla se remonta a una decisión inglesa del s. XIX (la Sentencia de la *Queen's Bench Division*, de 6 de junio de 1871, relativa al asunto *Smith v Hughes*).

⁴³ El CC holandés (art. 3: 35) ha convertido esa regla en la norma ordinaria de interpretación de todos los actos jurídicos.

⁴⁴ «Por “persona razonable” de la misma condición debe entenderse quien tenga semejante bagaje lingüístico, capacitación técnica, conocimiento de los anteriores actos y negociaciones entre las partes, información sobre los mercados y sus fluctuaciones, comprensión de términos empleados en diccionarios o códigos comerciales» (así, PARRA LUCÁN, 2003, p. 470, cuya enumeración suponemos meramente ejemplificativa).

⁴⁵ En nuestro Derecho, alguna decisión se hace esporádicamente eco de esa pauta interpretativa. Es el caso de la STS 497/2011, de 12 de julio (ROJ STS 4850/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4850), que no la aplica para establecer si el contrato se ha concluido, sino para averiguar su contenido (véase su F.J. 2.º: «La exigencia de los compradores no responde a parámetros subjetivos –de capricho, “ad gustum”, etc.–, sino a circunstancias objetivas razonables, en el sentido de que un tercero en la misma situación, tanto “ex ante”, como después a la vista de la realidad, habría actuado del mismo modo»).

⁴⁶ Tal y como precisamos en el texto, para llegar a verse protegido, el destinatario de la oferta no sólo tiene que haber confiado fundadamente en la intención de contratar del oferente, sino que, asimismo, tiene que haber llegado a actuar en base a esa confianza. Lo ejemplifica la STS (s/n)/1991, de 18 de noviembre (STS 13586/1991 - ECLI:ES:TS:1991:13586), relativa a un arrendamiento de inmueble con opción de compra, donde el futuro arrendatario, por haber confiado en la aparente intención contractual de los propietarios del local a arrendar, realizó en el inmueble obras de importe elevado e incluso llegó a solicitar un crédito bancario con miras a ejercitar la opción de compra que creía que iba a atribuirle un contrato que finalmente no se tuvo por concluido (véase el F.J. 2.º de la referida STS).

⁴⁷ Tal y como ya exponemos en el ya citado lugar (MARCO MOLINA, 2015, p. 11), en última instancia, la aplicación de la regla de la interpretación objetiva o razonable abre la puerta a la posibilidad de un contrato concluido sin verdadera intención de contratar en alguna de las partes que negocian, ya que si, interpretados con arreglo a ella, sus actos (ya se trate de declaraciones o conductas) se consideran aptos para inducir en el destinatario la impresión fundada de haber sido realizados con intención de contratar, no cabrá hacer valer frente a él la falta de voluntad contractual. Ejemplifican tal eventualidad en nuestro Derecho sentencias como la STS 751/1998, de 24 de julio, relativa a un precontrato (ROJ STS 5000/1998 - ECLI:ES:TS:1998:5000), la SAP Girona 196/2004, de 12 de julio, sobre venta de participaciones sociales (ROJ SAP GI 1028/2004 - ECLI:ES:APGI:2004:1028) y la SAP de Barcelona 145/2013, de 15 de marzo, sobre arrendamiento de inmueble (SAP B 4463/2013 - ECLI:ES:APB:2013:4463).

Finalmente, para que la oferta (o propuesta de contrato dotada de esos requisitos) llegue a servir para perfeccionar el contrato, es preciso que subsista o esté vigente cuando llega al oferente la aceptación procedente de alguno de sus destinatarios⁴⁸. Para ello, es preciso –sin entrar en otras causas extintivas⁴⁹– que el oferente no la haya revocado antes de ese momento⁵⁰.

En materia de revocación, la previsión más completa es la del art. 16.2 CISG, como mínimo, porque señala con precisión los límites de la unilateral facultad revocatoria del oferente⁵¹. Esa sujeción o restricción de la libertad de quien propone un contrato durante un período que es anterior al nacimiento de la propia vinculación contractual (art. 1258 CC) se justifica, en esencia, como medida de protección de la confianza del destinatario de la oferta en esa declaración.

El máximo exponente de esa protección lo constituye el art. 16. 2, subapdo. b), CISG, que implícitamente admite que, aun sin encontrar apoyo en la verbalidad o en el contenido de la oferta, esa confianza pueda fundarse en la conducta del oferente, quien, con sus declaraciones o con sus actos, puede haber inducido al destinatario a creer en la firmeza de su oferta. Para ser protegible, esa confianza debe estar objetivamente justificada y, por ello, se la somete al mismo índice o prueba de «razonabilidad» que aplicábamos a la voluntad de contratar del oferente. Por tanto, la confianza del aceptante solo se considerará fundada y resultará, por ende, protegida, si cualquier otra persona de su misma condición y en su misma situación hubiera confiado igualmente en que la oferta sería mantenida⁵² e, inducido por esa confianza, hubiera actuado en consecuencia⁵³.

⁴⁸ En cuanto a cómo se entiende producida la «llegada» de las declaraciones de voluntad, véase el art. 1257 PMCC, que, mediante ese precepto, subsana una laguna del CC.

⁴⁹ Se agrupan y sistematizan todas ellas en el art. 522-8 de la Proposición APDC.

⁵⁰ Es bien sabido que, en el momento de la llegada de la aceptación, se superponen o solapan dos hechos diversos: la perfección de la aceptación que, como declaración de voluntad recepticia, necesita ser comunicada a sus destinatarios, para ser perfecta y existir, y la perfección o conclusión del propio contrato, que nace a la vida jurídica una vez es perfecta la segunda de las dos declaraciones que conforman su estructura (a este respecto, véase el art. 522-13 Propuesta APDC)

⁵¹ Poder unilateral que bien cabe calificar de derecho potestativo o poder de configuración jurídica.

⁵² A tal efecto, véase el art. 522-7.2, subapartado c), de la Proposición APDC: «[3. La revocación de la oferta será, no obstante, ineficaz:]... c) *Cuando por las declaraciones o por el comportamiento del oferente, el destinatario de la oferta hubiere podido confiar en el carácter irrevocable de la oferta y, en base a esa confianza, hubiere actuado*».

La norma propuesta, además de proteger al aceptante, sirve, en última instancia al propio tráfico: al liberar –cuando se considere objetivamente justificado– al aceptante de la incertidumbre inherente al acto de aceptación, proporcionándole un mínimo lapso de tiempo para dar vida al contrato, se protegen asimismo otras transacciones sucesivas y enlazadas con aquella que se propone celebrar el aceptante, quien, por ejemplo, subcontrata con un tercero parte de la obra encargada u ofertada. También nuestra jurisprudencia ha reconocido la conveniencia de asignar cierta persistencia a la oferta, incluso en casos en que ésta no incorpora un plazo de irrevocabilidad (así, porejemplo, la STS 1003/1993, de 3 de noviembre (ROJ 7366/1993 - ECLI:ES:TS:1993:7366) y la SAP de Asturias 249/2006, de 3 de julio (ROJ SAP O 2021/2006 - ECLI:ES:APO:2006:2021).

⁵³ *Vid. supra* notas 46.

2.2 La aceptación

Es el acto o declaración⁵⁴ del destinatario de la oferta por el que éste manifiesta su asentimiento o conformidad con aquélla. Para que, en conjunción con la oferta, la aceptación pueda llegar a constituir el vínculo contractual, es preciso que concurra en quien asiente la ya aludida intención de quedar obligado, por lo que –igual que se exige a la oferta–, tampoco la aceptación podrá formularse de modo indeciso o condicionado. Solo si el asentimiento a la propuesta de vincularse mediante contrato es firme⁵⁵, podrá la aceptación llegar a concluir el contrato, sin necesidad de que la aceptación haya de ser, a su vez, aceptada por el oferente.

Pese a ser la aceptación, en esencia, asentimiento, los textos y propuestas del Derecho contractual armonizado admiten –como razonamos en nuestro último epígrafe 3– que incluso una aceptación modificativa del contenido de la oferta pueda llegar a concluir el contrato. Debe, pues, desecharse la precedente concepción (la de los códigos civiles del s. XIX) de la aceptación como «adhesión»⁵⁶ o calco de la oferta. Como se verá⁵⁷, si se permite que el contrato pueda llegar a concluirse incluso mediante una aceptación modificativa, es por presumirse legalmente, a fin de favorecer la conclusión y el nacimiento del contrato (art. 19.2. CISG), el carácter no sustancial de las modificaciones a la oferta introducidas por la aceptación⁵⁸.

En cuanto a sus requisitos, sí lo hay de tiempo, pero, con carácter general, no de forma. Es, en efecto, relevante el tiempo para aceptar, pues solo es apta para concluir el contrato la aceptación que recae dentro del plazo previsto para aceptar, ya se trate del señalado por la oferta o de aquél en que quepa razona-

⁵⁴ Como «acto de asentimiento» la define el art. 412-1 del Anteproyecto de Código Mercantil.

Téngase en cuenta que, conforme a unánime doctrina y jurisprudencia, el silencio y la inacción no pueden ser valorados como aceptación, fuera de aquellos casos en que la ley, el uso, la voluntad de las partes o las prácticas que hayan llegado a quedar establecidas entre ellas les confieran ese valor (sobre esta última posibilidad, véase el fj 3.º de la ya citada STS 139/1994, de 26 de febrero). Así lo recoge el art. 522-9, apdo. 2., de la Proposición APDC.

⁵⁵ La STS 287/1999, de 5 de abril se muestra quizá excesivamente rigurosa a la hora de valorar la requerida firmeza de la voluntad del aceptante, pues no considera suficiente la literalidad de su respuesta, que declaraba su «conformidad» con el presupuesto remitido, y ello pese a venir corroborada dicha declaración por todo un curso anterior de actos de relación entre las partes (preparación de la ejecución de una futura obra).

⁵⁶ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, 1981, p. 261. En la jurisprudencia, se detecta esa misma concepción pasiva de la aceptación contractual en el F.J. 2.º de la STS 139/1994, de 26 de febrero (ROJ 14945/1994 - ECLI:ES:TS:1994:14945), relativa a un contrato mercantil de obra.

⁵⁷ *Infra* en nuestro epígrafe relativo a la «regla del espejo».

⁵⁸ Se detecta esa actitud (por ahora minoritaria en nuestra jurisprudencia) en los FF.JJ. 1.º y 3.º de la STS 945/1995, de 30 de octubre (ROJ STS 8003/1995 - ECLI:ES:TS:1995:8003).

blemente esperar que recaiga la aceptación⁵⁹. La posibilidad de que pueda llegar a concluir el contrato una aceptación tardía depende, en última instancia, del oferente⁶⁰.

En cambio, al igual que, en general, el propio contrato⁶¹, la aceptación no está sujeta a especiales requisitos de forma, de no haberlos impuesto el oferente⁶². Tampoco se requiere usualmente que la aceptación se realice bajo la forma o por el medio expresivo que empleó la oferta. No obstante, a este respecto, el contrato celebrado por vía electrónica⁶³ entraña una significativa excepción: dado que para que sea válido el contrato celebrado por esa vía no es necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos (art. 23.2. Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), si el oferente recurre a esa clase de medios o dispositivos, el aceptante no suele poder sustraerse a ellos, ya que, muy a menudo también, no le es posible hacer llegar a aquél su aceptación por medios alternativos y ni siquiera comunicarse con él de otro modo.

3. LA «REGLA DEL ESPEJO»

3.1 La aceptación modificativa del contenido de la oferta. Regla general

Al igual que la ya expuesta norma sobre el «acuerdo mínimo suficiente», también el cambio de posición legislativa⁶⁴, impulsado por la Convención de Viena (art. 19.2.), en materia de aceptación modificativa o en alguna medida discrepante del contenido de la oferta constituye una segunda manifestación de la ya apuntada tendencia del Derecho contractual uniforme a restringir la autonomía de la voluntad de quienes negocian un contrato⁶⁵.

⁵⁹ A tenor del art. 522-10, 1., de la Propuesta APDC, los índices de esa «razonabilidad» son «*las circunstancias de la negociación y, en particular, la celeridad del medio de comunicación empleado por el oferente*».

⁶⁰ Así lo trasluce el art. 1253 PMCC, que, al igual que los restantes textos del Derecho contractual armonizado, ha sido inspirado por el §149 del Código civil alemán (en adelante, *BGB*).

⁶¹ Por contra, cuando el contrato es formal o solemne, tanto la oferta como la aceptación habrán de plegarse a la solemnidad exigida (arg. *ex* arts. 176,2 y 178,3.º del Reglamento Notarial [Decreto de 2 de junio de 1944, BOE núm. 189 de 7 de julio de 1944]).

⁶² En caso de duda, los usos del tráfico tienden a interpretar tales exigencias de forma antes como sugerencia que como imposición.

⁶³ Nos referíamos a él en nuestra Sección 1, nota 16.

⁶⁴ Lo anunciábamos en nuestro precedente epígrafe 2.2, relativo a la aceptación.

⁶⁵ Véase *supra* el apdo. 1.º de nuestra Sección 2.2, y, particularmente, la nota 35.

En efecto, el Derecho contractual armonizado abandona uno de los precedentes dogmas en materia de formación del contrato: la clásica «regla del espejo», que propugna la más exacta coincidencia entre la oferta y la aceptación contractuales. Con arreglo a esa norma, que llegó a ser compartida por la tradición romanista y la anglosajona⁶⁶, la aceptación que incorpore cualquier género de adiciones o modificaciones al contenido de la oferta no es apta para perfeccionar el contrato y habrá de ser valorada como una contraoferta o nueva propuesta de contrato.

Esa regla entraña una sublimación de la autonomía de la voluntad de las partes, sobre todo la del oferente (como «*master of his offer*»)⁶⁷, pues se le confiere la máxima libertad para determinar el contenido contractual por ser precisamente él quien confiere al destinatario de su declaración el poder de concluir un futuro contrato.

Aunque nuestro Código civil no llegó a verbalizar esa regla⁶⁸, la acogió sin fisuras nuestra jurisprudencia⁶⁹. Aún hoy, sigue reiterándola, siquiera sea como *obiter dictum*, incluso cuando corresponde apartarse de ella, como ocurre con aquellas sentencias que, por resolver controversias relativas a contratos de compraventa internacional de mercaderías, han de aplicar el criterio opuesto (el del ya citado art. 19.2. CISG)⁷⁰.

En cambio, en los textos internacionales del Derecho contractual armonizado, la «regla del espejo» ha quedado, si no revertida⁷¹, sí sumamente erosionada, por haberse constatado en la práctica su incompatibilidad

⁶⁶ Se trata de una regla compartida tanto por la tradición anglosajona como por la romanista. En el *common law*, la regla se encuentra todavía actualmente recogida en los §§ 39 (1) y 58 del *Restatement Second of Contracts* (1981; en adelante, *Rest. 2d*), pese a que el principal embate contra ella se ha producido dentro del propio *common law* norteamericano, en virtud del § 2-207 *UCC*, que, como señalaremos en el texto, ha sido el precepto inspirador de los textos del Derecho contractual uniforme en materia de aceptación modificativa.

En el Derecho civil continental, la plasmación legal más palmaria de la «regla del espejo» es el §150 (2) *BGB*. Entre los códigos de la órbita francesa, ese dogma no lo impuso, en realidad, el Código civil francés, que no lo formula, sino sus primeros intérpretes (los más conspicuos representantes de la Escuela de la Exégesis; véase DEMOLOMBE, 1868, tomo 12, p. 18).

⁶⁷ Así lo describe el comentario oficial al §58 *Rest. 2d*. (el Comentario puede consultarse en la base de datos Westlaw; véase *Westlaw Classic, Secondary Sources, Restatements and Principles of the Law*).

⁶⁸ Como tampoco lo hicieron la mayor parte de los códigos civiles de modelo francés. Solo llegó a formularla claramente el art. 1152 del anterior Código civil de la República Argentina (1869), que siguió casi al dictado los postulados de la Escuela de la Exégesis francesa (art. 1152 cit.: «Cualquier modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato»).

⁶⁹ Por muchas otras, véase la STS 139/1994, de 26 de febrero (ROJ 14945/1994 - ECLI:ES:TS:1994:14945), en su F.J. 2.º Para una relación jurisprudencial más amplia, véase DE LA OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 212.

⁷⁰ Como ilustrativo de ese proceder, véase el F.J. 2.º de la STS 31/2000, de 28 de enero (ROJ 493/2000 - ECLI:ES:TS:2000:493), que, aplicando la Convención de Viena, declara concluido el contrato, pese a la disensión de las partes contratantes sobre el precio de venta.

⁷¹ Siguiendo el esquema introducido por el art. 19.1 CISG, la «regla del espejo» acostumbra a mantenerse como norma inicial o de partida (así se hace, p. ej., en el art. 1251,1 PMCC).

con la celeridad exigida por el moderno tráfico comercial. Es más, incluso fuera de él, la regla se revela insatisfactoria, por haberse comprobado empíricamente que, muy a menudo, quienes están negociando no supeditan la conclusión del contrato a una exacta y meticulosa incorporación al contenido contractual de todos los términos incluidos en sus respectivas declaraciones de voluntad⁷². Se ha querido entonces evitar que el rigor y la mecánica imposición de la «regla del espejo» acaben determinando que incluso diferencias insignificantes entre la oferta y la aceptación permitan a alguna de las partes cuestionar con posterioridad la vigencia de un contrato que llegó, en realidad, a perfeccionarse y a existir, sobre todo cuando se ha visto confirmado por actos de ejecución o cumplimiento contractual por alguna de las partes.

Por ello, partiendo de la referida constatación, los textos del Derecho contractual uniforme se proponen facilitar la perfección o conclusión del contrato, presumiendo que las modificaciones introducidas por la aceptación son compatibles con el contenido propuesto por la oferta y están dirigidas solo a adicionarlo, aclararlo o a completarlo, supliendo términos omitidos por la oferta.

Debido a esa presuposición legal, incumbe al oferente la carga de limitar su propia vinculación, ya sea previamente, advirtiendo en la propia oferta que solo entenderá que hay aceptación cuando la respuesta del destinatario coincida exactamente con los términos de su oferta, o bien, después, una vez recibida la aceptación, oponiéndose entonces sin demora a las modificaciones de la oferta introducidas por la aceptación⁷³.

Si, en cambio, no ocurre así, el contrato se tendrá por concluido, consistiendo su contenido en los términos de la oferta, modificados o adicionados

⁷² Esa observación de la realidad (o, al menos, de la parte de ella que representa el tráfico mercantil) la debemos a una determinada corriente de pensamiento jurídico: el llamado «realismo jurídico» norteamericano. Para una explicación didáctica de la posición del realismo jurídico americano en materia de formación del contrato, véase MURRAY (1971, p. 293). El propio Karl LLEWELLYN, principal artífice del *UCC* y padre intelectual de esa corriente, reconoce (1938, p. 11) que el cambio de óptica respecto a la aceptación modificativa resulta de la observación de la práctica: «*One finds the answer in those rules for counselling... rules which tell what to do, in the light of what judges will do...[Rules] settled, however, by experiment and experience, not, save within a single law-office, by authority...*» (también, pp. 8, 784 y 791).

Guiados por esa corriente *realista*, los textos del Derecho contractual uniforme han hecho suya la nueva regla en materia de aceptación modificativa (véase, p. ej., el comentario al art. II-4:209 DCFR, p. 354).

⁷³ Paralelamente, esa misma facultad debe reconocerse al destinatario de la oferta y, por tanto, tampoco podría llegar a concluirse el contrato, si el destinatario de la oferta supedita su intención de concluir el contrato a la admisión por el oferente de las modificaciones que el potencial aceptante introduce (art. 11.2. Propuesta APDC). Para ese tratamiento en paralelo de la oferta y de la aceptación en la jurisprudencia, véase el F.J. 2.º de la STS 423/1996, de 30 de mayo (ROJ 3302/1996 - ECLI:ES: TS:1996:3302).

por los de la aceptación (art. 19.2. CISG: «... los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación»).

Dicha conjunción no será, en cambio, posible cuando las modificaciones introducidas por la aceptación en el primitivo contenido de la oferta puedan considerarse «sustanciales»⁷⁴ (*id.* art. 19.2. CSIG).

La excepción, común a todos los textos y propuestas del Derecho contractual uniforme, es tratada, sin embargo, de modo diverso. La regla más rígida es el art. 19.3. CISG, porque precisa cuáles son, «entre otras», aquellas alteraciones introducidas por la aceptación que, por considerarse sustanciales, impedirían la perfección del contrato⁷⁵. Al menos en cuanto a ellas, cabe considerar, pues, que la Convención de Viena rehabilita o hace revivir la «regla del espejo»⁷⁶.

Apartándose en este punto de la Convención, las propuestas legislativas del Derecho contractual armonizado renuncian, en cambio, deliberadamente a señalar apriorísticamente cuáles son las concretas modificaciones a la oferta que, por su carácter sustancial, impedirán la formación del acuerdo, estimando preferible relegar al caso concreto la decisión sobre si se entiende o no concluido el contrato y también que ésta sea adoptada a la luz de los usos del tráfico o de los que rijan en el sector de actividad económica al que pertenece el contrato⁷⁷.

⁷⁴ Tal y como se ha puntualizado (DE LA OLIVA BLÁZQUEZ, 2000, p. 213), la distinción entre modificaciones «sustanciales» e «insustanciales» no se corresponde con la contraposición que dogmáticamente se establece entre los elementos «esenciales» y «accidentales» o «naturales» del negocio. Por el contrario, la distinción es casuística y meramente ejemplificativa. A la luz de la jurisprudencia recaída en diversos Estados signatarios de la Convención posibles ejemplos de modificaciones no sustanciales serían la inserción de un motivo, una pregunta, una recomendación o un ruego de confidencialidad (así, PERALES VISCASILLAS, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp19.html>, fecha de consulta julio de 2020).

⁷⁵ Aun así, se ha señalado que la «lista» de modificaciones sustanciales del art. 19.3. es solo ejemplificativa y de valor meramente presuntivo (así, PERALES VISCASILLAS, *loc. cit.*), por lo que no impediría la conclusión del contrato, si se demuestra en el caso concreto que la modificación en cuestión no fue considerada por las partes impeditiva del acuerdo.

⁷⁶ Tal y como revelan los «Anuarios» de la UNCITRAL, ese último apartado del art. 19 CISG no estaba inicialmente previsto, sino que fue adicionado como concesión a los redactores «tradicionalistas» de la Convención de Viena, empeñados en reducir a la mínima expresión la presunción favorable a la conclusión del contrato del art. 19.2. CISG (véase UNIDROIT, 1978, IX, p. 43).

⁷⁷ Esa es la posición adoptada tanto por el DCFR como, anteriormente, por los PUNIDROIT y los PECL. Tal y como se señala en el Comentario oficial al art. 2: 208 de estos últimos (LANDO, O. y BEALE, 2000, p. 179), además de que la lista de modificaciones sustanciales nunca podría ser exhaustiva, no tiene sentido enumerarlas, por cuanto, algunas de las que, en abstracto, puede parecer que desvirtúan la oferta, son valoradas como insustanciales por los usos del tráfico (así, p. ej., la adición de una cláusula arbitral en la declaración de aceptación). Acogen esos razonamientos las notas de comentario al art. II-4: 208 DCFR (véase STUDY GROUP, 2009, p. 350).

3.2 El caso particular del llamado «conflicto de formularios»: la incompatibilidad sustancial entre las condiciones generales de la contratación de dos profesionales

Frente a la expuesta indecisión, el UCC norteamericano, impulsor de algunos de los cambios más significativos introducidos por el Derecho contractual uniforme⁷⁸, opta por considerar concluido el contrato incluso cuando las divergencias entre la oferta y la aceptación son de índole sustancial. Ello obedece a que el §2-207 UCC, pionero en el abandono de la «regla del espejo», ha sido formulado pensando en una particular forma de contratar: la contratación mediante formularios o pliegos de condiciones generales, que se generaliza como modelo legal, al margen de que el contrato haya sido o no concluido de ese modo. En ese código, pues, se eleva a categoría un específico modo de contratar: la contratación acelerada y, a veces, incluso irreflexiva entre profesionales o comerciantes, que se comunican y negocian intercambiando los clausulados mediante los que cada uno de ellos celebra un mismo tipo de operaciones (p. ej., todas sus ventas o todos los encargos de obra o servicio a sus proveedores).

De nuevo, partiendo de la observación de un comportamiento característico en el tráfico, el §2-207 (3) UCC, asume la premisa de que, en la mayoría de esos casos⁷⁹, la voluntad de concluir el acuerdo –que, muy a menudo, es antecedente o consecuencia de otros– es independiente del propósito de cada una de las partes de conseguir que queden incluidas en él las respectivas condiciones generales, decidiendo entonces que, también en caso de divergencia sustancial entre ellas, el contrato –siempre y cuando haya quedado confirmado por la conducta de las partes– queda concluido y existe, con la única particularidad de que los términos incompatibles de los respectivos clausulados se excluyen o eliminan recíproca-

⁷⁸ Como exponemos en otro lugar (MARCO MOLINA, 2015, p. 5), dicho código ha sido el texto legal que primero supo plegarse a las exigencias del intercambio ágil y concatenado propio de la segunda mitad del siglo xx. Pese a su denominación («Código Comercial Uniforme»), no es un código de comercio, sino una ley general del intercambio, excluyendo de su ámbito, en materia de compraventa, solo las ventas a consumidores, a agricultores y a otras categorías específicas de compradores.

⁷⁹ Como corresponde a lo que es usual y mayoritario en las transacciones entre profesionales: «*The underlying policy of 2-207 [UCC] must be that parties neither read the forms nor regard them as controlling. Moreover, the parties intend to have a closed deal regardless of conflicting provisions in their forms*» (así, MURRAY, 1972, p. 280).

mente⁸⁰, siendo suplidos por los índices legales de integración del propio UCC (§1-303 UCC)⁸¹.

Pues bien, esa solución del UCC ha sido asimismo adoptada, aunque con alcance solo parcial, por los textos del Derecho contractual uniforme. Así, aunque no lo hace la Convención de Viena, que carece de norma especial al respecto⁸², las propuestas de regulación armonizada trasladan la solución que aplica el UCC a todos los casos de aceptación modificativa a un significativo caso particular: el llamado «conflicto de formularios» o colisión entre las condiciones generales de la contratación de dos profesionales o comerciantes (arts. 2: 209 PECL, 2.1.22 PUNIDROIT y art. II-4: 209 DCFR; para el Derecho español, véanse los arts. 1252 PMCC y 522-12 Propuesta APDC)⁸³.

A tenor de esos preceptos, de no haber querido alguna de las partes perfeccionar el acuerdo sin la inclusión en él de alguno de los términos de sus clausulados, hubiera debido manifestarlo, no solo expresa, sino, además, específicamente, mediante una declaración confeccionada precisamente con esa finalidad (p. ej., mediante una oferta o una aceptación condicionales, que impiden la conclusión del contrato, o bien, objetando inmediata y también específicamente las modificaciones propuestas por la otra parte a través de sus condiciones generales)⁸⁴. Lo que no se admite, en cambio, y quiere precisa-

⁸⁰ Véase § 2-207 (3) UCC: «*Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.*»

⁸¹ Especificamos más abajo (en el epígrafe 3.2) cuáles son esos índices legales de integración en concreto.

⁸² La doctrina (SCHLECHTRIEM, en el comentario al art. 14 CISG, 2003, núm. 16, nota 100) y la jurisprudencia alemanas aclaran que la ausencia en la Convención de norma particular relativa al llamado «conflicto de formularios» se debe a haber considerado sus redactores que, para resolver tal «conflicto», habrían de bastar las normas de interpretación contractual de la CISG y, en concreto, su art. 8. Sobre ese proceder, véase la Sentencia del Tribunal Supremo alemán 60/2001 de 31 de octubre (BGHZ: Zivilsenat VIII ZR 60/01, accesible en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&Sort=12288&Datum=Aktuell>), cuyo F.J. 3, apdo. 2.º, declaró excluida del contrato una de las condiciones generales del vendedor de una máquina, por entender que una persona razonable de la misma condición y en las mismas circunstancias que el comprador no hubiera podido contar con que iba a quedar incorporada al contrato una cláusula no negociada y de cuyo contenido no pudo llegar a informarse).

⁸³ «*De lege data*», incluso nuestros tribunales están dispuestos a admitir que, al menos tratándose de compraventas transfronterizas, el contrato, siempre y cuando haya quedado refrendado por actos de cumplimiento o ejecución de cualquiera de las partes, tendrá que tenerse por concluido incluso en caso de incompatibilidad sustancial entre las condiciones generales de la oferta y las de la aceptación (para esa solución, véase el Auto del TS núm de recurso 3587/1996, de 17 de febrero, en su F.J. 5.º [ATS 1451/1998 - (ECLI:ES:TS:1998:1451)] y, aunque solo como «*obiter dictum*», el Auto del TS núm. de recurso 2592/1997, de 31 de julio de 2000, en su F.J. 3.º [ATS 2485/2000 - (ECLI:ES:TS:2000:2485)]).

⁸⁴ A ese respecto (la exigencia de que la objeción u oposición al clausulado o condiciones generales de la otra parte sea expresa y específica), resulta significativo el Laudo núm. 8611/1997, de 23 de enero, de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, que acabó sujetando a un

mente evitarse es que la condición o la objeción se comuniquen a esa otra parte mediante la simple remisión del propio formulario o clausulado. A estos efectos, la norma sería la siguiente: «...[E]/ contrato no queda perfeccionado si alguno de los empresarios contratantes indica previamente, mediante una comunicación expresa y específica, y no por medio de condiciones generales, su voluntad de no quedar vinculado por un contrato que no incluya íntegramente sus condiciones generales. Tampoco queda perfeccionado el contrato si esa comunicación expresa y específica se efectúa sin demora desde que se alcanza el acuerdo»⁸⁵.

En definitiva, pues, cuando, entre dos profesionales, las discrepancias sustanciales entre el contenido de la oferta y de la aceptación «solo» afectan a los respectivos pliegos de condiciones generales⁸⁶, la única consecuencia es que los términos «sustancialmente»⁸⁷ incompatibles no se incorporan al contenido contractual⁸⁸, sin que llegue, en cambio, a verse cuestionada la propia existencia del contrato.

Obsérvese, pues, el contraste entre la regla particular aplicada al «conflicto de formularios» y la norma general aplicable a todos los demás casos de aceptación modificativa (el ya citado art. 19.2. CISG y los concordantes de la referidas propuestas del Derecho contractual armonizado). Fuera de ese caso particular, la incompatibilidad sustancial entre la oferta y la aceptación sí impide la conclusión del contrato.

Los términos inconciliables de los respectivos clausulados que se excluyen mutuamente habrán de ser suplidos por los que proporciona el Derecho dispositivo o supletorio, cuyas fuentes de integración, en los textos y propuestas de Derecho contractual armonizado que venimos examinando, resultan ser también muy próximas a las del Código Comercial Uni-

comprador español de maquinaria industrial al Derecho alemán y a la decisión de un árbitro alemán, por haber recibido la mercancía suministrada por el vendedor sin haberse opuesto a las condiciones generales de éste impresas en el reverso de sus sucesivas facturas.

⁸⁵ Transcribimos el art. 522-12, segundo párrafo, de la Propuesta APDC, que sintetiza la resolución que dan al «conflicto de formularios» las propuestas del Derecho contractual armonizado. Nuestro precepto está guiado en particular por el art. 2: 209 (2) PECL.

⁸⁶ En la base de esa solución subyace otra consideración o premisa, adicional a las del texto: se estima, en definitiva, que los pliegos de condiciones generales de la contratación no reflejan ni recogen la esencia de la voluntad de las partes. Sin ir más lejos, así lo reconoce el Laudo 8223/1998, de 00 (sin día) abril de 1998, de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (ICC), sobre un contrato de distribución en exclusiva de productos tecnológicos, que viene a decir que tales clausulados no manifiestan «*la véritable convention des parties*».

⁸⁷ «*Materially*», tal y como lo expresa el §2-207 (2) b) UCC, modelo en este punto de todos los demás preceptos citados.

⁸⁸ Sí serán, en cambio, parte de él aquéllos que puedan valorarse como comunes o coincidentes (véase el art. II-4: 209 (1) DCFR: «*The standard terms form part of the contract to the extent that they are common in substance*»).

forme norteamericano (§1-303 UCC: «*course of dealing*», «*usage of trade*» y «*course of performance*») ⁸⁹.

3.3 La clave de la incompatibilidad sustancial entre la oferta y la aceptación

Finalmente, como última cuestión a resolver, cabe preguntarse dónde radica o a qué se debe la sustancial incompatibilidad entre la oferta y la aceptación, cuyas consecuencias, como se ha expuesto ⁹⁰, difieren, según nos encontremos ante el caso particular del «conflicto de formularios», que no impide la conclusión del contrato, o ante el más trascendente y general de una «aceptación modificativa» cuya incompatibilidad con el contenido de la oferta impide contratar (art. 19.2. CISG).

En última instancia, cabe considerar que producen tal efecto aquellas modificaciones introducidas por la aceptación que, de haber sido conocidas o previstas por el oferente al configurar su oferta, le hubieran disuadido de contratar. Y cabe entender que podrán llegar a tener tal repercusión en la intención de contratar de cualquiera de las partes aquellos términos o condiciones introducidos por la otra que sean contrarios a las expectativas ordinarias o a aquello que suele esperar quien celebra contratos de la misma clase ⁹¹ o sector de actividad al que pertenece aquel contrato ⁹² que, precisamente debido a ese grado de incompatibilidad, no cabrá tener por concluido.

⁸⁹ A la vista del citado precepto (§1-303 UCC), servirán, pues, para colmar las lagunas creadas en el contrato al suprimirse las condiciones generales incompatibles de cada parte tanto el *course of dealing* (esto es, las reglas inferidas de las declaraciones de las partes y, sobre todo, de su conducta durante el proceso negociador o los tratos preliminares), como el «*usage of trade*» (los usos propios del sector económico al que pertenece el contrato) y el «*course of performance*» (las reglas inferidas de los actos de cumplimiento del contrato por ambas partes o por la que de ellas esté obligada, siempre y cuándo no hayan sido discutidos o contradichos por su contraparte). Como reflejo de la presencia de esos índices legales de integración también en los textos del Derecho contractual armonizado, véase art. 4.3. PUNIDROIT, art. 5: 101 PECL y II-8: 102 DCFR. Compárense tales preceptos con el art. 1252,2 PMCC, que, por remisión a su art. 1243, mantiene como fuentes de integración contractual las tradicionales de nuestro CC (art. 1258: la buena fe, el uso y la ley).

⁹⁰ En los dos epígrafes precedentes.

⁹¹ «*A term is material [sustancialmente incompatible] if the offeree knew or as a reasonable person in the same position as the offeree should have known that the offeror would be influenced in its decision as to whether to contract*» (así, el comentario al art. 2: 208 PECL en LANDO Y BEALE, 2000, p. 178).

⁹² Acostumbran a producir ese efecto las cláusulas o términos incluidos en alguna de las declaraciones de voluntad mediante las cuales alguna de las partes intenta desequilibrar en beneficio propio los términos ordinarios del intercambio. Lo ilustra a la perfección la ya citada (nota 82) Sentencia del Tribunal Supremo alemán 60/2001, de 31 de octubre, que, por considerarla sorpresiva para el comprador o para cualquier otra persona en su misma posición, suprime de un contrato transfronterizo de compraventa una condición general mediante la cual el vendedor intentaba reducir a la mínima expresión su deber de garantía respecto a la calidad y aptitudes de la maquinaria industrial suministrada.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código civil. Libros Quinto y Sexto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*. Partes I y II (Revisadas), Kluwer Law International, La Haya, 2000.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN DE DERECHO CIVIL), «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Suplemento Enero 2009, pp. 7-70.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN SEGUNDA, DE DERECHO MERCANTIL), *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, marzo 2018 (<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas>).
- DE LA OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «Aceptación, contraoferta y modificación del contrato de compraventa internacional a la luz del artículo 8 del Convenio de Viena», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 5/2000, pp. 203 a 219.
- DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Civil*, ed. J. Stienon, Bruxelles, 1868, tomo 12.
- LANDO, Ole, y BEALE, Hugh (Eds): *Principles of European Contract Law: Parts I and II Combined and Revised*, Kluwer Law International, La Haya, Londres y Boston, 2000.
- LAURENT, François, *Avant-Projet de révision du Code civil, rédigé par M. F. Laurent, sur la demande de Mr. le Ministre de la Justice*, Bruylant-Christophe et Compagnie, Bruselas, 1883.
- LLEWELLYN, Karl, «On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance», *Yale Law Journal*, volumen 48, 1938-39, I, pp. 1-36 y II, pp. 779-818.
- MARCO MOLINA, Juana, «El proceso de formación o conclusión del contrato», *InDret* 3-2015, www.indret.com, pp. 3 a 64.
- «La contratación de bienes y servicios a través de plataformas intermediarias en línea: el medio sí es el mensaje», en Cuenca Casas, Matilde, e Ibáñez Jiménez, Javier (dirs.). *Perspectiva legal y económica del fenómeno FinTech*, Wolters Kluwers, Las Rozas, 2021, pp. 249-287.
- MONTERO, Etienne, y DEMOULIN, Marie, «La formation du contrat depuis le Code civil de 1804»: un régime en mouvement sous une lettre figée», en Wéry, Patrick. *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Charte, Bruxelles, 2004.
- MORILLAS JARILLAS, M.^a José, «La formación del contrato mercantil en el Derecho vigente y en los trabajos de reforma: aspectos generales y régimen particular de los contratos de compraventa y seguro», en Parra Lucán, M.^a Ángeles (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 741-787.

- MURRAY, John E., «The Realism of Behaviourism Under the Uniform Commercial Code», *Oregon Law Review*, volumen 51, 1971-1972, pp. 269-301.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles, «La formación del contrato como proceso», en Parra Lucán, M.^a Ángeles (dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 57 a 99.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Guide to article 19. Comparison with Principles of European Contract Law (PECL)*, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/pecl-comp19.html>, fecha de consulta julio de 2020.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, y ALGUER Y MICÓ, José (1981), «Anotaciones de Derecho español a...», Ludwig Ennecerus *et al.* (1981), *Tratado de Derecho civil*, editorial Bosch, Barcelona, tomo I-2.º, vol. 1.º
- POTHIER, Robert Joseph, «Traité du contrat de Vente», en *Oeuvres de Pothier contenant les Traités du Droit Français*, Dabo Jeune, París, 182, tomo 2.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009.
- TREITEL, Gunther Heinz, *On the law of Contract*, Sweet and Maxwell, Londres, 1995 (9th Edition).
- UNIDROIT. International Institute for the Unification of Private Law (ed.), *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016*, Unidroit, Rome 2016.
- *Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees*, Anuario (Year-book), 1978, Nueva York, 1981.

REFLEXIONES SOBRE LA BUENA FE Y LOS CONTRATOS

JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Funciones de la buena fe.-3. Clases de buena fe. Buena fe objetiva y buena fe subjetiva.-4. Las cláusulas generales sobre la buena fe.-5. Buena fe y diligencia.-6. La función integradora de la buena fe en los contratos.

1. INTRODUCCIÓN

Cicerón ilustra el trascendental significado de la buena fe al equipararla a la justicia: «*In rebus creditis iustitia fides nominatur*» (*De partitione oratoria* 22, 78), que en traducción algo libre diría: *En materia de obligaciones y contratos la justicia se llama buena fe*. En otro lugar dirá: *Fundamentum iustitia est fides* (*De officiis* I.7.23).

La fuerza creadora de la buena fe se manifiesta en el mismo núcleo del Derecho contractual romano. Es característico de este sistema la dualidad entre los *iudicia stricti iuris* y los *iudicia bonae fidei*. En estos últimos, la buena fe no sólo es la medida de la obligación cuyo cumplimiento se demanda, además es el fundamento mismo de la pretensión del demandante ¹. En los *iudicia*

¹ KUNKEL, «Fides al schöpferisches Element im römischen Schuldrecht», en *Festschrift Paul Koschaker*, 1939, T.2, p. 5.

stricti iuris, la fórmula que debía aplicar el juez en un principio no le dejaba margen de apreciación hasta que se pudo incorporar, si lo solicitaba el demandado, la excepción de dolo malo. El juez debía condenar a lo que resultara de la *stipulatio*, a no ser que hubiera mediado dolo al estipular o al exigir lo estipulado (*exceptio doli*). En cambio, en los *iudicia bonae fidei* no hacía falta incorporar la excepción a la fórmula, porque ya pertenecía al mismo fundamento de la *intentio* la exclusión del dolo.

Cicerón relata diversos casos que en sustancia corresponden a problemas actuales relativos a la buena fe. A pesar de la gran distancia temporal y de las peculiaridades de la sociedad romana, lo esencial permanece.

Un caso muy famoso se refiere al dolo *in contrahendo* en su manifestación de maquinación insidiosa para obtener el consentimiento de la otra parte. El banquero siciliano, Pitio, concedor de que el caballero romano Canio quería comprar una finca de recreo en Siracusa, le invita a comer y pasar la tarde en su finca, pero le dice que no la quiere vender. Sin embargo, su intención era otra; monta un espectáculo de acuerdo con unos pescadores para que esa tarde desembarquen en la finca gran cantidad de pesca. Asombrado, Canio pregunta y Pitio un tanto displicente contesta que allí abunda la pesca, que todos los días pasa lo mismo. Ante la insistencia de Canio, Pitio consiente en vendérsela por un elevado precio. Al día siguiente, Canio toma posesión y ante la ausencia de los pescadores, pregunta al vecino y descubre el montaje de Pitio. Según Cicerón, Canio no tenía ninguna defensa frente a la acción de Pitio para exigirle el pago del precio, porque todavía no se había introducido en la fórmula la *exceptio doli*, que tiempo después se introduciría por iniciativa de Aquilio Gallo, pariente suyo. Ahora bien, al ser la compraventa un contrato de los llamados de buena fe, y siendo inherente a los *iudicia bonae fidei* la exclusión del dolo, es precisa una explicación de por qué Canio carecía de remedios contra el dolo de Pitio. Hay tres, la primera, entiende que esa inherente exclusión del dolo en los *iudicia bonae fidei* es posterior, la segunda, que el precio se prometió pagar mediante una *stipulatio*, y la tercera que se prometió pagar mediante un contrato literal, concretamente por una *transcriptio a re in personam* efectuada por Pitio en sus propios registros con la conformidad de Canio. Esta es la opinión preferible si se atiende a los términos en que se expresa Cicerón «*nomina facit, negotium conficit*»².

² L. FRANCHINI, «A proposito di un famoso caso di frode a Siracusa (Per una rilettura di Cicerone, *De Officiis*, 3.14.58-60)», en *Civitas et civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 368-383.

Este caso, es un ejemplo de dolo malo mediante maquinaciones y declaraciones mendaces. La conducta de Pitio traspasa los límites tolerables del *dolus bonus*. Aparte de ello es importante que se novara la obligación de pago del precio mediante un contrato *stricti iuris* (bien contrato verbal, *stipulatio*, bien por contrato literal, *expensilatio*) que no admitían excepciones causales, hasta que –como he dicho antes– se introdujo en la fórmula conforme a la que debía decidir el juez, la *exceptio doli*. El tema es semejante al que hoy suscitan las excepciones cambiarias o la *exceptio doli* oponible a un aval a primer requerimiento.

Otros casos que cuenta Cicerón son también muy ilustrativos de problemas contractuales permanentes relacionados con la buena fe. En 3.16 de la misma obra, bajo el epígrafe «*Quid iure romano sancitum sit, ut bona fide inter privatos contrahatur*», explica que según la ley de las doce tablas en la venta de inmuebles se sanciona con la pena del duplo al vendedor que no cumpliera lo que hubiera prometido expresamente, pero por obra de los juristas se aplica la sanción también a los vicios de la cosa que conociera el vendedor y no los hubiera manifestado. A este propósito relata el siguiente caso: los augures habían notificado a Claudio Centumalo que derribara parte de la casa que por su altura les privaba de la vista necesaria para hacer sus augurios por el vuelo de las aves. Claudio Centumalo puso en venta la casa y la compró Publio Calpurnio, quien fue de nuevo intimidado por los augures para que la derribara. Conocido por el comprador que el vendedor ya había sido requerido por los augures, le demandó. Sentenció Marco Catón³ que, puesto que el vendedor conocía la orden antes de vender y no lo manifestó al comprador, le debía indemnizar el daño. Juzgó, por tanto, que la buena fe exige que el vendedor manifieste los vicios de los bienes que vende, si los conoce. Los problemas suscitados por el art. 1483 CC y las limitaciones urbanísticas son bien conocidos, pero creo que alguna doctrina jurisprudencial sobre los deberes de información del vendedor y la diligencia exigible al comprador merece ser revisada. Especialmente discutible me parece la doctrina de la STS 7274/2006 de 17 de noviembre que ha sido seguida por otras de la que trataré después.

La contraposición entre el Derecho entendido de manera formal y el ejercicio del derecho contrario a la buena fe se da en el siguiente caso, en el que el astuto es el comprador. Marco Gratidiano había vendido a Sergio Orata la finca que este a su vez –pocos años antes– le había vendido a él. Sobre la finca recaía una servidumbre que Marco no manifestó a Orata; este le demandó, porque conociendo Marco la servidumbre la tenía que haber manifestado.

³ Muerto hacia el año 93 a. C. y padre de Catón el joven, contemporáneo de Cicerón.

Craso, defensor de Orata –dice Cicerón–, atendía estrictamente a la Ley, Antonio, defensor de Marco, a la equidad. Puesto que la servidumbre era conocida por Orata que había sido el primero en vender la casa, no era necesario decir nada. Cicerón termina subrayando que «a nuestros mayores no les gustaban los astutos»⁴.

Finalmente Cicerón relata la disputa entre Diógenes de Babilonia y su discípulo Antipatro sobre el famoso caso del comerciante de trigo que llega a la isla de Rodas en plena hambruna antes que otros barcos. La cuestión versa sobre si debía informar sobre la inminente llegada de otros barcos que sabía que habían zarpado de Alejandría con el mismo cargamento. Mientras Diógenes argumenta «no estoy obligado a decirte todo lo que te es útil», Antipatro sostiene: «Al contrario, claro que estás obligado, si tienes presente que entre los hombres está constituida una comunidad por naturaleza».

Hay un claro choque en esta disputa entre la visión individualista de Diógenes, y la solidaria de Antipatro⁵. Quizá, entre una concepción «hobbesiana» y otra «roussoniana», como diría Emilio Blanco. A grandes rasgos, estas dos visiones se proyectan en ideas opuestas sobre la buena fe precontractual actualmente en el derecho comparado. En el derecho inglés, se ha dicho que en las negociaciones es contradictorio –dada la esencial posición adversa que ocupan las partes– que cada una de ellas deba atender a los intereses de la otra⁶. Por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia italianas apelan al principio de solidaridad proclamado por el art. 2 de su Constitución para llenar de contenido a la buena fe contractual. En la jurisprudencia italiana, dice P. Gallo, se afirma recurrentemente que el principio de la buena fe, en cuanto expresión de los deberes de solidaridad social del art. 2 de la Constitución italiana impone no solo comportarse de modo correcto, sino también actuar positivamente para salvaguardar el interés de la otra parte si no representa un sacrificio apreciable de los propios intereses⁷. La reforma del Derecho de obligaciones francés también ha impuesto un deber de información al contratante que conozca una circunstancia determinante del consentimiento de la otra parte y que legítimamente esta ignore o bien se haya confiado a la otra parte. Sin embargo, este deber de información no recae sobre el valor de la prestación.

⁴ La STS 15. 11. 1993 trató también de un caso en el que el comprador conocía el gravamen y su pretensión de resolución es desestimada por contraria a la buena fe.

⁵ V. I. DE LA MAZA, *Los límites de los deberes precontractuales de información*, Madrid 2010, pp. 39 y ss.

GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid 1994.

⁶ V. N. MATO PACÍN, «El papel de la buena fe en el derecho contractual inglés», *Indret* n.º 2, 202, p. 7.

⁷ P. GALLO, *Contratto e buona fede*, 2014, p. 616.

Si bien uno de los sentidos primigenios de la *bona fides* es cumplir la palabra dada⁸ parece digno de notarse que los nudos pactos, sin embargo, no originaran una acción para exigir su cumplimiento (Paul. Sent. 2, 14, I: *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur*; Ulp. in Dig. 2, 14, 7, 4: *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*).

También llama la atención que la buena fe se considera que es el modo de proceder de las personas honradas y, sin embargo, se afirmara que en el precio de la compraventa es naturalmente lícito a los contratantes engañarse: «in pretio emptionis et venditionis, naturaliter licet contrahentibus se circumvenire» (Ulpiano, D. 4, 4, 16, 4 para la compraventa y Paulo, D. 19, 2, 22, 3, para el arrendamiento), lo que corresponde a la citada limitación del deber de informar de la reforma francesa recién citada. También está en línea con el artículo 4.2. de la Directiva europea de 1993. Creo que estos ejemplos significan que el Derecho reescribe –por así decirlo– los valores éticos al insertarlos en su sistema y –al precisar su significado y alcance– los transforma en jurídicos.

El llamado Derecho honorario obra de los pretores que lo crearon para ayudar, suplir o corregir el Derecho civil *para utilidad pública* como dice un texto de Papiniano (D. 1.1.7), introdujo acciones y excepciones a favor de la buena fe. Un ejemplo es la situación del comprador de una cosa *mancipi* que no hubiera cumplido con la *mancipatio*, que era la forma exigida por el *ius civile* para la transmisión de la propiedad de estas cosas. Si el vendedor, que seguía siendo propietario según el *ius civile*, le demandaba por medio de una *reivindicatio*, el comprador podía oponerle la *exceptio rei venditae et traditae*. creación del Derecho honorario. Si este mismo comprador perdía la posesión, no podía interponer una *reivindicatio* contra el poseedor, porque esa acción solo correspondía al propietario según el *ius civile*, pero podía recuperar la cosa por medio de una *actio publiciana*, creada por el Pretor. El viejo *ius civile* no es derogado, sigue en vigor, pero junto a él, el *ius honorarium*, introduce acciones y excepciones. Es un orden jurídico que funcionalmente presupone la existencia del *ius civile*, porque está destinado a cooperar con él (*adiuvandi*), a suplirlo (*suplendi*) y a corregirlo (*corrigendi*)⁹.

Se creó así un orden jurídico paralelo al estricto *ius civile*. Ambos sistemas terminaron fundiéndose a lo largo de la evolución del Derecho Romano.

⁸ V. A. CASTRESANA, *Fides, bona fides un concepto para la creación del derecho*, Madrid 1991, pp. 13 y s.

⁹ El origen pretorio o civil de los *iudicia bonae fidei* es cuestión discutida en la doctrina romanista.

Según R. FIORI su origen pretorio no resulta de ninguna fuente; entiende que es el resultado de la proyección a la realidad romana de las concepciones positivistas de los intérpretes. «Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)», en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 4, 2011, p. 108.

Resulta digno de notar que un fenómeno semejante se puede reconocer en la evolución del Derecho inglés. La *Equity* practicada por el Tribunal de la Cancillería fue una reacción en contra del formalismo procesal del *Common Law*. La dualidad jurisdiccional fue abolida por la *Supreme Court of Judicature Act* de 1873, pero la dualidad sustantiva subsistió. Actualmente, los tribunales aplican las normas procedentes de la *Equity* y del *Common Law*. La *section 49 (1)* de la *Senior Courts Act* de 1981 establece que prevalecen las normas de la equidad en caso de conflicto: «*the rules of equity shall prevail*»¹⁰.

También en el Derecho alemán la jurisprudencia y las doctrinas apoyadas en el § 242 del BGB han dado lugar a un conjunto de soluciones interpretativas, complementarias, e incluso correctoras de la misma ley¹¹. Este precepto de solo dos líneas ha dado lugar a comentarios de cientos de páginas¹². Ha sido considerado como un precepto soberano, una cláusula general a modo de norma supervisora de las demás.

Estos tres ejemplos, *ius honorarium*, *equity*, y cláusula general de la buena fe del § 242 BGB, sugieren que el Ordenamiento jurídico opera en diversos planos o instancias. Junto a normas precisas, el Ordenamiento utiliza herramientas para suplirlas, complementarlas o incluso corregirlas en determinadas situaciones, pero sin suprimirlas, ni derogarlas. Son las llamadas cláusulas generales que son disposiciones de gran generalidad de las leyes (arts. 7, 1255, 1258 etc.), por lo que se requiere precisar o concretar su mandato para ser aplicadas en los diversos contextos de la vida jurídica. No se puede decir que los jueces prescindan de la ley al aplicarlas, porque los jueces están autorizados por la misma ley para complementarla o corregirla conforme a los valores que la misma ley ordena que deben regir la vida jurídica. El Ordenamiento o, si se prefiere, el sistema jurídico «sabe» que las normas precisas pueden ser inapropiadas en ciertas situaciones y se «corrige a sí mismo» por remisión a valores que considera imperativos.

¹⁰ «Subject to the provisions of this or any other Act, every court exercising jurisdiction in England or Wales in any civil cause or matter shall continue to administer law and equity on the basis that, wherever there is any conflict or variance between the rules of equity and the rules of the common law with reference to the same matter, the rules of equity shall prevail». Naturalmente, esto no significa que el Derecho inglés reconozca la existencia de un principio general de buena fe en los contratos. Tampoco hay que ignorar que cuenta con doctrinas que cumplen funciones semejantes a las que en otras jurisdicciones cumple la buena fe. Cfr. el excelente trabajo de N. MATO PACÍN, «El papel de la buena fe en el derecho contractual inglés», *Indret* n.º 2, 2021. V. también, Saintier, «The elusive notion of good faith in the performance of a contract: why still a *bête noire* for the civil and the common Law?», *Journal of Business Law* 2017, p. 441 y ss.

¹¹ M. J. SCHERMAIER, «Bona fides in Roman contract law», en *Good Faith in European Contract Law*, ed. Zimmermann y Whittaker, Cambridge University Press, 2000, p. 63 y s. Cita en el mismo sentido a J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, hay traducción española, de Filhol, ed. Bosch.

¹² El § 242 dispone: «El deudor está obligado a cumplir la prestación tal como exige la buena en consideración a los usos del tráfico».

De la misma manera que el Ordenamiento habilita diversas instancias judiciales, porque prevé la posibilidad de que los jueces se «equivocuen» al aplicar la ley, la misma ley utiliza disposiciones en forma de cláusulas generales para paliar sus inevitables imprevisiones y/o corregir sus decisiones inapropiadas para ciertas situaciones.

Por tanto, es necesario matizar la célebre frase de Montesquieu¹³, porque la ley no son solo palabras exactas, sino mandatos que remiten a valores, como la buena fe, que la misma ley quiere que el juez aplique, si bien con ayuda en lo posible del mismo sistema, de la jurisprudencia y de la doctrina.¹⁴

R. Summers dice con razón: «*By invoking good faith, implying a promise or working a estoppel it may possible for a judge to do justice and do it according to law*». Añade que estas doctrinas «*supplement, limit and qualify specific legal rules and contract terms*» y continúa: «*The functions they perform further the most fundamental policy objectives of any legal system-justice, and justice according to law*»¹⁵.

Además de la aspiración de seguridad jurídica, existe en un Estado de Derecho la exigencia de justicia que no se consigue solamente con procedimientos formales¹⁶. La indeterminación que provoca la ley al utilizar cláusulas generales no ha de ser censurada. La experiencia histórica y el Derecho comparado muestran que mantener la indeterminación de los principios mediante cláusulas generales es una estrategia del Ordenamiento para posibilitar constan-

¹³ El juez solo es la boca que pronuncia las palabras de la ley.

¹⁴ El imperio de la ley en un Estado Democrático de Derecho no equivale al imperio de normas precisas emanadas de la Ley. Art. 1 CE: 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Art. 103 CE: 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. El art. 9 por su parte dice que la Constitución garantiza el principio de legalidad. La invocación y aplicación por el juez de la buena fe respeta este principio, porque bien el art. 7, bien el art. 1258 son disposiciones de la ley.

¹⁵ R. SUMMERS, «Good faith in general contract Law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code», *Virginia Law Review*, 54-2 (1968, p. 198).

¹⁶ Hoy es muy frecuente la invocación de la seguridad jurídica como fundamento de una argumentación. Sin embargo, no siempre se quiere decir lo mismo. Como es sabido, una es la llamada seguridad estática –simplificando, la de los propietarios– y otra la dinámica –la de los terceros adquirentes–. En otro sentido, por seguridad jurídica se entiende la certeza del Derecho y de los contratos. La denominación de la DGRN ha pasado a ser Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Ojalá la reforma no se quede en los nombres y se repare la gran inseguridad que provocó el art. 12 LH al cercenar el principio de legalidad en el control del título ejecutivo extrajudicial en las hipotecas. Paradójicamente la reforma de 2007 en este punto tuvo su origen en la que ahora se llama Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Algún tratadista aplaude, sin embargo, por *razones pragmáticas* la inaudita limitación del control de legalidad que ese artículo introdujo, sin querer ver sus nefastas consecuencias en el desmesurado aumento de litigiosidad hipotecaria.

tes adaptaciones a la realidad, a las diversas situaciones de su campo de aplicación material y temporal, en suma, para responder a las exigencias de justicia.

El uso de cláusulas generales por parte de la ley, como buena fe u orden público, es imprescindible y su aplicación por parte de los tribunales no debe confundirse con activismo judicial contrario a la ley, porque es la misma ley la que impone la aplicación de las exigencias de la buena fe (arts. 7 y 1258 CC, entre otros) o del orden público (art. 1255, entre otros).

2. FUNCIONES DE LA BUENA FE

La buena fe cumple diversas funciones. Por una parte, es un principio general inspirador de muchas normas. Como principio general fundamenta diversas figuras jurídicas, que han obtenido una regulación en la que se concreta el principio, por ejemplo, la compensación (arts. 1195-1202), la resolución por incumplimiento (art. 1124), o bien la *exceptio non adimpleti contractus*, que se manifiesta en algunos preceptos del Código civil como en los arts. 1100, 1466 y 1502. Además, puede operar como fuente supletoria, que es una función que el art. 1 CC asigna a los principios, pero debe notarse que este mismo artículo se cuida de precisar que esa no es su única función.

Por otra parte, la buena fe también es un hecho al que se remiten muchas normas como parte de su supuesto de hecho¹⁷. Así, por ejemplo, en los preceptos que se refieren al matrimonio putativo, a la posesión, accesión, usucapión y protección de terceros adquirentes, entre otros. En los artículos del Código civil 16, 18, 25, 53, 61, 64, 78, 79, 83, 89, 95, 98, 156, 361, 364, 379, 382, 383, 433, 434, 435, 442, 451, 452, 453, 454, 457, 464, 1107, 1160, 1163, 1529, 1530, 1738, 1778, 1897, 1950, 1955, 1957, 1997 y otros muchos más¹⁸, la buena fe de un sujeto es invocada como un hecho del que deriva una consecuencia jurídica determinada. Es la llamada buena fe subjetiva.

En algunos preceptos se alude a la buena fe objetiva en circunstancias concretas, como en los arts. 364, 1520 o 1705. Si alguien de mala fe edifica en

¹⁷ Es necesario precisar el sentido de la expresión «supuesto de hecho», porque esta expresión se utiliza muchas veces impropriamente en otro sentido. Así, por ejemplo, me parece un uso impropio hablar del supuesto de hecho de una sentencia, porque en rigor una sentencia no contiene un «supuesto de hecho». En sentido propio, supuesto de hecho es el de la norma, es la hipótesis que formula la norma para la aplicación de su consecuencia jurídica. Si A, entonces B. Las sentencias deciden sobre hechos probados o no probados, no sobre hipótesis sobre hechos. Me parece necesaria esta aclaración, porque en adelante me referiré muchas veces a la buena fe como parte de un supuesto de hecho, es decir, a la buena fe como un hecho que una norma toma como premisa de su consecuencia jurídica.

¹⁸ A estos artículos hay que añadir otros muchos que se refieren a la mala fe en un sentido subjetivo.

suelo ajeno a vista ciencia y paciencia del propietario, la conducta de este se califica de mala fe y los derechos de ambos serán los mismos que si ambos hubieran procedido de buena fe (art. 364). Este precepto muestra cómo no es correcta la idea según la cual en materia de derechos reales, solo opera la buena fe subjetiva. En este precepto se toma en cuenta la mala fe subjetiva del que edifica y la conducta contraria a la buena fe del propietario que tolera la construcción en su terreno y luego pretende quedarse con lo edificado. El comprador sujeto a pacto de retro puede arrendar, pero de buena fe y conforme a la costumbre de la tierra (art. 1520). En una sociedad civil sin término de duración, cualquiera de los socios puede provocar su disolución de buena fe y en tiempo oportuno (art. 1705). Es de mala fe la renuncia cuando el socio se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. Se trata de la buena fe objetiva en supuestos concretos.

Otros preceptos invocan la buena fe de una manera general en un sentido objetivo de regla que ha de observarse en el ejercicio de los derechos (art. 7), en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1258), para el control de la regla contractual establecida por medio condiciones generales o cláusulas predispuestas (art. 82 TRLGDCU), y en las actuaciones procesales (art. 11 LOPJ y 247 LEC). Cuando, en estos preceptos, la ley se refiere a la buena fe lo hace en un sentido objetivo, esto es, como norma; además la buena fe entonces no opera como un principio supletorio, sino como ley. Ciertamente se trata de una «norma» muy general que no admite una aplicación directa mediante la subsunción, sino que debe concretarse en una norma propiamente dicha, que el juez –para motivar su decisión– debe hallar y formular para el caso –al menos implícitamente– mediante un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica especiales. Este carácter general explica las sentencias del Tribunal Supremo que consideran al art. 1258 un precepto genérico no susceptible de ser invocado para motivar un recurso de casación¹⁹. Parece razonable que no baste invocar genéricamente una infracción de la buena fe en sentido objetivo, es preciso concretar de qué modo o manera se ha infringido una regla específica derivada de esa cláusula general o precepto genérico, como dice el Tribunal Supremo. Pero, por otra parte, no puede aceptarse que este precepto solo tenga un valor programático o de mera recomendación sin fuerza vinculante, como han afirmado algunas sentencias. La STS 1715/1996 de 19 de marzo califica a la buena fe de socorrido principio, seguramente ante la frecuente invocación infundada del mismo.

¹⁹ No obstante, alguna sentencia estima el motivo apoyado en el art. 1258. También se admite si se invoca junto a otro precepto.

En resumen, es necesario distinguir diversas acepciones de la buena fe: 1) como principio general; 2) como cláusula general de ciertas leyes (arts. 7 y 1258 CC, 5 LCD, 82 TRLGDCU, 11 LOPJ, 247 LEC. ET); 3) como elemento o parte de los supuestos de hecho de normas concretas, como en los artículos relativos al matrimonio putativo, a la posesión, accesión, usucapión, pero también en otros de derecho de obligaciones y contratos antes citados.

3. CLASES DE BUENA FE

El concepto de la buena fe ha dado lugar a grandes discusiones, empezando por si debe considerarse unitariamente o si, por el contrario, hay que partir de la distinción entre la buena fe objetiva y la subjetiva. Las diversas acepciones de la buena fe residen en el mismo campo de valores, pero es necesario precisar los distintos conceptos de buena fe para su aplicación, porque su significado no es el mismo en las diversas situaciones. Reducir a unidad el concepto de buena fe tiene consecuencias perturbadoras para la comprensión de su funcionamiento en las distintas instituciones, y para la determinación del concepto sobre todo en su vertiente subjetiva, cuya autonomía y existencia algunos niegan.

En los Ordenamientos latinos, como el español, se habla de «buena fe» en varios sentidos, porque el idioma no distingue como la lengua alemana entre buena fe en sentido subjetivo (*guter Glaube*) y buena fe objetiva (*Treu und Glauben*). La buena fe como principio general del Derecho fundamenta la aplicación de ambas nociones y se concreta a través de ellas.

En nuestra doctrina, no se ha insistido suficientemente en la distinción entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva²⁰. En algunas ocasiones, se produce en la doctrina la incomprensión de algunos preceptos por no distinguir el sentido en que el precepto se refiere a la buena fe, como por ejemplo el art. 1107, que en mi opinión se refiere a la buena fe subjetiva²¹.

²⁰ DE LOS MOZOS se refiere ampliamente a ambas clases de buena fe en *El principio de la buena fe*, Barcelona 1963, pero la distinción no se recoge en los Manuales y Tratados. En un reciente Tratado de Derecho de Contratos, CARRASCO dice no entender que quiere decir el Tribunal Supremo cuando se refiere a la buena fe objetiva.

²¹ Desde el punto de vista de la buena fe objetiva, en cambio, el art. 1107 es de difícil comprensión. Así, dice DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial II*, 6.ª ed. p. 587): «... no se comprende bien que un deudor que por hipótesis tiene que ser culpable, pueda ser calificado como un deudor de buena fe, ya que éste tiene que ser, en virtud del contenido ético que impregna la idea de la buena fe, alguien que ha ajustado su conducta a los cánones o a los criterios éticos. Por tanto, alguien que se ha comportado de un modo correcto, honesto y diligente». En mi opinión, el art. 1107 CC demuestra que la buena fe subjetiva no es incompatible con la culpa.

Incluso algunos autores niegan la distinción. Hernández Gil, seguido por D. Ferreira, sostiene una concepción unitaria y ética de la buena fe, que, a pesar de su buena intención, debe ser rechazada por mantenerse en un nivel meramente retórico, sin percibir la importancia de distinguir el diverso grado de concreción de la buena fe, ignorar las diversas tareas que debe realizar el juez en la aplicación del Derecho, según que la buena fe se entienda en sentido objetivo o subjetivo, y también por la necesidad de respetar las definiciones legales de la buena fe subjetiva (arts. 433, 1950 CC, 34 LH)²². Ignorar esta distinción es semejante *mutatis mutandis* a ignorar la distinción entre derecho subjetivo y Derecho objetivo. Por ejemplo, es obvio que *ius* no significa lo mismo en la expresión *ius civile*, *ius gentium* que cuando se dice que el usufructo es *ius utendi et fruendi*, etc. Aunque los juristas romanos no explicitaran la distinción parece claro que al igual que *ius*, utilizaban la expresión *bona fides* en diversos sentidos. Talamanca cita un texto en el que concurren ambos sentidos objetivo y subjetivo²³.

A. Földi se ha ocupado de rastrear el origen de las formulaciones de la distinción, siguiendo los trabajos de Masseto²⁴. Por su parte P. Bonis ha completado los datos²⁵. Según refiere A. Földi, siguiendo a Masseto, aparte de algunos pasajes de Franciscus Aretinus²⁶, la primera formulación clara de la dualidad de sentidos de la buena fe se debe a Juan Medina (1490-1547), jurista y teólogo de la escuela de Salamanca²⁷. Medina llama buena fe especulativa a la buena fe subjetiva:

²² HERNÁNDEZ GIL, *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe*, discurso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1979. D. M. FERREIRA, *La buena fe*, Madrid 1984. También HERNÁNDEZ GIL en *La posesión*.

²³ TALAMANCA, «La *bona fides* nei giuristi romani», en L. Garofalo, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, 2003, p.

²⁴ MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale*, Digesto⁴, Discipline privatistiche, Sezione civile (DVD-edition of 2011) citado por A. FÖLDI, «Traces of the dualist interpretation of good faith in the *ius commune* until the end of the sixteenth century», en *Fundamina (Pretoria)* vol. 20 n., 2014.

²⁵ Peter BONIS, «Bona Fides Exuberans: A New Legal Concept of Twelfth Century Legal Scholarship» (2016) 7:2 J on European History of Law, 97.

²⁶ En su comenarío a las Instituciones de Justiniano 4.6.28 dice: Notare autem debes in principio, quod duplex est bona fides. Una quae est contraria dolo et fraudi. Et hoc modo omnes contractus bonae fidei sunt: in omnibus enim debet abesse dolo et fraus. Est et alia bona fides, quae antonomatice vocatur bona fides propter exuberantem fidem quae est in ea. Ab ista bona fide dicuntur contractus in isto § enumerati, bon. fi. Sed domine, quae est exuberantia fidei quae est in ista sive in istis actionibus? Respon. Frater, ex hoc quod in eis multa veniunt ex bono et aequo, de quibus non fuit actum inter partes. In contractibus autem stricti iuris solum veniunt ea de quibus actum est inter partes ut venirent. De actione depositi quando ipsa sit bonae fidei, nemini venit in dubium quantum ad aliquid. De ipsa tamen dixerunt quidam antiqui, quod simpliciter est De actione depositi quando ipsa sit bonae fidei, nemini venit in dubium quantum ad aliquid. De ipsa tamen dixerunt quidam antiqui, quod simpliciter est bonae fidei, in quatuor tamen casibus, puta tumultus, incendii, ruinae, naufragii. Dominus autem la. dicit quod actio depositi bonae fidei est.

²⁷

«Scientia seu credulitate, qua quis credit... non alienum, sed suum esse, quod possidet... aut se debitorem alicuius rei esse»²⁸. Esto es: Ciencia o creencia, la de quien piensa que la cosa que posee no pertenece a nadie más que a él mismo... o piensa que es deudor de cierta obligación.

En cambio, llama buena fe práctica a la *bona fides* objetiva: «Conscientia quae dictat quid agendum, quid non agendum, aut quid liceat agere, quid non; quid liceat retinere, quid non...». Esto es: «Conciencia que determina lo que se debe y no se debe hacer, lo que está permitido hacer y lo que no, lo que se puede retener y lo que no...». Por una parte, la buena fe consiste en un hecho, en saber o creer algo y, por otra, consiste en una norma que regula el comportamiento.

Otros autores como Rebuffus, Donello y Cuyacio exponen la distinción. Ahora bien ha sido a partir de la polémica entre Bruns y Wächter cuando se ha difundido la distinción conforme a la opinión de este último autor²⁹.

En nuestro Derecho, por una parte, en ocasiones se ha distinguido *grosso modo* la buena fe en los derechos reales y la buena fe en el derecho de obligaciones³⁰. También se suele distinguir una concepción ética de la buena fe y una concepción psicológica. En realidad, se trata de ecos de la famosa polémica que hoy debe considerarse superada. La discusión se refería a un caso de prescripción adquisitiva de 30 años que requería buena fe según el Derecho aplicable en Alemania en el siglo XIX. Para Bruns la buena fe exigía que el poseedor fuera diligente en la comprobación de la regularidad de su adquisición, porque la buena fe en la usucapción es un principio «ético jurídico comercial», según sus propias palabras³¹. Desde la distancia se aprecia lo forzado de esta opinión formulada en un dictamen de parte, pues si hubiera de entrar en juego la dili-

²⁸ MEDINA, *De poenitentia, restitutione et contractibus* II (1590) 177, citado por FÖLDI a través de Massetto, MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale*, Digesto⁴, Discipline privatistiche, Sezione civile. DVD-edición, 2011.

²⁹ Sobre esta polémica, J. M. MIQUEL, «La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho civil», *AAMN*, XXIX, 1987, pp. 12 y ss.

³⁰ Así por ejemplo, M. AMORÓS, La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe, *ADC* 1972, p. 217, dice que «la separación entre dos tipos o clases de buena fe: buena fe objetiva aplicable en el campo de los contratos (art. 1258) y buena fe subjetiva en el campo de los derechos reales (arts. 433, 1950), es admitida casi unánimemente en la doctrina española y extranjera». La STS 531/2021 de 14 de julio señala que al actor le faltaba buena fe, tanto «el aspecto subjetivo de la buena fe como expresión de la creencia del correcto ejercicio de un derecho por parte de los actores; así como también la buena fe objetiva, que impone una actuación respetuosa con las reglas de rectitud, honradez y lealtad debidas».

³¹ BRUNS, *Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung*, Berlin 1872, p. 16 y 17: «Das Prinzip der bona fides ist eben, wie oben gesagt, hier nicht ein psychologisches, sondern ein ethisch-rechtlich-commercielles»- WÄCHTER (*Die bona fides bei der Ersitzung des Eigenthums*, Leipzig 1871, reimpression, Frankfurt, 1970, p. 11 y ss., entiende que el principio de la buena fe es también un principio ético-jurídico, pero no es ese adjetivo que añade BRUNS: comercial.

gencia como criterio para decidir el litigio: ¿qué decir de la diligencia del propietario que reivindica después de 30 años?

P. Bonis ha puntualizado que antes que F. Aretinus ya W. Cabrianus había distinguido la buena fe como contraria al dolo *in contrahendo* y la buena fe en una función reguladora de la relación contractual. Es esta especie de buena fe a la que se refiere el art. 1258, que de alguna manera generaliza su exigencia a todos los contratos. «Est autem fides bona, que tuetur substantiam omnium placitorum omniumque conventorum, ergo omnium contractuum. A genere in speciem: est et alia fides que dicitur exuberans et magis abundans, per quam prestatur etiam id de quo inter contrahentes actum non est, et hoc in contractibus bone fidei desideratur, ut infra Pro socio, Cum (C. 4. 37. 3). Prima vero in omni contractu spectatur, quoniam contractus qui non bona fide, sed dolo malo est initus aut ipso iure est irritus aut irritandus».

«Es una buena fe que garantiza la esencia de todos los pactos y acuerdos y, por lo tanto, de todos los contratos. Como especie del género: existe también otra buena fe que se llama exuberante y más profusa, por la que también se debe aquello que no se ha convenido entre las partes contratantes, y esto se exige en los contratos de buena fe, tal como se dice después en *Pro socio, Cum* (C. 4. 37 3)³². La primera se considera en todo contrato, ya que un contrato que no se ha celebrado de buena fe, sino de mala fe, es nulo *ipso iure* o anulable». La buena fe es exigible en toda clase de contrato, en cuanto concepto opuesto al dolo, pero además hay otra buena fe que cumple el papel de norma de conducta exigible, aunque no haya sido convenida por las partes. Esta es la buena fe exuberante propia de ciertos contratos³³.

Hoy, el art. 1258 generaliza a todos los contratos la buena fe como norma de conducta exigible.

La buena fe subjetiva no es, como pudiera creerse, la calificación de la conducta del que observa las exigencias de la buena fe objetiva, porque son patrones diversos que por regla general se refieren a distintas situaciones. Así, por ejemplo, es posible incumplir de buena fe (art. 1107) las reglas de la buena fe objetiva (art. 1258) del mismo modo que se puede infringir de buena fe la ley o una regla contractual expresa. A la inversa es posible que a un sujeto no le aproveche su buena fe subjetiva, por contradecir su invocación las reglas de la buena fe objetiva. Si este punto de partida no se acepta se produce una alteración muy importante de la buena fe subjetiva, que o se niega desde el principio como au-

³² C.4.37.3.: «Cum in societatis contractibus fides exuberet...». «Como quiera que en los contratos de sociedad abunde la buena fe...».

³³ Se refiere a los contratos de compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad. En el Derecho inglés ciertos contratos son calificados de *uberrima fidei*, especialmente el seguro.

tónoma o se confunde con la objetiva por haber sido sometida a patrones objetivos en exceso. Pero si, como parece más acertado, este punto de partida se admite, entonces la teoría unitaria debe rechazarse. La separación es clara en los Ordenamientos, como el suizo, que cuentan con diversos preceptos generales (arts. 2 y 3 CC) para ambos significados de la buena fe, además de terminología diversa en uno de los idiomas de redacción de las leyes (alemán), pero no en los otros (francés e italiano). La separación es evidente también para la doctrina alemana, sin que se cuestione la distinción entre la buena fe subjetiva (*guter Glaube*) y la objetiva (*Treu und Glaube*). Igualmente en la doctrina italiana. La unidad de terminología dificulta en los Ordenamientos latinos, la distinción, que, sin embargo, existe tradicionalmente y se recoge en los Códigos.

La buena fe subjetiva es generalmente un elemento del supuesto de hecho de una norma legal, pero también puede serlo de una norma derivada o construida a partir del principio de buena fe. La buena fe subjetiva es un hecho del espíritu que caracteriza a quien incumple una norma o lesiona un derecho sin conciencia. No siempre merece protección, porque su relevancia depende de otros factores que la ley toma en cuenta. La buena fe subjetiva no representa un arquetipo de conducta valiosa para el Derecho objetivo porque va unida a una acción u omisión antijurídica. El Ordenamiento jurídico persigue ciertas finalidades, como por ejemplo seguridad del tráfico o favor para el matrimonio y las vincula a la buena fe, pero no dispensa la protección solamente por la buena fe. La buena fe no excusa del cumplimiento de obligaciones, como queda claro en el art. 1107. El deudor de buena fe al que se refiere este artículo es un incumplidor que responde por su incumplimiento, si bien en medida diversa del doloso. La buena fe, a semejanza de la ignorancia de la ley, no excusa del cumplimiento de obligaciones, deberes o cargas³⁴. De la

³⁴ Otra cosa parecen entender P. SALVADOR y GARCÍA MICÓ, en su trabajo en *Indret, La buena fe contractual*, cuando dicen «la primera vez», aceptando que un deudor de buena fe puede ser un deudor negligente (art. 1107 CC). Parecen entender que por una vez se perdona al deudor negligente, pero no más. Sin embargo, el deudor de buena fe (art. 1107 CC), es un incumplidor y responde también «la primera vez». La buena fe del deudor no le excusa del cumplimiento de su obligación, solo determina el alcance de su responsabilidad. El artículo no trata de la buena fe en sentido objetivo, sino subjetivo. El deudor de buena fe en el art. 1107 es un deudor que no sabe que incumple, pero incumple su obligación y responde por ello. Se trata, por ejemplo, de un vendedor que ignorando que una vaca está enferma, la vende y la entrega. Incumple y responde, pero en medida diversa al vendedor que conoce el vicio. Desde el punto de vista de la buena fe objetiva, en cambio, el art. 1107 es de difícil comprensión. Así, dice DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial II*, 6.ª ed. p. 587): «...no se comprende bien que un deudor que por hipótesis tiene que ser culpable, pueda ser calificado como un deudor de buena fe, ya que éste tiene que ser, en virtud del contenido ético que impregna la idea de la buena fe, alguien que ha ajustado su conducta a los cánones o a los criterios éticos. Por tanto, alguien que se ha comportado de un modo correcto, honesto y diligente». En mi opinión, el art. 1107CC demuestra primero que la buena fe subjetiva no excusa del cumplimiento de obligaciones, y segundo que la buena fe subjetiva no es incompatible con la culpa.

misma manera, la buena fe no basta para adquirir derechos que no pertenezcan al transmitente, salvo que la ley para favorecer el tráfico así lo establezca bien instantáneamente (art. 85 Código de Comercio, 34 LH), bien por medio de la usucapión (art. 1955 y 1957).

Quien observa las exigencias de la buena fe objetiva, por el contrario, no viola ninguna norma, ni lesiona ningún derecho. Esta sustancial diversidad se borra en la teoría unitaria. La buena fe objetiva, por ejemplo, puede imponer a una parte el deber de informar a la otra de ciertas circunstancias. Si cumple este deber ha actuado conforme exigía la buena fe (objetiva). Si no cumple este deber, ha podido proceder, no obstante, de buena fe (subjetiva) o por el contrario con dolo (al que se equipara la culpa lata en ciertos casos).

La norma derivada de la buena fe objetiva entra en juego para juzgar la conducta de quien actúa de conformidad con un derecho formalmente existente, pero en contra de la buena fe; o cuando se trata de establecer obligaciones o deberes que no aparecen creados formalmente. Se trata de corregir o completar una regulación aparentemente conforme con las reglas aplicables. La buena fe subjetiva por el contrario entra en juego cuando existe un defecto jurídico por comparación con los supuestos de hecho considerados modelo. Por ejemplo, se adquiere a non domino, se contrae el matrimonio con defectos formales, se construye en suelo ajeno, o se incumple el contrato por falta de conformidad sin saberlo.

Es cierto que en algunos supuestos es difícil establecer la distinción. Así, por ejemplo, a pesar de que a algunos autores les parezca claro que el artículo 1.473 CC trate de la buena fe subjetiva, me parece más bien que –sin perjuicio de su semejanza y en la medida en que se refiera sólo a una doble venta y no a una venta de cosa ajena–, el artículo 1.473 y la doctrina jurisprudencial que lo completa –especialmente en el ap. II– tratan de limitar una adquisición que es conforme al sistema del CC (art. 609), precisamente por la mala fe del adquirente. El supuesto es el inverso al de la adquisición a non domino, por ejemplo. En el artículo 1.473 se sanciona la mala fe de quien ha cumplido con las reglas generales de la adquisición de la propiedad, pero ha contrariado las exigencias de la buena fe. Ni la definición del artículo 433, ni la del artículo 1.950 encajan en este supuesto, porque no existe ningún vicio ni en el título, ni el modo de adquirir del segundo comprador que es primero en la posesión. La exigencia de buena fe aquí es correctora de un supuesto de hecho regular, mientras que en la adquisición a non domino es correctora de un supuesto de hecho irregular.

Este enfoque pone de relieve que el concepto y la función de la buena fe varían por el modo de concebir el Ordenamiento jurídico y más concretamente

por los conceptos de supuesto de hecho regular e irregular, lo que puede corresponder a los problemas de definición de la antijuridicidad. Esto contribuye a ver que la buena fe constituye un elemento de construcción, estructura y método de funcionamiento del Ordenamiento jurídico en relación con la dualidad de valores formales y materiales. El Ordenamiento jurídico opera, o lo concebimos, formulando hipótesis de regularidad e irregularidad que respectivamente son alteradas por la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva. Cada una de éstas se refiere a supuestos diversos caracterizados globalmente por su regularidad o irregularidad, respectivamente.

La buena fe, objetiva y subjetiva, corrigen el sistema, aunque en supuestos diversos, siempre en favor de unos mismos valores. Lo hacen de modo inverso: la buena fe objetiva corrige el sistema en contra del sujeto que no observa las exigencias de dicha buena fe, y la buena fe subjetiva en favor del sujeto que se encuentra en una situación irregular, pero de buena fe. Los casos inversos son casos en los que opera el sistema sin necesidad de hablar de buena o mala fe. Así si un sujeto observa las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos, operan pura y simplemente las reglas que regulan estos sin modificaciones. Por otra parte, si un sujeto cree que adquiere *a non domino*, cuando realmente lo hace *a domino*, operan las reglas normales sin modificaciones. En este caso, como dice Paulo: «plus est in re quam in existimatione mentis» (D. 22.9.4) –hay más en la realidad (*jurídica*) que en la mente– y aunque el adquirente piense que está comprando una cosa ajena, si la cosa es realmente del vendedor, adquiere bien, aunque su intención sea moralmente deshonestá.

4. LAS CLÁUSULAS GENERALES SOBRE LA BUENA FE

Es importante tener en cuenta que además de aplicaciones específicas de la buena fe en determinados preceptos, el legislador ha considerado conveniente formular en varias cláusulas generales legales la necesidad de observar las exigencias de la buena fe objetiva.

Llamamos cláusulas generales –legales– a determinadas *disposiciones de la ley*, que están formuladas de manera muy general y que remiten a valores³⁵. Respecto de la buena fe, por ejemplo, los arts. 7, 1258 del C. civil, 82 del Texto refundido de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU),

³⁵ No son normas jurídicas independientes que puedan ser entendidas por sí mismas, sino figuras metódicas auxiliares del legislador (J. SCHMIDT, en *Staudingers Kommentar*, 12.^a ed. § 242 n.º155.). V. J. M. MIQUEL, «Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho», *AFDUAM* n.º 1, 1997, pp. 297-326.

y 4 de la Ley de Competencia Desleal, entre otros³⁶. Por tanto, formalmente en la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico (art. 1 del CC,) estos preceptos elevan la *buena fe objetiva* al rango de ley, en vez de otorgarle una función subordinada en defecto de ley, como en general dispone el art. 1 CC respecto de los principios generales del Derecho, sin perjuicio de su carácter informador³⁷.

Por eso hay que decir de manera decidida que la buena fe –la observancia de las exigencias de la buena fe objetiva– es también *ley*, aunque el mandato legal tenga un carácter muy general por medio de los citados preceptos que adoptan la forma de cláusulas generales. Esta afirmación es importante frente a concepciones formalistas de la ley que la identifican con proposiciones normativas determinadas lingüísticamente de manera precisa, o que reclaman que se formulen así. Desde el principio hay que afirmar que la indeterminación de las cláusulas generales es fundamental para que cumplan su función. Seguramente el lector toma en cuenta, sin necesidad de explicaciones, que no tratamos de Derecho Penal. En este, sin embargo, la buena fe subjetiva puede tener su paralelo en figuras como el error de tipo y el error de prohibición.

Las cláusulas generales de los artículos 7, 1258 CC, 82 TRLGDCU y 4 LCD (Ley de Competencia desleal) se dictan para que la buena fe objetiva cumpla ciertas funciones que se consideran ineludibles frente a una aplicación estricta de las normas relativas a los derechos subjetivos, a los contratos y a la competencia, respectivamente. Son por tanto previsiones legales que están destinadas a concretarse de manera específica en atención al programa del legislador en cada ámbito. En el primero de los citados artículos, la buena fe opera como límite del ejercicio de los derechos, poderes y facultades, y en el segundo, como fuente de integración contractual. Junto a estas funciones, la buena fe en el tercero de los preceptos citados (art. 82 TRLGDCU) cumple una función controladora del contenido contractual en contratos entre empresarios y consumidores, siempre que ese contenido no haya sido negociado individualmente, sino predispuesto por el empresario.

Es en la Ley de Competencia desleal en la que el precepto correspondiente, el art. 4, se titula expresamente «Cláusula general»³⁸.

³⁶ La exposición de motivos de la ley de Competencia Desleal destaca la importancia de la cláusula general de su artículo 4, pues afirma que de ella depende el éxito de la ley como enseña el Derecho comparado.

³⁷ Algunos autores invocan el art. 1 CC –en cuanto otorga carácter supletorio a los principios generales– para justificar el carácter supletorio de la buena fe.

³⁸ Artículo 4. Cláusula general. 1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

A diferencia del Código civil suizo³⁹, no existe en el Derecho español una regla general legal relativa a la buena fe en sentido subjetivo, aunque sí algunos preceptos que la definen en relación con determinadas materias, como los arts. 433 y 1950 del Código relativos a la posesión en general y a la usucapión ordinaria, respectivamente, y el art. 34 LH relativo a la fe pública registral.

No se puede negar el carácter de principio general de la buena fe, simplemente porque haya sido recogido en un precepto legal mediante una cláusula general, ni dudar de la importancia que tiene la formulación legal. Tampoco se puede suponer que por ser la buena fe un principio general, su mención en los arts. 7 y 1258 relegue la buena fe a un función supletoria y subordinada a las demás disposiciones legales y a los usos, como algunos autores han entendido⁴⁰.

La importancia de la formulación legal es, como puso de relieve Díez Picazo, la de situarse en el Título Preliminar, y ordenar a todos la observancia del principio⁴¹. Expresa la voluntad del legislador de que se aplique dicho principio seguramente ante los reparos que concepciones excesivamente legalistas, formalistas y meramente exegéticas de la ley podían oponer ante un principio de tanta fuerza expansiva y creadora.

Cuando un principio general se incorpora a una cláusula general legal –como la de los arts. 7 y 1258 CC– no deja de ser un principio, pero ya no posee un rango supletorio. Las funciones integradora e informadora son indudables. Pero además su formulación mediante una cláusula general en la ley significa la remoción de obstáculos formales para su reconocimiento como fuente de primer rango, pues entonces es también ley y opera en concurrencia con otras normas legales. En esa concurrencia, la cláusula general legal opera como norma de colisión para resolver los conflictos que surjan en ciertos casos entre la norma aplicable y los valores que la cláusula general representa. Con esto quiero llamar la atención sobre algo obvio, pero que a veces se olvida: los arts. 7 y 1258 CC, así como otros en otras leyes que contienen sendas cláusulas generales referidas a la buena fe (82 TRLGDCU, 11

³⁹ Los arts. 2 y 3 se refieren a la buena fe objetiva y a la subjetiva, respectivamente.

⁴⁰ Así, GARCÍA AMIGO, en *Actualidad civil, Sección Doctrina*, 2000, Ref. I, pág. 1, tomo 1, *La Ley* 1919/2001: « Más en concreto, una relación jurídica contractual es decir, la relación obligatoria nacida de un contrato es una relación económica regulada por una norma o regla jurídica creadas por la voluntad de los contratantes («lo expresamente pactado» autonomía de la voluntad), por la buena fe (principio general del Derecho), por el uso (costumbre o uso normativo) y por la ley (imperativa o dispositiva) (art. 1258 del CC). La determinación concreta de la norma que regula cada relación particular de la vida real se efectúa mediante la integración del contrato, de acuerdo con los arts. 1258 y 1 y 6 del CC.: es decir, mediante la lógica de la jerarquización complementadora de aquellas fuentes de integración; ley imperativa, voluntad de los contratantes, ley dispositiva, uso y buena fe».

⁴¹ DíEZ-PICAZO, Prólogo a la traducción española del libro de F. WIEACKER, *El principio general la buena fe*, ed. 2019, p. 11.

LOPJ, 4 LCD), poseen rango de ley y, por tanto, en la aplicación del Derecho no deben quedar relegados a normas supletorias. Estos preceptos generales referidos a la buena fe entendidos como mandatos para la búsqueda de fundamentaciones de las decisiones judiciales en valores –como la honradez, honestidad⁴², fidelidad y protección de la confianza suscitada–, permiten al juez la realización de los mismos, pero exigen una labor de concreción para la que el legislador no le presta ayuda en los citados preceptos. La tarea del juez para juzgar conforme a la buena fe –objetiva– fue considerada tanto por Cicerón como por una glosa a las decretales de Gregorio IX como muy trabajosa y difícil.

La indeterminación se produce en varios niveles, tanto en el de los supuestos de hecho, cuanto en el de las consecuencias jurídicas. Es bien difícil considerar a los arts. 7 y 1258 CC como normas en sentido técnico, porque existe una excesiva generalidad en el supuesto de hecho (si se puede llamar así) y en la consecuencia jurídica. Estos preceptos remiten a los valores que encarna la buena fe a modo de directiva y autorización para que el juez halle la norma que debe regir el caso, susceptible de aplicarse a un número indefinido de casos iguales, fundada en criterios generalizables y coherentes con los citados valores y con el sistema jurídico en el que ha de insertarse, siquiera este sistema no sea fijo, sino móvil.

Las decisiones judiciales –para estar fundadas– deben pasar desde la excesiva vaguedad del principio a la realidad de los hechos enjuiciados a través de zonas intermedias de una soportable abstracción, tal como se presenta en las normas en sentido técnico por tener determinados tanto el supuesto de hecho normativo como la consecuencia jurídica. Sólo así se posibilita en el caso enjuiciado la labor de subsunción y la formulación de criterios jurisprudenciales reconocibles para una razonable previsibilidad de las futuras decisiones. Por ello las cláusulas generales legales relativas a la buena fe exigen al juez una difícil tarea de formulación de la norma del caso, inspirada en aquellos valores, y bajo la que subsuma los hechos.

En el Derecho mercantil obtiene, desde siempre, extensa aplicación el principio de la buena fe (art. 57 C de C). En el Derecho cambiario, tiene especial importancia la distinción entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva a propósito de las excepciones cambiarias⁴³. En el ámbito de la competencia

⁴² Según el Diccionario de la RAE, honesto significa, además de decente o decoroso, otras como las que aquí interesan: 3. Razonable, justo. 4. Probo, recto, honrado.

⁴³ C. PAZ-ARES, «Las excepciones cambiarias», en A. Menéndez (Dir.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Civitas Madrid 1986 (2.ª ed. 1990), pp. 251-383, especialmente pp. 352 y ss.

desleal (LCD) se emplea una cláusula general y un generoso elenco de conductas tipificadas para dar certeza a la regulación, pero la redacción de esos preceptos está «presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales. En este sentido, se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas, que, en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad». La relación de esta ley con la protección de los consumidores se destaca en su exposición de motivos. Me parece interesante destacar que una misma cláusula general de la buena fe en la LCD se ha de concretar de manera restrictiva para evitar limitar la competencia, mientras que la cláusula general de la buena fe del art. 82 TRLGDCU, se ha de concretar de manera amplia para proteger a los consumidores. Esta diferencia revela que una misma cláusula general se concreta de manera diversa en función a las distintas finalidades perseguidas por cada ley.

La primitiva versión de la LCU (Ley 19/1984, Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios) en su art. 10 también se remitía a la buena fe para el control de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Fue objeto de escasa aplicación hasta que apareció la Directiva europea de 1993. Esto avisa de que el peligro de legislar por medio de cláusulas generales no consiste tanto en el riesgo de su mal uso por los tribunales, como en la omisión de su aplicación. Este fue el caso de la cláusula general de la buena fe de la LCU de 1984. Entre las cláusulas contractuales que en la ley de 1984 se declaraban nulas por contrarias a la buena fe, se incluían ya «las condiciones abusivas de crédito» (art. 10.1. c. 4), pero este precepto obtuvo escasa aplicación. Hoy los Tribunales, por el contrario, están abrumados, si no colapsados, por cifras ingentes de demandas por cláusulas abusivas, especialmente desde la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz). Según el CGPJ, los juzgados especializados en cláusulas abusivas desde su puesta en marcha, el 1 de junio de 2017, han recibido 583.964 asuntos y han resuelto 358.512. La mayor parte a favor del cliente en un porcentaje superior al 97%.`

5. BUENA FE Y DILIGENCIA

Son conceptos diversos que no deberían confundirse. Como resulta del art. 1107, la culpa o negligencia no excluye la buena fe del deudor. En este artículo, como en otros que tratan de la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos o por evicción, la buena fe se opone al dolo, pero no a la culpa. El

deudor de buena fe puede ser un deudor negligente, según estos preceptos. El deudor que realiza una prestación no conforme a la regla contractual creyendo que es conforme es un deudor de buena fe. Ahora bien, ser deudor de buena fe no excusa del cumplimiento de obligaciones. El deudor de buena fe es un incumplidor, que responde por ello, pero en medida diversa del doloso. Debe admitirse en algunos casos que la culpa lata se equipare al dolo⁴⁴. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la prueba de que el deudor conocía el defecto en muchas ocasiones solo se puede hacer por indicios o presunciones y un craso error será inverosímil.

La confusión entre buena fe y diligencia conduce en ocasiones a resultados indeseables. Los problemas suscitados por el art. 1483 CC y las limitaciones urbanísticas son bien conocidos. Se ha distinguido entre cargas y gravámenes constitutivos de derechos reales y limitaciones legales del dominio a estos efectos, pero las diferentes leyes del suelo han impuesto un deber de información al vendedor⁴⁵. Creo que alguna doctrina jurisprudencial sobre los deberes de información del vendedor y la diligencia exigible al comprador merece ser revisada. Especialmente discutible me parece la doctrina de la STS 7274/2006 de 17 de noviembre que ha sido seguida por otras. Según esta sentencia: «No puede decirse que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos (artículos 7.1 y 1258 CC), imponga un especial deber de información en los vendedores que venga a coincidir con lo que pueda obtenerse mediante la consulta de los Registros y de las Oficinas Públicas que la dispensan, entre otras razones porque la misma buena fe exige en la contraparte un comportamiento diligente»⁴⁶. La cuestión es importante, porque este razonamiento puede legitimar el comportamiento de los astutos frente a los ingenuos. Parece sarcástico que la sentencia entienda que los compradores, que eran extranjeros, no hubieran procedido de buena fe por no haber consultado los registros públicos para descubrir las limitaciones que pesaban sobre la finca. Sin embargo, ser poco diligente consigo mismo es muy distinto de ser negligente con los

⁴⁴ En D.16.3.32, CELSO dice que la opinión de Nerva según la cual «*latiorem culpam dolum esse*», no la compartió Prócuro, pero a él (Celso) le pareció exactísimo, porque si un depositario que es poco diligente con sus cosas, todavía lo fuera menos con las depositadas, «*fraude non caret*», es decir, incurre en dolo. No es conforme a la buena fe –objetiva– tratar peor a las cosas ajenas que a las propias. *Latiorem* es comparativo, por tanto, se trata de una culpa o negligencia «más grave».

⁴⁵ V. sobre esto últimamente, M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, «Titulares y adquirentes de buena fe en las últimas reformas de la normativa inmobiliaria», en M. P. García Rubio y J. J. Moreso (Directores), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Madrid 2020, pp. 411-431.

⁴⁶ Vendida a un matrimonio extranjero una vivienda unifamiliar en parcela de 4000 metros, esta queda reducida a 1000 por una vía que la atraviesa y por zonas verdes. Probado que los vendedores conocían estas limitaciones, la sentencia de la Audiencia estima la demanda de rescisión, pero el Tribunal Supremo la casa.

demás, solo esto es contrario a la buena fe⁴⁷. La imposición de una carga de diligencia al comprador –cuyo incumplimiento exoneraría al vendedor– no concuerda con el art. 1483 CC rectamente interpretado, que solo exige que la escritura no mencione la carga, y, en consecuencia, impone un deber de información al vendedor que conoce las limitaciones, al igual que lo imponía el art. 62 Ley del Suelo vigente entonces y el art. 27 de la actual. En todo caso, mediante una interpretación del contrato debe determinarse si la carga o gravamen se tuvo en cuenta por las partes. Así, por ejemplo, la STS 1167/2007 de 8 de noviembre, descartó con razón la aplicación del art. 1483 CC, porque las fincas vendidas se describían como rústicas y el precio correspondía a esta cualidad.

La doctrina de la citada sentencia de 17.11.2006 no concuerda con las de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que condenan por el delito de estafa por la venta con ocultación de hipotecas y otros gravámenes. Así la STS 4899/2000 de 22 de mayo de la Sala segunda condena por estafa a los vendedores de plazas de garajes y trasteros que ocultaron las hipotecas que los gravaban. Afirma la sentencia: «La posibilidad de acudir al Registro de la Propiedad para comprobar la existencia del gravamen no impide la realización de este delito». Coherentemente, la misma posibilidad no puede exonerar al vendedor que –conociendo la carga, gravamen o limitación– no la comunica al comprador que la ignora. No es admisible que el vendedor se exima de la obligación de informar que le impone la Ley del Suelo, por alegar que la buena fe exige diligencia al comprador. Se trata de un grave equívoco. La buena fe no puede exigir al comprador diligencia para no dejarse engañar: exige no engañar a otros y, en todo caso, exige ser diligente con los demás, pero no exige ser diligente consigo mismo. Se trata de una grave confusión entre diligencia en el cumplimiento de obligaciones para con otros y diligencia para el cuidado de los propios intereses. En suma, se trata de un malentendido derivado de la llamada concepción ética de la buena fe subjetiva mal aplicada a una cuestión de buena fe objetiva entre partes contratantes.

Es importante también que no excluya el dolo la «confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada» (sentencias de 11 de julio de 2007 y 26 de marzo de 2009, entre otras) como recuerda la sentencia STS 116/2021 de 3 de

⁴⁷ Es de suponer que el precio pagado por 4.000 m² no corresponde al precio de los 1.000 m² en que queda la finca con las limitaciones urbanísticas. Por otra parte, si la regla contractual consiste en entregar 4.000 m², no se ve qué importancia puede tener que el comprador pudiera haber averiguado que eso era imposible, si el vendedor lo sabía. El vendedor que se compromete a entregar una cantidad de metros que sabe que no podrá entregar, debe responder por ello. Frente al conocimiento del vendedor, la mera posibilidad de conocimiento por el comprador debe ser irrelevante.

marzo. Además continúa: «La jurisprudencia también ha admitido que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento, pueda consistir no sólo en la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (sentencias 233/2009, de 26 de marzo, 289/2009, de 5 de mayo, 855/2009, de 30 de diciembre, 129/2010, de 5 de marzo, 658/2011, de 28 de septiembre)». Esta doctrina contradice la de la sentencia de 17.11.2006 recién comentada. La sentencia 116/2021 trataba de la nulidad por dolo de un aval solidario a primer requerimiento; nulidad que invocaba un cofiador frente a la acción de regreso del otro.

En la misma línea que la citada sentencia de 17.11.2006, la STS 12.2.2003, entiende que las exigencias de la buena fe imponen diligencia al acreedor para averiguar la solvencia de la sociedad con la que contrata: «Sería una rémora importantísima para la rapidez de las transacciones mercantiles que hubiera que acudir al Registro Mercantil para enterarse de la solvencia de la persona con quien se quiere concertar una operación, salvo que se trate de profesionales a los que el uso de los negocios impone investigar dicha solvencia. No obstante, existen situaciones muy cualificadas en que ello es una carga inevitable en lógica comercial, y es cuando hay motivos suficientes o indicios racionales de la insolvencia. No puede amparar la norma al que se despreocupa de ello y opera sin ninguna cortapisa, por ejemplo, suministrando géneros al cliente de solvencia sospechosa. No puede pretender que jueguen entonces a su favor la imposición de la solidaridad de los administradores con la sociedad para el pago de las deudas sociales, no se actuaría entonces de la manera razonable, honesta y adecuada a las circunstancias de acuerdo con el art. 7.1 Cód. civil».

Llama la atención que la falta de diligencia del acreedor en comprobar la solvencia del deudor impida exigir responsabilidad a los administradores sociales de la sociedad deudora por constituir un ejercicio del derecho contrario a la buena fe. Se rectifica así el art. 105.5 LSRL entonces vigente y se socava la razón por la que se impone esa responsabilidad solidaria a los administradores. Esta doctrina poco fundada ha sido rectificadada después, entre otras, por STS 733/2013 de 4 de diciembre: «El mero conocimiento de una situación de crisis económica e insolvencia de la sociedad deudora no deslegitima al acreedor que la conocía para ejercitar la acción de responsabilidad».

6. LA FUNCIÓN INTEGRADORA DE LA BUENA FE EN LOS CONTRATOS

El art. 1258 del Código civil responde a la tradición histórica de la llamada buena fe exuberante; conforme a ella, los contratos llamados de buena fe obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino a todo lo que sea conforme a la buena fe. El art. 1258 generaliza esa exigencia a todos los contratos.

La STS 27.1.1977⁴⁸ es un buen ejemplo de aplicación del art. 1258 y de desarrollo judicial del Derecho en cumplimiento de la cláusula general de este artículo, desarrollo que luego se recogería en el art. 8 de la LDCU. La buena fe exige que lo anunciado en folletos de publicidad integre el contrato si el vendedor no advierte al comprador antes de la firma del contrato que no formará parte de su prestación. Es de mala fe el vendedor que anunció que los pisos contarían con aire acondicionado, y después invoca que no consta en el documento privado, así como que los folletos ya advertían que no constituían documento contractual⁴⁹.

El art. 1258 no trata solo de completar la voluntad de las partes, sino también de establecer la regla contractual conforme a la buena fe, aunque esa regla sea contraria a la voluntad de una de las partes. Se protege la confianza de una parte cuando ha sido suscitada por la otra y se defrauda de una manera contraria a la buena fe.

La jurisprudencia ha declarado en diversas ocasiones la necesidad de coordinar este precepto con el art. 1283 que en sede de interpretación establece que no se deberán entender comprendidas en el contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar. Sin embargo, los dos preceptos se sitúan en planos diferentes, porque como ya se ha dicho, el art. 1258 no solo trata de completar la voluntad de las partes, sino también de imponer una reglamentación conforme con la buena fe independiente de esa voluntad, cuando no es común. El art. 1283 se sitúa, en cambio, en el terreno de la búsqueda de la común intención de las partes, sin afectar a la buena fe, ni, claro es, a la ley imperativa. No se deben incluir cosa y casos distintos de aquellos sobre que las partes contrataron, siempre que no lo exija la buena fe. La buena fe se muestra como un criterio que opera delimitando el ámbito de aplicación del art. 1283.

⁴⁸ V. el excelente comentario de C. LASARTE, en RDP, enero 1980.

⁴⁹ V. El importante y extenso trabajo de MORALES MORENO, «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe», en ADC 2020, pp. 983-1065.

La STS 23 de marzo de 1988 impuso a la empresa que explotaba un telesquí el deber de informar sobre el estado de las pistas para deducir de su omisión una responsabilidad contractual por el accidente sufrido en ellas por un esquiador. La cuestión versaba sobre si esa responsabilidad era contractual o extracontractual. El art. 1258 impide una doctrina que delimite ambos tipos de responsabilidades por el riguroso ámbito de lo pactado, pues la relación contractual se ensancha por deberes accesorios impuestos por la buena fe.

También la STS 646/2020 de 30 de noviembre se ocupa del art. 1258 para determinar si el daño sufrido por una aeronave originaba una responsabilidad contractual o extracontractual. Arrendado un avión, este sufre daños por un accidente durante el carreteo –desplazamiento por las pistas– y se discute si la responsabilidad es contractual o extracontractual. La Audiencia entendió que era extracontractual, porque la función de carreteo, según ella, no forma parte del objeto del contrato de arrendamiento y concluyó, en consecuencia, que la responsabilidad del arrendatario era de naturaleza extracontractual y, por lo tanto, no eran aplicables las cláusulas del contrato relativas al seguro. El Tribunal Supremo, por el contrario, apreció infracción del art. 1258 en relación con el art. 1555 y concluyó que la responsabilidad era contractual. La buena fe determina que, aunque no se hubiera pactado expresamente que el carreteo incumbiera al arrendatario, había que entenderlo comprendido en el contrato. El artículo 1555 por su parte impone al arrendatario usar la cosa arrendada con diligencia. Se diferencia claramente la función de la buena fe y la de la diligencia.

La STS 4044/2016 (pleno) confirmó la sentencia del Audiencia que había moderado una cláusula penal. El TS aplicó el art. 7. 1 en atención a la doctrina de los actos propios y la del retraso desleal. Aunque conforme al art. 1154 y reiterada doctrina jurisprudencial no procedía la moderación de la cláusula penal a pesar de lo exorbitante de la pena, los actos propios y el retraso desleal de la acreedora al exigirla justificaban, a juicio del Tribunal, la moderación conforme al art. 7.1. El Tribunal se cuida de advertir que su decisión no pretende cambiar la doctrina jurisprudencial, ésta permanece incólume, pero la conducta de la acreedora permite en el caso moderar la pena por aplicación de las citadas doctrinas amparadas en la cláusula general del art. 7.1. Esta sentencia es un ejemplo de cómo opera la cláusula general legal del art. 7.1 sobre otras normas, modificando o corrigiendo el resultado al que conducirían, pero sin alterar ni su vigencia general, ni la doctrina jurisprudencial sobre ellas. No es el Tribunal el que corrige el contrato, es la acreedora la que con su conducta altera su fuerza y eficacia.

A propósito del art. 1258 se ha discutido si existe un rango o jerarquía entre las fuentes de integración del contrato. Algunos autores han sostenido que la

ley y los usos son de preferente aplicación a la buena fe, porque entienden que el carácter de principio general de la buena fe le otorga una función supletoria. Sin embargo, los principios generales incorporados a una cláusula general legal ya no operan como supletorios, sino como norma legal. M. P. García Rubio, con razón, no cree que corresponda establecer a priori un orden jerárquico en las distintas fuentes de integración contractual, ni mucho menos que quepa plantear la existencia de reglas jurídicas, sea cual sea su naturaleza, contrarias al principio de la buena fe⁵⁰. Como he dicho una cláusula general legal tiene por misión resolver colisiones entre normas concretas y los valores que la cláusula general incorpora. La recién citada sentencia 4046/2016 permitió moderar la cláusula penal por aplicación de las doctrinas de los actos propios y retraso desleal que derivan de la buena fe. Por ello, dejando aparte la ley imperativa, es claro que la buena fe no queda supeditada ni al derecho dispositivo, ni a los usos. Pero también es claro que su determinación dependerá de ambos. El control de las condiciones generales se hace por referencia a las exigencias de la buena fe, pero estas exigencias toman como paradigma para enjuiciar la abusividad al derecho dispositivo (art. 86 en relación con el art. 82 TRLGDCU).

⁵⁰ *Comentarios al Código civil*, ed. Lex Nova, 2010.

XXVI

IMPOSSIBILIMUM NULLA OBLIGATIO EST?*

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO
Catedrático emérito de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La regla *impossibilium nulla obligatio est*.–3. Límites a la aplicación de la regla en el Derecho Romano.–4. La influencia de la regla en la codificación decimonónica: Tres ejemplos. 4.1 Código civil francés de 1804. 4.1.1 La doctrina de Pothier sobre la imposibilidad inicial. 4.1.2 La imposibilidad inicial en el Código civil francés de 1804. 4.2 El BGB alemán. 4.3 El Código civil español.–5. La reforma de los códigos civiles. 5.1 La reforma del Código civil francés. 5.2 La reforma del BGB. 5.3 La propuesta de modernización del Código civil español.–6. La superación de la influencia de la regla «*impossibilium nulla obligatio est*». 6.1 ¿Por qué la imposibilidad inicial no determina, necesariamente, la nulidad del contrato? 6.2 ¿Cuándo es válido el contrato? 6.3 Dos cuestiones relacionadas con la responsabilidad contractual en caso de imposibilidad. 6.3.1 ¿Puede existir incumplimiento del contrato en caso de imposibilidad inicial? 6.3.2 ¿Cuál es el criterio de Imputación de responsabilidad en caso de imposibilidad inicial?–7. Imposibilidad inicial y ausencia de causa.–8. Imposibilidad inicial y error.–9. A modo de conclusión.–10. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El tema que he elegido es, la imposibilidad inicial de cumplimiento del contrato. Este tema nos introduce en una importante cuestión: ¿La imposibili-

* Este trabajo está destinado al libro *Homenaje a Luis Cazorla Prieto*.

dad inicial impide el nacimiento del contrato? Cuestión ampliamente debatida a lo largo de la historia, que es preciso situar en el momento actual ¹.

De la imposibilidad inicial me he ocupado anteriormente, en un trabajo sobre las claves de la modernización del derecho de contratos ². En esta nueva aproximación me resulta de especial interés la reforma del Código civil francés en materia de obligaciones, por la Ordenanza de 2016 ³. El CC francés sigue considerando nulo al contrato que no tiene un objeto posible. La nulidad es la consecuencia de la falta de objeto. Es un planteamiento distinto del que podemos encontrar en el BGB alemán, tras la reforma de 2001. Teniendo a la vista estos dos modelos, en este nuevo trabajo me voy a ocupar de algunas cuestiones concretas referidas a los efectos de la imposibilidad inicial.

El debate sobre los efectos de la imposibilidad inicial se presta a un sinnúmero de consideraciones de todo orden (lógico, ético, de política del derecho, de orden práctico...) ⁴. Pero, a mi modo de ver, en el momento actual lo que aflora son dos modos diferentes de entender la vinculación contractual. Uno la considera limitada al deber de prestación. Otro que la concibe como garantía de un resultado (la satisfacción del interés del acreedor) ⁵. Una y otra concepción influye en la respuesta al problema del reparto del riesgo de defectuosa información entre los contratantes ⁶. Este riesgo está presente en las situaciones de imposibilidad inicial.

El problema de información defectuosa sobre la posibilidad de cumplimiento del contrato se sitúa, en este caso, en el momento de su celebración (en el que debería surgir la obligación). La imposibilidad inicial impedirá el cumplimiento de la obligación (la ejecución del contrato). La nulidad del contrato, por imposibilidad originaria (*impossibilium nulla obligatio est*) es un modo posible de repartir ese riesgo entre los contratantes. Priva al contratante acree-

¹ Sobre la imposibilidad inicial: L. Díez-PICAZO, «Sobre la imposibilidad de la prestación», en Joan Manuel Abril Campoy, María Eulalia Amat Llari (eds.) *Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferrioll, vol. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. J. RIBOT IGUALADA, «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 2015. N. FENOY, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *Anuario de Derecho Civil*, II, 2017.

² A. M. MORALES MORENO, «Claves de la modernización del derecho de contratos», en Consejo General del Notariado (ed.) *Autonomía de la voluntad en el derecho privado*, Madrid, 2012, p. 344 a 357.

³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁴ E. RABEL, «Die, Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch», en Hans G. Leser (ed.) *Gesammelte Aufsätze*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1965, p. 4 ss.

⁵ A. M. MORALES MORENO, «Claves de la modernización del derecho de contratos», cit., p. 357.

⁶ Conecta el problema de la imposibilidad originaria con el error, N. FENOY, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit.

dor (que no puede obtener la prestación, por la imposibilidad) de legitimación para obtener indemnización por medio de la responsabilidad contractual, conforme a su interés en el cumplimiento del contrato. Lo mismo sucede en caso de anulación del contrato por error o dolo. La posibilidad de obtener indemnización fundada en el dolo, el error imputable o en la *culpa in contrahendo*, normalmente no va a satisfacer su interés en el cumplimiento del contrato, sino el interés negativo. El acreedor insatisfecho necesita para poder exigir la indemnización de este interés (interés positivo) que el contrato sea válido y permita fundamentar en su incumplimiento el remedio de la pretensión indemnizatoria. La regla *impossibillium nulla obligatio est* ha sido el obstáculo, fundado en un prejuicio. Obstáculo que el moderno derecho de contratos ha contribuido a superar.

2. LA REGLA *IMPOSSIBILLIUM NULLA OBLIGATIO EST*

En las *Regulae Iuris* del Digesto encontramos una del jurista Celso, que establece de modo lapidario, *Impossibillium nulla obligatio est* (D 50.17.185). Es, como ha dicho Zimmermann, una regla venerable, que no hace más que expresar algo obvio o axiomático⁷. Efectivamente, nadie puede obligarnos a cumplir lo imposible. Sin embargo, esta regla⁸ no basta por sí sola para resolver el problema de la imposibilidad inicial. Pues no determina por sí sola, necesariamente, que el contrato tenga que ser nulo⁹. La clave está en cómo construyamos el contenido de la relación obligatoria contractual.

A lo largo de la historia, la regla de Celso ha sido un punto de referencia constante en toda consideración de la imposibilidad inicial¹⁰. Su influencia llega a los códigos civiles del siglo XIX. En ellos, la imposibilidad inicial impide el nacimiento del contrato, determina su nulidad.

Transcurrido más de un siglo, en el momento actual, la corriente modernizadora del derecho de contratos ha superado la influencia de la regla. Así se constata en los diferentes textos normativos de principios de *soft law*, en los que se plasma el nuevo modelo. La imposibilidad inicial no provoca, por sí sola, la nulidad del contrato. Citaré, a modo de ejemplo, el art. 3.1.3

⁷ R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 687.

⁸ Se trata de una regla lógica extraíble del principio de contradicción («Lo imposible no puede ser cumplido y de ahí que no sea debido», Dernburg), E. RABEL, «Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch», cit., pp. 4, 5.

⁹ R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations*, cit., p. 687.

¹⁰ Sobre el desarrollo histórico de la regla vid. *Ibid.*, p. 691 a 694.

de los Unidroit Principles of International Commercial Contracts¹¹: (*Initial impossibility*) (1) *The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract.*» Y de modo parecido se expresan los PECL (art. 4:102) y el DCFR (art. II.-7:102).

La cuestión de si la imposibilidad inicial determina o no la nulidad del contrato admite dos respuestas diferentes, casi contradictorias. Según una, impide el nacimiento del contrato, provoca su nulidad. Según otra, no. Esta contradicción, que, a primera vista nos puede causar cierta perplejidad, se explica, porque cada una de esas alternativas se funda en un modo diferente de entender la vinculación contractual. Uno, la refiere al deber de prestación, que no existe en caso de imposibilidad inicial. Otro, la concibe como garantía de un resultado que, de no poderse alcanzar por el cumplimiento, como sucede en caso de imposibilidad, tiene virtualidad jurídica a través de la indemnización, en el marco de la responsabilidad contractual. Los códigos civiles del siglo XIX utilizan el primer criterio. El moderno derecho de contratos el segundo.

3. LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LA REGLA EN EL DERECHO ROMANO

Curiosamente, esos dos modos de resolver el problema de la imposibilidad inicial, a los que me he referido en el apartado anterior (nulidad o validez del contrato), podemos encontrarlos también dentro del propio Derecho romano, en el que fue formulada la regla.

En Derecho romano, la razón de que la imposibilidad inicial provoque o no la nulidad del contrato depende, en alguna medida (no totalmente) del tipo de acción ejercitada (correspondiente al negocio en el que se produjo la imposibilidad). Hay negocios que cuentan con una acción de derecho estricto (*iudicia stricti iuris*). En ellos la imposibilidad inicial es causa de su nulidad. Hay otros (*bonae fidei iudicia*) en los que la imposibilidad inicial no es, necesariamente, causa de nulidad. La acción del contrato celebrado ofrece la posibilidad de satisfacer el interés del contratante por medio de una indemnización de su interés en el cumplimiento del contrato, aunque el cumplimiento sea imposible.

«La base de la distinción [entre *iudicia stricti iuris* y *bonae fidei iudicia*] –como ha señalado Ursicino Álvarez– reside (...) en la precisión o imprecisión

¹¹ En adelante *UNIDROIT Principles*.

del contenido de la obligación que pesa sobre el deudor y que tiene su reflejo ineludible en la labor que ha de asumir el *iudex*; en los primeros, el juez debe limitarse a apreciar la existencia o inexistencia de la obligación y fallar ateniéndose rigurosamente a lo pactado, sin otorgar más ni menos, sin tener en cuenta cualquier circunstancia que pudiera influir en el contenido de la obligación; en los segundos, en cambio, corresponde al juez precisar y concretar en qué consiste “todo aquello que el deudor esté obligado a dar o hacer, según la buena fe” haciendo cierto el incierto en que consistía la obligación; para lo cual ha de ponderar y valorar cuantas circunstancias concurren en el caso debatido»¹².

En los *iudicia stricti iuris* la existencia o inexistencia de la obligación está conectada a la de la propia cosa. La regla *impossibilium nulla obligatio est* tiene en ellos plena efectividad. En los *bonae fidei iudicia* las posibilidades de la acción son mayores. Permite reclamar todo aquello que el deudor esté obligado a dar o hacer, según la buena fe: el *eo quod interest* (indemnización del daño, interés positivo). Un ejemplo de este tipo de negocios es la compraventa.

En los textos del Digesto sobre la compraventa, es cierto, podemos encontrar bastantes en los que no se considera válida la venta de una cosa inexistente¹³. Pero hay otros en los que, a pesar de la invalidez de la venta, se prevé la responsabilidad del vendedor, reclamable a través de la propia acción del contrato (*actio empti*). Se refieren a la venta de cosas que están fuera del comercio de los hombres¹⁴, a la venta del parto de la esclava estéril o mayor de cincuenta años¹⁵; a la venta, como esclavo, de un hombre libre¹⁶.

Con respecto a estos textos, se pueden hacer algunas observaciones.

(i) En todos ellos el comprador puede reclamar indemnización mediante la acción *ex empto*, que surge del contrato de compraventa. Esto sitúa la responsabilidad en el ámbito de contrato.

(ii) En Dig.18.1.62.1 se percibe una diferencia entre el cumplimiento del contrato y la indemnización. El efecto propio del contrato de compraventa (entrega, saneamiento) no se puede producir (*emptio non teneat*), porque la

¹² U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho Romano. Tomo I Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho procesal civil romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 402, 403.

¹³ R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations*, cit., pp. 696, notas 94 a 97.

¹⁴ Dig.18.1.62.1: Modestinus 5 reg., Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.

¹⁵ Dig.19.1.21pr.: Paulus 33 ad ed.: Si sterilis ancilla sit, cuius partus venit, vel maior annis quinquaginta, cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor.

¹⁶ Dig.18.1.70: Licinius 8 reg.: Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret. quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur.

cosa vendida está fuera del comercio de los hombres. Sin embargo, el comprador puede obtener del vendedor la satisfacción de su interés, conforme al contrato celebrado (*ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*), mediante la acción *ex empto* (*ex empto tamen adversus venditorem experietur*). Lo cual, en la terminología actual, podría expresarse así: El comprador no tiene la pretensión de cumplimiento, pero sí la indemnizatoria.

(iii) En Dig.18.1.70, si el comprador compra, sabiendo que el hombre comprado como esclavo es libre (*si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur*), es nulo el contrato. No merece protección. Sí la merece, en cambio, si ignora este hecho. Y la obtiene a través de la acción del contrato. Pues la imposibilidad inicial (el hecho de que el hombre vendido sea libre y no esclavo) no impide que exista el contrato cuando ambos contratantes la ignoran o solo la conoce el vendedor (*Liberi hominis emptionem contrahi posse*).

La buena fe permite apreciar todas las circunstancias presentes en cada caso. Sustrae la solución del problema de la imposibilidad inicial a la aplicación mecánica de una regla formal.

4. LA INFLUENCIA DE LA REGLA EN LA CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA: TRES EJEMPLOS

La regla *impossibiliun nulla obligatio est* es recibida en los Códigos civiles del siglo XIX. Voy a tomar como muestra, el CC francés, el alemán y el español.

4.1 Código civil francés de 1804

El CC francés de 1804 recibe la influencia de Pothier en el tratamiento de la imposibilidad inicial.

4.1.1 LA DOCTRINA DE POTHIER SOBRE LA IMPOSIBILIDAD INICIAL

Pothier se ocupa del problema de la imposibilidad inicial en el Tratado de las obligaciones y en el Tratado del contrato de compraventa.

En el Tratado de las obligaciones, Pothier estudia, de modo separado, la imposibilidad en las obligaciones de dar y en las de hacer.

(i) En las obligaciones de dar, «no puede haber una obligación que no tenga una cosa que sea debida, sea su objeto y materia»¹⁷.

Pothier considera que pueden ser objeto de una obligación, «las cosas que no existen todavía, pero de las que se espera su existencia». Pone un ejemplo: «..., cuando me obligo a entregar a un comerciante en vino el vino que coseche este año, la obligación está válidamente constituida, aunque [el vino] no exista todavía. Mas si mis viñas se hielan, y nada tengan que recoger, la obligación se desvanece, por falta de la cosa que sea su objeto, *como si jamás se hubiese contratado*»¹⁸. Cuando se vende una cosa futura la obligación está condicionada a que llegue a existir esa cosa.

Pothier tampoco ve inconveniente en que sean objeto de una obligación de dar las cosas que no pertenecen al deudor¹⁹. En este caso, «el deudor no puede considerarse libre de su obligación bajo el pretexto de que no está en su mano cumplir y que no puede ser obligado a lo imposible». «El deudor está obligado a indemnizar los daños resultantes de la falta de cumplimiento». El deber de indemnizar al acreedor lo fundamenta Pothier en la confianza de este y en la culpa del deudor. El acreedor tiene «derecho a contar con el cumplimiento de lo que le ha sido prometido». El deudor «está en falta por no haber examinado antes de vincularse si podía cumplir lo que prometía»²⁰. La protección de la confianza del acreedor resulta clave en el tratamiento de la imposibilidad inicial por Pothier. Conviene recordar que en el CC francés es nula la venta de cosa ajena²¹. Pero esta nulidad se considera consecuencia del sistema de transmisión de la propiedad, solo por el contrato.

Pothier también se refiere al caso de la venta de una cosa que ya pertenece al comprador. Considera que es posible obligarse a dar una cosa que pertenece a un tercero, pero no a darle al acreedor la cosa que ya le pertenece. No se puede contraer esta obligación²².

¹⁷ POTHIER, *Traité des obligations, Oeuvres, tome I*, Siffrein, Paris, 1821, párr. 129.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 132.

¹⁹ «No solamente las cosas que pertenezcan al deudor puede ser objeto de su obligación, sino que también aquellas que no le pertenezcan, cuando se obliga a darlas; y en este caso está obligado a rescatarlas de aquellos que las poseen para darlas a aquellos a quienes las ha prometido.» (*Ibid.*, párr. 133).

²⁰ *Ibid.*

²¹ Art. 1599 CC fr: prevé la nulidad de la venta de cosa ajena y el deber de indemnizar al comprador que ignora que la cosa no pertenece al vendedor. La jurisprudencia francesa tiene establecido que esta nulidad sólo la puede invocar el comprador (vid, entre otras, la sentencia de la Corte de Casación Civ. 3, 16.04.1973). La nulidad relativa permite al comprador reclamar daños antes que se produzca la evicción. Dulcifica la rigidez de la aplicación exclusiva del sistema romano del saneamiento por evicción, seguido por el CC español (aunque no en la práctica del Derecho español, por la jurisprudencia del TS).

²² POTHIER, *Traité des obligations, Oeuvres, tome I*, cit., párr. 134.

(ii) En cuanto a las obligaciones de hacer, Pothier afirma: «Para que un hecho pueda ser objeto de una obligación es necesario que sea posible, pues *impossibile nulla obligatio est*»²³. Al extraer las consecuencias de esta regla, distingue entre la imposibilidad objetiva y la subjetiva. La imposibilidad objetiva impide el nacimiento de la obligación; la subjetiva no. La razón de la diferencia está, como en las obligaciones de dar, en la confianza del acreedor. En caso de imposibilidad subjetiva es posible que el acreedor haya confiado en la posibilidad de cumplimiento y merezca por ello protección.

«Basta –afirma Pothier– que el hecho al que un hombre se obliga con respecto a mí sea posible en sí mismo, aunque no lo sea para este hombre. Pues, si yo no conocía que no le era posible, tenía derecho a contar con su promesa; y [en consecuencia] él queda válidamente obligado conmigo en la medida de mi interés en no quedar defraudado (*in id quanti mea interest non esse deceptum*). A él se debe imputar no haber medido sus fuerzas, y haberse comprometido temerariamente a una cosa que le sobrepasaba»²⁴.

De nuevo, la justificada confianza del destinatario de la promesa, unida a la negligencia, sin duda grave, del promitente, al comprometerse a lo que no se puede cumplir, es la razón que justifica la vinculación contractual y la responsabilidad en este caso.

(iii) En el Tratado del contrato de venta Pothier se ocupa también de la imposibilidad, como causa de nulidad de un contrato. «Hace falta, en primer lugar, –afirma Pothier– una cosa que sea vendida, que constituya objeto del contrato: así pues, si ignorando que mi caballo ha muerto se lo vendo a alguien no habrá contrato de venta, falta una cosa que sea su objeto». «Por la misma razón –añade– si estando tú y yo en París, te vendo una casa que tengo en Orleans, ignorando tanto tú como yo que esta casa se ha incendiado totalmente o en su mayor parte, el contrato será nulo, porque la casa que era su objeto no existe ya; el lugar (el solar) y lo que queda de esta casa no son la cosa objeto de nuestro contrato, sino los restos de esta cosa»²⁵. Se trata de una cosa diferente. En este lugar, Pothier no desarrolla la idea de protección de la confianza, que ha tenido en cuenta en el tratado de las obligaciones.

Valorando, en su conjunto, la doctrina de Pothier sobre la imposibilidad inicial advertimos que, por lo general, no aplica sin más la regla de la nulidad, sino que la combina con la protección de la confianza del comprador²⁶.

²³ *Ibid.*, párr. 136.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ POTHIER, *Oeuvres complètes. Traité du contrat de vente*, 1821, párr. 4.

²⁶ *Vid.* F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, párr. 80.

4.1.2 LA IMPOSIBILIDAD INICIAL EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804

El CC francés de 1804 no establece, de modo expreso, que la imposibilidad inicial haga nulo al contrato, pero resulta de los requisitos del contrato. Establece la nulidad en la compraventa.

De las cuatro condiciones necesarias para que sea válida una convención una es: «*Un objeto cierto que forme la materia del compromiso (engagement)*» (art. 1108 CC fr 1804). El art. 1128 CC fr 1804 dispone: «solo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de las convenciones»; y el art. 1130 CC fr. 1804: «las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación». En la compraventa, el art. 1601 I CCfr 1804 (aún vigente) dispone: «Si en el momento de la venta la cosa vendada se hubiera perdido en su totalidad, la venta sería nula»²⁷.

En la antigua doctrina, Planiol, al referirse a la necesidad de que sea posible el objeto de los contratos, recordaba el viejo proverbio, a lo imposible nadie está obligado. Es una exigencia que, cree, se impone incluso al legislador. Por esta razón, la imposibilidad absoluta e insuperable anula las obligaciones convencionales. No, en cambio, la imposibilidad relativa, que proviene de «una incapacidad o de un defecto propio del obligado»²⁸.

Al referirse Planiol a la imposibilidad en las obligaciones de dar, puntualiza: «Si el objeto de la obligación es una cosa que el deudor ha prometido dar, la imposibilidad de ejecutar la promesa no puede tener lugar más que en caso de inexistencia de la cosa, pues el acto jurídico prometido es un acto posible»²⁹.

A decir verdad, aun en el caso de inexistencia de la cosa, Planiol atribuye a la nulidad un carácter *excepcional*. «La inexistencia de la cosa –afirma– solo provoca la imposibilidad en dos casos»: 1.º «Si se trata de un cuerpo cierto que ha perecido en una época anterior a la convención». Es el supuesto del art. 1601 CC fr. 2.º «Si se trata de una cosa determinada solo por su género» y resulta imposible que la misma se llegue a producir³⁰.

La doctrina francesa más reciente, anterior a la reforma del CC fr. de 2016, ha seguido considerando que la imposibilidad, si es absoluta (afecta a cualquier deudor), hace nulo el contrato. No, en cambio, la relativa (que solo concierne a un deudor concreto)³¹.

²⁷ Una solución diferente es la del CC austríaco (§ 923 ABGB): el vendedor garantiza la existencia de la cosa y responde por ello.

²⁸ M. PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil. tomo segundo*, Paris, 1923, párr. 1006.

²⁹ *Ibid.*, párr. 1007.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Vid. J. FLOUR; J.-L. AUBERT; É. SAVEAUX, *Droit civil. Les obligations: 1. L'acte juridique*, 15. ed., Sirey, Paris, 2012, párr. 238.

4.2 El BGB alemán

En Alemania, en el siglo XIX, hay dos corrientes doctrinales sobre el efecto de la imposibilidad inicial: una, representada por Savigny, otra por Mommsen (también Windscheid). Savigny, fundándose en los textos del Digesto referentes a la compraventa, a los que anteriormente me he referido, admite que la imposibilidad inicial no determina necesariamente la nulidad del contrato. Siendo válido el contrato, es posible indemnizar al contratante insatisfecho por la imposibilidad en la medida de su interés en el cumplimiento del mismo (interés positivo). Mommsen, por el contrario, se mantiene fiel al modo tradicional de entender la regla de Celso. La imposibilidad inicial impide que el contrato sea válido. La indemnización, por tanto, se limita al interés negativo y solo tiene lugar en caso de dolo del obligado³². Conviene recordar el papel del dolo, en derecho romano, en fundamentación de la responsabilidad, por la conducta previa a la celebración del contrato³³.

El § 306 BGB (1900) está inspirado en la doctrina de Mommsen. Dispone de modo general: «Un contrato dirigido a una prestación imposible es nulo». Y el § 307 BGB (1900) contiene una regla específica de indemnización para el caso de imposibilidad inicial. El criterio de imputación de responsabilidad al contratante que promete algo imposible es el dolo, que consiste en el conocimiento de la imposibilidad de la prestación. Al conocimiento equipara el deber de conocer. La indemnización se refiere al interés negativo. Y tiene un límite: no puede exceder de la cuantía del interés positivo (interés en la validez del contrato).

Durante la vigencia del § 306 BGB de 1900 (hoy modificado), Medicus hacía la siguiente consideración. Que un contrato sea nulo por imposibilidad originaria puede parecer, a primera vista, algo lógico, porque la prestación no se puede cumplir. Pero no es una consecuencia necesaria de la imposibilidad inicial, el que esta produzca la nulidad del contrato (§ 306 BGB). No es necesaria, porque *es posible sustituir la prestación* inicialmente imposible por otra, posible: la indemnizatoria de daños producidos por el incumplimiento³⁴. Esta segunda prestación es posible, pues normalmente consiste en dinero.

La doctrina alemana señaló limitaciones a la aplicación del § 306 BGB de 1900. Además de no ser aplicable en caso de imposibilidad subjetiva

³² R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations*, cit., pp. 693, 694.

³³ La imputación de responsabilidad se fundamentaba en Derecho romano, en el dolo y la culpa lata, equiparable a él. Cfr.: A. M. MORALES MORENO, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, 1982 pp. 591 a 684.

³⁴ D. MEDICUS, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, 10. ed., C. H. Beck, München, 1998, párr. 380.

(*Unvermögen*)³⁵, una importante excepción a la aplicación del mismo podía resultar del propio contrato, cuando en el mismo, de forma expresa o tácita, el deudor asume la garantía del cumplimiento de la prestación³⁶. También de la ley, como en la venta de un crédito³⁷.

Rabel ya señalaba en 1907 que otras categorías del sistema alemán podían ser suficientes para asumir la función del § 306 BGB, lo que permitiría limitar la nulidad por imposibilidad inicial. Entre ellas, la vinculación surgida del contrato. A su juicio, el que se obliga debe, antes, verificar su capacidad para lograr que el acreedor pueda alcanzar el resultado prometido. De este modo, Rabel pretende equiparar a la incapacidad subjetiva (que no daba lugar a nulidad) la imposibilidad. El deudor debe informarse sobre su *facultas dandi*. Este deber no se extiende a los impedimentos que tienen su origen en la esfera del acreedor³⁸. La idea de esfera de riesgos, que más tarde ha llegado a constituir una pieza esencial en la construcción de la responsabilidad contractual, podemos encontrarla ya en el pensamiento de Rabel al que tanto debe la Convención de Viena y el moderno derecho de contratos.

4.3 El Código civil español

1. El Código español, además de exigir, como requisito del contrato, un «objeto cierto» (art. 1261, 2.º CC), dispone expresamente que «no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.» (art. 1272 CC). Asimismo, como el CC fr. de 1804, dispone que la compraventa es nula si al tiempo de celebrarse se hubiere perdido la cosa es su integridad (art. 1460). En cambio, la cesión de créditos es válida, aunque el crédito no exista³⁹, pues el cedente garantiza su existencia (art. 1529 CC).

2. García Goyena, comentando el art. 995 del Proyecto de 1851, casi idéntico al 1172 CC, e inspirado en el art. 1172 CC fr. 1804, sobre la condición de una cosa imposible, decía: «La obligación a cosas físicamente imposibles (...) es una broma o insensatez». En el comentario al art. 1382 I Proyecto 1851 (equivalente al 1460 I CC) hace algunas matizaciones tomando en cuenta el

³⁵ PALAND / HEINRICHS, «§ 306 BGB», en *Bürgerliches Gesetzbuch*, 53 ed., C. H. Beck, 1994, párr. 9.

³⁶ *Ibid.*, párr. 11. Cita sentencias: (RG 137, 84, BGH 12 93, 145). Rabel en 1907 señalaba cómo otras categorías del sistema alemán podían ser suficientes para asumir la función del § 306 BGB. Entre ellas la vinculación mediante el contrato.

³⁷ *Ibid.* § 437 BGB antes de la reforma.

³⁸ E. RABEL, «Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch», cit., págs. 47, 48.

³⁹ Como advierte F. PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», 1993, p. 1721.

conocimiento que uno u otro contratante tiene de la imposibilidad. La nulidad se restringe a ciertos casos. En otros se aplica la responsabilidad u otro efecto.

«Si la cosa había perecido del todo (...) –afirma García Goyena– no hay venta cuando lo ignoraban los dos contrayentes; si los sabía sólo el vendedor, responde de los daños y perjuicios al comprador, pues que le engañó: si los sabía sólo el comprador, debe pagar al vendedor todo el precio, pues se presume que lo quiso donar: si lo sabían los dos no hay contrato, *dolo Inter utramque partem compensando*, según la ley 57»⁴⁰.

Del comentario de García Goyena se pueden extraer algunas consecuencias:

Primera. Hay nulidad en los casos en los que ambos contratantes conocen la imposibilidad. Cada uno de ellos la conoce y guarda silencio. Ambos actúan con dolo. El dolo de uno y otro se compensa. En este caso, ninguno merece protección. No es necesario modificar la regla de la nulidad («queda sin efecto el contrato»).

Segunda. Si solo el vendedor conoce la imposibilidad, comete dolo, al ocultarla, y «responde de los daños y perjuicios al comprador, pues que le engañó». García Goyena no se pronuncia sobre la naturaleza de esta responsabilidad. Pero debemos tener en cuenta que en los textos romanos sobre la compraventa, a los que antes me he referido, la indemnización se refiere al interés en el cumplimiento del contrato (interés positivo) y se obtiene ejercitando la acción del contrato de compraventa.

Tercera. Si solo el comprador conoce la imposibilidad, García Goyena evita calificar su conducta como dolosa. Pero le impone satisfacer el interés del vendedor en obtener el precio de la cosa. Para ello presume que el comprador quiso donar.

Es importante destacar que García Goyena no aplica sin más, de modo rígido, la regla de la nulidad por imposibilidad inicial, sino que modula su aplicación teniendo en cuenta la conducta de los contratantes, su conocimiento o desconocimiento de la imposibilidad. Ese conocimiento (dolo) fundamenta la responsabilidad⁴¹.

3. Volviendo al CC. Como señala Jordi Ribot, «(...) a diferencia de otros países, en España no se ha producido un cuestionamiento generalizado de las normas sobre el objeto contractual (...). En general, con las importantes

⁴⁰ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852.

⁴¹ Así lo destaca G. GARCÍA CANTERO, «Artículo 1460», en Manuel Albaladejo (ed.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XIX*, EDERSA, Madrid, 1980, p. 161, así como otros autores citados por el.

excepciones que enseguida mencionaré, la doctrina ha tendido a reproducir acriticamente los principios que se derivan de los artículos 1272 y 1460 CC. (...)»⁴². Sin tomar en cuenta el conocimiento que de esa situación puedan tener las partes. En este panorama doctrinal menciona, como excepción, a los profesores Díez-Picazo⁴³, Pantaleón⁴⁴ y Morales Moreno⁴⁵.

Carrasco, sin aludir directamente a la imposibilidad inicial, considera que «no se ha sabido distinguir siempre entre la nulidad del contrato por falta de objeto cierto, y la validez e incumplimiento del contrato por incumplimiento del deber de entrega de la cosa debida». Y concluye: «Siempre es peor para el adquirente defraudado que se le conceda (solo) acción de nulidad, en lugar de permitirle optar por el espectro mayor de remedios ante el incumplimiento contractual»⁴⁶.

Al referirnos a la doctrina española, es cierto lo que afirma Ribot Igualada: en ella no se ha producido un cuestionamiento generalizado de las normas sobre el objeto contractual. Esto seguramente es debido, en algunos casos, a que se trata de escritos anteriores⁴⁷ al momento de modernización del derecho de contratos, en España relativamente reciente. Y, en los escritos posteriores, a que, por sus características, están dedicados a exponer el derecho positivo, conforme al CC⁴⁸. Más allá de esta doctrina que no se pronuncia sobre el pro-

⁴² J. RIBOT IGUALADA, «La imposibilidad originaria del objeto contractual», cit., p. 45.

⁴³ «Díez-Picazo —afirma Ribot— también llamó certeramente la atención sobre la concepción del contrato, predominante en los ordenamientos continentales, en los que se considera como un instrumento de creación de deberes para las partes y que explicaría por qué no pueden crearse deberes de hacer algo imposible. En cambio, cuando lo que el contrato exige a cada contratante es garantizar algo o hacerse responsable de algo, tal obstáculo conceptual se diluye y se amplían las posibilidades de la autonomía contractual.» *Ibid.*, p. 46. Sobre esa diferencia en la construcción de la vinculación contractual, *vid.* A. M. MORALES MORENO, «Artículo 35», en Luis Díez-Picazo Ponce de León (ed.) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 289 a 292.

⁴⁴ F. PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., p. 1720 a 1722.

⁴⁵ J. RIBOT IGUALADA, «La imposibilidad originaria del objeto contractual», cit., p. 46.

⁴⁶ Á. CARRASCO, *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, párr. 6/5. *Vid.* J. ATAZ LÓPEZ, «Artículo 1460», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.) *Comentario del Código Civil. Tomo VII*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 10308.

⁴⁷ Así: V. SAN JULIÁN PUIG, *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 53 y ss. A. M. MORALES MORENO, «Artículo 1261», cit. *Ibid.*, p. 474. M. DEL C. GETE-ALONSO Y CALERA, «Artículo 1272», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo, Rodrigo Bercovitz, Pablo Salvador Coderch (eds.) *Comentario al Código civil, Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 476. J. RAMS ALBESA, «Artículo 1272», en Manuel Albaladejo, Sivia Díaz Alabart (eds.) *Comentarios al Código civil y Compilaciones foralesles. Tomo XVIII Vol. I-B*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 453 ss.

⁴⁸ Así, por ej.: J. R. GARCÍA VICENTE, «Artículo 1272», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.) *Comentarios al Código civil. Tomo VII*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9137. J. ATAZ LÓPEZ, «Artículo 1460», cit., p. 10310. M. J. MARÍN LÓPEZ, «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.) *Tratado de contratos*, tomo I, 3.ª ed., Valencia, 2020, p. 734. S. QUICIOS MOLINA, «La ineficacia contractual», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.) *Tratado de Contratos. Tomo I*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1536.

blema, en el momento actual existe en España una corriente doctrinal, cada vez más sólida, que critica o matiza la regla de nulidad por imposibilidad inicial. Ya me he referido a Díez-Picazo, Pantaleón, Morales, como impulsores del movimiento de modernización del derecho de contratos. Además, hay importantes aportaciones monográficas sobre el tema de la imposibilidad inicial, como la de Ribot Igualada⁴⁹ o la de Nieves Fenoy⁵⁰. Así mismo, encontramos pronunciamientos doctrinales modernizadores (Por ejemplo: Rosario Valpuesta⁵¹, Francisco Infante⁵², Margarita Herrero⁵³). No faltan, sin embargo, autores que consideran que la nulidad del contrato, en caso de imposibilidad inicial, es una exigencia lógica, por falta de objeto⁵⁴.

No falta razón cuando se sostiene que es una exigencia institucional que todo contrato tenga un objeto⁵⁵. Pero para cumplir esa exigencia no es necesario que el objeto del contrato exista en la realidad. Basta un objeto ideal sobre el que las partes se han puesto de acuerdo. Si el objeto ideal pactado no existe y uno de los contratantes está contractualmente vinculado, garantiza su existencia. La satisfacción del interés del otro contratante se canaliza por medio de la indemnización, en el marco jurídico de la responsabilidad contractual.

⁴⁹ Según este autor, «la regla *impossibium nulla obligatio est* debe ser abandonada», J. RIBOT IGUALADA, «La imposibilidad originaria del objeto contractual», cit., p. 23.

⁵⁰ Tras recordar que, en Derecho comparado, no ha sido superado todavía completamente el criterio de la nulidad absoluta, en caso de imposibilidad inicial, afirma: «(...) considero adecuada la tendencia normativa de que la imposibilidad inicial no conlleva la nulidad absoluta/inexistencia del contrato (...)». N. FENOY, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit., p. 775.

⁵¹ «Por ello resulta más clarificador del panorama normativo prescindir de la exigencia del que el objeto sea posible y remitir sus consecuencias al conjunto de los remedios del incumplimiento como ha hecho el art. 1303 de la Propuesta de Reforma de la Comisión de codificación...» R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Artículo 1272», en Ana Cañizares, Pedro de Pablo, Javier Orduña, Rosario Valpuesta (eds.) *Código Civil Comentado*, vol. III, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 646.

⁵² «En una apreciación de conjunto la regulación del tema de la imposibilidad en el Código Civil es fragmentaria y confusa. Se muestra en esta materia una de las obsolescencias más preocupantes del Código Civil, junto con el tratamiento arcaico y poco racionalizado de la materia del incumplimiento de las obligaciones.» F. J. INFANTE RUIZ, «Artículo 1460», en Ana Cañizares, Pedro de Pablo, Javier Orduña, Rosario Valpuesta (eds.) *Código civil comentado*, vol. IV, 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 77.

⁵³ M. HERRERO OVIEDO, «Artículo 1272», en Andrés Domínguez Luelmo (ed.), *Lex Nova*, Valladolid, 2010, p. 1397.

⁵⁴ Por ejemplo, Clavería. Refiriéndose a la propuesta de modificación del art. 1460 I considera un error «tratar un supuesto de nulidad por falta de objeto con otro de incumplimiento». Y añade, «ignoro por qué debemos quebrantar la lógica». L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Apuntes para una gran reforma. Problemas y propuestas», en Esther Muñiz Espada (ed.) *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, Wolters Kluwer, 2016, p. 361, cit. N. FENOY, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit., p. 683.

⁵⁵ Así, L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1971, p. 134 a 135.

En cuanto al «marco jurisprudencial»⁵⁶, Ribot Igualada, tras analizar las sentencias⁵⁷, cree que el TS es, «hasta cierto punto», «propicio a la superación de la regla tradicional»⁵⁸.

5. LA REFORMA DE LOS CÓDIGOS CIVILES

El CC francés y el alemán han sido recientemente reformados. El español no. Pero existe una propuesta de modernización elaborada por la Comisión General de Codificación que voy a tener en cuenta.⁵⁹

5.1 La reforma del CC francés

Tras la reforma del Código civil francés, mediante la Ordenanza de 2016, no ha cambiado significativamente el tratamiento de la imposibilidad inicial. El nuevo art. 1163 II CC fr exige que la prestación sea «posible». Y, en la compra-venta, sigue vigente el art. 1601 de 1804.

La doctrina francesa actual reconoce que el artículo 1163 II no modifica sustancialmente el derecho anterior, y no hace observaciones especiales en cuanto a él. Sí destaca que la exigencia se refiere ahora a la prestación. La prestación debe ser posible para que el deudor quede verdaderamente obligado⁶⁰.

⁵⁶ «Sobre la imposibilidad la doctrina del Tribunal Supremos se resume en la STS 30 abril 2002 (RJ 2002 4041)...», J. R. GARCÍA VICENTE, «Artículo 1272», cit., pp. 9138, 9139, con cita de numerosas sentencias.

⁵⁷ «Hasta hoy, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha caracterizado por una aproximación pragmática a lo problemas de la imposibilidad originaria del objeto contractual», J. RIBOT IGUALADA, «La imposibilidad originaria del objeto contractual», cit., p. 41. Expone las sentencias en *Ibid.*, p. 42 a 45.

⁵⁸ J. RIBOT IGUALADA, «La imposibilidad originaria del objeto contractual», cit., p. 45.

⁵⁹ En cuanto al Derecho holandés dice Nieves Fenoy, siguiendo a Hartkamp: «Bajo el anterior Código civil (1838), esos contratos [en los que el cumplimiento de las obligaciones es imposible ab initio] eran inválidos por falta de causa, pero en el nuevo Código civil (BW) se les aplica las disposiciones del incumplimiento. Lo anterior significa que la parte con derecho al cumplimiento (imposible) puede desvincularse del contrato (arts. 6:265 ss. BW) y si el incumplimiento puede imputarse al deudor, aquella parte puede reclamarle la reparación de los daños (arts. 6:47 ss. BW).»: N. FENOY, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit., p. 521.

⁶⁰ O. DESHAYES; T. GENICON; YVES-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général y de la preuve des obligations: Commentaire article par article*, LexisNexis, Paris, 2016, p. 264 a 268. R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 13, Paris, 2018, párr. 81. G. CHANTEPIE; M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre de Code civil*, 2. ed., Dalloz, Paris, 2018, párr. 412.

5.2 La reforma del BGB

1. La reforma BGB, en vigor desde 2002, ha cambiado el tratamiento de la imposibilidad inicial. Ya no determina la nulidad del contrato. Así resulta del § 311a BGB, que sustituye al antiguo § 306 BGB. Deja claro que la imposibilidad inicial objetiva no afecta a la validez del contrato⁶¹. Lo cual no excluye que el contrato celebrado pueda ser nulo por otra razón⁶².

El supuesto contemplado por el § 311a BGB abarca todos los casos en los que el acreedor, por una razón previa a la celebración del contrato, no dispone de la pretensión de cumplimiento o esta puede ser paralizada por el deudor (§ 275 (1) BGB). Mas el hecho de que el acreedor no disponga de la pretensión de cumplimiento no impide que el contrato sea válido (§ 311a I BGB) y el acreedor tenga una pretensión indemnizatoria, que le otorga el propio § 311a II BGB. El acreedor puede elegir entre dos modalidades de indemnización: la indemnización en lugar del cumplimiento o la de los gastos hechos en la confianza en la recepción de la prestación. En este caso, la indemnización se excluye si la finalidad del gasto tampoco se hubiera alcanzado si no se hubiera producido la violación del deber del deudor. La responsabilidad del deudor, en una u otra forma, se funda en la culpabilidad. Se excluye la responsabilidad si, en el momento de la celebración del contrato, el vendedor no conoce los impedimentos de la prestación ni tiene que responder por esa falta de conocimiento (§ 311a II BGB).

2. Voy a insistir brevemente, a continuación, en algunos aspectos relacionados con el problema que me ocupa, la imposibilidad inicial, en el derecho alemán.

(i) La doctrina alemana actual no ve la razón de la responsabilidad, fundada en el § 311a II BGB, en la lesión de un deber de prestación (*Pflichtverletzung*), porque no considera que exista ese deber en caso de imposibilidad inicial. Pues el § 275 (1) a (3), en los diferentes supuestos contemplados en él, priva al acreedor de la pretensión de cumplimiento o permite al deudor oponer una excepción. Para la doctrina la razón de la responsabilidad está en el incumplimiento de una promesa de prestación, válida conforme al § 311a II BGB. El contratante asume una garantía de que no existen impedimentos de la prestación que conozca en el momento de contratar o cuyo desconocimiento le sea imputable⁶³. El § 313a II BGB es una norma que fundamenta una pretensión indemnizatoria autónoma, fuera del supuesto general por *Pflichtverletzung*⁶⁴.

⁶¹ Vid. D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, 18, München, 2020, párr. 21, núm. 13.

⁶² Vid. *Ibid.*, párr. 28, núm. 4.

⁶³ *Ibid.*, párr. 28, núm. 10.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 28, núm. 1.

El concepto de incumplimiento que utiliza el BGB, incluso tras la reforma modernizadora del derecho de obligaciones, se refiere al deber de prestación del deudor⁶⁵ y no al contrato; es decir a la realización del contrato, del programa de satisfacción del interés del acreedor que resulta de él. Ese concepto de incumplimiento no coincide con el del moderno derecho de contratos. Pero eso no impide que el acreedor obtenga indemnización, en la medida de su interés en el cumplimiento, en caso de imposibilidad inicial. Sí hace necesario dotar a la responsabilidad de una regla especial. La pretensión indemnizatoria no está integrada en el sistema de las pretensiones indemnizatorias por incumplimiento de la obligación (§§ 280 ss. BGB)⁶⁶.

(ii) Interesa también destacar que, en caso de imposibilidad inicial, la responsabilidad exige culpabilidad. Es la norma general en el derecho alemán. El criterio de imputación de responsabilidad es, en este caso, el conocimiento o el deber de conocer la imposibilidad inicial⁶⁷.

5.3 La Propuesta de Modernización del CC español

1. En España, el CC de 1889 no ha sido modernizado en la materia de los contratos. Pero la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos⁶⁸ [en adelante PM] regula las consecuencias de la imposibilidad inicial:

Art. 1303 PM:

No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo.

Este artículo⁶⁹ está redactado en términos muy parecidos a los de los *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (artículo 3.1.3),

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 22, núm. 22.

⁶⁶ *Ibid.*, Anhang I, núm.7.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 28, núm. 12.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Sobre este artículo y el 1450 (referente a la compraventa), N. FENOY, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit., p. 687 a 685. Sobre la regulación de esta materia en la Propuesta de CC de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, también *Ibid.*, p. 708 a 711.

los Principles of European Contract Law (art. 4:102)⁷⁰ o el *Draft of Common Frame of Reference* (art. II.-7:102)⁷¹. Implica la negación de la regla tradicional según la cual el objeto (del contrato/de la prestación) ha de ser posible para que el contrato sea válido. Indica que la imposibilidad inicial no provoca necesariamente la nulidad del contrato, pero no precisa más.

2. La PM prevé también una modificación del párrafo primero del art. 1460 CC (art. Tercero). Este párrafo queda redactado así:

La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos.

La ubicación y redacción de este artículo exige una explicación, sobre el proceso de su elaboración. En un determinado momento, la Sección Civil de la Comisión General de Codificación preparó una propuesta de reforma parcial de la regulación de la compraventa del CC, para adaptarla a las orientaciones de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo. Esta propuesta fue redactada para ser tramitada antes que la de Modernización de la regulación general de los contratos. Esta circunstancia explica que fuera mantenido el art. 1460 I, con una nueva redacción, para excluir la aplicación de la regla general artículo 1272 CC. Y que la nueva redacción del artículo 1461 I CC utilizara una fórmula flexible, conectada a la interpretación de cada contrato y a un criterio básico en ella: la protección de la confianza del otro contratante, en este caso el comprador. Estando vigente el art. 1272 CC (que prevé la nulidad por falta de objeto), no podía afirmarse que el vendedor garantizara al comprador la existencia de la cosa, por la mera celebración del contrato de compraventa⁷². Más tarde, la Propuesta de reforma de la compraventa se publicó integrada en la PM⁷³.

⁷⁰ «Un contrato no es inválido por el mero hecho de que, en el momento de su celebración, fuera imposible el cumplimiento de la obligación o una de las partes no estuviera legitimada para disponer de los bienes que constituyen el objeto».

⁷¹ *Initial impossibility A contract is not invalid, in whole or in part, merely because at the time it is concluded performance of any obligation assumed is impossible, or because a party is not entitled to dispose of any assets to which the contract relates.*

⁷² Si no se tiene en cuenta lo que acabo de indicar, se pueden explicar las observaciones de J. RIBOT IGUALADA, «La imposibilidad originaria del objeto contractual», cit., p. 48 ss.

⁷³ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN PRIMERA, «Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos», cit. J. RIBOT IGUALADA, «La imposibilidad originaria del objeto contractual», cit.

6. LA SUPERACIÓN DE LA INFLUENCIA DE LA REGLA «IMPOSSIBILIUM NULLA OBLIGATIO EST»

El moderno derecho de contratos ha superado la influencia de la regla *impossibilium nulla obligatio est* (nulidad del contrato). En él, como vengo señalando, la imposibilidad inicial no impide, por si sola, el nacimiento del contrato. Pero esto no implica, necesariamente, aunque sea lo más frecuente, que la existencia de la cosa esté garantizada por el contratante obligado; ni que este tenga que estar siempre sometido al sistema de responsabilidad contractual. Esto lo determina el contrato.

El comentario oficial del art. 4:102 PECL permite diferenciar entre la imposibilidad inicial como un supuesto de error esencial y como un supuesto de responsabilidad contractual⁷⁴. La responsabilidad contractual exige que del contrato resulte que el contratante obligado a lo imposible haya garantizado al otro la satisfacción de su interés en el cumplimiento de ese contrato. Esta garantía [*warranty*], aunque sea una consecuencia normal de la celebración del contrato, implica un *plus*, una diferencia conceptual (en relación con la mera presuposición [*representation*]). Su existencia puede ser discutida entre los contratantes. Esta controversia será resuelta, en cada caso, por medio de interpretación del contrato.

El cambio que se ha producido en el moderno derecho de contratos, que la imposibilidad inicial no determine la nulidad del contrato, ha sido propiciado por el modo de entender la vinculación contractual, el incumplimiento del contrato y el objeto del contrato, modo distinto del tradicional. De esto me ocupó a continuación.

6.1 ¿Por qué la imposibilidad inicial no determina, necesariamente, la nulidad del contrato?

Hay razones que explican que la imposibilidad inicial no provoque, necesariamente, la nulidad del contrato:

La imposibilidad inicial no priva, totalmente, de contenido vinculante al contrato. La vinculación contractual, aunque no pueda referirse al cumpli-

⁷⁴ Cfr. N. FENOY, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit., p. 496 ss.

miento de la obligación imposible, si puede existir en cuanto a la indemnización del interés del contratante insatisfecho en el cumplimiento del contrato.

Además, no se puede afirmar que, en caso de imposibilidad inicial, el contrato carezca de objeto⁷⁵. Porque el objeto no es el real (que no existe) sino el ideal, descrito en el contrato⁷⁶. No es el que no existe en la realidad (objeto real) sino el que las partes se han representado (objeto ideal). La vinculación contractual puede surgir en relación con este objeto ideal.

Recuerda Díez-Picazo, siguiendo a Betti, que «las concepciones que operaban en los puntos de vista sociales más antiguos [está pensando en la sociedad romana] no se conformaban con un objeto simplemente imaginado en la mente de los contratantes, sino que tenía que ser algo socialmente reconocible y encontrarse suficientemente identificado, porque sin ello la autonomía privada parecía carecer de objeto capaz de subsistir en sí mismo como instrumento de relaciones sociales»⁷⁷.

6.2 ¿Cuándo es válido el contrato?

Para determinar, en caso de imposibilidad inicial, si el contrato es válido o no, hemos de tener en cuenta cuáles son los requisitos exigidos para la perfección del contrato. En este punto, el derecho tradicional recogido en los códigos civiles decimonónicos (y todavía presente en el código civil francés reformado) ofrece un obstáculo a la perfección del contrato, al exigir que el objeto sea posible. Este obstáculo ha sido superado⁷⁸ en el moderno derecho de contratos formulando de modo diferente los requisitos del contrato⁷⁹.

Hoy solo se considera necesario para que surja un contrato la voluntad de los contratantes de quedar jurídicamente vinculados y haber alcanzado un acuerdo suficiente, susceptible de ser puesto directamente en ejecución

⁷⁵ Así se destaca en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Modernización de la regulación de la compraventa, *Ibid.*, p. 679.

⁷⁶ A. M. MORALES MORENO, «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa», en *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 101 a 103.

⁷⁷ L. Díez-Picazo, «Sobre la imposibilidad de la prestación», cit., pp. 1095, 1096.

⁷⁸ Sigue esta orientación el art. 432 del Código civil de la Federación de Rusia. «Se considera que el contrato se ha celebrado si las partes, respetando las formas exigidas en cada caso, se han puesto de acuerdo sobre todas las condiciones esenciales del contrato». Exige acuerdo sobre «las condiciones relativas al objeto del contrato». No exige, en cambio, que el objeto exista en la realidad. Code Civil de la Federation de Russie, trad. Kitic/krief-semitko/legeais.

⁷⁹ R. SCHULZE; F. ZOLL, *European Contract Law*, 2ª, Baden Baden, 2018, pp. 130 a 133.

(arts. 2:101 a 2:103 PECL; III.-4:101 a 4:103 DCFR)⁸⁰. Para determinar, en cada caso, si se cumplen los requisitos hemos de utilizar las reglas de interpretación de las declaraciones de voluntad de uno y otro contratante. Tiene especial relevancia la protección de la confianza del otro contratante⁸¹. En caso de imposibilidad, que el contratante obligado a la prestación imposible haya creado en el otro contratante una justificada confianza en que es posible su prestación.

La existencia del contrato tiene una consecuencia: deja de estar legitimado cualquier interesado para invocar la *nulidad* (absoluta). Deja de estarlo, incluso, el contratante obligado a la prestación imposible⁸². Significa, también, que surge una vinculación contractual referida a la satisfacción del interés del acreedor en la existencia de la cosa (inexistente), que se ha de canalizar a través de la indemnización. La indemnización se refiere al interés en el cumplimiento (interés positivo). La responsabilidad del obligado tiene como límite las causas de exoneración de responsabilidad que el obligado pueda invocar.

Esteve Bosch pone acertadamente en relación dos artículos del DCFR: el art. II.-4:103 y el II.-7:102. «Si, según resulta del Art. II.-4103, no es necesario para la existencia de un contrato que este tenga un objeto, sino que solo es preciso que el contenido del contrato esté definido, puede parecer coherente que el Art. II.-7:102 establezca que la imposibilidad inicial en el cumplimiento de una obligación, o la falta de poder de disposición, no implican la nulidad del contrato, sino el incumplimiento del mismo.»⁸³

6.3 Dos cuestiones relacionadas con la responsabilidad contractual en caso de imposibilidad

La imposibilidad inicial plantea dos cuestiones, relacionadas con la responsabilidad contractual. Primera: ¿puede existir incumplimiento, no siendo el cumplimiento posible? Segunda: ¿cómo se imputa la responsabilidad al deudor y cómo puede este exonerarse de ella?

⁸⁰ G. CHRISTANDI, «Art. 2:101 (1): Conditions for the Conclusion of a contract», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.) *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, p. 236 ss.

⁸¹ S. VOGENAUER, «Art. 5:101: General Rules of interpretation», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.) *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, p. 754 a 764.

⁸² N. FENOY, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit., p. 496.

⁸³ E. BOSCH CAPDEVILLA, «Causas de invalidez del contrato», en Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila, María Paz Sánchez Gonzáles (eds.) *Derecho europeo de contratos. Tomo I*, Barcelona, 2012, p. 461.

6.3.1 ¿PUEDE EXISTIR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN CASO DE IMPOSIBILIDAD INICIAL?

La dificultad con la que se ha encontrado, tradicionalmente, la construcción de una vinculación contractual en caso de imposibilidad inicial se puede describir así: Si la razón que fundamenta la responsabilidad contractual es el incumplimiento de una obligación nacida del contrato, siendo imposible el cumplimiento de esta, hay un serio obstáculo para aplicar la responsabilidad contractual. La imposibilidad inicial impediría la existencia de una vinculación contractual (a lo imposible) y de la correspondiente responsabilidad.

El razonamiento anterior, que ha prevalecido a lo largo de la historia, tiene un concepto de la vinculación contractual diferente del actual. Contempla la relación obligatoria procedente del contrato desde la perspectiva del cumplimiento de la obligación del deudor. En el momento actual, el moderno derecho de contratos considera la relación obligatoria desde la perspectiva del acreedor; es decir desde la satisfacción del interés de este fundado en el contrato⁸⁴.

Como consecuencia de este importante cambio de perspectiva, el incumplimiento no se refiere ahora a la obligación sino al contrato. El incumplimiento, utilizando una expresión que Federico de Castro acuña para el negocio jurídico, es la falta de consecución del propósito práctico del contrato⁸⁵. Entendido de este modo, puede haber incumplimiento en caso de imposibilidad inicial.

Debo recordar, sin embargo, que el BGB, tras la reforma de 2001, utiliza un concepto estricto del incumplimiento (referido al deber de prestación, § 275 BGB) que no incluye los casos de imposibilidad inicial. Esto no impide la existencia del contrato. Pero la responsabilidad (contractual) en este caso se funda en una norma especial (§ 311a BGB) (*vid. supra*).

6.3.2 ¿CUÁL ES EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CASO DE IMPOSIBILIDAD INICIAL?

Para responder a esta pregunta, hemos de tener en cuenta que en la responsabilidad contractual hay una inversión de la carga de la prueba, al menos

⁸⁴ A.-M. MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 19, 20.

⁸⁵ A. M. MORALES MORENO, «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *Anuario de Derecho Civil*, IV, 1983, p. 1529 a 1546.

en las denominadas obligaciones de resultado⁸⁶. El contratante insatisfecho (acreedor) puede pedir indemnización, probando (del modo que proceda) que el deudor ha incumplido el contrato. Y corresponde al deudor oponer las posibles causas de exoneración de responsabilidad⁸⁷. Estas causas de exoneración ponen de manifiesto el criterio de imputación de responsabilidad utilizado por el ordenamiento. Puede ser el de culpabilidad o el de la garantía del resultado previsto en el contrato (asunción de riesgo). La asunción de riesgo no tiene que ser absoluta. Su grado o nivel lo establece la ley (al fijar las causas de exoneración de la responsabilidad contractual) a falta de una previsión del contrato.

Los criterios de exoneración de responsabilidad (contractual) normalmente utilizados, tanto en los Códigos (así art. 1105 CC) como en los textos normativos del moderno derecho de contratos (*vid.* arts. 79.1 CISG, 8:108 (1) PECL, III.-3:104 (1) DCFR), se refieren a sucesos, posteriores a la celebración del contrato, que impiden su cumplimiento. En estos casos la exoneración depende de que el deudor haya hecho todo lo que debía hacer, según el contrato, para prevenirlos y evitarlos. Estos criterios de exoneración, propios de impedimentos del cumplimiento posteriores a la celebración del contrato, no son fácilmente aplicables a la imposibilidad inicial. En la imposibilidad inicial se ha de ponderar si el deudor la conocía o no; si era o no fácilmente cognoscible para él; si tenía o no razones para creer que era posible el cumplimiento.

En caso de imposibilidad inicial que determina el incumplimiento del contrato, la culpabilidad se refiere al conocimiento de la imposibilidad. A falta de una regla adecuada hemos de aplicar los criterios de exoneración de la responsabilidad precontractual, por transmisión de información incorrecta. Estos criterios están referidos al conocimiento o al deber de conocer la situación previa al contrato. Ese criterio lo encontramos, por ejemplo, en el art. 4:106 PECL⁸⁸, que dispone: «La parte que ha celebrado un contrato fundándose en una información inexacta que le ha sido transmitida por la otra parte puede obtener indemnización (...) *a menos que* la parte que le dio la información *tuviera razones para creer* que la información era exacta»⁸⁹. Si

⁸⁶ En estas, la prueba del incumplimiento se refiere a ese resultado (no se entrega la cosa debida, no se presta el servicio).

⁸⁷ R. ZIMMERMANN, «Art. 9:501 (1): Right to Damages», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, p. 1435 ss.

⁸⁸ S. LOHSE, «Art. 4:106. Incorrect Information», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.) *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, pp. 685 a 688.

⁸⁹ El art. II.-7:204 DCFR establece, sin más, los requisitos de la responsabilidad precontractual por transmisión de información incorrecta (error provocado), pero no indica cómo se distribuye la carga de la prueba entre las partes.

de la interpretación del contrato no resulta que el obligado ha garantizado que es posible el cumplimiento del mismo (y aun en este caso habrá que tener en cuenta los términos en los que lo ha hecho, para establecerlos límites de esa garantía) es razonable permitirle exonerarse de responsabilidad cuando en momento de la celebración de contrato tenía razones fundadas para creer que era posible su cumplimiento. Por ejemplo, cuenta con informes técnicos solventes que justifican esa posibilidad.

En este punto, considera Ribot (siguiendo a Mitzkeit⁹⁰) que «el modelo propuesto en los PECL (y seguido por el DCFR)⁹¹ se basa en que la imposibilidad inicial de la prestación se sujeta —a diferencia del caso de imposibilidad sobrevenida— a un régimen de responsabilidad absoluta o de garantía incondicional del resultado prometido (...). Al deudor que quiere evitar esa responsabilidad solo le resta anular el contrato, para lo que en los PECL se prevé la posibilidad de invocar el error común sobre la imposibilidad inicial»⁹².

La opinión de Ribot encuentra apoyo en el comentario al art. 8:108 PECL⁹³. Ese comentario viene a advertirnos que no se pueden aplicar a la imposibilidad inicial, sin más, los criterios de exoneración de este artículo, previstos para impedimentos del cumplimiento posteriores al nacimiento del contrato. Pero creo que esto no debe implicar que el incumplimiento por imposibilidad inicial no deba contar con sus causas de exoneración de responsabilidad, en la medida procedente. Y lo que no me parece adecuado, es permitir al deudor liberarse de responsabilidad, en este caso, invocando el error común⁹⁴, si su garantía es *absoluta o incondicional*:

⁹⁰ A. MITZKEIT, *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 173. Ahí afirma: «Entschuldigend können nur Hindernisse wirken, die nach Abschluss des Vertrages eingetreten sind. Bei anfänglicher Unmöglichkeit kommt eine Entschuldigung nicht in Betracht. Der Schuldner haftet ohne Entlastungsmöglichkeit. Allerdings liegt in Fällen der anfänglichen Unmöglichkeit regelmäßig ein Irrtum des Schuldners über die eigene Leistungsfähigkeit vor. Dieser berechtigt unter gewissen Voraussetzungen zur Anfechtung des Vertrages. Mit wirksamer Anfechtung entfällt der Vertrag und damit auch die Verpflichtung zur Leistung. Der Schuldner haftet dem Gläubiger dann nicht.»

⁹¹ Diferente del de la CISG y el de los PICC, en el que «el deudor puede exculparse demostrando que la causa exclusiva de su incumplimiento fue un impedimento ajeno a su esfera de control y que le resultó imprevisible al momento de contratar o que en cualquier caso era inevitable» (J. RIBOT IGUALADA, «La imposibilidad originaria del objeto contractual», cit., p. 38.).

⁹² *Ibid.*, p. 37.

⁹³ El comentario dice: «It is conceivable that an impediment at the time the contract was made existed without the parties knowing it. For example, the parties might sign a charter of a ship which, unknown to them, has just sunk. This situation is not covered by Article 8:108 but the contract might be avoidable under Article 4:103, Mistake as to Facts or Law.»

⁹⁴ Según el comentario oficial a otro artículo, el 4:102 PECL, si el deudor ha asumido el riesgo de imposibilidad no está legitimado para anular el contrato. Creo que cuando se obliga a ejecutar una prestación imposible está asumiendo ese riesgo, en cierta medida. La medida en la que lo ha asumido determina las causas de exoneración de la responsabilidad contractual aplicables. La doctrina del error común sólo se debe aplicar para liberar al deudor cuando este no ha asumido el riesgo de imposibilidad.

7. IMPOSIBILIDAD INICIAL Y AUSENCIA DE CAUSA

La imposibilidad inicial se ha considerado en ocasiones como un supuesto de invalidez del contrato por falta de causa⁹⁵. A continuación, voy a referirme a la relación existente entre la imposibilidad inicial y la ausencia de causa del contrato.

Tratándose de una relación obligatoria sinalagmática, la doctrina de la causa (ausencia de causa genética, art. 1274 CC) no sirve para justificar la nulidad del contrato en caso de imposibilidad inicial. La falta de causa no puede ser invocada directamente para anular el contrato⁹⁶. Puede servir, como un argumento de refuerzo, para explicar la desvinculación contractual por la resolución, pero no determina por sí misma la ineficacia del contrato. Además, no es necesario hacerlo, porque existe el remedio de la resolución, un remedio más preciso y adecuado.

El acreedor insatisfecho por un incumplimiento del contrato que tiene su origen en una imposibilidad inicial cuenta con dos remedios: la indemnización de daños (que cubren su interés en el cumplimiento) y la resolución del contrato por incumplimiento. La resolución, compatible con la indemnización, le desvincula del contrato (le libera de tener que cumplir su contraprestación). Normalmente, podrá fundamentarla en el carácter esencial del incumplimiento.

8. IMPOSIBILIDAD INICIAL Y ERROR

1. La imposibilidad inicial ha sido considerada como un supuesto de error⁹⁷, que influye en la validez del contrato. Esta consideración la encontramos en la doctrina yusnaturalista⁹⁸. Y está presente en el derecho actual⁹⁹.

Al referirnos a la imposibilidad como un supuesto de error debemos tener en cuenta las grandes diferencias existentes, en el derecho comparado, en la regulación del error, según el modo en que se ponderen los intereses en juego¹⁰⁰.

⁹⁵ Así, en el derecho holandés, bajo la vigencia del CC de 1838, N. FENOY, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit., p. 521.

⁹⁶ Cfr. A. M. MORALES MORENO, «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», cit., p. 1536.

⁹⁷ Sobre imposibilidad y error: N. FENOY, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit., p. 495 ss.

⁹⁸ R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations*, cit., pp. 692, 693.

⁹⁹ Es una de las posibles perspectivas de consideración del problema: E. RABEL, «Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch», cit., p. 46.

¹⁰⁰ N. FENOY, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», cit., pp. 478 ss.

Por eso es necesario situarse en un determinado ordenamiento. No tratar del error, en caso de imposibilidad, de manera general.

2. Si el contrato es nulo en caso de imposibilidad inicial, esta regla, allá donde alcance, excluye la anulabilidad por error. Sólo cuando la imposibilidad inicial no determina necesariamente la nulidad del contrato, hay espacio para aplicar la anulabilidad por error (como también para la responsabilidad contractual). Esta es la situación en el moderno derecho de contratos.

3. En el *common law*, la doctrina del *common mistake* permite alcanzar un efecto parecido al de la nulidad por imposibilidad inicial. Determina la nulidad del contrato. Esa nulidad puede ser invocada por cualquiera de los contratantes. Es una ineficacia diferente de la que produce el error en la tradición continental, consistente en la anulabilidad del contrato a instancia del contratante legitimado para invocar su error. La diferencia existe, aunque la anulabilidad por error se funde en que los motivos de un contratante se han incorporado al contrato y han sido compartidos por ambos contratantes (como causa concreta)¹⁰¹, como sucede en el derecho español¹⁰².

Los requisitos de aplicación de la doctrina del *common mistake* son fundamentalmente estos (sin perjuicio de que se pueda hacer un mayor desarrollo de los mismos): (1) Las partes han celebrado el contrato bajo un error compartido, surgido en cada una de ellas (autoinducido), referente a los hechos o al derecho que afectan al contrato. (2) Según los términos expresos o implícitos del contrato, no se puede considerar que ninguna de las partes haya asumido el riesgo de que la situación sea como realmente es. (3) Ninguna de las partes es responsable por conocer o haber tenido que conocer la verdadera situación. (4) El error es tan fundamental que hace imposible la realización del contrato; o el cumplimiento del mismo, siendo posible, es esencialmente diferente de lo previsto por las partes. Cumpliéndose estos requisitos el contrato será nulo¹⁰³.

En caso de imposibilidad inicial, el *common mistake* permite al contratante obligado a la prestación imposible desvincularse del contrato, sin tener

¹⁰¹ El error en derecho español como en otros sistemas continentales se contempla como desde la perspectiva del contratante que lo padece (o mejor, que reúne los requisitos que le permiten invocarlo) y es el quien cuenta con la legitimación para ejercitar el derecho a anular el contrato. Esto es así aunque la protección del otro contratante imponga en ocasiones que los motivos de un contratante se incorporen al contrato como base del mismo.

¹⁰² «(...) la letra del artículo [1266] y la doctrina legal sobre el significado de la causa concreta (motivos *incorporados* a la causa) no está referida a cualquier creencia equivocada individual, sino a aquella que atañe a la misma *motivación del contrato*», F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., párr. 136.g

¹⁰³ H. G. BEALE, «Common Mistake, Chapter 6», en H. Beale (ed.) *Chitty on Contracts, vol I*, 33 ed., Thomson Reuters, 2018, párr. 6-015. Un mayor desarrollo de los requisitos del «common mistake»: *Ibid.*, párr. 6-035 a 6-041.

que responder. Pero esta desvinculación no es posible (porque no se aplica la doctrina del *common mistake*) en los casos siguientes ¹⁰⁴:

(i) Cuando el riesgo de imposibilidad está atribuido al contratante obligado a la prestación imposible. Está atribuido cuando así resulta de la ley o del contrato ¹⁰⁵.

(ii) Cuando el contratante obligado a la prestación imposible conocía la imposibilidad ¹⁰⁶.

(iii) Cuando el contratante obligado ha inducido al otro a celebrar el contrato, aunque lo hiciera desconociendo la imposibilidad (bajo error). Este es un caso de *innocent misrepresentation* ¹⁰⁷.

En los casos anteriores, el contratante obligado a algo imposible no puede desvincularse del contrato, invocando el *common mistake*, porque no es aplicable esta doctrina. El otro contratante (acreedor) puede contar con otros remedios (distintos de la nulidad por *common mistake*): la indemnización fundada en la garantía (*warranty*) que resulta del contrato; la anulación (por *misrepresentation*: error provocado).

4. Si dejamos a un lado el *common mistake* del *common law* y nos situamos en el error en un sistema continental como el español, se puede afirmar que el error, en caso de imposibilidad inicial, se refiere a una circunstancia básica del contrato: la existencia del objeto, la posibilidad de cumplir el contrato. Y además, que es una circunstancia compartida por ambos contratantes. Pero también que es diferente la legitimación que puede corresponder a uno y otro para anular el contrato por error.

La aplicación de la doctrina del error plantea dos cuestiones: (i) ¿Puede cualquiera de los contratantes pedir la anulación del contrato, invocando *su error*? Especialmente, ¿puede el deudor anular el contrato? (ii) ¿Es compatible el remedio de anulación del contrato por error con los remedios del incumplimiento del contrato (indemnización, resolución)?

(i) ¿Puede el deudor anular el contrato? Creo que no, pues esto le liberaría de su vinculación contractual. Siendo válido el contrato, la imposibilidad inicial impide cumplir, pero no excluye el deber de indemnizar (en el marco de la responsabilidad contractual). Para que el deudor se pueda exonerar del deber de indemnizar, es preciso aplicar los de exoneración en el marco de la

¹⁰⁴ Las excepciones a la aplicación de la doctrina del *common mistake* se aplica a cualquiera de los contratantes. Yo las voy a aplicar al deudor.

¹⁰⁵ H. G. BEALE, «Common Mistake, Chapter 6», cit., párr. 6-037.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 6-038.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 6-041.

responsabilidad contractual. En este caso, en el que la imputación de responsabilidad se funda en el conocimiento, que el deudor no conocía ni tenía que conocer la imposibilidad; o que tenía razones para creer que era posible el cumplimiento del contrato. El deudor no puede pretender exonerarse de responsabilidad contractual anulando el contrato por error¹⁰⁸. Porque estaría utilizando un mecanismo jurídico de distribución del riesgo de defectuosa información distinto del de la responsabilidad contractual, por la que está vinculado.

Sin perjuicio de lo que acabo de indicar, hay que tener en cuenta, además, las limitaciones propias de la doctrina del error. (1.^a) El deudor no puede invocar el error cuando, por ley o por pacto, le corresponda asumir el riesgo del error, como sucede cuando está obligado por un contrato. (2.^a) El deudor tampoco puede invocar su error acerca de la imposibilidad de cumplir el contrato, si este es inexcusable. Normalmente, el deudor se halla en mejor condición que el acreedor para verificar si es posible ejecutar el compromiso que asume.

(ii) ¿Puede el acreedor, en caso de imposibilidad inicial, invocar la doctrina del error (anulación, indemnización) en lugar de la del incumplimiento del contrato (resolución, indemnización), si lo prefiere?

Esta opción del acreedor, en principio, no coloca al deudor en peor posición (no le perjudica). Es algo que no ocurre cuando es el deudor el que pretende anular el contrato por su error, para no tener que responder por incumplimiento. La posibilidad de que el acreedor pueda elegir entre ejercitar los remedios precontractuales (por error, por dolo, por *culpa in contrahendo*) o los del incumplimiento depende de cómo establezca el ordenamiento la compatibilidad entre ellos. Las opciones posible son dos: la posibilidad de aplicar los remedios del incumplimiento excluye la aplicación de los del error¹⁰⁹; o no la excluye¹¹⁰.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. La regla tradicional, la imposibilidad inicial de la prestación determina la nulidad del contrato, que inspiró la redacción de los códigos civiles

¹⁰⁸ Así también la doctrina alemana predominante, como recuerda, J. RIBOT IGUALADA, «La imposibilidad originaria del objeto contractual», cit., p. 36.

¹⁰⁹ Así: art. 3.2.4 UNIDROIT Principles: (Remedies for non-performance) *A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance.*

¹¹⁰ Así: art. 4:119 PECL: *Remedies for non-performance. A party who is entitled to a remedy under this Chapter in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy.* Art. II.- 7:216 DCFR: *Overlapping remedies A party who is entitled to a remedy under this Section in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy.*

del siglo XIX, ha sido superada en el moderno derecho de contratos. En él, la imposibilidad inicial no provoca necesariamente la nulidad. Es el contrato el que determina si el contratante obligado a una prestación inicialmente imposible está o no obligado. Y, de estarlo, cuáles son los límites de su responsabilidad.

2. La superación de la regla de nulidad del contrato por imposibilidad inicial ha sido propiciada por los cambios en determinados conceptos jurídicos producidos en el moderno derecho de contratos (objeto del contrato, vinculación contractual, incumplimiento del contrato). (i) En el moderno derecho de contratos el concepto de objeto del contrato es diferente del tradicional. El objeto no es el real sino el ideal, contemplado por los contratantes. De este modo, la imposibilidad inicial no priva, necesariamente, de objeto al contrato, si las partes han convenido sobre él con suficiente determinación. (ii) La nueva concepción de la vinculación contractual no está basada exclusivamente en el deber de prestación (de imposible cumplimiento en caso de imposibilidad) sino en la de garantía de un resultado a cargo del deudor. De modo que, en caso de imposibilidad, la indemnización sustituye al deber de cumplir. (iii) El concepto de incumplimiento es también diferente del tradicional. No se refiere a los deberes del deudor (inexistentes en caso de imposibilidad) sino al contrato, a su realización, y a la satisfacción por ende del interés de cada uno de contratantes, tal como él mismo prevé.

3. Desde el punto de vista práctico, la diferencia más significativa entre el sistema tradicional de nulidad por imposibilidad originaria y el nuevo sistema (que no la establece), se halla en la fundamentación de la indemnización y el interés indemnizable. (i) Siendo nulo el contrato, la responsabilidad (precontractual) se ha de fundamentar en el dolo, el error imputable, la *culpa in contrahendo* (conforme están regulados estas figuras en el correspondiente ordenamiento), o en una norma especial para este caso. Y, normalmente, cubrirá el interés negativo del otro contratante. (ii) De ser válido el contrato, se aplicará el sistema de responsabilidad contractual, y el acreedor será indemnizado en la medida de su interés en el cumplimiento del contrato (interés positivo). El interés indemnizable no determina que la cuantía de la indemnización sea mayor o menor en uno u otro. De las partidas integrantes del interés negativo puede, en algún caso, resultar una cuantía de indemnización superior a la del interés positivo.

4. La nulidad por imposibilidad inicial (tal como postula el derecho tradicional) puede ofrecer una solución adecuada en los casos en los que la imposibilidad es un hecho casual, desconocido por ambos contratantes, no imputable a ninguno de ellos. En estos casos, la nulidad puede ofrecer una

solución razonable. Puede ser invocada por cualquiera de los contratantes (¡aunque también por terceros!). Impide a cualquiera de ellos exigir el cumplimiento del contrato y le permite la restitución de la prestación que haya podido realizar. Mas cuando la causa de la nulidad sea imputable a uno de los contratantes, la nulidad no ofrece una solución adecuada. Porque otorga a este contratante legitimación para invocarla. Porque el otro contratante (acreedor insatisfecho) no puede obtener indemnización de su interés en el cumplimiento del contrato.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Curso de Derecho Romano. Tomo I Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho procesal civil romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- ATAZ LÓPEZ, J., «Artículo 1460», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.) *Comentario del Código Civil. Tomo VII*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 10307 a 10317.
- BEALE, H. G., «Common Mistake, Chapter 6», en H. Beale (ed.) *Chitty on Contracts*, vol. I, 33 ed., Thomson Reuters, 2018.
- BOSCH CAPDEVILLA, E., «Causas de invalidez del contrato», en Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capevila, María Paz Sánchez Gonzáles (eds.), *Derecho europeo de contratos. Tomo I*, Barcelona, 2012, pp. 459 a 546.
- CABRILLAC, R., *Droit des obligations*, 13.^a ed., Paris, 2018.
- CARRASCO, Á., *Derecho de contratos*, 3.^a ed., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- CHANTEPIE, G.; LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre de Code civil*, 2. ed., Dalloz, Paris, 2018.
- CHRISTANDI, G., «Art. 2:101 (1): Conditions for the Conclusion of a contract», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.) *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, pp. 236 a 248.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «Apuntes para una gran reforma. Problemas y propuestas», en Esther Muñiz Espada (ed.) *Derecho de obligaciones y contratos, en homenaje al profesor Ignacio Serrano García*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 23 a 42.
- Code Civil de la Federation de Russie, trad. Kitic/krief-semitko/legeais*, Poitiers, 2005.
- 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.
- DESHAYES, O.; GENICON, T.; LAITHIER, YVES-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général y de la preuve des obligations: Commentaire article par article*, LexisNexis, Paris, 2016.

- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial, I*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1971.
- «Sobre la imposibilidad de la prestación», en Joan Manuel Abril Campoy, María Eulalia Amat Llari (eds.), *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferrioll, vol. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1087 a 1096.
- FENOY, N., «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *Anuario de Derecho Civil*, n.º II, 2017, pp. 473-785.
- FLOUR, J.; AUBERT, J.-L.; SAVEAUX, É., *Droit civil. Les obligations: 1. L'acte juridique*, 15. ed., Sirey, Paris, 2012.
- GARCÍA CANTERO, G., «Artículo 1460», en Manuel Albaladejo (ed.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XIX*, EDERSA, Madrid, 1980, pp. 154 a 161.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852.
- GARCÍA VICENTE, J. R., «Artículo 1272», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.) *Comentarios al Código civil. Tomo VII*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9136 a 9140.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. DEL C., «Artículo 1272», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo, Rodrigo Bercovitz, Pablo Salvador Coderch (eds.) *Comentario al Código civil, Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 475 a 476.
- HERRERO OVIEDO, M., «Artículo 1272», en Andrés Domínguez Luelmo (ed.), *Lex Nova*, Valladolid, 2010, pp. 1396, 1397.
- INFANTE RUIZ, F. J., «Artículo 1460», en Ana Cañizares, Pedro de Pablo, Javier Orduña, Rosario Valpuesta (eds.) *Código civil comentado, vol. IV*, 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- LOHSE, S., «Art. 4:106. Incorrect Information», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.) *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018.
- LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, 18, München, 2020.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.) *Tratado de contratos, tomo I*, 3.ª ed., Valencia, 2020, pp. 665 a 826.
- MEDICUS, D., *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, 10. ed., C. H. Beck, München, 1998.
- MITZKEIT, A., *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- MORALES MORENO, A. M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa», en *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 93 a 144.
- «Artículo 1261», en Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo, Rodrigo Bercovitz, Pablo Salvador Coderch (eds.), *Comentario al Código civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 442 a 446.

- MORALES MORENO, A. M., «Artículo 35», en Luis Díez-Picazo Ponce de León (ed.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 286 a 312.
- «Claves de la modernización del derecho de contratos», en Consejo General del Notariado (ed.), *Autonomía de la voluntad en el derecho privado*, Madrid, 2012, pp. 319 a 418.
- «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 591-684.
- «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *Anuario de Derecho Civil*, n.º IV, 1983, pp. 1529 a 1546.
- PALAND/HEINRICHS, «§ 306 BGB», en *Bürgerliches Gesetzbuch*, 53 ed., C. H. Beck, 1994.
- PANTALEÓN, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1720-1745.
- PLANIOL, M., *Traité Élémentaire de Droit Civil, tomo segundo*, Paris, 1923.
- POTHIER, *Oeuvres complètes. Traité du contrat de vente*, 1821.
- *Traité des obligations, Oeuvres, tome I*, Siffrein, Paris, 1821.
- QUICIOS MOLINA, S., «La ineficacia contractual», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (ed.), *Tratado de Contratos. Tomo I*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1525 a 1782.
- RABEL, E., «Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch», en Hans G. Leser (ed.), *Gesammelte Aufsätze, i*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1965, pp. 1 a 55.
- RAMS ALBESA, J., «Artículo 1272», en Manuel Albaladejo, Sivia Díaz Alabart (eds.) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XVIII Vol. 1-B*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 441 a 469.
- RIBOT IGUALADA, J., «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, Núm. 3, 2015, pp. 1 a 66.
- SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- SCHULZE, R.; ZOLL, F., *European Contract Law*, 2.ª, Baden Baden, 2018.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Artículo 1272», en Ana Cañizares, Pedro de Pablo, Javier Orduña, Rosario Valpuesta (eds.) *Código Civil Comentado, vol. III*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 645 a 647.
- VOGENAUER, S., «Art. 5:101: General Rules of interpretation», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.) *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, pp. 754 a 764.
- ZIMMERMANN, R., «Art. 9:501 (1): Right to Damages», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.) *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, pp. 1435 a 1446.
- *The Law of obligations*, Oxford University Press, 1996.

XXVII

EL RIESGO DE DEFECTUOSA INFORMACIÓN CONTRACTUAL Y SU DISTRIBUCIÓN ENTRE LOS CONTRATANTES: FIGURAS JURÍDICAS Y REMEDIOS

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO
Catedrático emérito de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción.–2. El riesgo de información defectuosa.–3. Distribución del riesgo de información defectuosa; figuras jurídicas y remedios.–4. El error y el dolo. 4.1 El error. 4.1.1 Error y anulación. 4.1.2 Error e indemnización. 4.1.3 Error y adaptación del contrato. 4.2 El dolo. 4.2.1 Dolo y anulación. 4.2.2 Dolo e indemnización. 4.2.3 Dolo y adaptación del contrato.–5. La base del negocio. 5.1 La base del negocio en el Derecho alemán. 5.2 ¿Es aplicable la doctrina de la base del negocio en derecho español?: la opinión de Federico de Castro. 5.3 El tratamiento de la base del negocio en los PECL y en el DCFR. 5.4 La base del negocio en la jurisprudencia del TS.–6. La *culpa in contrahendo*. 6.1 El criterio de imputación de responsabilidad. 6.2 Daño indemnizable.–7. Conclusiones.–8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es el riesgo de defectuosa información en la celebración del contrato y su distribución entre los contratantes.

El problema del riesgo de defectuosa información en el contrato no es un problema nuevo. Ha existido desde siempre en cualquier contrato celebrado. Pero tradicionalmente no ha sido objeto de consideración en sí mismo. Esto no significa que dicho riesgo no haya sido distribuido a través de diversas figuras jurídicas contempladas en los códigos. Concretamente en el código civil español el riesgo de defectuosa información está regulado en los vicios del consentimiento (error y dolo) y en reglas especiales de algunos contratos, por ejemplo, en el contrato de compraventa (en el saneamiento por vicios ocultos, en las diferencias de cabida de los inmuebles) o en el contrato de obra (en el aumento de obra).

En este trabajo pretendemos agrupar desde la perspectiva de la distribución del riesgo de defectuosa información figuras diferentes como los vicios del consentimiento ya mencionados, la base del negocio, y la culpa *in contrahendo*. Nuestro estudio pretende ponerlas en relación, por esa función que todas ellas cumplen: distribuir el riesgo de defectuosa información.

De todas las figuras jurídicas a las que nos acabamos de referir, que cumplen la función de distribuir el riesgo de defectuosa información, solo el error y el dolo están reguladas en el código civil español. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, en el momento actual, también encontramos las otras dos figuras: la culpa *in contrahendo* y la base del negocio.

El orden que vamos a seguir en nuestra exposición es el siguiente. Comenzaremos identificando el problema de defectuosa información, referido al contrato. A continuación, nos referiremos a los medios con que cuenta el derecho para distribuir entre los contratantes el riesgo de información defectuosa; es decir, a los posibles remedios. Por fin, trataremos las figuras jurídicas que permiten utilizar esos remedios.

2. EL RIESGO DE INFORMACIÓN DEFECTUOSA

El riesgo de defectuosa información consiste en una *falsa representación* de la realidad *relacionada* con el contrato celebrado. Esta idea, sin embargo, requiere mayor precisión.

La falsa representación de la realidad hemos de referirla, en primer lugar, a cada contratante. Afecta a su representación mental de la realidad, que tiene en cuenta al celebrar el contrato y le determina a celebrarlo. Incide, por tanto, en su decisión de contratar. En este plano individual el contrato ha sido celebrado bajo un error. Pero la existencia de error no es suficiente para poder anular el

contrato, exigir su adaptación o pedir a la otra parte indemnización. Es necesario que la figura jurídica que vaya a ser invocada en cada caso lo permita.

La falsa representación de la realidad puede también referirse al contrato celebrado. En este caso, hay una discordancia o desajuste entre cómo se representa la realidad el contrato, como presuposición o base fáctica del mismo, y cómo es la realidad misma. Por ejemplo, si el cuadro vendido es falso, y el contrato lo considera auténtico, esa presuposición del contrato (la autenticidad del cuadro) es falsa. El problema se refiere a la información que utiliza el contrato.

En el plano individual, el problema del riesgo de defectuosa información puede considerarse como un problema de voluntad, referido a la celebración del contrato, como un vicio del consentimiento que afecta a la validez del contrato. En el plano del contrato el problema se manifiesta en una alteración de la organización de intereses del contrato, una ruptura de la equivalencia entre las prestaciones o lesión¹. Uno y otro plano están con frecuencia mezclados.

3. DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO DE INFORMACIÓN DEFECTUOSA: FIGURAS JURÍDICAS Y REMEDIOS

La regla *pacta sunt servanda* es la regla primaria de asignación del riesgo de defectuosa información en el contrato. Conforme a ella, la eficacia normal del contrato atribuye a cada contratante las consecuencias desfavorables de haber contratado bajo una información incorrecta sobre las circunstancias presentes, o con unas previsiones de futuro que con el paso del tiempo se alteran. Así, por ejemplo, asigna al comprador el riesgo de que el terreno adquirido no sea edificable, o al inversor el de que la inversión realizada no tenga la productividad que podía esperar, o al constructor, el de un posible incremento del coste de los materiales o de la mano de obra, así como el de que la excavación del subsuelo requiera mayor obra que la prevista, al fijar el precio de ella.

La asignación del riesgo de defectuosa información que resulta de la regla *pacta sunt servanda* puede ser modificada: primero, mediante pacto; segundo, por las normas jurídicas.

Hay normas especiales que regulan el reparto de determinados riesgos de información, modificando la regla *pacta sunt servanda* o *caveat emptor*. Además de las normas del contrato de compraventa y del contrato de obra a las que hemos aludido en la introducción, encontramos también normas especiales sobre la distribución del riesgo de defectuosa información en el derecho de

¹ Vid. MORALES MORENO, 1983, pp. 1529 a 1546.

consumo y en el relacionado con la protección del inversor, por el riesgo de determinados productos financieros. En este caso un contratante está obligado a informar al otro sobre determinados aspectos, y asume el riesgo del error por falta de información².

Hay también normas generales que tienen la función de regular el reparto de determinados riesgos de información. Se corresponden con las figuras jurídicas que son objeto de este trabajo: determinados vicios del consentimiento (error y dolo), la base del negocio y la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*).

Además, el riesgo de defectuosa información puede ser distribuido entre los contratantes por medio del sistema de responsabilidad contractual, entendida esta en sentido amplio, a través de los remedios del incumplimiento del contrato.

Las figuras jurídicas que son objeto de este trabajo no se fundan en el incumplimiento del contrato. Modifican el sistema normal de asignación del riesgo de defectuosa información ofreciendo al contratante determinados remedios. Tales remedios son, dependiendo de la figura jurídica concreta: la desvinculación del contrato, la adaptación del contrato o la indemnización del daño.

Los remedios no fundados en el incumplimiento no están agrupados en un sistema unitario, como están hoy los fundados en el incumplimiento (sistema de responsabilidad contractual, en sentido amplio)³. Se fundamentan en las diversas figuras jurídicas a las que ya nos hemos referido. Estas figuras, como hemos indicado, contemplan el problema del defecto de información desde una perspectiva diferente. Esto incide en el remedio ofrecido.

Los vicios del consentimiento lo contemplan desde la voluntad (consentimiento) necesaria para la formación del contrato. Por ello el remedio que tradicionalmente han ofrecido es la anulación del contrato.

La alteración de la base del negocio contempla el problema desde la perspectiva de la alteración del equilibrio entre las prestaciones del contrato o, más genéricamente, desde la alteración de la organización de intereses prevista en él. Como consecuencia de esta caracterización del problema, los remedios que ofrece son, el reajuste del contrato o su terminación (resolución, denuncia).

Por fin, la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*, contempla el problema desde el daño o lesión que produce la información defectuosa, sobre cuya base se celebra el contrato, cuando existe razón para imputar

² Sobre este tema *vid.* MORALES MORENO, 2013, pp. 407-442.

³ Sobre esta cuestión: MORALES MORENO, 2011.

ese daño a la conducta del otro contratante. Por eso, el remedio en este caso es la indemnización del daño.

4. EL ERROR Y EL DOLO

En la regulación del CC sobre los vicios del consentimiento están comprendidos el error y el dolo. Estos están relacionados con el riesgo de defectuosa información. El error y el dolo cumplen la función de distribuir el riesgo de defectuosa información a través de los remedios aplicables: la anulación, la indemnización y, de ser posible, la adaptación del contrato.

4.1 El error

4.1.1 ERROR Y ANULACIÓN

En el error la anulación se justifica en un defecto de la voluntad⁴, mas no por ello deja de cumplir la función de reasignar el riesgo de defectuosa información⁵, inicialmente atribuido por la regla *pacta sunt servanda*.

La anulabilidad del contrato permite trasladar al otro contratante el efecto lesivo del riesgo de defectuosa información. Aunque se justifique en el defecto de la voluntad (y no sea exigible que haya daño o lesión)⁶, permite trasladar al otro contratante, en cierta medida, las consecuencias económicas desfavorables del contrato celebrado (el riesgo de defectuosa información manifestado). Permite, por ejemplo, que el que compra, como auténtico, un cuadro que no lo es pueda recuperar el precio pagado por él, superior al valor del cuadro.

La anulación del contrato, sin embargo, no corrige todas las consecuencias desfavorables producidas por el hecho de haber utilizado información defectuosa al contratar. No permite, por ejemplo, obtener indemnización de los gastos del contrato (a diferencia del saneamiento por vicios redhibitorios⁷) o

⁴ Sobre el error como vicio de la voluntad: MORALES MORENO, 1988, 68-79.

⁵ Sobre el error como problema de riesgo de defectuosa información: MORALES MORENO, 1988, pp. 82-104. El dolo también puede ser considerado como un riesgo de defectuosa información para el contratante que lo padece.

Recientemente, DE LA MAZA, 2011.

⁶ Así expresamente lo indica el art. 1300 CC español, por tratarse de un vicio del consentimiento. Sin embargo, lo normal es que exista lesión, MORALES MORENO, 1988, pp. 72-82.

⁷ En la regulación del saneamiento, el vendedor, aunque sea de buena fe, tiene obligación de indemnizar al comprador que ejercita la acción redhibitoria los gastos del contrato. Seguramente, porque las

de otros gastos realizados bajo la confianza de ser correcta la información utilizada al tiempo de contratar (por ejemplo, publicidad realizada para distribuir el producto que no tiene las cualidades con las que el adquirente podía contar). Para que el contratante afectado pueda obtener indemnización hemos de aplicar el remedio indemnizatorio.

La anulabilidad del contrato ha sido y sigue siendo el remedio natural del error, como vicio del consentimiento. Pero el supuesto de aplicación de la anulabilidad por error no es coincidente en todos los ordenamientos⁸. Hay dos factores de diversificación.

El primero depende de la modalidad de error que tome en cuenta el ordenamiento: que sea suficiente para anular el contrato el error del contratante que lo padece (el que podemos denominar error unilateral) o haga falta, además, que ese error se proyecte sobre las presuposiciones del contrato celebrado, sobre los hechos o circunstancias tomados en cuenta como base o causa concreta de este (el que podemos denominar, error común).

El segundo factor de diversificación depende de los requisitos exigidos en la modalidad o modalidades de error elegidas por el ordenamiento. Las posibilidades de combinación de los requisitos son diversas.

Si, por ejemplo, se admite que el error unilateral sea suficiente para anular el contrato, resulta necesario proteger el interés de la confianza del otro contratante en la validez del contrato celebrado y esa protección se puede efectuar de dos modos: (i) mediante la *indemnización* del daño que provoca la anulación o (ii) reforzando los requisitos del error: exigiendo en él requisitos como la *excusabilidad*, la *cognoscibilidad* o la *imputabilidad* al otro contratante. Estos requisitos evitan o mitigan ese daño.

Por lo que se refiere al derecho español, la escueta regulación del art. 1266 CC, que refleja en su redacción la noción romana de error *in substantia*, aunque con un significado distinto, ha sido desenvuelta por la jurisprudencia y la doctrina⁹. La jurisprudencia considera que la anulación del contrato por error es algo excepcional (*pacta sunt servanda*). Solo la admite cuando el error cumple dos requisitos: es *esencial* (o sustancial) y *excusable* (excusabilidad).

(i) El *error esencial*, tal como lo considera el TS, puede enmarcarse en el que hemos denominado un «error común». Según Castro, «consiste en la

acciones de saneamiento por vicios redhibitorios pueden ser consideradas, con criterios del moderno derecho de contratos, como un sistema especial de responsabilidad por incumplimiento que incluye reglas de indemnización de daños (distintas de las generales de la responsabilidad contractual).

⁸ Para un estudio de Derecho comparado sobre el error, *vid.* FENOY PICÓN, 2017, pp. 473 a 785.

⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 213.

creencia inexacta, respecto de algún dato que se ha de valorar como *motivo principal del negocio*. Y ese dato «ha de ser estimado de importancia decisiva para la celebración del negocio, para quien alegue el vicio» y, además, en sí mismo, ha de poder «ser considerado base del negocio (condición *sine qua non*)» del negocio celebrado»¹⁰. Esto es: «causa concreta» del contrato.

Este modo de entender Castro el carácter esencial del error es el aplicado, reiteradamente, por la jurisprudencia del TS¹¹ y el que continúa aplicando. Como muestra, citaremos una reciente sentencia, en la que el TS afirma: «el error ha de ser *esencial*, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas *presuposiciones* –respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del *objeto* o *materia* del contrato– que hubieran sido la *causa principal* de su celebración, en el sentido de *causa concreta* o de *motivos incorporados* a la causa»¹².

(ii) La *excusabilidad* del error, en palabras del TS, es otro requisito «que la jurisprudencia exige, pese al silencio del Código». Se considera una exigencia del principio de buena fe. No es excusable un error, «cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular»¹³. Para apreciar la *excusabilidad*, el TS valora «las circunstancias de toda índole [presentes en cada caso], incluso las personales, no solo del que ha padecido el error, sino también del otro contratante»¹⁴.

El TS, al aplicar el requisito de *excusabilidad*, ha tomado en cuenta estos dos criterios¹⁵. Primero, si el error es imputable al contratante que lo invoca, porque no ha empleado la diligencia exigible para evitarlo, este contratante debe soportarlo (no puede anular el contrato). Segundo, si el error es imputable al otro contratante, es este el que debe soportarlo. Lo soporta teniendo que estar a la anulación del contrato. El criterio de imputación del riesgo del error al otro contratante es la confianza provocada por él en el que pretende anular el contrato. No es necesario que medie dolo.

4.1.2 ERROR E INDEMNIZACIÓN

El deber de indemnizar, en caso de error, se fundamenta en que el error es imputable al otro contratante. La imputación de responsabilidad se funda

¹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, 1967, § 137.

¹¹ MORALES MORENO, 1988, pp. 198, 199.

¹² STS (Pleno) 23/2016, de 3 de febrero.

¹³ STS de 4 de enero de 1982.

¹⁴ STS de 4 de enero de 1982.

¹⁵ MORALES MORENO, 1983, pp. 218 a 232.

bien en la confianza creada por las manifestaciones precontractuales de un contratante o en el silencio de este cuando existe un deber de información impuesto por la buena fe o por la ley¹⁶. No es el dolo el criterio de imputación de responsabilidad, sino la culpa.

Nulidad e indemnización son dos remedios, en caso de error, cuyo supuesto de aplicación no es totalmente coincidente. Hay nulidad sin indemnización (error común no imputable al otro contratante) e indemnización sin nulidad (error imputable, no esencial: no determinante de la celebración del contrato). Pero hay casos en los que sí es coincidente. Si el error esencial (determinante de la celebración del contrato) de un contratante es imputable al otro procede la anulación (aunque se trate de un error unilateral) y la indemnización (si hay daño).

El TS atribuye naturaleza contractual a la responsabilidad en caso de error. A falta de un precepto que expresamente la establezca, utiliza el art. 1101 CC. Esta atribución de naturaleza contractual no significa que la responsabilidad se funde en el incumplimiento de deberes de prestación. Significa, más bien, que se sitúa en el marco del contrato, y de las reglas aplicables a él (prescripción, derecho aplicable). El daño indemnizable se produce en el contrato celebrado (por ej.: pérdidas en la inversión realizada).

A falta de una norma general que directamente la regule, en derecho español, el fundamento de la responsabilidad en caso de celebración de un contrato por error está en las exigencias de la buena fe (el art. 1258 CC). El art. 1258 CC impone asumir el riesgo de la confianza creada, en caso de transmisión de información incorrecta en la etapa precontractual, o informar para que el otro contratante supere el error o no incida en él. Al art. 1258 CC se añaden los deberes de información impuestos en determinados casos por la ley (legislación de consumo, mercado de valores).

A continuación, nos referimos a algunas sentencias y al criterio en el que fundamentan la indemnización.

La STS de 7 de enero de 1964 se refiere a un contrato de sociedad para desarrollar una actividad industrial. La actividad industrial proyectada fracasa porque los demandados no tienen los conocimientos necesarios, con los que se presentaron al actor para celebrar el contrato.

En la STS de 20 de noviembre de 1973 el vendedor (fabricante) de una máquina crea en el comprador, con sus afirmaciones, confianza sobre su rendimiento. Esa confianza queda defraudada. La máquina no da el rendimiento esperado.

¹⁶ Vid. GÓMEZ CALLE, 1994, en particular, pp. 20 a 22 y 25, VERDA Y BEAMONTE, 1999, BASOZÁBAL ARRÚE, 2009, p. 649; DE LA MAZA, 2010, p. 376

En la STS de 26 de julio de 2000, anulado el contrato por error (imputable al otro contratante), el TS admite indemnización (obras de ampliación realizadas por el comprador en la edificación). El TS aplica el artículo 1101 CC. Lo justifica porque considera necesario completar la regulación insuficiente de la nulidad o anulación del contrato, con las normas de responsabilidad contractual (art. 1101 CC). Este artículo se aplica, analógicamente, para salvar una laguna del CC español.

En la STS de 10 de junio de 2010 el comprador de una empresa naviera sufre error provocado por la información suministrada por el vendedor sobre el valor patrimonial de la empresa, no verificable por el comprador, antes de contratar. La sentencia de instancia declara la anulación del contrato y condena al vendedor (demandado) a la indemnización de los daños. El TS no da lugar al recurso de casación. El Alto Tribunal considera que la responsabilidad tiene naturaleza contractual y es aplicable el artículo 1101 CC. El TS, expresamente, rechaza el motivo de casación del recurrente (vendedor), en el que pedía que se atribuyera naturaleza extracontractual a la responsabilidad, en el caso de que fuera procedente la indemnización.

En el caso de la STS de 12 de noviembre de 2010 hay un error provocado al cliente por dos entidades, al informarle sobre el valor de la cartera de valores heredada de su padre, depositada en una de ellas. El TS admite la posibilidad de la indemnización, aunque por razones procesales no la concede (*reformatio in peius*).

En la STS de 20 de julio de 2017, el banco demandado comercializa un producto financiero complejo, sin advertir a la cliente de los riesgos del producto. Incumple los deberes de información impuestos por la ley. La cliente sufre pérdidas en la inversión realizada. El Tribunal Supremo considera que no es procedente anular el contrato por error, porque tal acción ha caducado, pero estima que existe responsabilidad del banco por el incumplimiento de deberes de información lo que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios¹⁷.

4.1.3 ERROR Y ADAPTACIÓN DEL CONTRATO

El CC no prevé la adaptación de contrato en caso de error. Los instrumentos normativos de *soft law*, y la PM en cambio sí la prevén, en ciertos casos.

En caso de error común, los PECL y el DCFR reconocen el derecho de uno u otro contratante a pedir al tribunal la adaptación de contrato, conforme a lo que las partes hubieran acordado razonablemente si no se hubiera produ-

¹⁷ Posteriormente el TS ha confirmado esta doctrina jurisprudencial en las SSTS de 25 y 28 de noviembre de 2019, entre otras.

cido el error. En la potestad del juez está realizar o no esta adaptación. La adaptación del contrato está facilitada en caso de error común porque ambas partes comparten la misma representación de la realidad, errónea, como base del contrato celebrado [arts. 4:105 (3) PECL, II.-7:203 (3) DCFR]. Es una técnica de superación del problema del error parecida a la utilizada en la alteración sobrevenida de las circunstancias en los PECL y DCFR, aunque la regulación es más escueta. Esta técnica la aplica el BGB tanto al error común como a la alteración sobrevenida de las circunstancias, en la figura unitaria de la alteración inicial o sobrevenida de la base del negocio (§ 313 BGB).

Los PECL y el DCFR prevén otro supuesto de adaptación del contrato, aplicable al error unilateral. Si un contratante tiene derecho a anular el contrato por error, el otro contratante puede impedir la anulación (privar de ese derecho al contratante legitimado), si manifiesta su voluntad de cumplir el contrato en los términos en los que la parte en error se lo ha representado o lo cumple así. Los efectos de esta declaración de voluntad o conducta significativa se retrotraen al momento de la celebración del contrato, transformándose el contenido del contrato [arts. 4:105 (1) PECL, II.-7:203 (1) DCFR]. La PM contiene una regla parecida (art. 1298.4 PM).

4.2 El dolo

Vamos a considerar al dolo como un error inducido consciente y voluntariamente por un contratante sobre el otro.

El CC regula el dolo y el error, como vicios del consentimiento diferentes, cada uno con su propio supuesto de aplicación (arts. 1266, 1269, 1270). El supuesto de error del CC no es el de un error imputable al otro contratante, mientras que el de dolo sí, con consciencia y voluntariedad. En contraste con el CC, la nueva regulación toma en cuenta el error unilateral imputable al otro contratante. Esta extensión del supuesto del error plantea una cuestión: ¿sigue teniendo justificación dolo y error como vicios del consentimiento? ¿no resulta innecesario el dolo? Al responder a esta cuestión encontramos un hecho significativo. En la moderna regulación de los vicios del consentimiento, en los instrumentos de *soft law*, el código civil francés reformado o la propuesta de modernización del CC español, se mantiene el dolo como causa de anulación del contrato. La razón de esa subsistencia quizás no sea solo una razón histórica, sino la consideración de que el dolo es un acto especialmente ilícito, con su correspondiente dimensión penal (estafa).

El dolo está regulado en el CC como causa de anulación del contrato y de indemnización de daños (arts. 1269, 1270 CC). El ejercicio de estos remedios por el contratante que soporta el dolo reasigna el riesgo de defectuosa información. Además de estos dos remedios, vamos a considerar la adaptación del contrato.

4.2.1 DOLO Y ANULACIÓN

El art. 1269 CC describe la conducta dolosa de un contratante, en la celebración de un contrato, que permite al otro contratante, influido por ella, anular el contrato. El dolo que ahora consideramos es el que se refiere al riesgo de información. Es una conducta antijurídica que consiste en la infracción *consciente y voluntaria* de un deber impuesto por una norma jurídica (una ley o una regla de conducta extraída de un principio como el de buena fe) referentes a la información precontractual: Deber de no engañar, transmitiendo información incorrecta, o de no ocultar aquello que se debe comunicar.

El dolo, lo mismo que el error, tiene como remedio la anulación del contrato, cuando es determinante de la celebración del contrato para el contratante que lo sufre. La anulación, se justifica en el defecto de voluntad, pero cumple necesariamente una función: evitar el daño que el contrato celebrado provoca en la víctima.

4.2.2 DOLO E INDEMNIZACIÓN

El art. 1270 II CC prevé indemnización en caso del que denomina dolo incidental. El dolo incidental no determina a celebrar el contrato (pues sin dolo también se hubiera celebrado) pero incide en las condiciones del mismo. Las dudas que puede plantear la redacción del artículo («El dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios») están resueltas por la jurisprudencia del TS. En relación con los remedios del dolo (causal o incidental) el TS ha establecido:

- (i) Tanto el dolo causal como el incidental dan lugar a indemnización.
- (ii) Cuando se dan los presupuestos necesarios para anular el contrato, el contratante que padece el dolo puede elegir la anulación o la indemnización, o ejercitar ambos conjuntamente.

(iii) La responsabilidad por dolo tiene naturaleza contractual (STS de 24 de abril de 2009)¹⁸.

(iv) En caso de dolo, el TS ha admitido la indemnización de conceptos indemnizatorios encuadrables en el interés positivo (STS 289/2009, de 5 de mayo¹⁹). El interés positivo no se indemniza bajo el fundamento jurídico de la fuerza vinculante del contrato celebrado por dolo, sino como daño previsible del sujeto que comete el dolo. Esa representación le permite representarse como daño partidas indemnizatorias propias del interés positivo.

4.2.3 DOLO Y ADAPTACIÓN DEL CONTRATO

La adaptación del contrato aplicable en caso de error no está prevista en caso de dolo. Carece de sentido que el contratante que ha obrado con dolo, pueda imponer al otro contratante mantener el contrato, como si el dolo no hubiera mediado. El contratante que padece el dolo tiene derecho, en todo caso, a elegir entre mantener el contrato o anularlo.

La conservación y adaptación del contrato, en caso de dolo, puede tener sentido como una vía de indemnización *in natura*, a instancia del contratante que ha padecido el dolo.

5. LA BASE DEL NEGOCIO

El riesgo de defectuosa información puede ser, también, considerado desde la perspectiva de la alteración que se produce en la organización de intereses establecida por el contrato. Por ejemplo, si el contrato presupone que el cuadro vendido es auténtico o que el subsuelo en el que ha de ejecutarse la obra, por un determinado precio, tiene cierta configuración geológica, la alteración de esa

¹⁸ En este caso, el demandante, accionista minoritario de una Sociedad Anónima, había vendido sus acciones al accionista mayoritario (que contaba con el 58,78 % de las acciones). A juicio del vendedor, actor, el comprador actuó dolosamente (le ocultó la existencia de una oferta de compra de la empresa por una empresa alemana y también la auténtica situación patrimonial de la misma). Por ello pide indemnización por el daño que la conducta del comprador le ha causado. El Tribunal Supremo considera que la responsabilidad por dolo es de naturaleza contractual. Esta acción está sometida al plazo de prescripción del artículo 1964 CC, propio de la responsabilidad contractual, que, en este caso, no ha transcurrido. Pero el TS considera que no está probado el dolo del comprador.

¹⁹ Esta sentencia se refiere a un contrato de compraventa de una parcela para instalar en ella una estación de servicio. La parcela vendida no reúne las condiciones de superficie pactadas, exigibles para la finalidad a que se destina (estación de servicio). El TS aprecia dolo del vendedor y le obliga a indemnizar daños, incluido el lucro cesante.

presuposición básica, por un defecto de información al celebrar el contrato, altera la organización de intereses en perjuicio de uno de los contratantes. La doctrina de la base del negocio, en los ordenamientos en los que está regulada, permite al contratante que sufre ese perjuicio (comprador, constructor) transferir al otro contratante las consecuencias del riesgo de defectuosa información²⁰.

El concepto base del negocio (elaborado por el derecho alemán) nos aproxima a esta perspectiva del problema del riesgo de defectuosa información. El diccionario de la Real academia de Jurisprudencia la *define* así:

«Conjunto de circunstancias, presentes o futuras, que, compartidas por las partes, se incorporan al negocio jurídico como fundamento de la organización de intereses establecida por el mismo (presuposiciones). La errónea apreciación de las mismas, en el momento de celebrar el negocio, o su modificación sobrevenida, no prevista, afecta a la organización de intereses establecida por la autonomía de la voluntad y puede justificar ciertas medidas de protección, articuladas de modo diferente en el Derecho comparado. Puede ser aplicable la figura del error (error común, motivos incorporados a la causa del contrato), la de excesiva onerosidad, o la de alteración de la base del negocio (§ 313 BGB)»²¹.

5.1 La base del negocio en el derecho alemán

Aunque la alteración de la base del negocio no esté regulada, como tal, en todos los ordenamientos, los problemas que trata de resolver la doctrina de la base del negocio no dejan de estar presentes en todos ellos, solo que se resuelven por otras vías. Resulta, por ello, útil tener en cuenta, como modelo, la actual regulación del derecho alemán, en el § 313 BGB²², pues es en este ordenamiento en el que se ha construido el concepto²³.

El § 313 BGB distingue dos manifestaciones de la alteración de la base del negocio. Se produce, bien (a) por un *cambio de circunstancias*, ocurrido tras la celebración del negocio (contrato), no previsto e imprevisible al tiempo de contratar, o bien, b) porque existiendo un *error común*, la «representación» contractual de las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato no es adecuada a la realidad. En uno y otro caso, hay una alteración de la base del negocio.

²⁰ Véase para más información a este propósito las obras de GAVIDIA SÁNCHEZ, 1987; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2003; SAN MIGUEL PRADERA, 2002; SALVADOR CODERCH, 2009; GARCÍA CARACUEL, 2014.

²¹ REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, 2016.

²² Introducida en la reforma del año 2002.

²³ *Vid.*: LOOSHELDERS, 2016, pp. 273-282.

Para que la alteración de la base del negocio tenga efectos jurídicos (permite al contratante que sufre las consecuencias desfavorables utilizar los remedios que ofrece el ordenamiento) debe tener cierta *gravedad*. Según el § 313 BGB, la alteración es grave cuando no es razonable exigir a la parte afectada el *sacrificio* que supone mantener el contrato en los términos pactados, sin modificarlo.

En este caso, el § 313 BGB ofrece a la parte afectada dos tipos de remedios: primero, la *adaptación* del contrato. Y de no ser posible la adaptación o no poderle ser exigida, razonablemente, a la otra parte contratante, la *resolución* o *denuncia* del contrato.

La regulación legal general de la base del negocio del § 313 BGB no se aplica, si una norma jurídica especial, o el propio contrato, prevén una regla diferente de distribución de ese riesgo.

5.2 ¿Es aplicable la doctrina de la base del negocio en derecho español?: la opinión de Federico de Castro

Castro, en su obra *El negocio jurídico* dice:

*La teoría de la base del negocio plantea dos preguntas que conviene considerar separadamente. 1.ª ¿Sus resultados son admisibles en Derecho español? 2.ª ¿Es necesario o, al menos, conveniente que se le reciba en la doctrina española?*²⁴

Con respecto a la *primera pregunta*, responde afirmativamente. En el CC hay preceptos que pueden explicarse con la doctrina de la base del negocio. Además, la base del negocio se halla en la *doctrina del error* (tal como lo entiende la jurisprudencia del TS) y en la denominada cláusula *rebus sic stantibus*²⁵.

En cuanto a la *segunda pregunta*, la respuesta debe ser más matizada. A su juicio, el derecho español cuenta con *mecanismos que no hacen necesario acudir a la teoría de la base del negocio*: concretamente, la doctrina de la causa (causa concreta). Además, su uso en derecho español encierra un peligro: que

²⁴ CASTRO, 1971, p. 325.

²⁵ «La primera [pregunta], sin dudas puede contestarse afirmativamente. El Código lo abona: en su articulado, por ejemplo, tiene en cuenta que el donante tenga hijos o resulte vivo el que reputaba muerto (artículo 644), que se acepte o repudie la herencia y apareciese un testamento desconocido (artículo 997), que se repudie la herencia como heredero abintestato, y ello sin noticia de haber sido llamado a la herencia por testamento (artículo 1009 párrafo 2). La doctrina, a comenzar por la del Tribunal Supremo, ha venido considerando conforme al sistema del Código el atender a los motivos y condiciones implícitamente «incorporados» a la causa (causa concreta) [doctrina del error] y ha utilizado al mismo efecto la figura de la cláusula ‘rebus sic stantibus’.»

la base del negocio se entienda y aplique conforme a la elaboración de la doctrina alemana (de acuerdo con este derecho)²⁶.

De estas consideraciones de Castro sobre la base del negocio podemos extraer una *conclusión*. El *concepto* base del negocio es útil para identificar determinados problemas del contrato (referidos al riesgo de defectuosa información). La STS de 21 de julio de 2010 nos indica, además, «que el principio en el que se sustenta la base del negocio se halla presente en nuestro Código Civil en algunos supuestos concretos como el de la donación inoficiosa porque se tengan después herederos legitimarios (artículo 644), la aceptación de una herencia en la que apareciese después un testamento no conocido (artículo 997), o la repudiación de la herencia a título intestado sin noticia de ser heredero testamentario (artículo 1009)».

El CC español, en la regulación de la compraventa y del contrato de obra tiene preceptos que, en casos en los que la realidad no es como se ha supuesto por las partes en el contrato, permiten al contratante perjudicado por ello, pedir la adaptación del contrato o la terminación del mismo²⁷. Pueden ser considerados como aplicaciones especiales de la doctrina general de la base del negocio. En ellas se describe de modo concreto el caso al que se aplican. No se exige que la alteración sea esencial, porque la regla especial está diseñada a la medida del caso concreto, reduciendo así el problema de la inseguridad jurídica que lleva consigo una regla de aplicación general.

5.3 El tratamiento de la base del negocio en los PECL y el DCFR

En los PECL y el DCFR *la base del negocio no está directamente regulada*. Esto no significa que el problema que en ella se plantea no pueda ser

²⁶ «La interrogante segunda merece una respuesta más matizada. La teoría de la base del negocio se hizo necesaria en la doctrina alemana por la señalada insuficiencia intrínseca del sistema jurídico alemán. Resulta, en cambio, superflua en el Derecho español, cuyo sistema se basta para resolver aquellas cuestiones, para cuyo remedio se ingeniara dicha teoría. El empleo del nuevo término es, en sí mismo, inocuo, y hasta ofrece la ventaja de poner de relieve el aspecto objetivo de la causa concreta, oscurecida por la concepción subjetivista de la cláusula *rebus sic stantibus*. Más [...] ha de advertirse [...] de que su uso encierra el peligro de que se entienda y aplique de acuerdo a la elaboración por la doctrina alemana, peligro que resulta no sólo de la oscuridad y confusión propios de una figura extraña y hasta contraria al sistema del Código civil alemán, sino también de la posibilidad de que en el se olvide o desconozca la peculiaridad del sistema español de la contratación y de sus notas características de causalidad y de ‘espiritual’.»

²⁷ En caso de pérdida parcial de la cosa al tiempo de la celebración del contrato (art. 1460 II CC), de excesos o defectos de cabida de los inmuebles (arts. 1469, 1470, 1471 CC), en el saneamiento por cargas o gravámenes ocultos (art. 1483 I CC) o por vicios redhibitorios (art. 1486 I CC). También en la regulación del contrato de obra, cuando determinado el precio se produce un incremento de obra (art. 1598 CC).

canalizado a través de *otras figuras jurídicas* reguladas: el error, en su manifestación de *error común*, y la *alteración sobrevenida de las circunstancias*.

Los PECL y el DCFR en caso de *alteración sobrevenida de las circunstancias*, ofrecen al contratante afectado dos posibles remedios (insertos en un marco de necesaria negociación): la *adaptación* del contrato, si es posible, y si no, la *terminación* del mismo (art. 6:111 PECL, y art. III 1:110 DCFR).

La *alteración de la base inicial del contrato* no está como tal regulada ni en los PECL ni en el DCFR. Pero lo está indirectamente en las reglas del error común. El error común permite, al contratante en error, pedir la nulidad del contrato conforme al art. 4:103 PECL y II 7:201 DCFR, salvo en el caso del art. 4:105 (1) y (2) PECL²⁸. Además, el error común permite a cualquiera de los contratantes pedir al juez la *adaptación* del contrato (art. 4:105 (3) PECL, II 7:203 (3) DCFR).

5.4 La base del negocio en la jurisprudencia del TS

El concepto jurídico *base del negocio* se utiliza en derecho español, y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con diversos sentidos.

En un sentido más general, designa a lo que, conforme a lo convenido por las partes, resulta ser esencial en el contrato celebrado. Este término a veces se equipara con otros parecidos: *causa concreta*, *propósito práctico* del contrato celebrado (no simplemente de una parte). Además, se usa el término *base del negocio* para aludir a una manifestación más concreta: que determinadas circunstancias o hechos son fundamento de la regulación contractual y que su alteración afecta profundamente al equilibrio de esta.

La STS de 21 de julio de 2010²⁹ nos ofrece el siguiente concepto de base del negocio:

«La llamada “base del negocio”, desarrollada por la doctrina alemana³⁰, se funda en la correlativa equivalencia de las prestaciones en relación con el móvil impulsivo que determinó a las partes a contratar y consiste, del lado subjetivo, en una determinada representación común de las partes o aquello que esperan los intervinientes en el negocio y que les ha determinado a concluir el contrato; y del lado objetivo, en la circunstancia cuya existencia o subsistencia sea objetivamente necesaria para que el contrato –según el significado de las intenciones de ambas partes– pueda mantenerse como una regulación con sentido. Tal principio se

²⁸ Este artículo priva del derecho a anular el contrato al contratante legitimado si el otro contratante está dispuesto a cumplirlo o lo cumple tal como el contratante en error se lo ha representado.

²⁹ STS 514/2010, de 21 de julio.

³⁰ Y hoy en el § 313 BGB.

halla presente en nuestro Código Civil en algunos supuestos concretos como el de la donación inoficiosa porque se tengan después herederos legitimarios (artículo 644), la aceptación de una herencia en la que apareciese después un testamento no conocido (artículo 997), o la repudiación de la herencia a título intestado sin noticia de ser heredero testamentario (artículo 1009).»

En el caso resuelto por esta sentencia, la alteración de la base del negocio consiste en que no llega a producirse la recalificación urbanística del terreno en la que se fundamenta (toma por base) el contrato celebrado. El fin perseguido por los contratantes definitivamente se ha frustrado. No es oportuno adaptar el contrato, sino tenerlo por resuelto y restituir las prestaciones entregadas³¹.

Para esta sentencia la alteración de la base del negocio tiene como consecuencia una ruptura de la correlativa equivalencia de las prestaciones, tomada en cuenta por las partes al celebrar el contrato.

El TS también se refiere a la base del negocio en su sentencia de 20 de febrero de 2001³². En esta sentencia el TS admite una modificación (no la extinción o resolución [cosa explicable en el caso]) del vínculo obligacional, por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones de modo extraordinario. Mas, aunque se refiere a la *base del negocio*, fundamenta la modificación en la denominada cláusula implícita «rebus sic stantibus»³³.

A continuación, transcribimos parte de esta sentencia:

«La sentencia de instancia ha dispuesto la revisión del contrato de 6 de marzo de 1989 en base a la aplicación de la doctrina de la cláusula sobreentendida “rebus sic stantibus”, y, como antes se expresó, estima oportuno que la modi-

³¹ Demandante y demandado habían celebrado un contrato en el que acordaron crear una sociedad participada por ambos (en la cuota acordada), a la que serían aportados unos terrenos, pendientes de recalificación urbanística, sobre los que el demandado tenía un derecho de opción de compra. Y asimismo convinieron que el demandante pagaría una determinada cantidad para participar en ese derecho de opción de compra. El demandante anticipó una parte de la cantidad acordada. La recalificación urbanística de los terrenos (tenida en cuenta al celebrar el contrato) no llegó a producirse. Por ello el demandante, aplicando la doctrina de la base del negocio, pretende la resolución del contrato y la restitución de las cantidades entregadas. Tanto la Audiencia como el TS estiman su pretensión y aplican la doctrina de la base del negocio.

³² STS 129/2001, de 20 de febrero.

³³ En este caso el demandante había adquirido del ente público demandado un derecho de superficie por 75 años (con opción de compra) sobre un terreno, del que el ente se considera propietario, para edificar en él conforme al plan. El demandante ha de pagar, a cambio, un canon anual; y, en caso de ejercicio de la opción de compra, el precio establecido en el contrato. Durante la vida del contrato, el Estado interpone una acción reivindicatoria contra el ente público y contra el titular del derecho de superficie, por ser propietario del terreno objeto del contrato. Aunque la reclamación del Estado no llega a privar del terreno al superficiario, sí provoca, en el tiempo en que está pendiente el fallo, que este paralice la urbanización y le provoca ciertos gastos inútiles. Por ello, el superficiario pide en su demanda que se declare resuelto el contrato o, subsidiariamente, la adaptación del contrato. Y asimismo indemnización de los daños. En TS le reconoce el derecho a no pagar el canon durante cierto tiempo de incertidumbre (adaptación del contrato) y la indemnización de ciertos daños.

ficación se concrete exclusivamente en la supresión durante cierto tiempo del canon anual a satisfacer por la entidad actora (...).

Dicha resolución sigue la línea de la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada sobre esta materia, relativa a que por la aplicación de la cláusula implícita «*rebus sic stantibus*» *cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio «pacta sunt servanda» y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, llevar a efecto una modificación (no la extinción o resolución) del vínculo obligacional, por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobrevinencia de circunstancias radicalmente imprevisibles (...)*»³⁴.

El TS en esta sentencia maneja dos conceptos: cláusula *rebus sic stantibus* y base del negocio. La cláusula *rebus sic stantibus* «solo puede producir la revisión del contrato». La quiebra de la base del negocio puede justificar la resolución del mismo, aunque en este caso no admite la aplicación de esta.

6. LA CULPA IN CONTRAHENDO

La indemnización de daños en caso de error imputable a otro contratante puede justificarse también en la figura jurídica de la *culpa in contrahendo*, en una de las aplicaciones admitidas, referida a la información precontractual. La responsabilidad por *culpa in contrahendo* no está regulada en el código civil, de modo expreso. Pero en el momento actual está admitida por la doctrina³⁵ y por la jurisprudencia (por ej. STS 16.05.1988). Sin embargo, como hemos visto, el TS no utiliza la figura de la *culpa in contrahendo* para fundamentar la responsabilidad por error imputable. Sin referirse a esta figura e, incluso, en ocasiones, excluyendo su aplicación [en un caso de dolo], tiene en cuenta directamente la infracción de deberes de conducta impuestos por la buena fe o

³⁴ Esta sentencia cita, como precedente, otras: «Aparte de otras, SSTS de 15 de marzo de 1972 [RJ 1972, 1252], 19 de abril de 1985 [RJ 1985, 1804], 17 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2725], 6 de octubre de 1987 [RJ 1987, 6720], 16 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6927], 21 de febrero [RJ 1990, 707] y 10 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9927], 23 de abril de 1991 [RJ 1991, 3023] y 6 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9226]».

³⁵ Las obras más representativas a este respecto son las siguientes: ASÚA GONZÁLEZ, 1989; GARCÍA RUBIO, 1991; DE VERDA Y BEAMONTE, 1999; PANTALEÓN, 2011.

por la propia ley en la etapa precontractual. Habiéndose celebrado el contrato atrae a él la responsabilidad precontractual.

La indemnización por *culpa in contrahendo* plantea dos cuestiones: Primera, ¿cuál es el criterio de imputación de responsabilidad aplicable en este caso? Segunda, ¿cuál es el daño indemnizable?

6.1 El criterio de imputación de responsabilidad

En los Códigos civiles del siglo XIX, por influencia del derecho romano, el criterio de imputación de responsabilidad es el dolo, al que se equipara la culpa lata³⁶. En el derecho actual, se ha extendido la responsabilidad precontractual a la culpa (*culpa in contrahendo*)³⁷. Entre las aplicaciones de la *culpa in contrahendo* se encuentra la que ahora consideramos, referida al riesgo de defectuosa información. La actuación de un contratante provoca que el otro celebre un contrato desfavorable³⁸.

La culpa se puede manifestar por acción o por omisión. Se manifiesta por *acción* cuando un contratante ofrece al otro información inexacta que crea en este confianza y le induce a error, sin haber verificado su exactitud con la diligencia debida (la razonable o normal entre ese tipo de contratantes). Se manifiesta por *omisión* cuando el contratante responsable guarda silencio, cuando debiera haberse manifestado (haber transmitido determinada información al otro). Para que haya responsabilidad por omisión debe existir un deber de información, impuesto por la buena fe o por la ley³⁹.

Más allá del dolo o de la negligencia, el hecho de transmitir información incorrecta al otro contratante ¿justifica la indemnización del daño que produce la confianza en ella, al celebrar un contrato? Tanto los PECL como el DCFR permiten que el contratante que transmite al otro información incorrecta, que provoca error en este, pueda exonerarse de responsabilidad si prueba que tenía razones para creer que la información transmitida era correcta (art. 4:106 PECL, II.-7:204 DCFR); es decir, se prueba su falta de culpa. Sin embargo, la exoneración de responsabilidad no es posible cuan-

³⁶ Sobre el dolo *vid.*: COSSIO, 1955; MORALES MORENO, 1982, pp. 591-684; MORALES MORENO, 1980, pp. 612-620; MORALES MORENO, 1993, pp. 378-440.

³⁷ Sobre ello, *vid.* las obras ya citadas de ASÚA GONZÁLEZ, 1989; GARCIA RUBIO, 1991; DE VERDA Y BEAMONTE, 1999; PANTALEÓN, 2011.

³⁸ D. LOOSHELDERS, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, cit., pp. 62-64.

³⁹ Sobre ello extensamente *vid.* GÓMEZ CALLE, 1994; R. SEFTON-GREEN (ed.), 2005; DE LA MAZA, 2010.

do la ley impone al contratante responsable un deber de información y le atribuye el riesgo que provoca la falta de cumplimiento del mismo.

6.2 Daño indemnizable

El daño que produce celebrar un contrato bajo una defectuosa información puede consistir: (a) En una alteración de la relación de equivalencia entre las prestaciones del contrato establecida por los contratantes. Por ejemplo: el comprador, de haber conocido que el cuadro era falso, no hubiera pagado el precio que pagó por él. El contratista, de haber conocido la verdadera naturaleza del subsuelo, hubiera cobrado mayor precio por la obra. (b) En que el contrato resulte desfavorable por otro motivo distinto del anterior. Por ejemplo: El comprador de un local no puede, con la renta del mismo, pagar los gastos y la hipoteca, como le había hecho creer el vendedor⁴⁰. (c) En el daño a otros bienes del contratante en error. Por ejemplo: la información sobre el subsuelo que ofrece el dueño de la obra al contratista es incorrecta, lo que determina que se produzcan daños en la maquinaria utilizada⁴¹.

7. CONCLUSIONES

Primera. Existen diferentes figuras que permiten distribuir el riesgo de defectuosa información entre los contratantes. Son: los vicios del consentimiento (error, dolo), la base del negocio y la responsabilidad precontractual. Considerar a todas ellas desde esa función permite una fructífera consideración comparativa entre las mismas.

Segunda. Si bien los remedios que ofrecen las figuras a las que nos referimos no se basan en el incumplimiento del contrato, el riesgo de defectuosa información también puede ser distribuido a través de los remedios del incumplimiento.

Tercera. Hay dos vicios del consentimiento que distribuyen el riesgo de defectuosa información. Son el error y el dolo. La idea de vicio del consentimiento, que ordinariamente sirve para catalogarlos, no debe impedir la consideración de la función de distribución de riesgo de información que los mismos desarrollan, ni dotarlos de una consideración más funcional que la de defecto de voluntad.

⁴⁰ LOOSHELDERS, 2016, párr. 153.

⁴¹ LANDO, BEALE (eds.), 2000, p. 281.

Cuarta. La base del negocio contempla el problema desde la perspectiva de la alteración de la organización contractual de intereses, provocada por el defecto de información en el momento de celebrar el contrato sobre la realidad presente o futura. El supuesto se halla estrechamente conectado a algunas manifestaciones del error: particularmente a la del error común. De ahí que convenga establecer la línea divisoria entre el error y la base del negocio. Esta delimitación es clara en el BGB.

Quinta. La responsabilidad precontractual conecta la distribución del riesgo de información defectuosa con la actuación del otro contratante (dolo, culpa *in contrahendo*). En este caso es aplicable el remedio de la indemnización.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, 1989.
- DE CASTRO, Federico, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- COSSÍO, Alfonso de, *El dolo en el Derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, I*, 1.^a ed., Tecnos, Madrid, 1971.
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción. Teoría del Contrato T. I*, 6. ed., Cizur Menor (Navarra), 2007.
- FENOY PICÓN, Nieves, «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», en *ADC*, 2017, pp. 473 a 785.
- GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dikynson S. L., 2014.
- GARCIA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, 1991.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., «Presuposición y riesgo contractual (Introducción al estudio del riesgo contractual)», en *ADC*, 1987, pp. 525-600.
- GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

- LA MAZA, ÍÑIGO DE, *Los límites del deber precontractual de información*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- «A propósito del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y lo deberes precontractuales de información», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 2011, pp. 115 a 135.
- LANDO, Ole; BEALE, Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law, Part I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, 2000.
- LOOSHELDERS, Dirk, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, 14. ed., München, 2016.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Permuta financiera de intereses (SWAP), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11-2012», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 289, 2013, pp. 407-442.
- «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios?: Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», en Klaus Jochen Dohrmann, M.^a Luisa Palazón Garrido, M.^a del Mar Méndez Serrano (eds.), *Derecho provado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Atelier, 2011, pp. 400-422.
- «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart», en *tomo XVII, vol. 1.º -B, arts, 1269, 1270*, 1993, pp. 378-440.
- «El alcance protector de las acciones edilicias», *Anuario de Derecho Civil*, 1980, pp. 585-686.
- «El dolo como Criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 591-684.
- *El Error en los Contratos*, CEURA, 1988.
- PANTALEÓN, Fernando, «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código latinoamericano de Contratos», *ADC*, 2011, pp. 898-929.
- REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, *Diccionario Jurídico*, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- 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*, 2009.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *ADC*, 2002, pp. 1115-1132.
- SEFTON-GREEN, Ruth (ed.): *Mistake, Fraud and Duties to inform in European Contract Law*, Cambridge, 2005.
- VERDA Y BEAMONTE, Jose Ramón de, *Error y responsabilidad en el contrato*, Valencia, 1999.

XXVIII

**LA INCORPORACIÓN DE LA PUBLICIDAD AL CONTRATO:
EVOLUCIÓN Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES
DE APLICACIÓN***

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO
Catedrático emérito de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La situación previa a las SSTS de 14-06-1976 y 27-01-1977.–3. Las SSTS de 14-06-1976 y 27-01-1977.–4. Desarrollo posterior. 4.1 Desarrollo legislativo en el ámbito de los consumidores. 4.2 Propuestas de reforma del Código Civil y *Soft Law* europeo.–5. Criterios de concreción en la jurisprudencia. 5.1 La buena fe como fundamento de incorporación de la publicidad al contrato. 5.2 La convivencia entre la norma general y las normas especiales de consumo. 5.3 Las exigencias de la información publicitaria que se incorpora al contrato: la necesidad de concreción y la naturaleza de la denominada oferta publicitaria. 5.4 Los contenidos de la publicidad que se incorpora al contrato. 5.5 Incorporación de la publicidad al contrato y autonomía de la voluntad. 5.6 La vinculación por la publicidad como cuestión de interpretación del contrato. 5.7 La incorporación de la publicidad al contrato como deber de prestación. 5.7.1 Requisitos. 5.7.2 Incumplimiento de lo anunciado: incumplimiento de contrato. 5.7.3 Consecuencias del incumplimiento de lo anunciado: el funcionamiento de los remedios.–6. Conclusiones.–7. Bibliografía.

* El presente trabajo es una versión reducida del publicado por Morales Moreno en el fascículo III del 2020 del *ADC* bajo el título «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe».

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo estudia la regla general de incorporación de la publicidad al contrato, construida a partir del principio de buena fe. La doctrina de la incorporación de la publicidad al contrato es una manifestación de la responsabilidad por la confianza, 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).

En Derecho español es posible distinguir a este propósito dos momentos temporales, que tienen como punto de inflexión dos importantes sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo, la de 14.06.1976 y la de 27.01.1977. Tras una referencia a la situación en Derecho español anterior a dichas sentencias, centraremos nuestra atención en ellas (y particularmente en la segunda), ya que suponen el comienzo de la doctrina jurisprudencial sobre la vinculación contractual por la publicidad. A partir de ahí, nos ocuparemos del desarrollo legislativo y jurisprudencial de esta doctrina del Tribunal Supremo, así como de su reflejo en los textos, nacionales y europeos, de modernización del Derecho de obligaciones.

2. LA SITUACIÓN PREVIA A LAS SSTTS DE 14-06-1976 Y 27-01-1977

En Derecho español no se había extendido a la publicidad 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.

García Goyena, al comentar el art. 978 Proyecto 1851 (antecedente del art. 1258 CC), destacaba un aspecto de la virtualidad del principio de buena fe: *crear obligaciones* entre los contratantes ¹.

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

¹ GARCÍA GOYENA, 1852, art. 987. «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)». *Lo equitativo* expresa, en ese momento, las exigencias del principio de buena fe, teniendo en cuenta la redacción del Código civil francés. LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, p. 75 ss.

cio jurídico). Es la responsabilidad de un contratante frente al otro, por la confianza que producen en este las declaraciones precontractuales de aquel.»²

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 querida³.

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), 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. Su art. 8 se refería, de modo particular, a la exigencia de veracidad. Las medidas previstas, en caso de infracción de estas exigencias, eran gubernativas (multas); aunque dejaba abierta, cuando procediera, la aplicación de medidas penales (art. 64 Ley 61/1964) o civiles (art. 65 Ley 61/1964). 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 enjuiciados⁴.

3. LAS SSTS DE 14.06.1976 Y 27.01.1977

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14.06.1976⁵ es la primera en la que el TS atribuye fuerza vinculante a la publicidad⁶. Pero es la posterior

² 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», CASTRO Y BRAVO, 1971, párr. 80.

³ 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*». Lo transcrito 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, párr. 162.).

⁴ Así: SSTS 16.02.1993, 19.05.1993, 15.02.1994, 08.11.1996.

⁵ Sobre esta sentencia, LASARTE ÁLVAREZ, *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, pp. 64 ss.

⁶ 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.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27.01.1977⁷, del mismo ponente, la que fundamenta en la buena fe el efecto vinculante de la publicidad⁸.

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 provocado, mediante sus folletos publicitarios, la confianza de la compradora. 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 ella.

Al igual que la responsabilidad negocial a la que se refería Castro, la STS 27.01.1977 no requiere culpa para establecer la responsabilidad⁹. La novedad de esta sentencia 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.

4. DESARROLLO POSTERIOR

La doctrina jurisprudencial sobre la vinculación contractual por la publicidad es hoy una doctrina jurisprudencial reiterada que cuenta con el beneplácito unánime de los autores (aunque puedan discutirse aspectos concretos de su desarrollo), que se ha plasmado en algunas leyes especiales de protección de consumidores.

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 en el DCFR.

El CC español no regula de manera expresa y general la vinculación contractual por las declaraciones publicitarias. Sí, en cambio la Propuesta de Mo-

⁷ 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, pp. 564 ss.

⁸ Sobre información publicitaria y vinculación contractual: MORALES MORENO, 2006, ELIZALDE IBARBIA, 2015, pp. 221 ss.

⁹ En cambio, la citada STS 23.05.1935 funda la responsabilidad por la confianza en la culpa del contratante en error.

dernización de la Comisión General de Codificación y otras propuestas de modernización del CC (*vid. infra*).

4.1 Desarrollo legislativo en el ámbito de los consumidores

A partir de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁰ 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, en el 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 viviendas¹¹, en la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados¹² y en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo¹³.

En el momento actual, tanto la Ley 26/1984, como las Leyes 21/1995 y 23/2003 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 arts. 61. 2 y 3 y 116 y 154. El RD 515/1989, referido a las viviendas, no ha sido derogado.

El art. 61. 2 RDL 1/2007 establece, en primer lugar, que «el contenido de la oferta promoción o publicidad [...] serán exigibles por los consumidores,

¹⁰ La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que deroga al Estatuto de la Publicidad no se refiere a la incorporación de la publicidad al contrato (sobre la publicidad engañosa en esta Ley y el problema de la incorporación de la publicidad al contrato: MORALES MORENO, 1988, pp. 668-672). 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 publicidad (art. 2). En su redacción inicial, definía el concepto de publicidad engañosa (art. 4 texto original), en la actual, simplemente la menciona como una manifestación de la publicidad ilícita (art. 3 Ley 34/1988). Las medidas de la Ley General de Publicidad frente a la publicidad engañosa no se refieren a la vinculación contractual (MORALES MORENO, 2006, pp. 225-231).

¹¹ Así, su art. 3.2 también prevé la incorporación de las declaraciones precontractuales al contrato.

¹² En su artículo 3.1 se preveía la obligación de informar sobre determinados contenidos (programa y oferta de viajes combinados) y establecía que «la información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador o el detallista del viaje combinado...», estableciendo algunas excepciones a esta vinculación (art. 3.2 Ley 21/1995).

¹³ En su art. 3 utilizaba 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 preveía así mismo excepciones a esta vinculación [art. 3.1.b) Ley 23/2003].

aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado [...]». Los contenidos de la publicidad integran el contrato. 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 art. 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) es, más bien, 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 ventajosas¹⁴.

El art. 116.1.d) RDL 1/2007 regula en las ventas de consumo la vinculación por la publicidad. Puede servirnos para interpretar el alcance del art. 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 automatismo en la incorporación de la publicidad al contrato, incluyendo la publicidad que proviene de tercero. La razón que justifica la vinculación contractual por las declaraciones precontractuales públicas, conforme al art. 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 fundadamente 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 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.

4.2 Propuestas de reforma del Código Civil y *Soft Law* europeo

La Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación,

¹⁴ Sobre el debate doctrinal existente a este propósito véase MORALES MORENO, 2020, pp. 993 a 995.

Sección de Derecho Civil¹⁵, regula en su art. 1276 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 Civil¹⁶ también lo establece, en su artículo 525-3.

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 de haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta». Otros referidos a la publicidad de tercero: 1.º Que la misma no resulta conocida o cognoscible para el contratante profesional. 2.º Que el contratante profesional hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato.

La vinculación contractual producida por las declaraciones de un contratante en el periodo precontractual está contemplada en el Derecho europeo¹⁷. Aparece en: PECL (art. 6:101), DCFR (II.-9:102), ACQP (art. 4:107), CESL (art. 69).

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, razonablemente*¹⁸, 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

¹⁵ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN PRIMERA, *Boletín de Información, Ministerio de Justicia*, 2009. En adelante: PM.

¹⁶ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018.

¹⁷ Una referencia más amplia al Derecho europeo, en la materia que es objeto de este estudio: DEDEK, 2018, pp. 791-813. También, SCHULZE y ZOLL, 2017, p. 142 ss. INFANTE RUIZ, 2015 (2), pp. 67-92. El trabajo de este autor está dedicado al art. 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).

¹⁸ DEDEK, 2018, p. 795.

empresarial y, por fin, (c) la pericia relativa de una y otra parte. El fundamento de la incorporación, como acabamos 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 fe.

Además de la previsión general que acaba de ser explicada, los PECL [art. 6:101 (2)] y el DCFR [art. II.-9:102 (2)] regulan la vinculación por las declaraciones que provienen de un *empresario*, 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 *consciente*, o se pueda razonablemente esperar que lo 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.

5. CRITERIOS DE CONCRECIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

A partir del estudio de las sentencias que han desarrollado la jurisprudencia iniciada con las SSTS de 14.06.1976 y 27.01.1977 se pueden extraer algunos criterios de concreción de la regla de incorporación de la publicidad u otras declaraciones públicas al contrato.

5.1 La buena fe como fundamento de la incorporación de la publicidad al contrato

El principio de buena fe ha sido, desde la STS 27.01.1977, 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 parcialmente esta materia en algunas normas especiales de protección del consumidor. El Tribunal Supremo, cuando aplica estas normas especiales, sigue invocando este principio. Estas normas son consideradas en la doctrina como una concreción legal del principio de buena fe en las relaciones de consumo¹⁹.

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. Se funda en el hecho objetivo de *haber provocado una justificada confianza* en el otro contratante, con las manifestaciones publicitarias. La vinculación es una consecuencia de la responsabilidad por la confianza.

El Tribunal Supremo, como se advierte en algunas sentencias analizadas, utiliza criterios objetivos para determinar que la publicidad ha generado confianza (SSTS de 30.05.2011²⁰ y 12.07.2011²¹).

Para que se produzca la integración del contrato mediante la publicidad no es necesario que sea insuficiente la regulación del mismo (contrato documentado). 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

¹⁹ Así también, INFANTE RUIZ, 2015 (2), p. 70.

²⁰ En la que al valorar la influencia de la publicidad, el TS 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 ejercite 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 anunciante 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 responsabilidad. En relación con la cuestión *vid.* CÁMARA LAPUENTE, 2011, pp. 522 ss.

²¹ Esta sentencia 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 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.

que resulta de determinadas cláusulas del mismo (*vid.* SSTS de 27.01.1977²² y 26.06.1999²³)²⁴.

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, 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.

5.2 La convivencia entre la norma general y las normas especiales de consumo

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.

El hecho de que el legislador haya positivado la regla de incorporación de la publicidad al contrato, de modo concreto y con mayor desarrollo, para las relaciones de consumo no ha significado que sea 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, 01.10.2012 y 23.07.2013²⁵).

La jurisprudencia del TS analizada no marca, de modo expreso, diferencias esenciales entre la norma general y la especial de consumo. Es cierto que

²² Esta sentencia 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. 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.

²³ En este caso, de modo parecido a la anterior sentencia, la compradora «hubo de estar a lo expuesto en la propaganda», por la falta de concreción del documento contractual.

²⁴ Sobre el debate doctrinal existente al respecto, *vid.* MORALES MORENO, 2020, III, pp. 1000 a 1003.

²⁵ En este caso la empresa (recurrente en casación) invoca la aplicación indebida de los arts. 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, [...]».

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 (*vid.* SSTs 23.05.2003²⁶, 12.07.2011²⁷, y 8.11.1996²⁸, entre otras).

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, hay una diferencia en la técnica de aplicación de la regla general y las especiales.

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.

²⁶ Que, refiriéndose al art. 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 art. 1258 del Código».

²⁷ Esta sentencia 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. 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.

²⁸ Que 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 diferencias.

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 norma²⁹.

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 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.

5.3 Las exigencias de la información publicitaria que se incorpora al contrato: la necesidad de concreción y la naturaleza de la denominada oferta publicitaria

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 (STS 12.07.2011³⁰, STS 23.07.2013³¹, STS 11.06.2015³² y STS 23.07.2013³³).

²⁹ Por ejemplo, en el caso del art. 116 1. d) RDL 1/2007 las declaraciones públicas hechas en la publicidad o el etiquetado *vinculan por sí mismas* al vendedor, sin necesidad de probar que hayan creado confianza en el comprador concreto. Esa vinculación tiene las excepciones previstas en la propia norma. Lo mismo ocurre en el art. 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 minorista (*vid.* art. 153 RDL 1/2007) y establece las posibles excepciones. A la vista de las excepciones previstas en los preceptos mencionados (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».

³⁰ En este caso, 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.

³¹ Esta sentencia (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.

³² Sentencia que recoge literalmente la doctrina de la sentencia anterior.

³³ Esta sentencia podría suscitar alguna duda sobre la concreción de la publicidad, pues afirma que «al comprador se le ofrecía un *entorno paradisíaco* que no tiene correspondencia con la realidad». Un

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 (*vid.* STS 14.06.1976³⁴, STS 23.07.2013³⁵, STS 11.06.2015³⁶, STS 8.11.1996³⁷ y STS 12.07.2011³⁸).

5.4 Los contenidos de la publicidad que se incorporan al contrato

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 plano. 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 plano, o de la urbanización en la que esta va a situarse³⁹. En las sentencias del TS analizadas encontramos también, en menor medida, otros contenidos publicitarios⁴⁰.

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.

³⁴ Esta sentencia (la 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.

³⁵ Esta sentencia 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 (artículo 1258 CC).

³⁶ Esta sentencia 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.

³⁷ Esta sentencia, aunque utiliza la expresión «vinculación a la oferta» no podemos entender que atribuya a la publicidad naturaleza de verdadera oferta.

³⁸ Sobre ella, en profundidad, Morales Moreno, *ADC*, 2020, III, pp. 1049 a 1052

³⁹ 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 paradisíaco* (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).

⁴⁰ 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).

5.5 Incorporación de la publicidad al contrato y autonomía de la voluntad

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 renunciaciones. 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» (SSTS 30.06.1997⁴¹ y 04.12.1998⁴²).

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 (*vid.* SSTS 16.02.1993⁴³, 23.05.2003⁴⁴ y 17.10.2005⁴⁵).

⁴¹ En este caso, 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.

⁴² Esta sentencia 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.

⁴³ En este caso el TS admite que los pactos modificativos de las condiciones anunciadas prevalecen sobre estas. 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».

⁴⁴ En esta sentencia no se 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».

⁴⁵ Esta sentencia 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 conocimiento y considera que la misma *no se debe a negligencia* de los compradores, teniendo en cuenta su condición de consumidores. 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 *contradican* el proyecto de construcción, y cuando menos *dificultan* la utilización del *objeto* comprado en relación con su destino».

5.6. 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 contrato. 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 ex art. 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». Véase también la STS 19.02.1981⁴⁶.

5.7 La incorporación de la publicidad al contrato como deber de prestación

Los contenidos de la información publicitaria se pueden incorporar al contrato de dos modos diferentes: (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*]). En el *segundo* caso, el contratante que ha confiado podrá utilizar los remedios propios del incumplimiento del contrato: la *pretensión de cumplimiento* (inclu-

⁴⁶ En la que 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 art. 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 art. 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 art. 1258 CC sino la de los arts. 1281 y 1282 CC. Pero, frente al criterio literalista del art. 1281, adquiere en este caso valor lo que dispone el art. 1282 CC, por virtud del principio de buena fe.

yendo la subsanación del cumplimiento defectuoso), si este cumplimiento es posible, la *indemnización* del daño producido por el incumplimiento 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 es objeto de este análisis, 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, si llega a celebrarse el contrato. 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.

5.7.1 REQUISITOS

¿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 efectos⁴⁷.

Cuando esa *norma no existe* y se aplica la regla general (extraída del principio de buena fe), hemos de tener en cuenta la confianza provocada por la publicidad. 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, in-

⁴⁷ 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*» (CÁMARA LAPUENTE, 2011, p. 528.) 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) (Ibid. p. 527), conforme a su régimen general. La STS 06.02.2020 aplica el error.

cumple el contrato. Así lo tiene establecido la jurisprudencia del TS (*vid.* las SSTs de 27.01.1977⁴⁸, 11.06.2015⁴⁹).

5.7.2 INCUMPLIMIENTO DE LO ANUNCIADO: INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO

Las sentencias del TS estudiadas atribuyen a la publicidad el efecto de crear obligaciones: deberes de *prestación* del contratante vinculado. El incumplimiento de lo anunciado es un incumplimiento del contrato: la responsabilidad contractual del anunciante unas veces resulta de hechos propios (no haber ejecutado la obra conforme a lo anunciado)⁵⁰; otras de obstáculos impositivos 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 tercero⁵¹.

⁴⁸ Que 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]».

⁴⁹ Que reitera la doctrina de la STS 12.07.2011 y 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 adquieren eficacia en él. *Estipulación implícita* (cláusula implícita) significa que el contenido de la publicidad no se ha incorporado 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). La expresión «*estipulaciones normativas contractuales*» resalta esa misma idea; 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 consentimiento, [Así en la STS 06.02.2020] responsabilidad [*in contrahendo*]), o de remedios contractuales, como ocurre en esta sentencia.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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.

5.7.3 CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LO ANUNCIADO: EL FUNCIONAMIENTO DE LOS REMEDIOS

La jurisprudencia del TS analizada nos ofrece una buena muestra del funcionamiento de los remedios del incumplimiento en un ámbito concreto e importante: el de la compraventa de viviendas en construcción.

La *pretensión de cumplimiento* suele referirse a la subsanación del cumplimiento defectuoso⁵². Podemos constatar los límites al ejercicio de la *pretensión de cumplimiento* (subsanación 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 indemnización⁵³.

En cuanto a la *resolución*, el TS considera procedente la resolución del contrato cuando el *incumplimiento* es *esencial*. Hay sentencias que no estiman su existencia⁵⁴; otras que sí⁵⁵. También constatamos cómo la acumulación de varios incumplimientos no esenciales permite al TS establecer la esencialidad del incumplimiento⁵⁶ o cómo el TS aplica la resolución cuando la indemnización no satisface convenientemente el interés del acreedor. Sin duda porque se

⁵² 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).

⁵³ 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).

⁵⁴ 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.

⁵⁵ En la STS 26.06.1999 los defectos de calidades y la falta de construcción de la piscina anunciada permiten la resolución.

⁵⁶ 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.

ha visto privado de aquello que podía esperar del cumplimiento del contrato, no sustituible por la indemnización⁵⁷.

En cuanto a la *indemnización*, 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 art. 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)⁵⁸. 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.

Interesa constatar cómo el TS calcula el daño por las carencias de la vivienda entregada⁵⁹; o excluye la *compensación* de la menor calidad de los radiadores con la mejor calidad de las ventanas⁶⁰.

⁵⁷ 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».

⁵⁸ En la STS 15.02.1994 el incumplimiento del organizador de la estancia de estudio en el extranjero consiste en no haber contratado el seguro anunciado. Ocurrido el accidente, la indemnización consiste en indemnizar el daño causado por el mismo (como si se hubiera concertado el seguro). El incumplimiento del organizador de la estancia 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.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

6. CONCLUSIONES

Las principales conclusiones que cabe extraer del estudio realizado son las siguientes.

El CC español no regula de manera expresa y general la vinculación contractual por las declaraciones publicitarias, pero cabe afirmar que el Ordenamiento jurídico español, situándose en la línea de los PECL y DCFR, contempla esta regla al reconocerse en la jurisprudencia del TS español, en las leyes especiales de protección de consumidores y en las diversas propuestas de modernización del CC.

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.

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.

Ahora bien, 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.

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).

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 admita 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.

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, creemos que la vinculación por la publicidad de tercero puede resultar del principio de buena fe.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 2018.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Artículo 61 TR-LGDCU», en Sergio Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 510-537.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- *El negocio jurídico*, 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.
- DEDEK, Helge.: «Art. 6:101: Statements Giving Rise to Contractual Obligations», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, ed. Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 791-813.
- ELIZALDE IBARBIA, FRANCISCO: *El contenido del contrato*, ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852.
- INFANTE RUIZ, FRANCISCO: «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.
- 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.
- MORALES MORENO, Antonio-Manuel, «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe», en *ADC*, 2020, III, pp. 983 a 1065
- «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.
- *El Error en los Contratos*, CEURA, Madrid, 1988.
- 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. 577-570.
- «Valor de la propaganda en la compraventa de un piso», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. abril, 1978, pp. 345-358.
- SCHULZE, Reiner.; ZOLL, Fryderyk: *Europäisches Vertragsrecht*, 2., ed. Baden-Baden, 2017.

XXIX

EL DESDOBLAMIENTO DE LAS UTILIDADES DEL OBJETO DEL CONTRATO

PEDRO A. MUNAR BERNAT
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Illes Balears

Vocal Permanente Sección Primera, de lo Civil,
de la Comisión General de Codificación

SUMARIO: 1. Propósito.–2. La regulación del objeto del contrato en el Código civil. 2.1 Calificación del objeto del contrato. 2.2 Los requisitos que debe tener el objeto del contrato. 2.2.1 Licitud. 2.2.2 Existencia: actual o futura. 2.2.3 Posibilidad. 2.2.4 Determinación o determinabilidad. 2.3 La sanción ante la inexistencia de objeto contractual.–3. La desaparición del «objeto del contrato» en el moderno derecho de contratos. 3.1 El acuerdo suficiente o contenido del contrato. 3.2 La nueva perspectiva sobre la posibilidad del objeto del contrato. 3.2.1 Principios Unidroit (PCCOM). 3.2.2 Principios del Derecho europeo de contratos (PECL). 3.2.3 Borrador de un Marco Común de Referencia (DCFR). 3.2.4 Propuesta para la modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, de 2009 (PMCC).–4. Bibliografía.

1. PROPÓSITO

El artículo 1261 enumera entre los requisitos que deben concurrir para que exista un contrato «objeto cierto que sea materia del contrato»; dedicando los artículos 1271 a 1273 a desarrollar las características que debe reunir el

objeto del contrato. La consecuencia de su falta es la inexistencia o nulidad del contrato.

A lo largo de las páginas que siguen se intentará, en primer lugar, explicar ese concepto y sus características a la luz de la doctrina y la jurisprudencia; en un segundo momento, y seguramente es lo que da sentido al título de esta aportación, se hará evidente cómo en el moderno derecho de contratos deja de ser considerado un requisito esencial del contrato y cómo las consecuencias de su inexistencia abandonan el campo de la nulidad para ser resueltas a través de los remedios para los casos de incumplimiento.

Se trata de una cuestión que ha sido objeto de atención por la doctrina que, de forma completa y atinada, ha venido explicando en los últimos tiempos los aspectos más relevantes del tema¹. Este trabajo modestamente pretende resumir la situación.

2. LA REGULACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL²

2.1 Calificación del objeto del contrato

Partimos de la base de que al aludir al objeto del contrato se hace referencia a la materia sobre la que recae el acuerdo de voluntades, excluyendo dos aspectos: la formulación de la causa y la formulación del efecto jurídico perseguido.

Este objeto del contrato es concretado por el art. 1271 en «una cosa o servicio», pero esa identificación ha sido criticada por la doctrina al entender que con ello quedan fuera de su ámbito de aplicación muchos negocios patrimoniales cuyo objeto no se puede integrar en alguna de estas nociones, señalando al efecto un gran número de contratos que escaparían a la norma; y así se alude al contrato de cesión de créditos, de asunción de deudas, un problema que se acrecienta en el tráfico actual por la posibilidad que éste brinda de comerciar no sólo con una gran cantidad de bienes inmateriales, que en todo caso podrían considerarse cosas, sino con posiciones jurídicas o materiales muy variadas. Además, generalmente la formación de los negocios pasa por muy diferentes fases en la que se pueden suceder diversos acuerdos como los com-

¹ Díez-PICAZO (2007), VALPUESTA (2011), BOSCH (2012, 2018), RIBOT (2015), ELIZALDE (2015), MARCO (2015), PÉREZ (2017), GALICIA (2018).

² Díez-PICAZO (2007), GETE-ALONSO (1991), MORALES (1991), RAMS (1993), HERRERO GARCÍA (1993), SAN JULIÁN (1996).

promisos de negociar, contratos preparatorios, promesas de contrato, a veces con un alto grado de indefinición sobre su objeto y contenido (STS 9 mayo 2001 – RJ 2001, 7384–)³.

La idea del objeto del contrato como elemento esencial del mismo presenta una serie de notas:

- Su necesidad o indispensabilidad para la existencia del contrato.
- Tiene un valor designativo: es una designación de una realidad externa, de ahí que el art. 1271 incluya como posible objeto las cosas futuras, puesto que, si esa cosa que existirá en el futuro puede tener valor designativo, puede ser objeto de contrato.
- Las reglas del negocio jurídico limitan su ámbito. Así, no pueden ser objeto de contrato: las cosas *extracomercium* –art. 1271– ni las cosas o servicios imposibles –art. 1272–.

Por otra parte, debemos distinguir dos figuras que en ocasiones se tiende a confundir: el objeto de la obligación y el objeto del contrato. Si el objeto del contrato es la materia del acuerdo de voluntades y el objeto de la obligación es la materia en que se cifra la necesidad jurídica de la conducta, parece claro que no necesariamente deben coincidir. Así, el objeto de un contrato puede abarcar un mayor número de designaciones que el objeto de la obligación, por cuanto puede haber elementos al margen del objeto de la obligación que son objeto del contrato, no porque se trate de una pluralidad de obligaciones en que el objeto del contrato es la suma del objeto de las obligaciones. Un ejemplo paradigmático de objeto de contrato más amplio que el objeto de la obligación lo tenemos en el contrato de sociedad: el objeto de la obligación de cada socio es la aportación social mientras que el objeto del contrato tiene un contenido más amplio: las aportaciones de los socios, la redacción de los estatutos, la creación de un régimen interno, etc.

La jurisprudencia se ha ocupado de intentar ofrecer un concepto del objeto del contrato. En efecto, desde la STS 5 junio 1978 (RJ 1978/2219), doctrina que reiteran entre otras las de 10 octubre 1997 (RJ 1997/7069) o 20 julio 2006 (RJ 2006/4734), se describe como «aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención comercial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento al que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional, objetivo inmediato, o sea, a los derechos y

³ VALPUESTA (2011), p. 663.

obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de naturaleza exterior, ora procedente del ingenio humano o en un acto integrador de prestación [...]».

2.2 Los requisitos que debe tener el objeto del contrato

Los artículos 1271 y 1272 tratan los requisitos que deben concurrir en el objeto de la relación contractual: licitud, existencia, posibilidad y determinación.

2.2.1 LICITUD⁴

Se ha dicho que, al aludir a la licitud, genéricamente se refiere a su adecuación al tráfico jurídico de conformidad con el ordenamiento jurídico en el que el contrato se realiza y debe ejecutarse. Ahora bien, dependiendo de si el objeto es una cosa o un servicio, cabe una especificación del sentido de la licitud.

Si se trata de una cosa, la licitud es su condición de comerciabilidad o apropiabilidad. Así, existen distintos tipos de bienes sobre los que no se puede contratar⁵:

1) Bienes de dominio público, en tanto que están afectados al uso o servicio público, por lo que esa situación puede cambiar si quedan desafectados.

2) Las cosas comunes a todos, que no son susceptibles de apropiación (por ejemplo, el aire).

3) Bienes que no pueden estar en el patrimonio: estado civil de la persona y sus atributos físicos y psíquicos (arts. 10, 15 y 18 CE, arts. 1813, 1814 CC, art. 2.1 Ley arbitraje), quedando fuera de esa consideración los contratos sobre partes, órganos y sustancias del cuerpo humano (L 30/79, LO 1/82, L 14/2006, RD 1088/2005).

Por otra parte, existen bienes sobre los que, por disposición de la ley, o no se puede negociar o son de tráfico limitado (armas, algunas sustancias estupefacientes), en tales casos no se puede hablar de objeto ilícito y el contrato no es nulo civilmente al margen de que pueda aplicarse la sanción penal o administrativa que corresponda⁶.

⁴ BOSCH (2018), p. 255, habla, con acierto, de «comercialidad, licitud y moralidad del objeto» descripción que comprende todas las hipótesis que ampara.

⁵ GETE-ALONSO (1991), p. 474.

⁶ DÍEZ-PICAZO (2007, I), p. 249, OVIEDO HERRERO (2010), p. 1395

Si se trata de servicios, ciertas disposiciones legales pueden restringir o prohibir ciertos contratos (art. 1583: arrendamiento de servicios hecho por toda la vida). El art. 1271 exige también que los servicios no sean contrarios a las buenas costumbres, concepto éste que al igual que el límite de la moral del art. 1255, hacen referencia al conjunto de valores que imperan en la sociedad⁷.

2.2.2 EXISTENCIA: ACTUAL O FUTURA

Pueden ser objeto del contrato las cosas que tengan una existencia actual, o sean de posible existencia futura, *ex* art. 1271.1.

Ahora bien, como se ha señalado con acierto⁸, la existencia no es tanto un requisito del objeto sino un presupuesto del mismo contrato en cuanto que es la materia sobre la que recae el consentimiento.

Con el requisito de la existencia se alude a la materia, la realidad social, sobre la que recae el contrato, lo que el art. 1271 denomina cosas y servicios. No obstante, el precepto parece limitar la exigencia de existencia a las cosas y no a los servicios, lo cual se explica si se es consciente de que los servicios (sean una actividad o una abstención) son futuros por su propia naturaleza, mientras que las cosas pueden no existir en el momento en que se presta el consentimiento contractual; de ahí que cabe entender como cosa, una cosa futura siempre que sea posible su existencia.

La STS 31 diciembre 1999 (RJ 1999, 9386) define la cosa futura como «la cosa que se espera según el curso natural de las de su especie y que por tanto ha de venir porque aún no existe en el momento de la celebración del contrato».

En todo caso, la posibilidad de contratar sobre cosas futuras, que se contempla expresamente el art. 1451 CC al regular la compraventa de cosa futura, tiene un alcance limitado al existir diferentes cortapisas impuestas por la ley:

— Art. 1271.2: La herencia futura, salvo aquellos contratos que tienen como finalidad la de practicar entre vivos la división del caudal y otras operaciones particionales conforme al art. 1056⁹.

No obstante, el recelo inicial del Código civil de 1889 se ha superado en algún a medida con el reconocimiento de la promesa de mejorar que se regula

⁷ A este respecto, VALPUESTA (2011), pp. 666-667, enumera entre esos valores la igualdad entre mujeres y hombres, la libertad, la autonomía personal y la intimidad.

⁸ GETE-ALONSO (1991), p. 474.

⁹ En el supuesto de que se considerara oportuno mantener esa prohibición, sería más adecuado situarla en sede sucesoria y no de normas generales del contrato. Así lo sugieren RAMS (1990), p. 445; ESPEJO (1999), p. 25; HERRERO OVIEDO (2010), p. 1395.

en el art. 826, o la posibilidad de que los cónyuges en capitulaciones matrimoniales se puedan donar bienes futuros en caso de muerte (art. 1341)¹⁰.

No ocurre lo mismo en algunos derechos civiles que la ven con favor:

- Aragón. Prevé la sucesión paccionada de Aragón (arts. 377 a 404 Código del Derecho Foral de Aragón).

- Cataluña: Regula extensamente la sucesión contractual y las donaciones por causa de muerte (art. 431 CC Cat).

- Galicia. Contempla los pactos sucesorios (arts. 208 y ss., Ley de derecho civil de Galicia).

- Islas Baleares. Prevé en la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears diferentes posibilidades: las donaciones universales de bienes presentes y futuros (arts. 8 y ss.), pactos de renuncia a la legítima (arts. 50 y 77), pactos de institución (art. 74).

- Navarra. Regula las donaciones *mortis causa* y pactos sucesorios (Leyes 173 y ss. de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo).

- País Vasco. Contempla los pactos sucesorios en los arts. 100 y ss. de la Ley derecho civil foral vasco de 2015.

- Contratos sobre cesión de derechos de explotación sobre obra futura (art. 43 LPI).

Los contratos sobre cosas futuras pueden articularse de dos maneras, en función de cuál de los contratantes asuma el riesgo de que la cosa futura no llegue a tener una existencia real, si bien tanto en un caso como en otro, los contratantes tienen la obligación de llevar a cabo todos los actos necesarios para que la cosa tenga una existencia real¹¹ (la STS 20 noviembre 2009 –RJ 2009, 7296– señala que «no importa que la cosa no tenga existencia real en el momento de celebrar el contrato, sino basta una razonable probabilidad de existencia»):

a) La denominada *venditio spei*, o venta de esperanza, en la que el vendedor está obligado a pagar el precio, aunque la cosa futura no llegue a existir; por tanto, estamos ante un contrato aleatorio.

¹⁰ Seguramente con razón RAMS (1990), p. 467 ya se mostraba partidario de «proceder a la abolición pura y simple del párrafo segundo de este artículo 1.271, por ser incompatible con la realidad social de nuestro tiempo y porque no ha quedado en pie ninguno de los prejuicios e intereses sociales y económicos que el pensamiento inspirador de la Revolución francesa situó detrás de esta trasnochada y relictual prohibición», opinión que comparte HERRERO OVIEDO (2010), p. 1396.

¹¹ DíEZ-PICAZO (2007), p. 236.

b) La llamada *venditio rei sperate*, o venta de la cosa esperada, en que el contrato sólo es efectivo si la cosa esperada llega a existir; el comprador solamente está obligado a pagar el precio en el caso en que la cosa tenga existencia.

2.2.3 POSIBILIDAD

Como consecuencia del principio *impossibilia nulla obligatio est*¹², la imposibilidad originaria del servicio o la inexistencia o pérdida de la cosa implican falta de objeto contractual y determinan la nulidad del propio contrato, por carecer éste de uno de los elementos esenciales para su validez. Se ha calificado este requisito como «una exigencia institucional, puesto que, si todo contrato implica una vinculación o un compromiso de realización de unas prestaciones futuras, el contrato sólo puede ser eficaz si tales prestaciones son posibles»¹³.

Ha explicado Morales Moreno que la perspectiva que adopta el Código civil es consecuencia directa del hecho de considerar como objeto de la obligación «el objeto real (imposible, inexistente) y no el ideal, al que se refiere el contrato; y, asimismo, de hacer gravitar el contenido de la relación obligatoria sólo en la pretensión de cumplimiento, desconsiderando la oportunidad de otros remedios que pueden satisfacer el interés del acreedor en estos casos, fundamentalmente el remedio indemnizatorio»; y es que la imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento¹⁴.

El art. 1272 CC predica la exigencia de posibilidad indiferenciadamente respecto de las cosas y de los servicios. Sin embargo, respecto de uno y otro supuesto la posibilidad como requisito del contrato ofrece unas características diferentes¹⁵.

Respecto de las cosas, la posibilidad es un «poder ser» o un «poder existir» tales cosas, esto es, una existencia actual o una existencia futura posible. Precisamente por ello, no pueden constituir objeto de contrato las cosas que en este momento han dejado ya de existir (*v. gr.*, porque han sido destruidas o han perecido). El art. 1460 hace una aplicación de esta idea cuando dice que «si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato».

¹² Resulta especialmente valioso el completo estudio sobre esta materia que ofrece RIBOT (2015).

¹³ DÍEZ-PICAZO (2007, I), p. 235

¹⁴ MORALES MORENO (2003), p. 1630.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO (2007), p. 247

Respecto de los servicios, el requisito de la posibilidad es un «poder hacer», es decir, un poder realizar la persona aquel comportamiento en que el servicio consiste o un poder desplegar aquella actividad a que el contratante queda comprometido. Esta posibilidad de ejecución debe medirse con arreglo a criterios de posibilidad física de realización y también con arreglo a criterios de razonable realización de los intereses en juego.

La imposibilidad a que se refiere el art. 1272 es una imposibilidad originaria, que ya existe en el momento de la conclusión del contrato; en cambio, si la imposibilidad es sobrevenida, se aplica el art. 1184 Cc conforme al cual «también quedará liberado el deudor de las obligaciones de hacer (aplicado analógicamente a las obligaciones de dar) cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible». Y lo cierto es que la jurisprudencia ha tratado conjuntamente ambos preceptos, o ha referido la imposibilidad más generalmente a la del art. 1184.

Un buen resumen de la doctrina jurisprudencial nos lo ofrece la STS 30 abril 2002 (RJ 2002,4041):

1. La regulación de los arts. 1272 y 1184 [éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar «ex» art. 1182, SS. 21 febrero 1991 (RJ 1991, 1518), 29 octubre 1996 (RJ 1996, 7484), 23 junio 1997 (RJ 1997, 5201)] recoge una manifestación del principio «ad impossibilia nemo tenetur» [STSs 21 enero 1958 (RJ 1958, 220) y 3 octubre 1959], que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles («impossibilium nulla obligatio est»: D. 50, 17, 1185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor [STSs 15 febrero (RJ 1994, 1316) y 21 marzo 1994 (RJ 1994, 2560), entre otras].

2. La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística atendiendo a los casos y circunstancias [STSs 10 marzo 1949 (RJ1949, 269), 5 mayo 1986 (RJ 1986, 2339) y 13 marzo 1987 (RJ 1987, 1480)], pudiendo consistir en una imposibilidad física o material [la STS de 16 de diciembre 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 de abril de 1994 (RJ 1994, 2949) a la imposibilidad económica], o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica [STSs, entre otras, 15 diciembre 1987 (RJ 1987, 9434), 21 noviembre 1958, 3 octubre 1959, 29 octubre 1970 (RJ 1970, 4473), 4 marzo (RJ 1991, 1714), 11 mayo 1991 (RJ1991, 3658) y 26 julio 2000 (RJ2000, 9177)].

3. A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria [S. 6 octubre 1994 (RJ 1994, 7458)], pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad [STSs, entre otras, 8 junio 1906, 10 marzo 1949 (RJ 1949, 269), 6 abril 1979, 5 mayo 1986 (RJ 1986, 2339), 11 noviembre 1987 (RJ 1987, 8372), 12 mayo 1992 (RJ 1992, 3917), 12 marzo 1994 (RJ 1994, 1742) y 20 mayo 1997 (RJ 1997, 3890)], ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la STS 6 octubre 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo [STSs, entre otras, de 15 y 23 febrero (RJ 1995, 683), 12 marzo y 6 octubre 1994].

4. La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera [S. 13 marzo 1987 (RJ 1987, 1480)] –que sólo tiene efectos suspensivos [S. 13 junio 1944 (RJ 1944, 893)]–, y la derivada de una situación accidental del deudor (S. 8 junio 1906).

5. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida [SS 22 febrero 1979 (RJ 1979, 523) y 11 noviembre 1987 (RJ 1987, 8372)].

6. Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (STS 20 marzo 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él [STSs 2 enero 1976 (RJ 1976, 22) y 15 diciembre 1987], o le es imputable [STSs 7 abril 1965 (RJ 1965, 2118), 7 octubre 1978, 17 enero (RJ 1986, 104) y 5 mayo 1986, 15 febrero 1994, 20 mayo 1997], y existe culpa cuando se conoce la causa [STSs 15 febrero y 23 marzo 1994, 17 marzo 1997 (RJ 1997, 1980), y 14 diciembre 1998 (RJ 1998, 9892)], o se podía conocer (S. 15 febrero 1994), o era previsible [SS. 7 octubre 1978, 15 febrero 1994 y 4 noviembre 1999 (RJ 1999, 8001)], aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (S. 23 febrero 1994). La STS de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanísticas de la finca.

7. No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (STSs 8 junio 1906, 7 abril 1965, 6 abril 1979, 12 marzo 1994, 20 mayo 1997, entre otras). La STS de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la STS de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento.

8. Para estimar la imposibilidad sobrevinida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad [art. 1182; y S. 23 febrero 1994 (RJ 1994, 1255)].

2.2.4 DETERMINACIÓN O DETERMINABILIDAD

Se describe este requisito como la necesidad de que el objeto venga identificado o individualizado en el mismo momento de perfección del contrato, circunstancia que se dará, en palabras del TS, cuando consta individualizado o existen elementos suficientes para conocer su identidad de modo que no duda sobre la realidad objetiva sobre las que las partes quisieron contratar, la determinación supone que hay identificabilidad de modo que el objeto no puede confundirse con otros distintos (STS 23 febrero 2007 –RJ 2007, 1475–). Se ha explicado el sentido de esta exigencia señalando que «las partes no pueden quedar vinculadas sin saber cuáles son exactamente las obligaciones que asumen»¹⁶.

El segundo inciso del art. 1273 admite que pueda darse una cierta indefinición del objeto siempre que los contratantes pacten las bases o criterios sobre los que se realizará la ulterior determinación, exigiéndose que tales bases no comporten la necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes y que no supongan dejar a la voluntad de cualquiera de ellas el cumplimiento del contrato.

La STS 29 mayo 2014 (RJ 2014, 3358) admite que ese requisito de determinabilidad se considera cumplido no sólo si el objeto se encuentra determinado en todos sus extremos, sino también cuando su concreción se produce conforme a criterios de determinabilidad. Se enumeran entre esos medios o criterios de determinabilidad, los siguientes¹⁷:

- Las normas jurídicas, ya sea las relativas a los contratos y obligaciones en general (por ejemplo, la norma del art. 1171 relativa al lugar del cumplimiento de la obligación), o al contrato concreto de que se trate.
- Los usos que las partes hayan aceptado y las prácticas entre ellos establecidas.
- La naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias en las que el contrato fue concluido, y las exigencias de la buena fe y la justicia negocial.
- Además, las partes pueden haber encomendado a una de ellas, o a un tercero, la determinación de algún aspecto del contrato, incluso alguno tan esencial como el precio.
- Posibilidad de que el precio se pueda fijar también por medios «objetivos» (por ejemplo, el precio que en la lonja tenga un determinado producto).

¹⁶ GALICIA (2018), p. 154

¹⁷ BOSCH (2018), p. 258

Ahora bien, esa admisión de una cierta indefinición inicial desaparece radicalmente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores, dado el desequilibrio existente entre las partes, por lo que cualquier indefinición del objeto a favor del empresario se debe valorar negativamente (art. 85.3 TRLGCU)¹⁸. Un supuesto donde queda patente la necesidad de una determinación completa de la prestación aparece en los contratos de compraventa de derechos reales de aprovechamiento por turnos que, de acuerdo con el art. 9.1.3.^a Ley 42/1998 y art. 30.1.3.^o Ley 4/2012, donde se exige «la identificación del bien inmueble mediante su referencia catastral, descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina» y cuyo incumplimiento determina la nulidad del contrato, tal como viene señalando el TS desde su sentencia de 15 de enero de 2015¹⁹.

2.3 La sanción ante la inexistencia de objeto contractual

En los supuestos en que se establezca como objeto de un contrato alguna realidad que no cumpla los requisitos que se han señalado, el contrato se ha llegado a formar, y la sanción que impone el art. 1261 CC es la nulidad radical del contrato (por todas, STS 350/2001, de 10 de abril (RJ 2001, 2027)).

Como se ha explicado con acierto, la ausencia de un elemento esencial como es en este caso el objeto, no permite la aplicación del régimen de la anulabilidad, pues ésta parte de la premisa de la existencia de un contrato completo susceptible de producir efectos²⁰.

Quizás se podría concluir este análisis del objeto del contrato en el Código civil con la constatación de un hecho relevante: La expresa regulación del objeto como un elemento esencial del contrato, ha permitido en nuestro sistema impedir que se determine unilateral y arbitrariamente –art. 1273–, así como vincular a su ilicitud la sanción de nulidad del negocio jurídico –art. 1271– o hacer lo mismo a su inexistencia o imposibilidad originaria –arts. 1272 y 1460–²¹.

¹⁸ VALPUESTA (2011), p. 670.

¹⁹ RJ 2015\876

²⁰ MORALES (1991), p. 445.

²¹ Díez-PICAZO; ROCA TRÍAS; MORALES (2002), p. 172

3. LA DESAPARICIÓN DEL «OBJETO DEL CONTRATO» EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

3.1 El acuerdo suficiente o contenido del contrato

Tal como hemos examinado, el Código civil, siguiendo la estela de los códigos de corte francesa, parte de la premisa de que el contrato requiere la concurrencia de una serie de elementos, entre ellos el objeto, sin los que no hay contrato. Díez-Picazo puso de relieve que ello era el reflejo de una política restrictiva²² y que tenía algunos inconvenientes²³, y explicaba que los derroteros del moderno derecho contractual iban hacia una política de fomento de la contratación y con ello la limitación de los casos de nulidad contractual.

Precisamente esta es la senda que plantean las diferentes propuestas que se manejan, donde se abandona la tradicional categoría dogmática de los llamados «elementos esenciales» del contrato, como compromiso hacia el *common law*, que desconoce esa categoría²⁴.

Así, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (en adelante, CISG) y el «Borrador de un Marco Común de Referencia» (*Draft Common Frame of Reference*, en adelante, DCFR) sólo se refieren al consentimiento, del que destacan la necesidad de que sea suficiente:

— La CISG, además de imponer determinados requisitos para que las mercaderías puedan ser objeto de la compraventa que regula –art. 3–, exige que la oferta, a la que se ha de adaptar la aceptación, «sea suficientemente precisa» –art. 14–.

— Según su art. 4:101 (b) DCFR, basta para entender celebrado el contrato con que las partes hubieran llegado a lograr un «acuerdo suficiente».

²² Díez-PICAZO (2003), p. 1573: «en los momentos en que el Código civil francés se promulgó, el contrato fuera considerado como una aventura especialmente arriesgada, de manera que para generar obligaciones vinculantes hubiera que tomar algunas precauciones y que no se sintiera la necesidad de un mundo con demasiados contratos».

²³ Díez-PICAZO (2003), p. 1573: «Ante todo, porque no resulta un buen sistema permitir a la gente liberarse de los compromisos adquiridos con relativa facilidad. Además, porque si los contratos han sido cumplidos, no basta la acción de nulidad, sino también la acción o pretensión restitutoria y de enriquecimiento que sea consecuencia de ello. Y, finalmente, porque el ejercicio de estas acciones puede resultar contrario a los parámetros de la buena fe y de la lealtad cuando se alegan tardíamente o en circunstancias que permiten a quien de tal modo actúa mejorar la situación económica rompiendo el compromiso»

²⁴ MARCO (2015), p. 15

Por eso se ha dicho con razón que lo que el Código civil denomina objeto del contrato es lo que, con mayor precisión, se denomina acuerdo suficiente en las modernas propuestas armonizadoras del derecho de contratos, y que en realidad hace referencia al contenido del contrato²⁵. La suficiencia sobre la que recae el consentimiento sugiere, por tanto, la existencia de unos componentes mínimos que doten al acuerdo de una entidad idónea capaz de hacer surgir el vínculo, formando parte de ese contenido, entre otras cosas, la definición más o menos precisa que las partes hayan dado al objeto del contrato²⁶.

Ahora bien, que en las propuestas normativas no se aluda al objeto ni a sus requisitos, no supone que algunos de los requisitos que en Código civil se predicán del objeto hayan dejado de tener relevancia²⁷:

- Un contrato con objeto ilícito no puede ser válido. Por ejemplo, el art. 7:101 DCFR al incluir entre las causas de invalidez del contrato la infracción de normas imperativas, posibilita dar un tratamiento adecuado a todos los que adolezcan de tal defecto; o el art. 1237, 1.º de la Propuesta para la modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, de 2009 (en adelante, PMCC) que limita la autonomía de la voluntad al exigir que los pactos a que lleguen las partes «no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público».

- El objeto del contrato tiene necesariamente que quedar comprendido en el ámbito del consentimiento. Así, el art. 14.1 de la CISG establece que «una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o tácitamente señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos».

- El art. 4:103 del DCFR permite entender incluida la determinación o la determinabilidad del objeto del contrato dentro de la materia sobre la que debe recaer el consentimiento suficiente; el art. 1237.2.º PMCC también establece que «las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas». Por otra parte, el art. 1277 PMCC o el art. 525.4 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, PCCAPDC)²⁸, ofrecen unas reglas similares al del actual tenor del art. 1273 CC.

²⁵ BOSCH (2018). Sobre la noción de «contenido del contrato», es de obligada consulta DE ELIZALDE (2015).

²⁶ GARCÍA PÉREZ (2017), p. 1082.

²⁷ FERRÁNDIZ (2011), p. 4.

²⁸ Estudia con pormenor el contenido de esta propuesta GARCÍA PÉREZ (2017).

3.2 La nueva perspectiva sobre la posibilidad del objeto del contrato

Donde sí se ha producido un cambio extraordinariamente relevante en respeto del tratamiento de la «posibilidad» del objeto contractual, abandonando la senda de la invalidez para, partiendo de la base de la validez del contrato, situar los casos de imposibilidad inicial como hipótesis en las que entraría en juego el remedio indemnizatorio derivado del incumplimiento contractual²⁹.

3.2.1 PRINCIPIOS UNIDROIT (PICC)

El art. 3.1.3 establece: «(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída. (2) Tampoco afectará a la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviera facultada para disponer de los bienes objeto del contrato».

La abolición del requisito de existencia y posibilidad del objeto conlleva que la imposibilidad inicial se equipare en sus consecuencias y régimen jurídico a la imposibilidad sobrevenida. Los derechos y deberes de las partes con ocasión de la imposibilidad de cumplir de una de ellas (o de ambas) se determinan según las reglas del incumplimiento³⁰.

El artículo 7.1.7(1) PICC establece que el incumplimiento sólo es excusable si el deudor prueba que fue debido a «un impedimento ajeno a su control y que, en el momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias».

Desde el punto de vista de quien no puede cumplir a causa de la imposibilidad originaria de la prestación, por lo tanto, la cuestión es si puede excusarse alegando fuerza mayor³¹.

3.2.2 PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS (PECL)

El artículo 4:102, bajo la rúbrica, «Imposibilidad inicial» establece que «Un contrato no es nulo por el mero hecho de que, en el momento de su con-

²⁹ DE ELIZALDE (2017), pp. 1148-1149: «Si consideramos que la vinculación respecto de un objeto imposible no se limita a su faceta reglamentaria de deberes –que exige un cumplimiento en especie– sino que incluye la garantía de una situación fáctica, cuya inexistencia autoriza en ciertos casos el remedio indemnizatorio, entonces no parece haber inconveniente en reconocer que el contrato sea válido. La posibilidad radicaría, en este caso, en la factibilidad de satisfacer la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento».

³⁰ GALICIA (2018), p. 156.

³¹ RIBOT (2015), p. 24.

clusión, el cumplimiento de la obligación contraída no fuera posible o porque una de las partes no tuviera derecho de disposición sobre los bienes objeto del contrato».

Como explica Ribot, en los PECL, «la falta de adopción de la regla de nulidad por imposibilidad originaria del objeto se justifica señalando que los casos en que ninguna de las partes estaba al tanto de la imposibilidad originaria serán supuestos de «error común», donde cualquiera de las partes debe poder impugnar el contrato, o bien situaciones en que una de las partes ha asumido o debe asumir el riesgo de aquella imposibilidad inicial. En este último caso, aunque el cumplimiento en forma específica no sea posible, el deudor deberá responder por incumplimiento»³².

Es importante detenerse en la noción de error común, que se toma del derecho anglosajón. Explica Ribot que «el error común o *mistake* se contrapone al error unilateral (*unilateral mistake*), que también presupone un error pero que ha sido provocado por (o es imputable a) una de las partes contratantes (*misrepresentation*). En el caso de error común el efecto no es la anulabilidad sino la nulidad absoluta del contrato. La nulidad por existencia de error común o *mistake* se circunscribe, sin embargo, por límites muy estrictos pues se requiere la prueba de que la vigencia del contrato estaba implícitamente condicionada a la realidad del estado de cosas que se asumió como existente al contratar (*implied term o condition*)»³³.

3.2.3 BORRADOR DE UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR)

El art. 7:102 establece que «el contrato no es inválido por el mero hecho de que en el momento en que se concluyó el cumplimiento de la obligación asumida fuera imposible» –y lo mismo dispone para el caso de que «una de las partes careciera de facultades de disposición sobre los bienes a los que el contrato se refiera»–.

Conforme a esa regla, el objeto del contrato será aquel sobre el que las partes hubieran pactado, exista o no, sea posible o no. Como consecuencia, a salvo que obtenga la declaración de invalidez del contrato por error, al obligado no le cabrá más posibilidad que cumplir lo que prometió o responder por incumplimiento³⁴.

³² RIBOT (2015), p. 27.

³³ RIBOT (2015), p. 7.

³⁴ FERRANDIZ (2011), p. 5; RIBOT (2015), p. 29.

3.2.4 PROPUESTA PARA LA MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL
EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA SECCIÓN PRIMERA
DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, DE 2009 (PMCC)

El art. 1303 establece: «No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo».

El sentido de la norma queda explicado por la Exposición de Motivos cuando afirma: «El hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa»³⁵.

La consecuencia será que es el contrato quien rige las consecuencias de la imposibilidad inicial de su objeto, tanto para establecer bajo qué condiciones una parte debe hacerse cargo de las consecuencias que resultan de aquella, como para fijar qué alcance tiene esa responsabilidad. Ahora bien, este radical cambio de planteamiento no impide que el contrato cuyo objeto es originariamente imposible pueda ser anulado por otras razones, como serían la ilicitud de su causa o lo inapropiado de los fines perseguidos por las partes, o también por el error que afecta a una o a ambas partes sobre las características del objeto sobre el que recayó el consentimiento contractual³⁶.

Como se ha señalado con acierto, «se asume casi al pie de la letra, por tanto, el criterio de los textos europeos e internacionales de referencia según el cual la imposibilidad originaria de la prestación no comporta, por sí sola y automáticamente, la nulidad del contrato. Para que quede bien claro, la norma está ubicada dentro del capítulo dedicado a la nulidad y la anulación de los contratos, y se complementa con la significativa ausencia de la falta de objeto como supuesto de nulidad de pleno derecho de un contrato»³⁷.

³⁵ https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Ano_2009.PDF, p. 29.

³⁶ RIBOT (2015), p. 3.

³⁷ RIBOT (2015), p. 40. En el mismo sentido, FERRÁNDIZ (2011).

De manera coherente con este planteamiento también aparece en sede del contrato de compraventa, y así en la nueva redacción que se da al art. 1460 establece que «la imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos», explicando la Exposición de Motivos el sentido de la reforma: «El hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa».

Se ha cuestionado la inclusión del inciso final «si se ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa» porque «parece sugerirse que la obligación de entrega, para resultar válida y eficaz, requiere inexorablemente el refuerzo de una promesa específicamente dirigida al efecto de garantía, sin que baste ni resulte suficiente haber convenido un contrato que, por definición, presupone la entrega de una cosa»³⁸.

4. BIBLIOGRAFÍA

- BOSCH CAPDEVILA, Esteve (2018): «Elementos del contrato» en Del Pozo Carrascosa, Pedro/Vaquer Aloy, Antoni/Bosch Capdevila, Esteve: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contrato*. Marcial Pons, pp. 229-282.
- BOSCH CAPDEVILA Esteve, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni (2016): *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*. Marcial Pons.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2003): «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», *Anuario de Derecho Civil*, vol. LVI, n.º 4, pp. 1565-1574.
- (2007): *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I: Introducción Teoría del contrato*. Cívitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, E., MORALES, A. M. (2002): *Los principios del derecho europeo de contratos*, Cívitas.
- ELIZALDE IBARBIA, Francisco de (2015): *El contenido del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi.

³⁸ RIBOT (2015), p. 50.

- ELIZALDE IBARBIA, Francisco de (2017): «Una aproximación española y europea al contenido del contrato, Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXX, fasc. III, pp. 1139-1195.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón (2011): «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, mayo 2011, pp. 1-19.
- GALICIA AIZPURÚA, Gorka (2018): «Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español». *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 26, julio, pp. 142-175.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen (1991): «Arts. 1271 a 1273», *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, T. II, pp. 473-478.
- HERRERO GARCÍA, M.^a José (1993): «Artículo 1273», *Comentarios al Código civil Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo (Dir), T. XVII, vol. 1.º B.
- HERRERO OVIEDO, MARGARITA (2010): «Artículo 1271», *Comentarios al Código Civil*. Andrés Domínguez Luelmo (Dir). Lex Nova, 2010.
- MARCO MOLINA, Juana (2015): «El proceso de formación o conclusión del contrato», *InDret*, 3/2015, pp. 1-64.
- MORALES MORENO, A. M. (1991): «Art. 1261», *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, T. II, pp. 442-446.
- (1995): «Objeto del contrato», *Enciclopedia Jurídica Básica*. T. III, pp. 4492-4495. Civitas
- (2003): «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa», *Anuario de Derecho Civil*, vol. LVI, n.º 4, pp. 1609-1651.
- (2006): *La modernización del derecho de obligaciones*. Thomson Civitas.
- PÉREZ GARCÍA, Carmen Leonor (2017): «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, fasc. III, pp. 1074-1137.
- RAMS ALBESA, Joaquín (1993): «Artículos 1271 y 1272», *Comentarios al Código civil Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo (Dir.), T. XVII, vol. 1.º B.
- RIBOT IGUALADA, Jordi (2015): «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3 (julio-septiembre), pp. 1-66.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (2011): «Sección 2.^a Del objeto del contrato», *Código civil comentado. Volumen III. Libro IV Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y del contrato (arts. 1088 a 1444)*. Ana Cañizares Laso-Pedro de Pablo Contreras-Rosario Valpuesta Fernández (directores). Civitas Thomson Reuters, 2011.

XXX

CAUSA ILÍCITA Y CONTRATOS ILEGALES

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ
Catedrático de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: 1. La causa como instrumento jurídico para llevar a cabo el control de la licitud contractual: origen y desarrollo histórico.–2. La causa ilícita en el Código civil. 2.1 Ámbito objetivo: la ley y la moral como parámetros de licitud. 2.2 Ilícitud por contravención de la ley: concepto y casuística. 2.3 Ilícitud por contravención a la moral: concepto y casuística.–3. La configuración de la doctrina de la causa ilícita en la jurisprudencia: la incorporación de los motivos a la causa.–4. Consecuencias derivadas de la ilicitud causal (arts. 1305 y 1306 CC).–5. Contratos ilegales o prohibidos.–6. La desaparición de la ilicitud causal en el moderno derecho de contratos.–7. Bibliografía.

1. LA CAUSA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA LLEVAR A CABO EL CONTROL DE LA LICITUD CONTRACTUAL: ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO

El principio de la autonomía privada es la clave de bóveda del Derecho de contratos codificado (art. 1255 CC). No obstante, la libertad contractual no puede ser ilimitada, ya que, en las imperecederas palabras de TUHR, la ley no debe amparar cualquier vinculación negocial, «sino únicamente aquellas que están en armonía con nuestras condiciones sociales y económicas»¹. Por eso,

¹ TUHR, 2005, p. 166; «Los poderes públicos no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento de un contrato sea cual sea su contenido» (DE CASTRO, 1982, p. 989).

todos los ordenamientos jurídicos del mundo, sin excepción, niegan eficacia jurídica a los contratos que tengan carácter ilícito, inmoral, ilegal o que resulten contrarios al orden público, empleando para ello criterios formalmente divergentes².

Efectivamente, los sistemas germánicos recurren a las «*Generalklauseln*» y hacen pivotar el control de contenido de los contratos en torno al principio de «la contrariedad a las buenas costumbres» (*Vertoß gegen die guten Sitten*, § 138 BGB y § 879 ABGB). En el *common law* la doctrina de la *illegality* (que alberga tanto a los *illegal* como a los *immoral contracts*) ha sido confeccionada a base de precedentes judiciales de carácter vinculante decantados a lo largo de los siglos³. Finalmente, en los sistemas de inspiración francesa, como el español, el control del contenido se realiza a través de la figura de la causa que, en cuanto elemento esencial del contrato («función caracterizadora»)⁴, debe existir (art. 1261 CC) y, además, ser lícita (art. 1275 CC), ya que el derecho no puede amparar los acuerdos que vulneren sus propios fundamentos y principios básicos⁵.

El origen remoto de la doctrina de la causa ilícita la encontramos en la *condictio* romana «*ob turpem vel iniustam causam*» (D. 12. 5), cuyo objeto, en palabras de Iglesias, es el de reclamar lo entregado a otro para que realice –o para que no realice– un acto reprobado por la moral o por el Derecho (*ob inhonestam causam*)⁶. En esta acción de enriquecimiento injusto, que descansa sobre el reproche social que generan las atribuciones patrimoniales inmorales e ilegales, se encuentra el germen de la ilicitud causal que posteriormente sería consolidada por los canonistas gracias a la visión moral que introdujeron en la causa⁷: *ex turpi causa non oritur actio*, esto es, de una causa torpe no nace una acción⁸. Posteriormente, Pothier, oponiéndose frontalmente a las enseñanzas de Grocio y alineándose con Pufendorf⁹, acabaría por perfilar esta doctrina al afirmar que «*tout engagement doit avoir un cause honnête*», aclarando posteriormente que

² KÖTZ, 2012, p. 847).

³ Con relación a ambos sistemas, *vid.*, con detalle (INFANTE/OLIVA, 2009, pp. 5 y ss.)

⁴ DE CASTRO, 1971, p. 166.

⁵ La figura de la causa, según DE CASTRO, fue especializándose a lo largo de su devenir histórico como un medio para delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad, evitando así que la protección jurídica se pusiera al servicio de algo que repugne a la conciencia social (DE CASTRO, 1971, p. 186).

⁶ IGLESIAS, 1989, p. 485. Díez-PICAZO, 1963, p. 8.

⁷ Para BALDO, la finalidad perseguida por el contrato debe ser «conforme a la paz» y «a la concordia». Citado por (LACRUZ, 2000, p. 423).

⁸ La regla aparece en el *Codex Iustinianus* (CJ 4.7.5).

⁹ POTHIER explica que GROCIO (II, XI) sostenía que, una vez que el contrato con causa ilícita se había realizado (por ejemplo, cometiéndose el crimen acordado a cambio de un precio), la promesa devenía obligatoria «*par le droit naturel, et dans le for de la conscience*». Él, sin embargo, comparte el criterio de PUFENDORF, para el cual este tipo de acuerdos nunca podían ser obligatorios (POTHIER, 2011, p. 23).

cuando la causa lesione a la justicia, a la buena fe o a las buenas costumbres (*bonnes moeurs*) «cette engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme»¹⁰. Así pues, para el jurista de Orleans cualquier vinculación ha de tener una causa lícita, siendo nulas todas aquellas que contravienen este principio esencial. Esta regla inspiraría claramente el régimen del *Code civil* de 1804¹¹. Efectivamente, por un lado, la citada norma exige para la validez de cualquier acuerdo «une cause licite dans l'obligation» y, por otro lado, se reafirma en el art. 1131 que la obligación que descansa sobre «une cause illicite, ne peut avoir aucun effet», esto es, es nula de pleno derecho («*nullité radicale*» o «*nullité absolue*»). Finalmente, aclaraba el art. 1133 que la causa resultaba ilícita cuando estaba prohibida por la ley, era contraria a las buenas costumbres o al orden público.

En España, las Partidas ya hacían referencia de alguna manera a esta cuestión cuando afirmaban que « todo pleyto que es fecho contra nuestra ley, o contra las buenas costumbres, que no debe ser guardado; maguer pena, o juramente fuesse puesto en él»¹². No obstante, la causa lícita, como requisito indispensable para la validez de los contratos, se introdujo por vez primera en el art. 985 del Proyecto de 1881. El Proyecto de 1882-1888, por su parte, aclaró en el art. 1288 que la ilicitud causal se vinculaba a la contravención de la moral y la ley. Este, como es sabido, es el origen del actual artículo 1275 CC, cuyo análisis abordaremos a continuación.

2. LA CAUSA ILÍCITA EN EL CÓDIGO CIVIL

2.1 Ámbito objetivo: la ley y la moral como parámetros de licitud

La forma en la que afronta el Código civil la cuestión de la ilicitud contractual es aparentemente sencilla. El artículo 1261 CC supedita la existencia del contrato a la presencia de «causa de la obligación que se establezca» (*cf.* art. 1274 CC), añadiéndose a continuación que «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato» (art. 1262 CC)¹³. Así pues, la causa es un requisito legal imprescindible de todo contrato y, por ello, los contratos sin

¹⁰ POTHIER, 2011, pp. 21 y 22.

¹¹ Tal y como veremos más adelante, el sistema ha cambiado en virtud de la Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹² P. 5, 11, 28, i. f. *Vid.*, STS de 30 de diciembre de 1978 (RJ 1979, 334).

¹³ La literalidad de estas normas provocó un conflicto doctrinal célebre entre lo que sostenían que la causa del Código civil era la «causa de la obligación» (*causa civilis obligandi*) *ex* arts. 1261 y 1274 CC (así, GULLÓN, 1969, 61) y los que, apoyándose fundamentalmente en el artículo 1262 CC, defendieron

causa o con «causa ilícita» no producen efecto alguno, entendiéndose que será ilícita la causa que se oponga a las leyes o a la moral (art. 1275 CC). El sistema se cierra con una norma que determina que, aunque no se exprese en el contrato, se presume que la causa existe y es *lícita* mientras el deudor no pruebe lo contrario (art. 1277 CC)¹⁴.

La causa, como acabamos de ver, podrá calificarse como ilícita siempre y cuando resulte contraria a lo establecido por la ley o por la moral. A priori, surgen dos dudas: por un lado, el Código civil recurre al concepto de buenas costumbres en otros sitios (así, art. 1271 III CC), por lo que resulta pertinente preguntarse si es lo mismo que la moral o si se trata de dos conceptos diferentes; por otro lado, al contrario que su homólogo francés (art. 1133 *Code civil*), el orden público no aparece expresamente enumerado como parámetro de licitud, por lo que podemos cuestionarnos cuál es su incidencia en la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Con relación a la primera cuestión, hay que señalar que la noción de buenas costumbres, como vimos, ya aparecía en las Partidas y se mantuvo expresamente en el art. 998 del Proyecto de 1851¹⁵, incorporándose el concepto de la moral como referente de licitud causal a través del artículo 1288 del Anteproyecto de 1882-1888¹⁶, quizás, se ha dicho, por razones de estilo¹⁷. En cualquier caso, aun cuando desde un punto de vista terminológico podría distinguirse a la moral (como los mandatos éticos internos) de las buenas costumbres (la exteriorización de esas convicciones éticas), a efectos prácticos tal distinción carece de cualquier eficacia jurídica, por lo que lo más correcto es considerar que son conceptos equivalentes¹⁸.

Respecto a la omisión del orden público (noción que no se contempló en sede causal en ninguno de los proyectos citados¹⁹), hay que recordar que no implica en ningún caso que puedan concluirse acuerdos contractuales contrarios al mismo. Como es sabido, el artículo 1255 CC establece que «los contra-

que el legislador pensó también en la figura de la «causa del contrato» (DE CASTRO, 1971, p. 186). En contra de este último concepto (LÓPEZ, 2011, p. 672).

¹⁴ Según la jurisprudencia, se trata de una regla procesal que supone la inversión de la carga de la prueba, *vid.*, por todas, STS 200/2007, de 2 marzo (ECLI:ES:TS:2007:1774). Hay que tener en cuenta, además, que la ilicitud causal es una cuestión de hecho que debe apreciarse por los tribunales de instancia, así, SSTS 21 octubre 1977 (RJ 1977, 3904) y 760/2006, de 20 julio (ECLI:TS:2006:4457).

¹⁵ «La causa es ilícita, cuando es contraria á las leyes ó á las buenas costumbres» (GARCÍA GOYENA, 1974, p. 532).

¹⁶ PEÑA, 2006, p. 390.

¹⁷ DE CASTRO, 1971, p. 246.

¹⁸ SABORIDO SÁNCHEZ, 2005, p. 145.

¹⁹ Aunque, curiosamente, GARCÍA GOYENA (1974, p. 553), en sus comentarios al artículo 998, cita como ejemplo un caso del Tribunal de Casación francés en el que se declaró nulo un contrato por ser contrario al orden público.

tantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público», entendido éste como el «conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada» (STS de 5 de abril de 1966). Así pues, aunque el orden público se haya separado de la causa, no hay ninguna duda de que actúa como límite de la autonomía privada de los contratantes²⁰.

2.2 Ilícitud por contravención de la ley: concepto y casuística

La ilicitud de la causa por oposición a la ley se refiere estrictamente a las normas imperativas (y especialmente a las prohibitivas) de carácter sustantivo o material²¹. Esta primera delimitación es muy importante, ya que sirve para excluir no solo los casos de infracción de normas de Derecho sectorial o administrativo²², sino también aquellos supuestos en los que la vulneración normativa no implique, en palabras de Carrasco, un reproche especial e intenso sobre el contenido contractual, esto es, sobre la base del intercambio negocial por razones morales, de justicia y de orden público²³.

En este sentido, la jurisprudencia ha considerado como nulos, por incurrir en causa ilícita por contravención a la ley, los contratos usurarios que infringen la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la Usura [SSTS de 18 de junio de 1945 (RJ 1945, 950) y 22 de octubre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:10838)], los préstamos que se conceden a los jugadores por las empresas explotadoras de casinos [STS 878/2008, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:5227)]²⁴, los contratos que vulneran la prohibición de pacto comisorio del art. 1859 CC [STS 542/1999, de 15 de junio (ECLI:ES:TS:1999:4240)], los contratos contrarios al Derecho de la competencia *ex* art. 1.2 LDC [SSTS 989/2007, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:7756) y 249/2009, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:2009:1846)],

²⁰ Oliva, 2016, pp. 333 y ss.

²¹ DE CASTRO, 1971, p. 247.

²² Así, LÓPEZ, 2011, p. 677.

²³ El autor considera que no son normas de esta clase las que atribuyen un derecho, ventaja o potestad a un sujeto, ni tampoco las que imponen deberes contractuales a la otra parte, sobre todo, porque la contravención de las mismas cuenta con remedios alternativos al de la nulidad, como la resolución por incumplimiento contractual o, en su caso, las sanciones administrativas (CARRASCO, 2017, 15/4).

²⁴ En esta sentencia, bajo nuestro punto de vista, se invoca erróneamente el art. 6.3 CC, ya que el juego de azar ha sido el ejemplo típico de contrato con causa ilícita (así, STS 3 febrero 1961), consagrado en el art. 1798 CC a través de la *regla in pari causa*, en este sentido, CARRASCO (2017, 15/22). También conviene recordar que el juego legalizado no tiene, obviamente, causa ilícita [STS 0029/1995, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:1995:377)].

la donación disimulada y realizada en fraude de los derechos de los legitimarios [SSTS 307/2000, de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2000:2681), 984/2002, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:6986) y 684/2007, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2007:4501)], los negocios llevados a cabo para disminuir el caudal hereditario y reducir derechos hereditarios [STS 85/2020, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:311)], el contrato de compromiso de venta de participaciones con la finalidad de impedir el ejercicio por los demás socios de su derecho de adquisición preferente [STS 44/2012, de 15 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1689)], la garantía (fianza) otorgada por una aseguradora en clara vulneración de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1985 [STS 1057/2008, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:6456)]²⁵ y, entre otros, los contratos cuyas prestaciones estuvieran ordenadas a procurar la defraudación fiscal [STS 83/2009, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2009:586)]²⁶. Por otro lado, los contratos realizados en fraude de acreedores también pueden resultar nulos por causa ilícita [SSTS 181/2000, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2000:1640), 155/2004, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2004:1635), 395/2007, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:1970) y 265/2013, de 24 de abril, ECLI:ES:TS:2015:2967)], a pesar de que en muchas ocasiones lo más conveniente sea invocar su rescisión (arts. 1111 y 1291.3.º CC)²⁷. Sin embargo, aunque durante un tiempo se consideró que incurrían en causa ilícita los contratos que infringían las limitaciones reglamentarias de precios [SSTS 17 abril 1957 (RJ 1957, 1955) y 9 enero 1958 (RJ 1958, 1006)]²⁸, actualmente no puede sostenerse esta interpretación.

2.3 Ilícitud por contravención a la moral: concepto y casuística

El empleo de un concepto jurídico indeterminado como el de »moral« ha generado considerables problemas interpretativos entre la doctrina jurídica que, sin embargo, tal y como veremos a continuación, en cierto modo se ob-

²⁵ Aunque la sentencia declara la nulidad por la vía del artículo 6.3 CC, posteriormente recurre al art. 1306.2.º CC para impedir la repetición por causa torpe.

²⁶ No obstante, la sentencia aclara que «las infracciones de carácter fiscal que puedan producirse con ocasión de la conclusión de negocios jurídicos de carácter civil no tiñen de ilegalidad a tales negocios, *en cuanto la ilicitud no alcanza a las prestaciones realizadas o comprometidas por las partes*» [vid., STS 82/2020, de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:306)].

²⁷ «Dada la dificultad de probar el elemento intencional del propósito común de defraudar los derechos del acreedor mediante la celebración del contrato», STS 575/2013, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:4737). En cualquier caso, ambas acciones pueden interponerse acumuladamente [STS 422/2010, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2010:5403)].

²⁸ AMORÓS, 1989, p. 488.

vian por una jurisprudencia más preocupada en resolver el caso concreto que en proporcionar una definición más o menos segura del término en cuestión²⁹.

En cualquier caso, podemos comenzar por aclarar que la moral no puede asociarse automáticamente con unos determinados principios religiosos, espirituales o filosóficos, ya que la pluralidad de nuestra sociedad (arts. 1.1, 9.2 y 16.3 CE) impediría tal cosa. Por otro lado, tampoco se corresponde únicamente con la ética social y los valores que emanan de la ley vigente, ya que la moral es de suyo un fenómeno cambiante que no puede quedar petrificada en la literalidad de la norma (teoría exegética). Finalmente, tampoco son las convicciones éticas del juez encargado de enjuiciar la validez de un contrato, puesto que su labor precisamente reside en buscar el «mínimum ético» compartido, no en imponer sus principios morales³⁰.

Una vez descartadas las anteriores concepciones de la moral, hay que llegar a la conclusión de que se trata del conjunto de «convicciones éticas generalizadas de una sociedad» o del «conjunto de valores morales que una sociedad asume como propios en un determinado tiempo y lugar»³¹. Esto es, se trata de los principios, valores y reglas éticas que se comparten de forma mayoritaria (*consensus omnium gentium*) por una comunidad determinada en un momento histórico concreto.

Así pues, podrá considerarse como nulo por causa torpe a todo contrato que vulnere las convicciones morales más profundas que rijan en una sociedad. O, recurriendo una vez más a la autoridad de De Castro, puede decirse que un contrato es inmoral cuando «el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y ella lo considere indigno de amparo jurídico»³². Nos parece especialmente afortunada esta definición, y no solo por el hecho de vincular la ilicitud causal con el resultado pretendido e incorporado al negocio («propósito práctico negocial»³³), sino porque los términos empleados (que repugne e indigne) ponen de manifiesto el carácter extraordinario y excepcional de la ilici-

²⁹ No obstante, la STS 0498/1993, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:1993:3251), que enjuiciaba la resolución de un contrato de arrendamiento urbano de un local (sauna) en el que se ejercía la prostitución, estimó que la inmoralidad debía «relacionarse con conductas y disposiciones humanas que frontalmente se oponen a los sentimientos medios de ética, probidad, recato, buenas costumbres o ciudadanía rectamente entendida y ordenadamente practicada que son prevalentes en una comunidad normal y concertada de personas que convergen sus vidas individuales en el común social y, tanto entendiendo la moralidad en su aspecto formal, es decir, al considerar la afectación del acto a los sujetos, como en el material, en razón al objeto mismo sobre el que versan los actos».

³⁰ *Vid., in extenso* OLIVA, 2016, pp. 301 y ss.

³¹ LÓPEZ, 2012, p. 309. «Parece que el criterio regulador será el *standard* de honestidad y convivencia normal en una determinada colectividad» (GULLÓN, 1969, p. 195). «Lo inmoral sería así lo que resulta éticamente inaceptable para la convivencia social» (AMORÓS, 1989, p. 488).

³² DE CASTRO, 1971, p. 246).

³³ MORALES MORENO, 1983, p. 1534.

tud causal por contravención a la moral. No podemos olvidar que la autonomía privada no solo es un principio básico del derecho contractual, sino que goza de una destacada dimensión constitucional en cuanto proyección del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y de la libertad de empresa (art. 38 CE), y por eso, cualquier limitación que se base en el expediente de la moralidad debe ser excepcional y estar lo suficientemente justificada [así, STC 62/1982, de 15 octubre 1982]. O dicho de otra forma, es necesario constitucionalizar la moral, es decir, su noción tiene que construirse teniendo en cuenta todos los principios, valores y derechos que conforman nuestro Estado Social y Democrático de Derecho («ética constitucional»), entre los que hay que destacar a la dignidad, la libertad y los derechos fundamentales de las personas³⁴.

La casuística que nos ofrece la jurisprudencia en este punto es muy abundante, y puede sistematizarse, a efectos didácticos, de la siguiente forma³⁵:

a) *Contratos que implican una violación de la moral sexual y de los principios de la vida familiar.* Así, la célebre STS de 17 de octubre de 1959 (RJ 1959, 3879) consideró que la entrega a la amante de joyas y objetos de valor «tuvo por causa eficiente y final la iniciación y persistencia de las relaciones íntimas fuera de toda regularidad legal, atentatoria de las costumbres patrias» [igualmente, SSTS de 2 de abril de 1941 (RJ 1941, 493) y 5 de octubre de 1957]. Obviamente, esta categoría de contratos ilícitos carece de cualquier relevancia práctica en la actualidad³⁶.

b) *Los contratos de disposición sobre el propio cuerpo.* La jurisprudencia ha considerado que los contratos de prestación de servicios sexuales (prostitución) son contrarios a la moral y, por lo tanto, su causa es ilícita³⁷ [STSJ Galicia (Sala de lo Social) de 10 de noviembre de 2004 y STC 121/2002, de 20 de mayo].

c) *Corrupción y chantajes.* Los actos de corrupción privada también pueden estar afectados por ilicitud causal. Así lo declara la STS 760/2006, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2006:4457) cuyo litigio giraba en torno a una pregunta compra de votos de acreedores para su expresión en la junta de graduación de un expediente de quiebra, y la STS 1049/2006, de 24 de octubre (ECLI:

³⁴ En este sentido, la STSJ Galicia (Social) de 10 de noviembre de 2004 consideró que el contrato de prostitución por cuenta ajena carece de eficacia jurídica por tratarse de una suerte de «esclavitud de las mujeres» contraria a su intrínseca dignidad. En parecidos términos, STSJ Cataluña de 15 de mayo de 2009.

³⁵ Sigo aquí la clasificación que propuse en otro trabajo (OLIVA, 2016, pp. 308 y ss.) Puede consultarse otra exposición de la jurisprudencia en (TORRALBA, pp. 1966, pp. 661 y ss.)

³⁶ Así, la STS 1255/1990, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:1992:3961) considera –como es lógico– como válidos a los contratos que regulan las relaciones patrimoniales de las parejas de hecho.

³⁷ La STSJ (Sala de lo Social) de Cataluña, 5388/2019 de 11 de noviembre (ECLI:ES:TSJCAT:2019:8972) entiende no obstante que la ilicitud reside en el objeto.

ES:TS:2006:6403), relativa al acuerdo del Consejo de Administración de una sociedad de seguros en virtud del cual se concedía al Consejero Delegado, para sí y para sus herederos, una «comisión de cartera del 2%» sobre el total de las cuotas cobradas anualmente³⁸. También incurre en causa ilícita el contrato mediante el que se pretende transigir a cambio de un precio para evitar el ejercicio de una acción penal [SSTS 1100/2000, de 30 de noviembre (ES:TS:2000:8834), 17 enero 1927 y 18 febrero 1924 (JC, 78)] o la donación realizada con el objeto de retribuir el silencio [la no denuncia de unas infracciones tributarias, STS de 11 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7683)]. Por el contrario, los contratos de lobby, en principio, no tienen por qué considerarse como incursos en causa ilícita [STS 351/2012, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4403)].

d) *Protección de la parte débil de la contratación.* La ilicitud causal puede concurrir cuando uno de los contratantes pretende aprovecharse de la debilidad y vulnerabilidad de otra persona para conseguir unas condiciones abusivas o leoninas en el contrato³⁹. En este sentido, la STS 322/1993, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:1993:2296), consideró ilícito «aprovechar la angustiada situación económica de un acreedor para obtener del mismo una condonación parcial de la deuda». Igualmente, la SAP Barcelona 76/2014, de 15 de julio (ECLI:ES:APB:2015:8214) calificó como contrario a la moral el cobro por el abogado de unos honorarios pactados que alcanzaban el cincuenta por ciento del valor del inmueble litigioso.

e) *Contratos en daño de un tercero.* Por último, los contratos en daño de tercero tienen indudablemente una causa ilícita: «cuando el propósito de las partes se concierta en orden a ocasionar un daño, el contrato indisolublemente presenta una causa ilícita constitutiva de causa torpe» [STS 576/2013, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5025); igualmente SSTS de 19 de mayo de 1981 (ECLI:ES:TS:1981:38) y 26 de enero de 1993 (RJ 1993, 507)].

3. LA CONFIGURACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CAUSA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA: LA INCORPORACIÓN DE LOS MOTIVOS A LA CAUSA

Afirmaba Díez-Picazo que el concepto de causa es «uno de los más oscuros, confusos y difíciles de aprehender de la doctrina y de la técnica del Dere-

³⁸ La sentencia llega a la conclusión de que dicho acuerdo es contrario a la moral puesto que buscaba blindar injustificadamente una percepción económica para el futuro tanto del consejero como de sus herederos.

³⁹ Así, ZIMMERMANN, 1996, p. 715.

cho Civil»⁴⁰. No le faltaba razón al eximio maestro, pues la causa, con su mirada multiforme de funciones, ha sido objeto de polémicas y discusiones tormentosas que no han hecho más que acrecentar su merecida fama de institución inescrutable por excelencia del Derecho de contratos. Pues bien, una de las cuestiones históricamente más espinosas ha sido la de dilucidar cómo, ante el silencio del Código civil, se determina la ilicitud de la causa, lo cual, lógicamente, exige responder previamente a la siguiente pregunta, ¿a qué causa se refiere el art. 1275 CC?

La doctrina, como es suficientemente conocido, se ha movido entre dos grandes concepciones dogmáticas de la causa del contrato, la subjetiva y la objetiva. La primera teoría vincula la causa con el fin inmediato (aunque abstracto y típico de cada negocio) que los contratantes pretenden alcanzar cada vez que deciden asumir una determinada obligación contractual. La segunda, aparentemente sostenida por nuestra jurisprudencia⁴¹, pivota hacia una concepción de la causa como el fin económico-social o la función práctico-social reconocida por el derecho a los contratos⁴². Sin embargo, lo cierto es que ambas teorías naufragan cuando se enfrentan a la categoría de la ilicitud causal. Efectivamente, si, de acuerdo con la teoría subjetiva, la causa se identifica con el fin abstracto que las partes buscan en cada negocio, resulta inconcebible la idea de que ésta pueda ser ilícita. Y lo mismo sucede con la teoría objetiva, ya que, en palabras de la [STS 265/2013, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2753)], la posibilidad de que exista una causa ilícita «es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico».

Así pues, resulta indudable que la ilicitud no puede predicarse en pureza de ninguna de las dos versiones de la causa del contrato, sino, tal y como sostiene de forma mayoritaria nuestra doctrina, a los motivos que se han incorpo-

⁴⁰ Díez-PICAZO, 2007, p. 255. «Como desde antiguo puso de relieve la jurisprudencia (sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1961), la disciplina jurídica de la causa es una de las cuestiones más oscuras y llena de equívocas polisemias del Derecho de obligaciones y contratos», STS 265/2013, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2753).

⁴¹ «Este precepto se refiere a la causa en sentido objetivo, a la que aluden las resoluciones de esta Sala diciendo que es el fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad (SS. 8 de julio de 1983 y 25 de febrero de 1995), la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato, siendo determinante de su realización (S. 17 de abril de 1997). Dicha causa genérica y objetiva –causa del contrato– se define e identifica por la función económico-social, o práctica, del contrato, que es la razón que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico», SSTS 1222/2004, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:8207) y 656/2008, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2008:5983). No obstante, tiene razón CARRASCO PERERA cuando afirma que «en el fondo existe un sincretismo dualista entre lo objetivo y lo subjetivo, que se postula siempre en teoría, pero que luego en la práctica depende de diversas matizaciones. En definitiva, el Tribunal Supremo considera causa, junto a la función práctico-social correspondiente al tipo contractual, el móvil –lícito o ilícito– admitido por los dos contratantes si es verdaderamente impulsivo o determinante del consentimiento» (CARRASCO, 2017, 4/25).

⁴² BETTI, 2018, pp. 159 y 160.

rado expresa o tácitamente al acuerdo de voluntades⁴³. Obviamente, no nos referimos a los móviles internos que llevan a negociar a una de las partes, pues estos carecen de cualquier trascendencia jurídica [STS 359/2015, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2967)], sino a la «causa final» perseguida por los contratantes. Tal y como señalara la STS de 23 de noviembre de 1961, se trata de «la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad». Esta doctrina, que en el fondo no es más que una versión de la teoría subjetiva de la causa refaccionada por obra y gracia, entre otros, de Capitant⁴⁴, pone el foco en el «motivo relevante»⁴⁵, en lo que el profesor De Castro denominó como «causa concreta»⁴⁶, definida acertadamente como «el conjunto de las motivaciones básicas de los contratantes que han impulsado a la celebración del contrato (motivos) y se han incorporado a él»⁴⁷.

Pues bien, la jurisprudencia ha sido fundamental en la recepción práctica de esta doctrina, ya que ha orientado correctamente la labor fiscalizadora que los jueces hacen de los contratos hacia los «motivos integrados o incorporados a la causa». Así, con meridiana claridad se afirma en la STS de 30 de diciembre de 1978 (RJ 1979, 334) que la ilicitud de la causa «se asienta en una finalidad negocial contraria a la Ley o a la moral y común a todas las partes para dar significado al contrato, por lo que resultan irrelevantes los deseos y expectativas que impulsan sólo a una de ellas, de donde se sigue que la nulidad radical ordenada por dicho precepto únicamente se ocasionará si el negocio persigue un fin ilícito o inmoral, pues el móvil se eleva a la categoría de verdadera causa al imprimir a la voluntad de los contratantes la dirección finalista y reprochable del convenio, según repetida jurisprudencia»⁴⁸. Más recientemente, entre otras muchas resoluciones judiciales de imposible cita en estos momentos, la STS 426/2009, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2009:5729)

⁴³ En este sentido, LÓPEZ, 2011, p. 677.

⁴⁴ CAPITANT, 2019, pp. 218 y ss.

⁴⁵ Con mucho acierto, se ha dicho los motivos son un elemento básico –y descuidado por la doctrina clásica– «cuya consideración es indispensable para situar la causa ilícita de la que hablan todos los Códigos latinos»; «la ilicitud, si ha de ser distinta de la del objeto, sólo puede residir en el *animus* de los contratantes, en sus intenciones personales, variables en cada caso y que, por tanto, no forman parte del contenido estándar del contrato» (LACRUZ, 2000, p. 426).

⁴⁶ DE CASTRO, 1971, pp. 228 y 229).

⁴⁷ MORALES, 2011, p. 468.

⁴⁸ Anteriormente, la STS de 17 de marzo de 1956 sostuvo con rotundidad que «la jurisprudencia más reciente ha estimado que los motivos ordinariamente irrelevantes pasen a tener trascendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición, modo, etc., constituyendo de esta forma parte integrante de la misma». Y todavía antes, la STS 16 febrero 1935 afirmó que podía reconocerse eficacia «a las circunstancias externas al acto contractual siempre y cuando hayan sido conocidas de ambas partes y puedan considerarse incorporadas a la común intención inspiradora del contrato».

señala que «es posible que el móvil subjetivo, que en principio es una realidad extranejocial, salvo que las partes lo incorporen al contrato como cláusula o como condición (SSTS 19 de noviembre de 1990, 4 de enero de 1991, 28 de abril de 1993, 11 de abril de 1994, 1 de abril de 1998, etc.), se incorpore a la causa («móvil casualizado») y tenga trascendencia como tal elemento del contrato (SSTS 11 de julio de 1984, 21 de noviembre de 1988, 8 de abril de 1992, 1 de abril de 1998, 21 de marzo y 21 de julio de 2003, etc.). Pero para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo».

De esta forma, puede afirmarse que existe causa ilícita cuando el propósito perseguido por los contratantes es claramente inmoral o contrario a la ley sustantiva e imperativa. Los ejemplos que podemos encontrar en la jurisprudencia son, tal y como hemos visto, muy numerosos. Por citar uno de los más recientes, la STS 396/2016, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2016:3043) declaró la nulidad de un negocio fiduciario *cum amico*, consistente en la transmisión de acciones disimuladas bajo un contrato de compraventa, debido a la ilicitud de la causa, por cuanto se buscaba una «finalidad fraudulenta» que «fue un elemento determinante de la «causa concreta» del negocio fiduciario celebrado, es decir, del propósito práctico que las partes quisieron conseguir con dicho negocio fiduciario considerado en su unidad» [igualmente STS 353/2016, de 30 mayo (ECLI:ES:TS:2016:2564)].

4. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA ILICITUD CAUSAL (ARTS. 1305 Y 1306 CC)

Los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno (art. 1275 CC), esto es, son radicalmente nulos o totalmente ineficaces (*quod nullum est nullum effectum producit*). Ahora bien, mientras que, con carácter general, la declaración de la nulidad de una obligación conlleva el deber de las partes de restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato (*restitutio in integrum ex arts. 1303 y 1307 CC*), la nulidad derivada de la ilicitud causal provoca en un principio la aplicación de la regla *nemo suam turpitudinem allegans auditur* («no se atiende a quien alega su propia conducta

torpe») ⁴⁹, consagrada en los artículos 1305 y 1306 CC a modo de «sanción complementaria» o «pena civil» ⁵⁰. En palabras de Delgado, el meollo normativo de ambas reglas –de contenido muy similar– reside en la privación de la acción de repetición ⁵¹ al contratante o contratantes a quienes se reprocha causa torpe o comisión de delito o falta en la prestación hecha en cumplimiento de un contrato nulo por ilícito ⁵².

Efectivamente, si ambos contratantes son culpables ninguno tiene acción de repetición frente al otro (*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*), pudiendo retener lo que hubieren recibido (*condicio possidentis melior est in pari causa turpitudinis*) ⁵³; mientras que si la culpa puede individualizarse no podrá repetir el contratante que haya incurrido unilateralmente en causa torpe o en delito o falta (imputabilidad subjetiva) ⁵⁴: finalmente, el no culpable o inocente podrá reclamar lo que hubiera dado (esto es, ejercer la acción de restitución) pero sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido ⁵⁵.

Una de las críticas que con mayor frecuencia se ha hecho a la regla *nemo propriam* ha sido la de que permite consolidar un más que discutible enriquecimiento injusto cuando, *in pari causa*, un contratante retiene lo recibido por el otro (que ha cumplido voluntariamente) sin tener que llevar a cabo a su vez la prestación comprometida como contrapartida (y sin que la otra parte pueda exigírsela) ⁵⁶. Un enriquecimiento similar se da cuando se le otorga al inocente

⁴⁹ Esta regla (también: *nemo propriam turpitudinem allegare potest*), proveniente del Derecho común (a partir de la *conditio ob turpem vel iniustam causam*, D. XII, 5, C. 7,4), se conocía en Las Partidas (P. 5, 14, 47-54; pp. 3, 22, 27) y aparecía en el Proyecto de 1851 (arts. 1192 y 1193) a pesar de que el Código civil francés no la mencionaba expresamente DELGADO/PARRA, 2005, p. 289. Una exposición remota de la regla con un caso interesante puede verse en POTHIER, 2011, pp. 22, 23.

⁵⁰ DELGADO/PARRA, 2005, pp. 298 y 299. DE CASTRO, 1971, p. 249. Junto a la idea de sanción, se han dado otras explicaciones a la norma: el efecto posesorio (*melior est conditio possidentis*), la dignidad del demandante y la dignidad del Tribunal (DÍEZ-PICAZO, 2007, pp. 581 y 582) (LÓPEZ BELTRÁN, 2011, pp. 771 y 772).

⁵¹ Así como, por razones de coherencia sistemática y teleológicas, de la acción reivindicatoria, de cobro de lo indebido y de enriquecimiento injusto.

⁵² DELGADO, 1989, p. 558.

⁵³ Tratándose de un delito o falta común, se procederá, además, al comiso de los instrumentos y efectos empleados así como a las ganancias producidas en el marco delictivo (art. 1305.1.º CC).

⁵⁴ Además, en ambos casos estará vetada la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo pactado (*ex turpi causa non oritur actio*). La STS de 31 de diciembre de 1979 (ECLI: ES:TS:1979:4713), relativa a un litigio por vulneración del derecho de la competencia en la aportación a una sociedad, descarta la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo pactado debido a que la culpabilidad afectaba a todas las partes.

⁵⁵ Así, STS 878/2008, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:5227), respecto a un préstamo otorgado en un casino para jugar.

⁵⁶ Tal cosa acaece en la citada STS 313/2002, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2327) y en la STS de 23 de noviembre de 1961. De esta forma, «a la inmoralidad inicial se añade otra nueva inmoralidad: quien cumplió lo acordado es de peor condición que quien no cumplió» (LÓPEZ BELTRÁN, 2011, p. 770). No obstante, se ha dicho que habría que matizar la posible injusticia por cuanto el art. 1306 1.º CC atiende al interés público (DELGADO/PARRA, 2005, p. 307).

el derecho a exigir lo dado sin la obligación de cumplir su parte. Y, por último, si ambos contratantes son culpables y han ejecutado sus prestaciones, paradójicamente el contrato deviene materialmente eficaz, neutralizándose la supuesta ineficacia de la causa ilícita (art. 1275 CC).

Pero, además, son muchas las dudas que plantean estas normas. Una de las más relevantes se refiere al propio ámbito de aplicación objetivo del art. 1306 CC. Esto es, cuando habla de causa torpe, ¿se refiere únicamente a la que atenta contra la moral o incluye a la que se opone a la Ley *ex art. 1275 CC*? Aunque una muy prestigiosa doctrina entiende, con argumentos sólidos, que queda excluida la segunda⁵⁷, salvo que la tacha de torpeza también acompañe a la infracción de la ley⁵⁸, es innegable que la jurisprudencia ha aplicado el art. 1306 CC en casos de causa ilícita *contra legem*⁵⁹. En este sentido, la STS 313/2002, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2327), relativa a un contrato simulado de compraventa bajo el que se ocultaba un convenio de cesión de uso de una farmacia que vulneraba la normativa sectorial aplicable, tacha de estricta a la interpretación que limita el campo de aplicación del art. 1306 CC a la contravención a la moral, y abre las puertas a su extensión al orden público y a la ley. También, entre otras cuestiones, se ha discutido cuál es el significado de la expresión «no estar incurso en causa torpe»⁶⁰ o qué causa ilícita existe en caso de inmoralidad unilateral, puesto que por obvias razones parece que no estaríamos hablando de la causa concreta⁶¹.

Resulta imposible abordar todas estas cuestiones con el detalle que merecen en este breve estudio, pero sí puede decirse que los problemas interpretativos y aplicativos que presentan estos artículos han dado lugar a que la jurisprudencia, en palabras de Delgado y Parra Lucán, «tiendan a interpretarlos del modo en que menos afecten a la regla de la restitución recíproca»⁶².

⁵⁷ Díez-PICAZO, 2007, p. 584 y LÓPEZ, 2011, p. 677.

⁵⁸ DELGADO/PARRA, 2005, p. 292. No obstante, esta extensión de la regla de la irrepitibilidad a los contratos ilegales con tacha de inmoralidad podría provocar una expansión tan amplia como peligrosa –por discrecional– del ámbito de aplicación del art. 1306 CC.

⁵⁹ Así, SSTS 318/1985, de 20 de mayo (ECLI:ES:TS:1985:1529), 313/2002, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2002:2327) y, entre otras, 586/2009, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2009:586). En la doctrina SABORIDO SÁNCHEZ, 2005, pp. 354-357 y CLAVERÍA, 1998, p. 186. En mi opinión, sí habría que descartar la aplicabilidad de la norma a los casos de contratos prohibidos *ex art. 6.2 CC*, aunque esta cuestión nunca ha sido aclarada expresamente por la jurisprudencia.

⁶⁰ CARRASCO, 2017, 15/38.

⁶¹ Se ha dicho al respecto que la causa ilícita impeditiva de la restitución no se refiere al contrato, sino a la atribución patrimonial o *datio* DELGADO/PARRA, 2005, p. 296, lo cual dota de sentido a la regla *nemo auditur* y la hace compatible con la doctrina de la causa concreta.

⁶² DELGADO/PARRA, 2005, pp. 289, 293 y 294). Una enumeración de algunas de esas sentencias puede encontrarse en INFANTE/OLIVA, 2009, pp. 28 y 29.

En concreto, ha quedado demostrado que el Tribunal Supremo, en la mayoría de las ocasiones⁶³, a pesar de reconocer la existencia de causa torpe, acaba esquivando la aplicación del artículo 1306 CC recurriendo para ello a multitud de argumentos e instrumentos divergentes, como la aplicación de la doctrina de la simulación⁶⁴, de la falta de causa⁶⁵, la ausencia de prestaciones recíprocas⁶⁶, el vicio de la intimidación o del dolo⁶⁷, la existencia de nulidad parcial⁶⁸, el hecho de que se vulnerara una norma imperativa⁶⁹, la finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia *cum amico*⁷⁰, o, entre otros, la prohibición de *reformatio in peius*⁷¹. En otros términos, se da lo que Ripert denominaba como «trabajo de zapa frente a la regla de la *nemo auditur*»⁷², esto es, un esfuerzo tanto doctrinal⁷³ como jurisprudencial centrado en encontrar argumentos jurídicos que permitan aplicar la regla de la restitución huyendo, como se ha hecho en el Derecho comparado, de la máxima *nemo suam turpitudinem allegans auditur*⁷⁴.

⁶³ No en todas. Por ejemplo, la STS 52/2012, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:501), relativa a unos aparentes contratos de compraventa (sin precio) en los que únicamente se perseguía hacer un uso ilícito de los beneficios fiscales, declaró correctamente aplicado al caso el art. 1306 1.º CC.

⁶⁴ SSTS de 24 de enero de 1977 y de 30 de octubre de 1985 (RJ 1985, 5133).

⁶⁵ STS de 11 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7683).

⁶⁶ Así lo señalaba la STS de 16 de octubre de 1959 (RJ 1959, 3879), relativa a la causa ilícita presente en las donaciones realizadas por un hombre a su amante (donde, por cierto, al concurrir «inmoralidad» de ambas partes, debería haberse aplicado el art. 1306 CC, por lo que no debería haber habido restitución).

⁶⁷ SSTS de 31 de mayo de 1921, 17 de octubre de 1924, 28 de octubre de 1974 (RJ 1974, 3978) y 322/1993, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:1993:2296).

⁶⁸ Así ocurre en la STS de 20 de mayo de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1529), relativa a la venta de hormigón a precio superior al legalmente establecido, en la que se declara «la nulidad parcial de la obligación relativa a la excesividad del precio».

⁶⁹ STS 173/2009, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1135), sobre segregación y venta de finca rústica de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, que, sin explicación técnicamente plausible, descarta aplicar el 1306 CC y recurre al 1303 CC.

⁷⁰ SSTS 182/2012, de 28 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:1926) y 648/2012, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:7507).

⁷¹ STS 280/1995, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:1995:10397)

⁷² Citado por Díez-PICAZO, 2007, p. 581.

⁷³ Por ejemplo, la doctrina ha propuesto una graduación o ponderación de la culpabilidad con la finalidad de que la regla segunda del artículo 1306 resulte aplicable también al contratante menos culpable (DELGADO/PARRA, 2005, p. 305).

⁷⁴ En el derecho inglés se introdujo la *Bowmaker rule* [*Bowmakers Ltd. v. Barnett Instruments Ltd.*, (1944), 2 All E. R. 579.], que «permite la restitución siempre y cuando el demandante, aun *in pari delicto*, pueda establecer o defender su derecho o título sin necesidad de invocar o recurrir al contrato o a su ilegalidad» (INFANTE/OLIVA, 2009, pp. 20). Por otro lado, el art. 15:104 PECL ha previsto un sistema flexible de restitución que deja en manos del juez su otorgamiento o denegación teniendo en cuenta una serie de factores establecidos en el art. 15:102 (3) PECL. Por el contrario, el art. II.-7:303 DCFR deriva el problema a la aplicación de las reglas sobre enriquecimiento injustificado.

5. CONTRATOS ILEGALES O PROHIBIDOS

El sistema del Código civil, junto al control de licitud que se lleva a cabo a través de la causa, contempla la posible existencia de contratos directamente contrarios a una norma imperativa en los artículos 1255 y 6.3 CC⁷⁵. Así, estaríamos ante un contrato ilegal o prohibido cuando éste se oponga frontalmente a una norma de carácter imperativo de Derecho sectorial o, incluso, de Derecho privado⁷⁶, como ocurriría con un contrato de compraventa de gametos (art. 5.3 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida), con uno que provoque discriminación por razón de sexo (arts. 6.2 y 69.3 Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres; arts. II.-2:101-2:2105 DCFR), o con un acuerdo que incurra en algunas de las prohibiciones contractuales personales basadas en un interés público (como la adquisición por parte de los jueces de los bienes subastados en su juzgados *ex art.* 1459.5.º CC). En todos estos casos la sanción será la nulidad de pleno derecho del art. 6.3 CC, por lo que no será aplicable el régimen de las consecuencias jurídicas de la ilicitud causal (arts. 1305 y 1306 CC).

No obstante, es necesario aclarar que, con carácter general, la jurisprudencia ha adoptado una posición flexible que tiende a no reconocer automáticamente efectos civiles (esto es, nulidad radical) a la vulneración de las normas administrativas, salvo cuando se trate de infracciones especialmente importantes y trascendentes que carezcan de una sanción propia o específica del Derecho sectorial [STS 981/2007, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2007:5986)]⁷⁷. En

⁷⁵ Se ha dicho, con la finalidad de explicar esta aparentemente extraña dicotomía, que el Código civil distingue de esta manera la ilicitud causal de la «ilicitud misma del contrato» (DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 282).

⁷⁶ Siempre y cuando no afecte al contenido esencial del contrato, ya que en tal caso podría tratarse de un supuesto de ilicitud causal por contravención legal. Así, la jurisprudencia ha considerado nula la transmisión del bien común por parte de un comunero sin autorización del resto de copropietarios [STS 14 marzo 1983 (RJ 1983, 1475)], la compraventa llevada a cabo por mandatario en vulneración del artículo 1459 CC [STS 261/2002, de 25 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:2165)] o la subrogación hipotecaria sin enervación *ex art.* 2 Ley 2/1994 [STS 1098/2003, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2003:7460)]. Por el contrario, la transmisión de acciones antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil se ha considerado como válida aunque, como es obvio, su eficacia definitiva queda supeditada a dicha inscripción [STS de 16 de julio de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:17627)]. Tampoco es nulo el contrato de adquisición de un producto financiero complejo por infracción de los deberes legales de información contenidos en el 79 bis LMV [STS 380/2016, de 3 de junio 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2596)] ni la venta de cosa ajena en la compraventa judicial o administrativa [STS, n.º recurso 5299/1999, de 5 marzo 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1192)] Una enumeración exhaustiva de la casuística jurisprudencial puede encontrarse en CARRASCO, 2017, 15/10.

⁷⁷ La STS 981/2007, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2007:5986) se refiere expresamente al «criterio flexible que sostiene la jurisprudencia, al reservar la sanción de nulidad, estructural, originaria y automática, a aquellos supuestos en que la infracción de la norma imperativa o prohibitiva realmente la justifique, para lo cual deben tenerse en cuenta el sentido y finalidad de ésta y la naturaleza del contrato, las circunstancias concurrentes en su perfección y los efectos que va a producir, pues no toda violación normativa justifica tan grave consecuencia, sentencias de 28 de julio de 1986, 17 de octubre de 1987, 29 de

este sentido, se ha dicho que no es nula la compraventa o el arrendamiento de viviendas de VPO con sobreprecio [SSTS 787/1992, de 3 de septiembre (ECLI:ES:TS:1992:19397) y 68/1998, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:1998:680)]⁷⁸, ni el pacto de *quota litis* contrario al Estatuto General de la Abogacía de 1982 [STS 357/2004, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2004:3268)]⁷⁹ ni, entre otros supuestos relevantes, los negocios dispositivos sobre las oficinas de farmacia que conculquen cierta normativa sectorial sobre la titularidad, en lo que afecta a la base económica [SSTS de 17 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6468) y 469/2003, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2003:3251)]. Por el contrario, podrá considerarse nulo el contrato siempre y cuando la normativa sectorial vulnerada sea incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico. Así, es nula la cesión de fincas cuando se infrinjan las unidades mínimas de cultivo que determina la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario [STS 861/2006, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2006:6857)] o la permuta de bienes patrimoniales que viola las disposiciones reglamentarias [STS de 29 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9093)].

Es cierto que la STS 878/2008, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:5227) ha pretendido dar un giro a esta doctrina jurisprudencial señalando que «la potencial sanción administrativa por infringir la prohibición de que se trata no agota la respuesta del ordenamiento jurídico contra el infractor, porque también caben consecuencias civiles en su contra debido al alcance y trascendencia de dicha prohibición». Esto es, el simple hecho de que la norma administrativa haya previsto específicamente una sanción no excluye la nulidad del contrato [igualmente, STS 337/2009, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:3555)]. No obstante, conviene recordar que por el momento se trata de una línea doctrinal más bien aislada que no ha tenido la eficacia anunciada o inicialmente esperada.

En cualquier caso, hay que señalar, parafraseando a Carrasco, que «hoy día, apenas puede encontrarse una sentencia que declare la nulidad de un contrato con exclusivo fundamento en el art. 6.3 CC, si el negocio prohibido no es además un negocio sobre el que pesa un juicio de desvalor distinto de la simple

octubre de 1990, 18 de junio de 2002, 27 de febrero de 2004 y 25 de septiembre de 2006». El profesor CARRASCO (2017, 15/12 a 15/19) lleva a cabo una interesantísima exposición de lo que denomina como «criterios implícitos de decisión» que emplea la jurisprudencia a la hora de discernir cuándo procede o no la nulidad del art. 6.3 CC (entre ellos, uno de los más importantes es el del «agotamiento de la finalidad de la norma»), cuya lectura, por su gran valor práctico, recomendamos especialmente.

⁷⁸ En contra, para los arrendamientos de VPO con sobreprecio tras la entrada en vigor de la disposición adicional primera 5 LAU 1994, *vid.*, STS 337/2009, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:3555).

⁷⁹ A pesar de que la jurisprudencia consideró durante un tiempo a este pacto como afectado por causa ilícita (SSTS 12 noviembre 1956 y 10 febrero 1962).

conculcación de la norma imperativa»⁸⁰. Esto es, hay una concurrencia casi inevitable del precepto citado con la categoría de la ilicitud causal, de tal manera que la vulneración de la ley imperativa no provocará la nulidad salvo que, en palabras de la STS 17 octubre 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6468), el contrato se encuentre afectado además por causa torpe o ilicitud causal.

6. LA DESAPARICIÓN DE LA ILICITUD CAUSAL EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

Los modernos textos del *soft law* europeo abordan la cuestión de los contratos ilícitos e ilegales de una forma diferente. Efectivamente, los artículos 15:101 PECL y II.-7:301 DCFR se refieren en primer lugar a los contratos contrarios a los «principios fundamentales del derecho de los Estados miembros de la Unión Europea», expresión que, según los propios redactores, se emplea con el objeto de esquivar otros términos más espinosos como «*illegality*» e «*immorality*», o *public policy*, *ordre public* y *bonos mores*⁸¹. Los principios fundamentales se encuentran en los textos básicos del derecho europeo, como el Tratado de la Unión Europea (principio de libertad de circulación de personas, servicios y cosas y principio de protección de la competencia), la Convención Europea de Derechos Humanos [prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4), derecho a la libertad (art. 5), derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8), etc.] y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [libertad de empresa (art. 16), derecho de propiedad (art. 17), igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), derechos del menor (art. 24), protección de los consumidores (art. 38)]⁸². Por otro lado, se prevé de forma separada el régimen de los contratos que vulneren normas imperativas (*contracts infringing mandatory rules*, arts. 15:102 PECL y II.-7:302 DCFR; en parecidos términos, art. 3.3.1 PICC). De esta forma, se crea un régimen jurídico que permite controlar la adecuación de los contratos tanto a la ley como a los llamados *extra-legal standards*⁸³ (moral y orden público) sin necesidad de recurrir en ningún momento a la compleja categoría de la causa.

⁸⁰ CARRASCO, 2010, pp. 720 y 721.

⁸¹ LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, 2006, p. 552, KÖTZ, 2012, pp. 848 y 849).

⁸² VON BAR/CLIVE, 2011, p. 536). En cualquier caso, hay que aclarar que se trata de una enumeración de principios meramente orientativa que deberá complementarse con los principios generales que puedan extraerse de la jurisprudencia europea.

⁸³ MEIER, 2018, p. 1893.

Esta senda ha sido en cierto modo seguida por el reformado *Code civil* francés el cual, tras la modificación introducida a través de la *Ordonnance* n.º 2016131, elimina la *cause licite* como elemento esencial del contrato (art. 1128 *Code civil*) y, en su lugar, exige, junto a la presencia de consentimiento y capacidad de las partes, «un contenu licite et certain». De esta forma, la idea del contenido y del fin lícito⁸⁴ del contrato sustituye al viejo criterio de la causa lícita.

Sin embargo, la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (PM) preparada por la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación opta por mantener la categoría de la causa ilícita. Efectivamente, aunque al definir el contrato el art. 1236 PM no menciona a la causa como requisito esencial, sí lo hace el art. 1238 PM, cuando dispone que «son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral». Así pues, la norma originaria recogida en el art. 1275 CC se mantiene de forma prácticamente literal en la nueva propuesta de regulación.

En nuestra opinión, nada impide –más allá de la nostalgia doctrinal por la pérdida de una institución señera– superar el enfoque causalista del problema de la ilicitud contractual. Ya hemos defendido en otro lugar que esta patología puede ser suficientemente abordada a través de la categoría de los límites de la autonomía de la voluntad contractual reflejados en el art. 1255 CC (combinado con el art. 6.2 CC)⁸⁵. Tal y como señala Morales, aunque en el art. 1275 CC la causa aparezca diferenciada del contrato, en realidad el control de licitud recae sobre el segundo y, a mayor abundamiento, la causa concreta (propósito práctico) no es un concepto imprescindible, en tanto que «no es otra cosa que un término descriptivo de ciertos contenidos de la autonomía de la voluntad que deben ser sometidos al control de licitud»⁸⁶. Efectivamente, el carácter lícito o ilícito del contrato se determina frente a la autonomía de la voluntad de las partes expresada en el objeto y el contenido contractual, y para ello no hace falta la idea de una causa que, además, para nuestra jurisprudencia es precisamente la causa concreta. Todo ello pone de manifiesto, en nuestra opinión, su condición de elemento perfectamente prescindible.

⁸⁴ El art. 1162 *Code civil* establece que «Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties», haciendo, como puede verse, referencia específica a la finalidad del contrato o, en otros términos, a la conocida «cause impulsive et déterminante» del contrato (CHANTEPIE/LATINA, 2018, p. 351).

⁸⁵ INFANTE/OLIVA, 2009, pp. 31 y ss.) Así opina la más prestigiosa doctrina Díez-PICAZO/ROCA/MORALES (2002), p. 175.

⁸⁶ MORALES, 2011, p. 470.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA, M., «Artículo 1275», en *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 485 a 490.
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.
- CAPITANT, H., *De la causa de las obligaciones*, Comares, Granada, 2019.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de los Contratos*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010 y 2017.
- CHANTEPIE, G., LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans le ordre du Code civil*, 2.^a ed., Dalloz, Paris, 2018.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H., *La causa del contrato*, Studia Albortiana LXX, Boloña, 1998.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 987 a 1086.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Artículo 1305», en *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 558 a 560.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M.^a A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L., «El concepto de causa en el negocio jurídico», *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pp. 3 a 32.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*, 6.^a ed., Civitas, Madrid, 2007.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, Cometa, 1974.
- JORDANO BAREA, J. B., «La causa en el sistema del Código civil español», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 457 a 476.
- GULLÓN, A., *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969.
- INFANTE RUIZ, F., OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *InDret*, 3/2009.
- KÖTZ, J., «Illegality of Contracts», en J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN, A. STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volumen I*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 847 a 849.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato*, 2.^a ed., puesta al día y revisada por RIVERO HERNÁNDEZ, F., Dykinson, Madrid, 2000.
- LANDO, O., CLIVE, E., PRÜM, A., ZIMMERMANN, R., *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2006.

- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Artículos 1274 a 1277», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Directores), *Código Civil Comentado*, Volumen III, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 672 a 684.
- *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MEIER, S., «Chapter 15. Illegality», JANSEN, N., ZIMMERMANN, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1887 a 1930.
- MORALES MORENO, A. M., «El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, n.º 4, 1983, pp. 1529 a 1546.
- «Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2011, pp. 455 a 476.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público», en PARRA LUCÁN, M.^a A., *La autonomía privada en el Derecho civil: tendencias y transformaciones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 295 a 359.
- PEÑA BERNALDO de QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, 2.^a ed., Colegios Notariales de España, Madrid, 2006.
- POTHIER, R. J., *Traité des obligations*, Dalloz, Paris, 2011.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P., *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TORRALBA SORIANO, E., «Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 661 a 708.
- TUHR, A., *Derecho Civil. Volumen II. Los hechos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2005.
- VON BAR, C., CLIVE, E. (ed.), *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, vol. 1, München, 2011.
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN: HISTORIA DE UN ÉXITO

PEDRO DEL OLMO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. ¡La bolsa o la vida!–2. La historia de un éxito.–3. La definición de la intimidación. 3.1 El vicio de la voluntad. 3.2 El carácter injusto de la amenaza.–4. Violencia e intimidación.–5. La violencia proveniente de tercero.–6. Violencia ambiental y ventaja desproporcionada.–7. Bibliografía.

1. ¡LA BOLSA O LA VIDA!

Ésta es una manera tradicional de comenzar las explicaciones acerca de la intimidación, con un ejemplo que se repite al menos desde Toullier: con esta exclamación perentoria, un bandolero arrancaba el consentimiento de un viajero para entregar la bolsa (Toullier, 1830, p. 82). El ejemplo puede servir como primera aproximación a lo que ocurre cuando alguien, actuando bajo presión, se pliega a realizar un acto contrario a sus propios intereses (entregar la bolsa), puede servir para recordar que en este terreno existe un delito de amenazas en el Código Penal y puede servir también para plantear la cuestión del papel de la fuerza física (presente o amenazada) en este vicio del consentimiento que solemos llamar *intimidación*, pero que en nuestro CC aparece de la mano de la *violencia*.

En efecto, nuestro CC dedica a la violencia y la intimidación los artículos 1267 y 1268. El primero define la figura y determina sus efectos, mientras que el segundo añade la regla de que –a diferencia de lo que pasa con el dolo– la

violencia ejercitada por un tercero determina igualmente que el contrato sea anulable por intimidación.

En la actualidad, la jurisprudencia civil relativa a la intimidación no se ocupa de casos similares a los del bandolero enmascarado que asalta a los viajeros, sino que se ocupa de escenarios puramente contractuales en los que las partes negocian para llegar a acuerdos y en los que, eventualmente, amenazan con ciertas conductas desfavorables a la otra parte para incrementar la presión y alcanzar sus fines. Como las partes al negociar normalmente tienen intereses contrapuestos, lo usual es que en algún momento anuncien comportamientos desfavorables para la otra parte. En la doctrina inglesa, se ha dicho que en toda negociación late la amenaza implícita de que te vas a ir a contratar a otra parte y se ha dicho también que, en una subasta, el subastador se pasa toda la subasta amenazando con adjudicar el bien al que en cada momento sea el mejor postor (Sutton, 1974, p. 134). Naturalmente, nadie se plantea si la venta ha sido celebrada bajo intimidación en esos casos.

Por ello, quizá convenga recordar un ejemplo real de intimidación decidido en nuestra jurisprudencia. En la STS 4 de octubre de 2002 (Rec. 980/1997), un naviero logra que el comprador de una partida de cemento pague el porte desde el país del fabricante (vendedor) hasta España, con la amenaza de retener la mercancía si no se hacía ese pago. Lo cierto es que el comprador ya era propietario del cemento y lo había pagado. Por su lado, el fabricante había pagado el transporte al fletador, pero éste no había pagado el flete al naviero. El naviero, pues, no podía lícitamente condicionar la entrega de la mercancía al pago de cantidad alguna, pues nada le debían vendedor y comprador. Tampoco existe un derecho de retención aplicable al caso, con lo que el naviero estaba claramente actuando de manera ilícita. Además, el naviero situó el barco en aguas internacionales, fuera de la jurisdicción española y fuera del alcance de los mecanismos jurídicos con los que el comprador podría haber resistido sus amenazas, para hacer más efectiva la presión. De hecho, el barco sólo volvió a entrar en aguas españolas cuando el comprador había pagado la cantidad exigida. Finalmente, el TS reconoce que el comprador había consentido bajo intimidación y condena al naviero a la restitución de lo pagado y a una indemnización de daños por el retraso en la entrega (más información, en Del Olmo, 2006).

2. LA HISTORIA DE UN ÉXITO

La historia de la violencia y la intimidación en nuestro CC y en nuestro sistema creo que se puede contar como la historia de un éxito. Desde el punto

de vista legislativo, nuestro art. 1267 CC supuso, en su momento, un avance respecto de su antecedente directo en el *Code Napoléon*, gracias a que nuestro legislador supo aprovechar las enseñanzas de la escuela de los exégetas. Este éxito se puede apreciar también en que, tanto la PM-CC como el PCC, incluyen textos que son claramente continuadores de nuestra propia tradición, sin sentir la necesidad de hacer cambios sustanciales en la redacción de nuestra figura. Como veremos, esto es posible porque ambos textos, en la línea de las propuestas más actuales, han introducido una figura de ventaja desproporcionada que puede recoger específicamente algunos casos que eran problemáticos en la versión tradicional de la intimidación.

Desde un punto de vista jurisprudencial, el texto del art. 1267 CC ha permitido a nuestros jueces una clara aproximación a los casos de intimidación a los que se han enfrentado, alcanzando soluciones que son en general perfectamente asumibles y correctamente adaptadas a los nuevos retos que plantean los casos de intimidación que les han llegado. Me refiero a los casos de la llamada intimidación económica y, en especial, a los casos de amenazas en contratos novatorios, a cuyo estudio he dedicado alguna atención en otros trabajos.

Si comparamos nuestra regulación con las reformas legislativas más modernas en los sistemas de nuestro entorno y con las propuestas internacionales más conocidas, el resultado también es positivo y homologable. Es cierto que hay algunas diferencias en la formulación de las reglas y que se plantean algunas cuestiones de detalle quizá algo menos claras, pero que el balance es claramente positivo.

Con este planteamiento, explicaré primero la definición de la intimidación en nuestro CC en comparación con los sistemas de nuestro entorno. Después, explicaré las cuestiones algo menos claras y que son, de alguna forma, marginales o fronterizas: trataré la cuestión del papel de la fuerza física (violencia) en este terreno de las amenazas, el papel de la violencia ejercida por tercero ajeno al contrato y la cuestión de la nueva figura de la ventaja excesiva y los contratos celebrados en estado de necesidad que ha aparecido en los textos más modernos como una cuarta figura –al lado del dolo, la violencia y el error– que permite anular el contrato.

3. LA DEFINICIÓN DE LA INTIMIDACIÓN

Dejando aparte el debate sobre el papel de la violencia absoluta en la interpretación del artículo 1267, la definición de la intimidación es, en lo esencial, cuestión pacífica. Todo el mundo sabe qué es la intimidación y qué supo-

ne su aparición en la fase de formación de un contrato: la intimidación es uno de los tres vicios del consentimiento tradicionales y, frente al error y al dolo (figuras que según algunos se pueden agrupar en torno a la idea de error), la intimidación alude a la falta de libertad desde la que la víctima toma la decisión de contratar y, en nuestra tradición, a la idea de miedo. Como veremos más adelante, la presencia de un *cuarto* vicio de la voluntad, la llamada ventaja excesiva, creo que, además, ha venido a aclarar el panorama.

El art. 1267 de nuestro Código Civil define la figura que nos ocupa diciendo que «Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el *temor* racional y fundado de sufrir un *mal* inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes». Se describe ahí la situación de vicio de la voluntad en sentido estricto: la idea de temor que predetermina la decisión y el medio por el que ese temor ha surgido (la amenaza, como anuncio de un mal). A diferencia de lo que ocurría en el Código de Napoleón, nuestro texto describe detalladamente el proceso psicológico presente en los casos de intimidación, aludiendo a que se anuncia un mal (inminente y grave) y ese mal causa en la víctima un estado de temor. La relación de causalidad entre amenaza y decisión es, pues, patente y la doctrina española lo destaca así sin problemas.

El temor al que alude el art. 1267 es la esencia última de la intimidación, lo que explica la decisión de la víctima de consentir e ir –por el momento– contra sus propios intereses, con tal de escapar de la presión a la que se ve sometida. Explica también que el legislador, consciente de que no puede llegar a tiempo en auxilio de la víctima, permita a ésta ir contra sus propios actos (consentir hoy e impugnar mañana) para poder defenderse por sí mismo de una manera sencilla y sin tener que llegar a las manos con quien le amenaza. Se ve aquí una cercanía entre la admisión de la intimidación como vicio de la voluntad y la legítima defensa. También se ve en esto que la víctima decide en estado de necesidad: no tiene otra alternativa razonable que consentir. Todo esto se puede resumir en la vieja fórmula de *voluntas coacta voluntas est*.

Como ocurría en el Código de Napoleón, en esta definición de nuestro art. 1267 falta la nota de que la amenaza sea injusta, pero la doctrina y la jurisprudencia españolas (y de los sistemas de nuestro entorno) no han tenido dificultad en afirmar este segundo requisito implícito de manera unánime. Como veremos más abajo, los textos más recientes sí destacan la idea de injusticia abiertamente.

Tenemos, pues, que en el art. 1267 se define la intimidación como situación en la que la amenaza de un mal de cierta entidad genera un temor considerable y, por otro lado, tenemos la exigencia unánime en la doctrina y en la

jurisprudencia de que esa amenaza sea injusta. Son dos, pues, los elementos necesarios para que podamos afirmar la concurrencia de una intimidación que dé lugar a la anulabilidad del contrato: decidir bajo una presión de cierta entidad (temor: vicio de la voluntad en sentido estricto) y el carácter antijurídico de esa presión. El hecho de que los elementos esenciales de la intimidación sean sólo estos dos está muy claramente recogido en nuestra mejor doctrina (por ej., Morales Moreno, 1993, p. 348) y jurisprudencia (por ej., STS n.º 356/2016 de 30 de mayo). Está también recogida en la doctrina de otros sistemas (entre otros muchos, Dalzell, 1942, p. 240, Corsaro, 1979, p. 167) y en las definiciones formuladas en los textos internacionales más conocidos (art. 4:108 PECL y art. 3.9 PICC, que se transcriben más adelante). La definición basada en esos dos elementos está tan extendida en los sistemas del *common law* que ha llegado a plasmarse en el párrafo 175 (1) del *Restatement (Second)* estadounidense. Además, se corresponde con la idea tradicional de los exégetas del *Code* de que en la violencia hay siempre dos dimensiones la de vicio de la voluntad y la de ilicitud.

En efecto, la cercanía entre esta definición de la intimidación sobre la base de sólo dos elementos y la tradición de nuestro sistema creo que se puede apreciar con claridad en la idea tan extendida en Francia de que en la intimidación existe siempre una doble dimensión. Por un lado, se aprecia una dimensión *delictual* de la intimidación y, por otro lado, una dimensión de la intimidación como vicio de la voluntad. Se dice en la doctrina francesa que hay algunas normas de la disciplina de la intimidación que se explican por el carácter delictual que la violencia comparte con el dolo (la más clara es la exigencia de la antijuridicidad de la amenaza), mientras que hay otras que derivan de su faceta de vicio del consentimiento (se ha propuesto el ejemplo de la norma que da relevancia a la amenaza proveniente de tercero; cfr. art. 1268 CC español), pero quizá porque en Francia se admite la violencia ambiental de manera amplia. Pero, en cualquier caso, ambas dimensiones siempre están presentes en esta figura de la intimidación que, históricamente, surge en el ámbito de los delitos y a la que, posteriormente, se le van añadiendo caracteres de vicio de la voluntad (por todos, Ghestin, 1993, p. 565).

Cabe señalar que la definición de la violencia o intimidación en la PM-CC prescinde de la alusión a los bienes amenazados («persona o bienes») y a los titulares de esos bienes («cónyuge, descendientes y ascendientes»), en línea con lo que ocurre en los PECL, DCFR y PICC, pero rompiendo con la tradición que sí ha sabido conservar, adaptándola a los tiempos presentes, el nuevo CC francés. Así, el art. 1140 CC francés vigente (en adelante, CCF) establece que «Hay violencia cuando una parte consiente bajo la coacción que le inspira

el temor de exponer su persona, su fortuna o la persona o fortuna de sus allegados a un mal considerable» (traducción de Cabanillas). En cualquier caso, creo que el asunto no es de gran trascendencia, porque las ideas que estaban debajo del empleo de esos términos son igualmente deducibles de la definición general de la intimidación. Algo así se ha destacado en la doctrina comparada (Du Plessis, 2015, p. 509, comentando el art. 3.2.6 PICC y Pfeiffer, 2012, p. 274 comentando el lacónico art. 50 CESL). En relación con los sujetos víctimas de la amenaza, el nuevo CC francés ha pasado a llamarles «allegados», que es el término que mejor recoge las ideas sobre el asunto, al menos, desde el tiempo en que escribían los exégetas del *Code*. Baste con recordar que la eficacia de la intimidación es probablemente mayor si se dirige contra los familiares más próximos. Lo expresaba muy bien Favard, en su discurso ante el Tribunal diciendo que «los males de uno son los males de todos los demás» (Fenet, 1856, p. 315). En relación con los bienes amenazados, la omisión de la «persona o bienes» –que son los intereses supremos de las personas: integridad física y propiedad– quizá sí pueda ser criticado porque de, alguna forma, oculta la gravedad de las amenazas y dificulta la justificación de la relevancia de la violencia ejercidas por tercero.

A continuación, voy a explicar estos dos elementos centrales de la intimidación, vicio de la voluntad (carencia de voluntad libre) y carácter antijurídico de la amenaza, teniendo en cuenta los sistemas de nuestro entorno y los textos internacionales más conocidos.

3.1 El vicio de la voluntad

Hablando de *vicio de la voluntad*, no como denominación de la figura entera de la intimidación sino como la carencia de voluntad libre que subyace, ya hemos dicho que la situación que vicia la voluntad y justifica la decisión del legislador de permitir la anulación del contrato celebrado bajo amenazas es la falta de libertad, entendida –en nuestra tradición– como una situación de temor.

La situación de decisión bajo el influjo de un temor está descrita con mucho detalle en el art. 1267. De hecho, en nuestra doctrina es frecuente explicar que en este artículo 1267 hay *dos* elementos que son la amenaza, como anuncio de un mal inminente y grave, y la situación de temor a que lleva esa amenaza (por todos, Valpuesta et al, p. 371). Esto es cierto y, en general, se puede decir que es una buena descripción del fenómeno intimidatorio y que, en este sentido, se da un paso más allá respecto de la definición de intimidación contenida en los Códigos de nuestro entorno. Este paso adelante fue, en su mo-

mento, elogiado en la Francia del s. XIX por Baudry-Lacantinerie (Baudry-Lacantinerie y Barde, p. 122 n 1), al expresar sus críticas sobre el texto correspondiente del *Code Napoléon*, que sólo pone requisitos a las amenazas y no habla de la situación de vicio de voluntad que nuestro Código describe como *temor*. En otros países y doctrinas se ha conservado esa situación de partida a la que, curiosamente, se le hacen las mismas críticas (por todos, Corsaro, 1971, p. 461).

Siendo esto así, conviene insistir –sin embargo– en que esta descripción más minuciosa de la situación de la víctima no debe llevar a engaño sobre el hecho de que estamos hablando de un sólo elemento: el vicio de la voluntad, en sentido estricto, que aparece en estas explicaciones desdoblado en la amenaza y la situación de temor que ésta crea.

Como señala J. Solé Feliu, en los sistemas de la tradición francesa del Derecho romano, se construye la figura sobre la idea de temor, mientras que en otros sistemas la figura se basa en una visión más objetiva e independiente del efecto de temor que pudiera causar en el sujeto, aludiendo a que la víctima de la intimidación *no tenía más alternativa que consentir* (Solé Feliu, 2016, p. 20). Por su lado, el art. 3:44 (2) del Código neerlandés ni siquiera alude a esa idea y parece limitarse al requisito de la causalidad. Prescindir de la idea de temor es también tendencia en los textos internacionales (Du Plessis, 2015, p. 506).

Pero la sangre no llega al río: como traté de explicar en su momento, la idea de temor de nuestra tradición jurídica coincide, en realidad, con la idea de la ausencia de otras alternativas razonables. En mi opinión, la idea que define una y otra situación es la de que la víctima decide en estado de necesidad. Esta equivalencia de las formulaciones se ve clara, si recordamos la interpretación normal que nuestra doctrina hace de la idea de amenaza como mal «inminente y grave» (art. 1267 CC) y lo ponemos en relación con una observación muy conocida de Savigny sobre las opciones entre las que tiene que elegir la víctima de una intimidación.

En la doctrina española, la idea de mal *inminente* se suele poner en conexión con la mayor o menor proximidad del mal, lo que influye en las posibilidades de la víctima de reaccionar frente a la amenaza y, por tanto, alude a la mayor o menor *evitabilidad* del mal (ya desde Manresa, 1967, p. 574). Por otro lado, la idea de mal *grave* se suele entender como una exigencia de que el mal amenazado tenga cierta entidad (Albaladejo, 1957, p. 988). En las doctrinas de nuestro entorno, el requisito similar al de la gravedad que contienen sus respectivos Códigos se suele poner en conexión con la idea de que la víctima elige al contratar el mal menor, idea que es básica en la intimidación (ya en Durantón, 1841, p. 50 y hasta Marty y Raynaud, 1988, p. 165; en Italia, por todos, Cicero, 2000, p. 61). En este sentido, el mal es grave si es un mal *mayor*.

Por otro lado, Savigny explicaba que, frente a una amenaza, la víctima se ve en la necesidad de elegir una de estas tres alternativas: (a) puede elegir no contratar y sufrir el mal anunciado, (b) puede elegir no contratar pero tratando de reaccionar ante la amenaza para escapar a ella o, finalmente, (c) puede plegarse a esa amenaza y celebrar el contrato que se le exige (en Italia es frecuente la cita de estas ideas de Savigny; por ej., Trabucchi, 1982, p. 942). Esta última alternativa es la que encierra un estado de voluntad coaccionada.

Si combinamos ahora las ideas de nuestra doctrina con esta descripción de las opciones que la víctima tiene abiertas, podremos ver que, en efecto, están definiendo una situación similar: si el mal es *grave*, la víctima no puede elegir negarse a contratar y sufrir el mal anunciado –la primera opción de Savigny– porque ese mal es *mayor* y de *considerable entidad*. Si el mal es *inminente*, la víctima tampoco puede elegir no contratar e intentar escapar de la amenaza, porque el mal es próximo y difícilmente evitable. Por ello, si la amenaza anuncia un mal *inminente* y *grave*, nos encontraremos con una víctima que sólo puede comportarse conforme a la tercera opción descrita por Savigny, es decir, sólo puede optar por sucumbir a la amenaza y dar su consentimiento. Así, sabremos que la víctima ha decidido sin más alternativa, en estado de necesidad.

Para definir una situación de necesidad que podamos calificar como auténtico vicio de la voluntad, no basta con decir que el mal ha de ser difícilmente evitable y de entidad considerable, sino que es necesario aclarar el criterio que se adopta para medir la inminencia y gravedad del mal. Hay que aclarar si la evitabilidad relevante es la que percibe una persona madura en plenas facultades físicas y mentales o si se puede tener en cuenta la que percibiría el anciano más achacoso, tímido y pesimista. De igual manera, también hay que aclarar si el carácter de mal de cierta entidad que se esconde detrás de la idea de mal grave es tal por referencia a un modelo de persona media o si se debe emplear algún otro criterio más subjetivo que atienda a las peculiaridades del caso concreto. A esta necesidad de establecer un criterio con el que determinar si la persona ha consentido en estado de necesidad es a lo que obedece la idea de *razonabilidad* que se coloca en los sistemas que no aluden al temor, pero sí a la carencia de alternativas *razonables*. Históricamente, la elección de un modelo de conducta más o menos estricto ha sido expresión de una mayor o menor exigencia en los requisitos para anular un contrato. Esta idea está muy claramente expresada en los sistemas de *common law* (por ejemplo, en Dawson, 1947, p. 255 o Halson, 1991, p. 657).

Nuestro Código responde a estas cuestiones con lo que, en la doctrina italiana, se ha llamado un *modelo objetivo ponderado* (por todos, Carresi, 1962,

p. 418). Que este es el modelo que utiliza nuestro Código, se pone de manifiesto en la exigencia contenida en el artículo 1267.II de que el temor al que se llega sea «racional y fundado», así como en el párrafo segundo de ese precepto, que dice que para calificar la intimidación hay que atender a la «edad y condición» de la persona.

La idea llega a nuestro Código desde Francia, donde se supera el mucho más exigente módulo que empleaba el Derecho Romano (*constantissimus vir*, que era tachado por algunos como una «exageración de los estoicos») y se propone esta formulación que es «más humana, más natural y más verdadera» (Larombière, 1885, p. 69). Para entender esa expresión que emplea nuestro art. 1267, me parece también muy útil acudir al art. 1851 del Código de Luisiana de 1870 (que es uno de los textos que García Goyena colocaba como antecedente de lo que hoy es nuestro art. 1267 CC) que ordena tener en cuenta la edad, el sexo, el estado de salud y «otras condiciones calculadas para dar mayor o menor alcance a la violencia o amenaza».

En mi opinión, la polémica sobre esta materia en las doctrinas de nuestro entorno y el reflejo que ha tenido en nuestro propio país está sobredimensionada, en la medida en que no ha tenido —hasta donde yo sé— reflejo en la jurisprudencia. Como bien dejó explicado A. M. Morales Moreno, lo que ocurre es que hay una pluralidad de modelos, es decir, que «la referencia del Código Civil a la edad y condición de la persona impone al juez apreciar la intimidación en relación con lo que sería la actitud normal de una persona de la misma condición, en esas circunstancias» (Morales Moreno, 1993, p. 355). Con toda normalidad, se funciona igual en sede de responsabilidad extracontractual, al definir el estándar de conducta aplicable.

La idea de no tener más remedio que contratar funciona muy bien en el tipo de amenazas que los tribunales civiles conocen en la actualidad, caracterizados muchas veces por el hecho de que se amenaza con incumplimientos de contrato. En ese contexto, preguntarse por si una parte ha experimentado temor, no tiene mucho sentido y es más sensato y más objetivo preguntarse por las alternativas que la víctima tenía abiertas.

Esas alternativas se suelen clasificar en alternativas jurídicas y alternativas de mercado (o extrajurídicas). Por ejemplo, en una STS 29 de julio de 2013 (STS 497/2013), el contratista informa al comitente de que retrasará la entrega de la maquinaria encargada, a menos que el último acepte un sobreprecio (renuncie también a reclamar daños y a hacer valer una cláusula penal por retraso incluida en el contrato original). En esas circunstancias, el comitente no puede acudir al mercado a comprar otras máquinas como las que necesita (que, por eso, se han fabricado por encargo) y tampoco puede acudir a los tribunales

a reclamar el cumplimiento del contrato, puesto que eso supone que –por el retraso que acumularía– él mismo incumplirá sus propios contratos para con terceros y se expondrá a importantes reclamaciones. En esta STS, se apreció intimidación y se permitió la estrategia del comitente de consentir el pago del sobreprecio, garantizándose así la entrega de la maquinaria, y reclamar después la devolución del sobreprecio y la indemnización de los daños. El TS entendió que el comitente, en este caso, no tenía alternativa razonable (ni jurídica ni extrajurídica) a consentir el contrato novatorio que el contratista le exigía amenazando con no entregar (más información en Del Olmo, 2014).

En la STS 20 de febrero de 2012 (Rec. núm. 467/2008 ECLI:ES:TS:2012:842), por el contrario, el TS entendió que una empresa alemana, que había encargado unas piezas para automoción a una empresa española, no había sido víctima de intimidación porque su situación de carencia de alternativas no era real y sólo a ella misma le era imputable. El TS entendió, en aquel caso, que el hecho de que la empresa española, violando su obligación de preaviso de un mes, cerrase sus puertas y dejase a la empresa alemana sin las piezas que ésta necesitaba para cumplir con sus importantes clientes (Nissan, Renault, etc.) no había dejado a ésta sin más alternativa que consentir las importantes modificaciones en el contrato original que consintió para garantizarse el suministro de piezas de las que, según el TS, no dependía en realidad. La existencia de fuentes de suministro alternativas (alternativa de mercado) fue letal, para la reclamación del demandante. Sin embargo, creo que el escenario intimidatorio estaba completo en este caso y que la decisión del TS es errónea y permitió salirse con la suya a un demandante que había planeado detenidamente una jugarreta contraria a Derecho (Del Olmo, 2016).

3.2 El carácter injusto de la amenaza

El segundo requisito de la figura que estudiamos –y que no está recogido literalmente en el art. 1265 CC– consiste en que la amenaza sea injusta. Este requisito tiene encomendada la tarea de trazar el campo de lo permitido y el campo de lo prohibido en cuanto a los argumentos o presiones que una parte puede emplear para convencer a la otra de que contrate con ella. Se trata de lograr una definición que permita seleccionar, de entre las distintas presiones que las partes pueden hacerse o de entre los argumentos que empleen, aquellas presiones o argumentos que van a dar lugar a la anulabilidad del contrato. El problema es atinar con esa definición de los dos campos porque, como se ha dicho, la respuesta al problema de definir los límites dentro de los cuales está

permitido amenazar para contratar nunca se ha dejado atrapar en una fórmula sencilla (Dawson 1947, p. 253).

D. Federico de Castro lo explicaba diciendo que «los jueces tienen así que realizar la delicada tarea de distinguir entre: las presiones usuales en la vida de los negocios, que como tales se estiman permitidas, de aquellas otras claramente reprobadas» (De Castro, 1991, p. 145). Lo difícil, claro está, es distinguir unas de otras.

Para entender este requisito de la injusticia de las amenazas conviene partir de una distinción muy asentada en las distintas doctrinas: la distinción entre la injusticia de los medios que se emplean para amenazar y la injusticia de los resultados que la amenaza persigue. En esta manera de plantear las cosas subyace una idea básica que no es tan frecuente sacar a la luz, pero que sí conviene destacar. Es la creencia de que todo mal es injusto, salvo si está justificado por un derecho; o lo que es lo mismo, que sólo la fuerza implícita en un derecho es legítima, por lo que sólo el mal cuya causación esté amparada por un derecho es un mal justo. Por ello, la cuestión que queda por plantear para agotar el universo de casos posibles es la de si hay supuestos en los que la amenaza puede ser injusta, a pesar de estar amenazándose con el ejercicio de un derecho. Como se ha dicho en la doctrina, decidir cuándo es injusto el uso de amenazas es difícil porque hay algunos casos (cuando se ejercita un derecho) en los que sí es justo amenazar.

La injusticia del medio empleado para amenazar alude al carácter injusto o no del mal que se amenaza; por ejemplo, el medio es claramente injusto si se amenaza con dar una paliza, para arrancar el consentimiento. En los casos en que el mal amenazado es injusto en sí mismo, es más fácil decidir si la amenaza es injusta porque, como se ha dicho, basta un reenvío a la figura general del ilícito (en expresión de Trabucchi, 1982, p. 947). Se trata de los casos más brutales de amenaza, que han sido históricamente relevantes desde los inicios más lejanos de la figura y que probablemente están relacionados con la idea de violencia (física) y con la relevancia de la violencia o intimidación proveniente de un tercero a que alude nuestro art. 1268 CC. Como el lector estará recordando ya la existencia de un delito de amenazas, no es necesario insistir más en ello.

La injusticia del resultado es lo que hay que determinar en los casos de amenaza de un mal no ilícito en sí mismo; por ejemplo, en la STS de 6 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6324) se amenaza con presentar una demanda ante el Ayuntamiento (mal no ilícito) para presionar al dueño de una discoteca para que instale las medidas reglamentarias de insonorización de su local (resultado justo). Como se ha señalado (desde Demogue, 1914, p. 449 a Del Prato, 1990,

p. 4, entre otros muchos) éste es el grupo de casos más difícil en la teoría y más numeroso en la práctica, puesto que –menos mal– no son muy abundantes los contratos celebrados bajo amenazas de violencia física y sí lo son los celebrados bajo la presión de estas amenazas de aspecto exterior legal.

En estos casos, el punto de partida es el de que, por regla general, es lícito amenazar con el ejercicio de un derecho. En la ya citada STS 30 de mayo de 2016 (STS 356/2016), un distribuidor español alega que había aceptado renegociar a la baja los términos de un contrato de distribución con un fabricante de ron, bajo la amenaza de éste de que le dejaría de suministrar su mercancía. En realidad, el TS explica que no hubo amenazas injustas: el fabricante no estaba obligado a mantener la relación contractual en sus términos originales, sino que podía desistir de ella *ad nutum* (era de duración indeterminada).

En mi opinión, esa idea de que *non videtur vim facere qui suo iure utitur* se ve muy clara si pensamos que quien ejercita su derecho de manera extrajudicial está probablemente amenazando (al menos, tácitamente) con acudir a los jueces para imponerlo de manera coactiva en caso de que el obligado no lo cumpla o respete por las buenas.

A pesar de que, por regla general, no es injusta la amenaza del que anuncia el ejercicio de su derecho, en todos los sistemas se reconoce que hay algunos casos en los que esa amenaza sí puede ser injusta. Como dice Pothier, en una frase en ocasiones malinterpretada, las vías de derecho empleadas fuera de sus fines, o sin observar sus requisitos y formalidades, se convierten en vías de hecho (citado, entre otros muchos, por Laurent, 1875, p. 592). Son, pues, casos en los que la amenaza es injusta a pesar de que es justo el *medio* que se emplea para amenazar (el mal amenazado es el ejercicio de un derecho); por ello, en esos casos, no hay más remedio que entrar a analizar el *resultado* de la amenaza.

Con los distintos nombres y formulaciones que ha recibido en las distintas doctrinas y sistemas, la manera más asentada y mejor para determinar esa injusticia de la amenaza de ejercicio de un derecho es la llamada *teoría de la congruencia*. Según esta teoría, hay que comparar el resultado de lo que el autor de la amenaza podría lícitamente obtener del ejercicio de su derecho o facultad con el resultado que obtiene por medio del contrato celebrado: si hay coincidencia, estaremos ante una amenaza justa, si no hay coincidencia, la amenaza habrá sido injusta.

En nuestra doctrina, es frecuente esta formulación de que será injusta la amenaza de ejercicio de un derecho cuando se pretenda obtener algo distinto o algo más de lo que el derecho ejercitado autoriza (muy bien explicado en Gete-Alonso, 1998, p. 594). Otros autores españoles y cierta jurisprudencia, con una terminología más habitual en Francia, formulan el criterio con el que decidir la

cuestión diciendo que se debe tratar de un ejercicio correcto y no abusivo del derecho de que se trate (como, por todos, De Castro, 1991, p. 145, la formulación francesa está, por ejemplo, en Laurent, 1875, p. 592). No parece que el cambio de terminología sea muy importante, si se recuerda que la técnica del abuso de derecho consiste, básicamente, en la comparación de los fines perseguidos por el titular en el caso concreto con los fines para cuya consecución se ha reconocido el derecho ejercitado.

Esta misma comparación entre los fines para los que se concede el derecho en cuestión y los resultados obtenidos mediante la amenaza de su ejercicio se emplea también en la tradición del *common law* (por todos, Dalzell, 1942, p. 364). También se encuentra en los textos internacionales más conocidos (Du Plessis, 2015, p. 508; Cartwright/Schmidt-Kessel, 2013, p. 402; Smit, 2017, p. 169).

En Italia, probablemente por los textos de su Código, se combina esta idea de la congruencia con la idea de la *exorbitancia*, en lo que supone una puerta de conexión entre lo que es un auténtico vicio de la voluntad y la cuestión de si los intercambios muy desequilibrados en el precio han de poder ser impugnados (Cavallo Borgia, 1998).

Ya hemos señalado que el requisito de que la amenaza sea injusta no aparece en nuestro Código Civil (cfr, en cambio, art. 123 BGB), de la misma forma en que no existía en el Código de Napoleón, quizá por considerarlo obvio: de hecho, la doctrina y la jurisprudencia lo exigían sin problemas especiales. En cualquier caso, es significativo que la reforma francesa de 2016 y nuestras propuestas de reforma sí lo incluyan.

Según el art. 1141 CCF, «La amenaza de una vía de derecho no constituye violencia a menos que sea empleada de manera desviada de sus fines o cuando se amenaza o ejerce para obtener una ventaja manifiestamente excesiva». Como se ve, junto a la idea tradicional del desvío de los fines, se añade la idea de ventaja manifiestamente excesiva, recogiendo ideas de la doctrina francesa (por todos, Ghestin, 1993, pp. 574-575) que están en la línea de la italiana recogidas en el párrafo anterior. Esto creo que es reflejo de la posición de la reforma francesa respecto del problema de la ventaja excesiva, que en el país vecino han incluido dentro de la violencia, lo que me parece criticable (Del Olmo, 2017).

Por su lado, nuestra PM-CC dice en su art. 1299.3, «Hay intimidación cuando se inspira injustamente a uno de los contratantes el temor racional y fundado de un mal inminente y grave». Aquí, el requisito de la injusticia aparece claramente y, si tenemos en cuenta que el temor se inspira mediante la amenaza, creo que de la mejor manera posible. Quizá se podría haber aprovechado para

desarrollar algo más el desarrollo de la idea de injusticia, aunque creo que ello no era «necesario, necesario» –como decía el profesor Díez-Picazo en una ocasión memorable– dado que las ideas básicas sí están claras en la doctrina y la jurisprudencia. No se alude a nada relativo a ventaja excesiva, lo que creo que es un acierto, porque la PM-CC sí da un tratamiento específico a esa figura.

Por su lado, la PCC, el art. 527-8 (*Intimidación*), establece que «Puede anular el contrato la parte que haya sido intimidada para prestar su consentimiento, con una amenaza injusta, que provoque un temor racional y fundado de un mal inminente y grave, de acuerdo a las circunstancias, incluidas la edad y condición de la persona; siempre y cuando no haya tenido una alternativa razonable a la perfección del contrato». Como se ve, el contenido es similar o equiparable al de la PM-CC, si bien en la manera de redactar más bien parece aproximarse a los PICC, que veremos luego.

Respecto de los PECL, nos interesa el 4:108, que define la intimidación en los siguientes términos: «Una parte puede anular el contrato cuando la otra ha conseguido que la primera preste su consentimiento por la amenaza inminente y grave de hecho: (a) ilícito de por sí, o (b) cuyo uso como medio para lograr la conclusión del contrato es ilícito, salvo que en las concretas circunstancias, la primera de las partes hubiera tenido una solución alternativa razonable» (Traducción de Barres Benlloch et al en 2003).

En este tenor literal, se puede destacar el mayor desarrollo de la idea de antijuridicidad, en la línea de las posiciones doctrinales que es posible encontrar en los sistemas de nuestro entorno y que ya hemos detallado. Tampoco se plantea el problema de la ventaja exagerada, porque también los PECL tiene una figura dedicada en exclusiva a este problema. Sin embargo, desde el punto de vista de la definición de la situación de vicio de la voluntad en sentido estricto (temor, situación de necesidad), es importante destacar que el último inciso relativo a las alternativas razonables se refiere a cualquier tipo de amenaza. Si se entiende que ese inciso se refiere sólo a la amenaza que es antijurídica por aplicación del criterio (b), la cuestión creo que haría tránsito hacia la idea del papel de la violencia en esta figura (*cf.* Solé Feliu, 2016, p. 12).

En el DCFR, el art. II.–7:206 (Coacción o amenazas) establece que «(1) Una parte puede anular un contrato cuando la otra parte ha inducido a su celebración mediante coacción o por la amenaza de un daño inminente y grave que es ilícito causar, o que es ilícito utilizar como medio para obtener la conclusión del contrato. (2) Una amenaza no se considera que induce a celebrar el contrato si, atendiendo a las circunstancias, la parte amenazada tenía una alternativa razonable». El tratamiento de la injusticia de la amenaza está en la línea de la de los PECL y no merece más comentario. La definición de la situación

de necesidad desde la que la víctima decide contratar en caso de amenazas quizá pueda entenderse diciendo que ese requisito no es necesario en caso de coacción, lo que de nuevo lleva a la cuestión del papel de la violencia al lado de la intimidación, como veremos luego. Como ha señalado en nuestra doctrina J. Solé Feliu, se ve claro, por otro lado, que la figura ya no pivota sobre la idea de temor (Solé Feliu, 2016, p. 12).

En los PICC, la norma que nos interesa está en el art. 3.2.6, que es como sigue: «Artículo 3.2.6 (Amenazas) Cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato cuando fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave que no le dejó otra alternativa razonable. En especial, una amenaza se considera injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente ilícita, o era ilícito emplear dicha amenaza como medio para obtener la celebración del contrato» (versión que da Bonell, 1997, del entonces art. 3.9). En el título que se coloca al precepto, parece que su contenido se aplica sin distinguir violencia o intimidación, en la línea de la postura que creo que mejor explica la situación en Derecho comparado. Por otro lado, la idea de la injusticia aparece desarrollada de forma similar a como lo hacen los PECL, conforme a ideas bien asentadas. En este tenor literal, por último, creo que se nota el influjo de la mejor doctrina estadounidense, que es donde se utiliza con mayor claridad la definición sucinta de intimidación que, en su momento, yo mismo propuse adoptar, al menos doctrinalmente: amenaza injusta que deja a la víctima sin otra alternativa razonable que consentir.

La solución de los PLDC, en la mejor línea, adopta una norma también concisa que, si recordamos la explicación sobre el significado de mal inminente y grave que hemos visto más arriba, resulta muy similar a la de los PICC. Así, el art. 34 PLDC (Intimidación), «El contrato puede anularse si una parte fue inducida a celebrarlo mediante la amenaza ilícita de un mal inminente y grave». Por otro lado, aunque la formulación de la idea de ilicitud es quizá menos expresiva, es igualmente correcta y coherente con las explicaciones tradicionales que hemos estado repasando, con la virtud de conservar la mención del temor reverencial. Además, haber dedicado a ella un artículo distinto creo que aporta una mayor claridad formal: se puede leer en el art. art. 36 (Casos que no constituyen intimidación) establece que, «La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el contrato».

Por el contrario, la noción que manejaba el art. 50 CESL parece oscura y demasiado sucinta (en la misma línea Cartwright/Schmidt-Kessel, 2013, p. 403 y en Pfeiffer, 2012, p. 273): «Una parte podrá anular un contrato cuando

la otra parte haya inducido a su celebración mediante la amenaza de un daño ilícito, inminente y grave o de un hecho ilícito».

4. VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN

Nuestro CC maneja las dos palabras y hemos visto cómo esta tradición se ha conservado en la PM-CC, aunque no en la PCC. Tampoco el art. 34 PLDC menciona la violencia y sus comentaristas oficiales señalan que ello es coherente con una línea de evolución que se puede señalar en los CC de la región. Es chocante, sin embargo, que esos comentaristas parecen usar la palabra «fuerza» como sinónimo de intimidación, inspirados quizá en el antiguo art. 3.9 PICC, que llevaba por título «*Amenaza, fuerza o intimidación*».

Pensando en los orígenes de nuestro art. 1267 CC, cabe destacar que el *Code Napoléon* hablaba sólo de violencia y los exégetas lo criticaban con el argumento de que la violencia es el medio que se emplea para producir un temor y que, desde ese punto de vista, no tenía sentido colocar en el mismo plano el error, el dolo y la violencia. Probablemente hay algún dato más que se podría añadir al relato anterior que, sin embargo, me parece muy cercano a una explicación completa de la aparición de los dos términos en nuestro art. 1267 CC.

En cualquier caso, hay algunas ideas que creo que es importante tener claras en esta materia. La primera es que conviene descartar, por suponer una simplificación que no es capaz de explicar la totalidad de supuestos relevantes, la explicación de que la violencia en el art. 1267 es la fuerza física que suprime la voluntad de manera absoluta y que, por tanto, tendría que dar lugar a la nulidad absoluta del contrato. Desde ese punto de vista, que quizá ha pesado en la PCC, la violencia no tendría fácil acomodo en una norma situada en la regulación de los vicios de la voluntad.

La segunda idea es reconocer que, junto a los casos de amenaza que vicia la voluntad y de fuerza física que la suprime, la norma sobre la figura que estamos repasando ha de ser capaz de tener en cuenta los casos que nuestra doctrina llama «violencia *viciante*». Se trata de casos en los que el empleo de la fuerza física no convierte a la víctima en un mero instrumento en manos del autor (como ocurre, por ejemplo, con quien puja en una subasta porque otro le fuerza físicamente a levantar la mano, que es el ejemplo que a tal fin utilizan los comentaristas del art. 4:108 PECL), sino que la víctima consiente forzado por el temor al empleo de fuerza física o por temor a que ésta se reanude. Esta idea –que se puede encontrar en Francia (Laurent, 1875, pp. 586-587, Marcadé, 1859, pp. 349-350 y muchos otros exégetas) y que está presente también en Italia (por todos, Cavallo Borgia, 1998, p. 330)– creo que es esencial para en-

tender el temor creado a través del empleo actual de fuerza física. Se ha propuesto el ejemplo de quien consiente después de haber recibido una paliza o de quien consiente después de haber sido encerrado físicamente en una habitación de la que no podía escapar.

En este sentido, se puede recordar la norma, conocida en todos los sistemas de los que tengo noticia, de que las amenazas tácitas son relevantes a la hora de anular el contrato (más datos en Del Olmo, 2003, p. 53). Significativamente, la norma del DCFR que hemos transcrito un poco más arriba sobre la «coacción o amenazas» sirve de base para un comentario B que, después de señalar la posibilidad de una decisión viciada por parte de quien se encuentra en situación de dominación, señala que caben perfectamente las amenazas implícitas. No creo, pues, que el DCFR aluda aquí a las situaciones que los anglosajones estudian bajo la figura de la *undue influence*, figura cuya extensión en el *common law* británico creo que se ve afectada por la visión estricta de la intimidación que mantienen (*cf.* Del Olmo, 2003, p. 15 y Gómez Calle, 2018, p. 68).

Esta manera de entender las cosas capaz de explicar la virtualidad *viciante* de la violencia cuenta con el apoyo de un importante y significativo sector doctrinal en nuestro país (por todos, Gordillo, 1983, p. 214) y es respaldado por los antecedentes históricos del precepto. De hecho, García Goyena (García Goyena, 1974, pp. 526-527) justificaba un tenor literal casi idéntico al de nuestro art. 1267 diciendo que se trataba de aclarar, y no de modificar, la solución adoptada en el *Code*.

Esa postura se puede ver respaldada también por los planteamientos doctrinales más significativos realizados en otros sistemas de nuestro entorno (para ver lo extendido de la postura, se puede ver desde Zachariae, 1842, p. 382 n 7, hasta Cicero, 2000, pp. 26-27, pasando por Mota Pinto, 1995, p. 329 n 313, Dawson, 1947, *cit.*, p. 255, Halson, 1991, p. 657 o Pfeiffer, 2012, p. 273). Además de otros argumentos legales en los que no merece la pena insistir, se puede encontrar un argumento más general y de fondo que apoya la corrección del empleo conjunto de los términos violencia e intimidación en el art. 1267 CC. Se trata del argumento de que el tratamiento que hace nuestro Código de la violencia física como vicio de la voluntad al lado de la intimidación por medio de amenazas expresas facilita la prueba del vicio que afecta al contrato en los casos, más graves, en los que se ha empleado fuerza física. Así, cuando se emplea fuerza física y eso determina que el violentado efectúe atemorizado una declaración de voluntad, no habrá que preocuparse de probar que sufrió miedo a resultas de la amenaza, cuestión siempre difícil, sino que bastará con probar el empleo mismo de esa fuerza irresistible (Díez-Picazo, 1993, p. 161, entre otros). El mismo requisito de que la fuerza sea irresistible es muy expre-

sivo para indicar que la víctima no tenía otra alternativa razonable, lo que quizá pueda explicar la restricción de la exigencia del requisito de que la víctima no tenga alternativa razonable en los textos del PECL y DCFR a los casos menos brutales de intimidación en los que se amenaza con el ejercicio de un derecho (cfr. art. 50 CESL, con las críticas de Pfeiffer, 2012, p. 276).

5. LA VIOLENCIA PROVENIENTE DE TERCERO

Nuestro art. 1268 permite anular un contrato sobre la base de la violencia o la intimidación empleada por un tercero que no intervenga en el contrato. Se trata de una regla tradicional, presente en Francia (que la ha conservado en su nuevo art. 1142 CC), Italia y otros sistemas de nuestro entorno. En la misma línea, se coloca la PM-CC y la PCC, mientras que los PECL y DCFR adoptan una visión parcialmente distinta por tener en cuenta todos los vicios de la voluntad en su conjunto (cfr. art. 3.2.8 PICC y los comentarios de Du Plessis, 2015, p. 519; Sobre el asunto, en el CESL, Bosch Capdevilla, 2015, p. 204). En efecto, también en las doctrinas de nuestra misma tradición, se ha destacado que estamos ante un asunto que tiene también mucho que ver con la cuestión de la relevancia del error y, sobre todo, del dolo causado por tercero.

Esta regla tradicional supone que se llega a perjudicar a la contraparte inocente, ajena a la violencia empleada por tercero. Normalmente, esto se justifica señalando la especial gravedad de la intimidación y aludiendo a la posibilidad de pedir una indemnización al autor de la amenaza (como se prevé en el art. 29 del Código de las Obligaciones suizo). Si se recuerda el origen de esta figura en los delitos y el papel muy restrictivo con que empezó a funcionar históricamente sólo en los casos más graves, creo que esto se puede entender bien: basta con comparar lo que la víctima arriesga (su persona o propiedades), frente a lo que arriesga el tercero inocente (la anulación del contrato). De hecho, se ha señalado que la unificación de las reglas de amenaza de tercero con las de dolo y ventaja excesiva aprovechada por tercero se justifican por el carácter patrimonial de las amenazas en el mundo moderno (Du Plessis, 2015, p. 522).

También se ha tratado de justificar la regla de nuestro art. 1268 destacando factores que, en el fondo, creo que miran a una limitación de su alcance. Así, se ha dicho que en esta materia el Código parte de (algo así como) una presunción de complicidad entre el tercero y la contraparte en el contrato; así se ha dicho en Francia (por todos, Fabre-Magnan, 2016, p. 406) y se maneja como justificación de las reglas que contienen los PICC en art. 3.2.8. También es significa-

tivo que, a la vez, se señalan las especiales dificultades de prueba de la intimidación que, por su carácter ilícito, suele tratar de ocultarse por sus autores.

En ese mismo sentido de poner límites a la relevancia de la violencia de un tercero, se ha introducido, por un lado, la exigencia de que la violencia haya sido dirigida a arrancar el contrato celebrado (en nuestra doctrina, por todos, Morales Moreno, 1993, pp. 349 y 358; en Italia, la mejor explicación está en Giordano, 1954, p. 59; en Francia, las cosas estaban ya claras para los exégetas, como se puede comprobar, por todos, en Larombière, 1885, p. 67 n 3), lo que en nuestro sistema ha cerrado la puerta a la relevancia en esta sede del miedo ambiental. Por otro lado, se ha manejado la idea de exigir un enriquecimiento en la contraparte, lo que parece que redirige el asunto hacia la usura o hacia el aprovechamiento abusivo por la contraparte de la situación de necesidad de la víctima.

En sentido contrario, otros autores argumentan diciendo que lo decisivo es el estado de necesidad (o temor) desde el que la víctima decide, por lo que es indiferente que el origen de la amenaza esté en la contraparte o en un tercero, lo que —especialmente en Francia— abre la puerta a preguntarse por la violencia ambiental o el miedo espontáneo que se tratará en seguida.

6. VIOLENCIA AMBIENTAL Y VENTAJA DESPROPORCIONADA

Ya hemos recordado con anterioridad que la justificación de que se prevea la anulación de los contratos celebrados por haber sido víctima de violencia o intimidación se encuentra en la idea de que la decisión no fue libre, sino que fue tomada en un estado de necesidad que en nuestra tradición se reconduce a la idea de temor, mientras que en otros sistemas se reconduce a la idea de carencia de otra alternativa razonable. Si hablamos de violencia e intimidación, elegir el mal menor en unas circunstancias de ausencia de libertad no es suficiente para poder obtener la anulación del contrato. Hace falta añadir, además, el requisito de que esa situación de necesidad haya sido creada injustamente por la contraparte o por un tercero.

La diferencia fundamental entre la intimidación y el estado de necesidad en materia contractual se percibe muy claramente en esto que estamos comentando. En efecto, cuando nos preguntamos por la suerte que ha de quedar reservada a los contratos celebrados en estado de necesidad, el punto de partida es el mismo: la voluntad del que se encuentra en estado de necesidad es una voluntad coaccionada por lo que en la doctrina francesa se ha llamado *violencia de los acontecimientos* y, en ese sentido, consiente porque no tiene más remedio que consentir. Esto le ocurre, por ejemplo, al capitán de un barco a

punto de hundirse que acepta la oferta de rescate que le hace el único remolcador que está en las proximidades.

La situación del que consiente bajo intimidación es exactamente igual a la del capitán del ejemplo anterior, que consiente porque no tiene otra alternativa que la de dar su consentimiento. En todo lo demás, las diferencias entre la anulación de los contratos celebrados bajo intimidación y la de los contratos celebrados en estado de necesidad (en sentido estricto) son bastante claras. Por un lado, en la intimidación el estado de temor es culpablemente creado por la contraparte (o por un tercero) con el fin de arrancar el contrato en cuestión, mientras que en los contratos celebrados en estado de necesidad la víctima se encuentra en ese estado sin la intervención de la contraparte ni de la de un tercero que pretendiese arrancar la celebración del contrato que luego se impugna. Por otro lado, también hay diferencias entre la intimidación y el estado de necesidad (en sentido estricto) desde el punto de vista de la antijuridicidad, que ha de concurrir claramente en la primera con el sentido que luego se verá, mientras que en la segunda parece que se ciñe a la idea de abuso y que su tratamiento se puede hacer preguntándose por la concurrencia de un deber de no abusar.

En nuestra doctrina, aunque se haya llegado a defender las opiniones de autores extranjeros que aplican la intimidación en casos de miedo provocado por alguna catástrofe natural (aisladamente, Bosch Capdevila, 2009, p. 94.), esa posición no es la normalmente mantenida. Normalmente, se defiende la posibilidad de reacción en estos casos de estado de necesidad o miedo espontáneo sólo si la otra parte conocía la situación en la que el otro contratante se encontraba y se había aprovechado de ello, sin que esa posibilidad de reacción se encauce siempre a través de una aplicación de la figura de la intimidación (Díez-Picazo, 1993, p. 164 y Albaladejo, 1957, p. 989). También con un punto de vista restrictivo, y de manera algo más críptica, se ha dicho que es necesario que haya dolo o ilicitud de la causa para poder atacar el contrato celebrado en estado de necesidad (De Castro, 1991, p. 142. También en Morales Moreno, 1993, p. 349. *Cfr.* Carrasco, 2010, p. 382). Estas últimas ideas más extendidas me parecen correctas y asumibles.

En los textos más modernos (PM-CC, PCC, PECL, DCFR) se recoge, con distintas formulaciones, una nueva figura que aspira a solucionar estos casos de estado de necesidad en general y que mira, para ello, al carácter desequilibrado del intercambio entre las partes. En cualquier caso, desde la lógica de la pura violencia e intimidación, creo que conviene tener en cuenta algunas cosas.

Que ambas figuras comparten un mismo requisito consistente en decidir bajo un estado de necesidad. Que la violencia requiere, además, el carácter antijurídico de la amenaza, en el sentido que antes hemos visto. Que ese carác-

ter antijurídico puede ser muy claro (amenaza de un mal injusto en sí mismo) o algo más difícil (amenaza de ejercicio de un derecho). Que, en estos casos más difíciles, es necesario hacer un análisis más fino y eso lleva, en ocasiones, a preguntarse por la injusticia del resultado en el sentido de la proporcionalidad de la justicia material del intercambio. En estos casos, el intercambio materialmente muy desequilibrado puede dar lugar a presumir que se han empleado presiones antijurídicas, pero en sí mismo no tiene otro significado.

Es más, en el grupo de casos de intimidación en los que se amenaza con incumplir un contrato para renegociarlo, se ha destacado la conexión del juicio de antijuridicidad con la teoría de la desaparición de la base del negocio, lo que de nuevo supone poner en danza el carácter desequilibrado del intercambio. Dado el carácter tan extendido de este subconjunto de casos, eso podría dar la sensación de que el desequilibrio del intercambio es consustancial a los casos de amenaza, pero no hay tal: el desequilibrio juega un papel para determinar si ha cambiado la base del negocio y es ese cambio lo que justifica que se pueda anunciar (o amenazar) con no cumplir un contrato en sus términos originales.

Por todo ello, no creo que tenga sentido combinar la lógica procedimental de la violencia o intimidación (que se encierra en la frase «es justo, porque ha sido libremente consentido») con la lógica de la rescisión, que mira a la justicia material del intercambio en sí. Éste es un camino que se intentó en el Código italiano de 1942 y que se ha recorrido en Francia, de la mano de la jurisprudencia y un importante sector de su doctrina, hasta llegar a los nuevos textos de su reciente CC. Ese camino ha dado muchos problemas en Italia y creo que es esperable que los dé igualmente en Francia. Me refiero a la formulación del art. 1143 CCF de que, «Existe igualmente violencia cuando una parte, abusando del estado de dependencia en que se encuentra la otra, consigue de ella un consentimiento que ésta no habría prestado en ausencia de dicho estado de dependencia, y obtiene así una ventaja manifiestamente excesiva» (traducción de Cabanillas). En efecto, me parece que la posibilidad de recurrir a la justicia material del intercambio sin que el sistema señale que (¡ojo!) ha cambiado la base para decidir, es una trampa absurda que el sistema pone a los operadores menos avisados. En ese sentido, creo que es mucho mejor respetar la lógica interna de la violencia o intimidación (en la que, como se ha dicho, la injusticia del intercambio puede suponer –todo lo más– una enérgica presunción de que has decidido bajo presiones) y crear una figura nueva que atienda a los casos en que una parte se aprovecha de una situación de debilidad o de necesidad que no es imputable a la primera. La presencia de esa figura en la PM-CC y la PCC, en la línea de los PECL y DCFR, creo que es una buena noticia para todos.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., «Invalidez de la declaración de voluntad», *ADC*, 1957-II, pp. 985-1037.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L., *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, I, Milán: D. F. Vallardi, sin fecha.
- BOSCH CAPDEVILLA, E., «Los vicios del consentimiento», en Vaquer, Bosch y Sánchez (eds.), *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, 2015.
- «Estado de necesidad y consentimiento contractual. ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del Derecho contractual europeo y comparado?» *RCDI*, 2009, p. 94.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción: (Estudio preliminar y traducción)», *ADC*, 2007-II, pp. 621-848.
- CARRESI, F., «La violenza nei contratti», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1962-II, pp. 411-432.
- CARTWRIGHT/SCHMIDT-KESSEL, «Defects in Consent: Mistake, Fraud, Threats, Unfair Exploitation», en G. Dannemann y S. Vogenauer, *The Common European Sales Law in Context*, Oxford, 2013.
- CAVALO BORGIA, R., «Articoli 1434-1440», en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma: Zanichelli- Soc. Ed. del Foro Italiano, 1998.
- CICERO, C., *La violenza nel negozio giuridico*, Padua: Cedam, 2000.
- CORSARO, L., *L'Abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia: Università di Perugia, 1979.
- DALZELL, J., «Duress by Economic Pressure», *North Carolina Law Review*, 1942, vol. 20, pp. 237-277 y pp. 341-385.
- DAWSON, J. P., «Economic Duress: An essay in Perspective», *Michigan Law Review*, 1947, vol. 45, pp. 253-290.
- DE CASTRO y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas, reimpresión de 1991.
- DEMOGUE, R., «De la violence comme vice du consentement», *RTDC*, 1914, pp. 435-480.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, 4.^a ed. Madrid: Civitas, 1993.
- DURANTON, M., *Cours de droit civil*, VI, 4 ed. Bruselas: Société Belge de Librairie, 1841.
- FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 4.^a ed, París, 2016.
- FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, XIII, París: Videcoq, 1856.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974.
- GETE ALONSO, M. C., *et al.*, *Manual de Derecho Civil*, II, 2.^a ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998.
- GHESTIN, J., «La formation du contrat», *Traité de droit civil*, dir., J. Ghestin, 3.^a ed. Paris: LGDJ, 1993.

- GIORDANO, A., «In tema di violenza morale e di sfruttamento di uno stato di pericolo», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1954-I, pp. 56-66.
- GÓMEZ CALLE, E., *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2018.
- GORDILLO, A., «Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual», *RDP*, 1983, pp. 214-260.
- HALSON, R., «Opportunism, Economic Duress and Contractual Modifications», *The Law Quarterly Review*, 1991, vol. 107, pp. 649-678.
- LAROMBIÈRE, M. L., *Theorie et pratique des obligations*, I, París: A. Durand y Pedone-Lauriel, 1885.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, XV, Bruselas-París: 1875.
- MARCADÉ, V. N., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, IV, París, 1859.
- MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Les obligations*, I, 2.^a ed. París: Sirey, 1988.
- MORALES MORENO, A. M., «Comentario a los artículos 1267 y 1268», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Madrid: Edersa, 1993, pp. 341-377.
- MOTA PINTO, P., *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995.
- MOURLON, F., *Répétitions écrites sur le deuxième examen du code Napoléon*, II, París: A. Marescq Ainé, 1863.
- DEL PRATO, E., *La minaccia di far valere un diritto*, Padua: Cedam, 1990.
- DU PLESSIS, J., «Comentario a los arts. 3.2.5 a 3.2.8», en S. Vogenauer (ed.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 2.^a ed. Oxford, 2015.
- SMITS, J., *Contract Law. A Comparative Introduction*, 2.^a ed. UK-EEUU, 2017.
- SOLÉ FELIU, J., «La amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos y principios europeos y propuestas de renorma en España», *InDret*, julio 2016.
- SUTTON, R. J., «Duress by Threatened Breach of Contract», *McGill Law Journal*, 1974, vol. 20, pp. 554-586.
- TOULLIER, Ch., *Droit civil français*, VI, 5.^a ed. París, 1830.
- TRABUCCHI, A., «Violenza, vicio della volontà (diritto vigente)», *Novissimo Digesto Italiano*, XX, Turín: Utet, reimp. 1982, pp. 941-953.
- ZACHARIAE, C. S., *Cours de droit civil français*, I, 2.^a ed., revisado por Aubry y Rau, Bruselas: Société Belge de Librairie, 1842.

XXXII

REMEDIOS POR EL INCUMPLIMIENTO: EL CÓDIGO CIVIL, ENTRE AYER Y MAÑANA

PEDRO DEL OLMO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Dos modelos de incumplimiento. 1.1 Las líneas básicas del nuevo modelo del incumplimiento. 1.2 Punto de vista unilateral frente a punto de vista bilateral. 1.3 Incumplimiento como falta de conformidad.–2. Los remedios por el incumplimiento. 2.1 Pretensión de cumplimiento y sus límites: imposibilidad y abuso de derecho. 2.1.1 Concepto y supuesto de hecho. 2.1.2 Cumplimiento de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Cumplimiento de obligaciones dinerarias y no dinerarias. a) La regulación del Código Civil. b) La regulación, en la Propuesta de Modernización. 2.1.3 Los límites a la pretensión de cumplimiento. 2.2 La resolución por el incumplimiento. 2.2.1 La fuerza de la resolución. 2.2.2 Las causas de la resolución. 2.2.3 La facultad de resolver por incumplimiento. 2.2.4 Efectos: liberación, modificación del vínculo y restitución.–3. La pretensión indemnizatoria. 3.1 Ideas generales. 3.2 Requisitos. 3.2.1 Título de imputación. 3.2.2 El daño. 3.2.3 El nexo causal. 3.3 El alcance de la indemnización. 3.3.1 Los daños que cubre el contrato. 3.3.2 El deber de mitigar. 3.3.3 El interés positivo.–4. Conclusión.

1. DOS MODELOS DE INCUMPLIMIENTO

1.1 Las líneas básicas del nuevo modelo del incumplimiento

Desde hace bastantes años, se viene hablando en la doctrina de los distintos sistemas comparados de un *nuevo* modelo del incumplimiento, mode-

lo que se ha plasmado ya en distintos textos normativos nacionales e internacionales. El carácter relativo de esa novedad se puede ver en el hecho de que la Convención de Viena de Venta Internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés) de 1980, del que España es parte desde 1991, respondía ya a ese nuevo modelo. De igual forma, el Código Civil (CC) de los Países Bajos (1992), el CC Alemán (reformado en 2002) y el nuevo texto del CC francés (reformado en 2016) también responden a ese nuevo modelo. En él también se inspira la regulación del incumplimiento en los principales textos del llamado *soft law*, tanto en los europeos como en los de alcance internacional. Así, en el ámbito europeo, los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos* (PECL, por sus siglas en inglés) y en el llamado *Borrador del Marco Común de Referencia* (DCFR, por sus siglas en inglés). También con valor de *soft law*, pero de alcance internacional, responden al nuevo modelo los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC, en inglés).

En España, además del mencionado tratado CISG, también responde a esa nueva lógica la regulación de la venta de consumo en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) de 2007, en alguna medida. En un nivel autonómico, hay que tener en cuenta la incorporación del nuevo modelo al Código Civil de Cataluña (CCCat). También en España, la Comisión General de Codificación publicó en 2009 un anteproyecto de reforma del CC español que respondía a ese modelo y que, por su claridad y rigor usaremos de apoyo en estas páginas: es la Propuesta de Modernización del CC en materia de obligaciones y contratos (PM-CC, en lo sucesivo)¹. Sin embargo, esa propuesta de reforma no ha prosperado por el momento.

Así las cosas, el operador jurídico se ve obligado a seguir trabajando con las reglas del CC sobre el asunto. La cosa se complica por el hecho de que nuestros tribunales sí han ido recogiendo las reglas fundamentales del nuevo modelo y aplicándolas en sus decisiones con lo que, de alguna forma, fuerzan o adaptan las reglas del CC en ese sentido, promoviendo una evolución del sistema. Tanto es así que puede decirse que el nuevo modelo no está en el CC español, pero sí en el Derecho privado español (en la CISG, TRLGDCU, CCCat y en la doctrina y jurisprudencia).

¹ El texto completo de esta propuesta se puede encontrar en <https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas>.

En este nuevo modelo, los remedios por el incumplimiento fundamentales son (F. Pantaleón):

a) La pretensión de cumplimiento. Consiste en que el acreedor pida al deudor el cumplimiento de la obligación en los mismos términos en que ésta fue creada, es decir, pida el cumplimiento en forma específica (también llamado «in natura» o «en especie»). El acreedor también puede pedir que la obligación de hacer se ejecute «*a expensas del deudor*», lo que también está en esta lógica del cumplimiento, por mucho que el acreedor pueda terminar recibiendo una cantidad de dinero.

b) La pretensión de resolución. Consiste básicamente en la posibilidad de dejar sin efecto la operación de intercambio, si el deudor no cumple. Ante la resistencia del deudor a realizar la prestación que le corresponde, el acreedor puede resolver la venta y pedir la restitución de la señal que, en su caso, hubiera dado como anticipo del precio. Al lado de la resolución por incumplimiento, hay otros remedios que también pertenecen a la familia de los remedios aplicables en obligaciones bilaterales (suspensión del cumplimiento, reducción del precio) que, por razones de espacio, no se tratarán en este trabajo.

c) La pretensión indemnizatoria. El acreedor que ha sufrido el incumplimiento del deudor puede pedir la indemnización de los daños causados, siempre que ese incumplimiento sea imputable al deudor. Este remedio es compatible con la pretensión de cumplimiento y con la pretensión de resolución. Por ejemplo, si el comprador resuelve por incumplimiento, puede pedir la restitución (en su caso) del anticipo ya pagado y la indemnización del sobre coste que para él suponga buscar y comprar en el mercado un sustituto de lo que el vendedor no le ha entregado. Si, por el contrario, el comprador decide pedir el cumplimiento en forma específica, podrá pedir los daños sufridos por la entrega retrasada.

Este esquema de remedios está muy bien plasmado en el art. 1190 PM-CC, que está contenido significativamente entre las «Disposiciones generales» del Cap. VII, que regula el incumplimiento. Según ese precepto,

«En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos».

Además de la resolución, el precepto menciona también la reducción del precio en esta «familia de remedios» propia de las obligaciones bilaterales.

Al lado de estos remedios, merece la pena tener en cuenta también el remedio basado en la restitución del enriquecimiento cuya lógica se recoge en el art. 1186 CC y al que, sin embargo, se aludirá muy brevemente en este trabajo.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho codificado, el cambio fundamental que supone la introducción de ese nuevo modelo se puede expresar probablemente en una frase, quizá en dos. La primera frase sería que el nuevo modelo regula el incumplimiento del contrato, no de la obligación. La segunda frase sería que el nuevo modelo del incumplimiento arranca de la idea de incumplimiento como falta de conformidad. Veámoslo.

1.2 Punto de vista unilateral frente a punto de vista bilateral

Lo esencial del cambio está en que se pasa de una regulación del incumplimiento de la obligación (como relación unilateral crédito-deuda) a una regulación del incumplimiento del contrato (relación bilateral, en la que normalmente son acreedores y deudores las dos partes de la relación jurídica como un todo; es la *relación jurídica obligatoria* a que aludía siempre Díez-Picazo para tratar de cambiar el planteamiento de las cosas). En otras palabras, que la visión tradicional del incumplimiento regulaba el incumplimiento de la obligación (unilateral), mientras que la nueva visión propone regular el incumplimiento del contrato (bilateral). Mientras el modelo tradicional que está recogido en nuestro CC responde a la primera concepción, el nuevo modelo del incumplimiento responde a la segunda visión del asunto. Es lógico que así sea, si se tiene en cuenta que los sistemas anglosajones de *common law* (a los que también se dirigen los textos de la CISG o de los PECL) no cuentan con una teoría general de las obligaciones, que sí existe en los CC europeos continentales, por lo que mal se podía basar en la idea de obligación (unilateral) una visión del incumplimiento que fuera capaz de servir como mínimo común denominador del Derecho Privado, tanto de los sistemas de *common law* como de los sistemas de Derecho Civil codificado.

Esta idea se puede comprobar en la estructura de nuestro CC y en la forma en que se recogen en él los distintos remedios por el incumplimiento. En efecto, en el CC podemos encontrar las reglas generales sobre el incumplimiento en el Título Primero del Libro IV. Este Libro IV está dedicado a las obligaciones y contratos, y su Título Primero lleva por título «De las obligaciones». Así, los remedios por incumplimiento que se recogen en los arts. 1096-1099 CC (pretensión de cumplimiento) y arts. 1101-1110 (pretensión indemnizatoria), todos ellos pertenecientes a ese Título Primero, están regulando –por tanto– el

incumplimiento de la obligación (unilateral: la contraposición crédito-deuda). Esa obligación puede ser derivada del contrato o no. Por ejemplo, el incumplimiento de la obligación de pagar una indemnización por los daños extracontractuales causados también está regulado en esos artículos citados.

Ésa es la explicación de que, como la resolución por incumplimiento es propia de los contratos sinalagmáticos, ese remedio resolutorio no pueda figurar como remedio general del incumplimiento en el modelo del CC. Volviendo al ejemplo anterior, es claro que la pregunta de si cabe la resolución en el caso de la obligación de indemnizar que se impone a quien ha causado un daño extracontractual no cabe en ningún caso: como la obligación es unilateral, hay que cumplirla de una forma o de otra, porque su resolución sólo beneficiaría al deudor y no tendría ningún sentido.

Para encontrar la regla de que cabe resolver por incumplimiento, debemos ir al art. 1124 CC, dentro de una sección dedicada a las obligaciones condicionales y que empieza advirtiendo que la facultad de resolver que en él se regula sólo se aplica a las «obligaciones recíprocas», es decir, a las obligaciones sinalagmáticas, que son la regla general en el mundo de los contratos de intercambio.

Lo que estamos tratando de explicar se ve bien si contraponemos el art. 1124 CC y el art. 1190 de la PMCC.

El art. 1124 CC, dice, en sus dos primeros párrafos, que

«La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos (...).».

El art. 1190 PMCC dice:

«En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos».

Como se ve, el contenido normativo de ambos preceptos coincide: los dos dicen que, en caso de incumplimiento, cabe elegir entre resolver la obligación o pedir el cumplimiento en forma específica de esa obligación, pudiéndose complementar ambas peticiones con la reclamación de los daños causados. Donde se aprecia bien el cambio de punto de vista del modelo es que, mientras en la PM-CC el art. 1190 está recogido entre los primeros artículos que dicha PM-CC dedica al incumplimiento (de hecho, ese art. 1190 es el tercero de esos

artículos dedicados al incumplimiento) y sirve para ordenar el resto de la regulación, el art. 1124 CC es el último y casi marginal precepto que aparece en una sección dedicada a las obligaciones condicionales. El CC da así la (en realidad, falsa) impresión de que las obligaciones recíprocas son algo de poca importancia. En realidad, la mayor parte de las obligaciones que forman el núcleo del Derecho privado patrimonial son de origen contractual y la inmensa mayoría de esas obligaciones contractuales tienen carácter bilateral (o asociativo). Como explican los autores que más han estudiado estos temas, apenas hay obligaciones unilaterales, que son típicamente obligaciones legales.

El punto de partida elegido en el CC (incumplimiento de la obligación) tiene su reflejo en otras partes del régimen que establece. Puede explicar, por ejemplo, la importancia destacada de la idea de mora en el cumplimiento. Si el sistema de remedios por incumplimiento está pensado para obligaciones unilaterales (que, por definición, no se pueden resolver), es lógico que el régimen del retraso tenga una importancia fundamental, puesto que en los esquemas del legislador la obligación ha de terminar cumplida siempre, aunque se tarde un tiempo en lograrlo. En efecto, la obligación termina cumplida siempre, si es una obligación de pagar dinero o dar una cosa genéricamente definida (entregar 100 kg de carbón; *cf.* art. 1096. II CC). Y, en los esquemas del CC, la obligación termina también cumplida siempre, si la obligación es una obligación de dar cosa específica; aunque en estos casos el asunto puede terminar con el acreedor obteniendo el cumplimiento en especie con ayuda del juez o bien obteniendo –cuando estemos ante un caso de imposibilidad de cumplir, por ejemplo, porque la cosa se ha perdido (*cf.* art. 1182 CC)– el llamado *cumplimiento por equivalente*. Hablando de este cumplimiento por equivalente, los autores mencionan en ocasiones la técnica romana de la *perpetuatio obligationis*, que consiste en considerar que la obligación imposible de cumplir por culpa del deudor no se extingue, sino que se *perpetúa*, convertida en una obligación de entregar una cantidad de dinero equivalente a la prestación perdida (*aestimatio rei*). Existe, entonces, una cierta proximidad entre este remedio del cumplimiento por equivalente y la auténtica indemnización de daños, pero las relaciones entre ellas no son siempre claras en la visión más tradicional de estas cuestiones.

En este caso, se aprecia también que, en la visión unilateral del CC, la idea de la imposibilidad de la obligación tiene gran importancia y (como, por definición, no se puede resolver una obligación unilateral) supone el único límite a la idea de que la obligación de dar cosa específica ha de ser cumplida en especie.

1.3 Incumplimiento como falta de conformidad

Además de la idea de la contraposición entre el modelo tradicional-unilateral y el nuevo modelo-bilateral, la doctrina ha destacado convenientemente una segunda idea central en el cambio de paradigma: la idea de que el nuevo modelo arranca del incumplimiento como simple falta de conformidad (A. M. Morales Moreno). Los distintos remedios por el incumplimiento exigen luego distintos requisitos, como veremos más tarde, pero todos ellos arrancan de una prestación no conforme, es decir, de una discordancia entre lo debido y lo ocurrido en la realidad.

Esto de la falta de conformidad significa que, para saber si en un caso concreto estamos ante un incumplimiento o no, hay que comparar la realidad con lo debido. La idea de que la obligación expresa siempre un deber de conducta, o al menos una norma (un deber ser), permite comparar lo previsto en esa norma con lo que ha ocurrido en la realidad.

Pensemos en un caso en el que Daniel debe a Alicia 1.000 euros, a pagar el día 25 de julio en La Coruña. Si ese día, Daniel va a la casa de Alicia en La Coruña y paga esos 1.000 euros, estaremos ante el pago o cumplimiento de la obligación. Si estamos a día 26 y Alicia no ha cobrado, estaremos ante un incumplimiento, total, en este caso. Si Alicia ha cobrado sólo 750 euros, estaremos ante un incumplimiento parcial, pero incumplimiento. Si Alicia ha cobrado 1.000 euros, pero lo ha hecho el 8 de septiembre, estaremos ante un retraso que también es visto como un caso de incumplimiento. En todos estos casos, no hay nada más que preguntar, para saber si estamos ante un incumplimiento. Sí habrá que seguir haciendo preguntas, para llegar a saber qué remedios por incumplimiento puede hacer valer Alicia; pero lo que está claro en todo caso es que estamos ante un incumplimiento.

En ocasiones se habla de falta de conformidad para aludir a prestaciones defectuosas en su calidad o cantidad. Se contrapone así *cumplimiento defectuoso* con *incumplimiento como no prestación*; el *cumplimiento tardío* quedaría un poco en el medio, preguntándose cuál es su lugar, si entre los cumplimientos defectuosos (por retrasado: se ejercita la pretensión de cumplimiento, más la indemnización por el retraso) o entre los incumplimientos totales (cuando el acreedor tenga derecho, en los términos que se verán, a tratarlo como un incumplimiento esencial). Todo esto no debe llevarnos a engaño: la idea de no conformidad entre lo debido y lo cumplido puede abarcar todos los casos de simple discordancia entre lo proyectado (lo debido) y lo que haya ocurrido en la realidad.

En resumen, si la realidad se corresponde con el comportamiento previsto en la obligación, estaremos ante un pago o cumplimiento. Si, por el contrario,

hay divergencias entre la realidad y lo debido, estaremos ante un incumplimiento que abre las puertas a ejercitar alguno de los remedios por incumplimiento que hemos resumido en el primer epígrafe. La idea está expresada en el art. 1188 PM-CC, con gran claridad:

«Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten».

2. LOS REMEDIOS POR EL INCUMPLIMIENTO

En esta materia, el punto de partida se puede poner en la idea de que la violación del crédito por parte del deudor hace surgir algunos remedios por incumplimiento en favor del acreedor. La idea está muy claramente formulada en la combinación del art. 1088 PM-CC (Propuesta de Modificación del CC en materia de obligaciones) con el art. 1190 PMCC. Según el primero de esos preceptos:

«Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten».

Por su lado, el art. 1190 PM-CC enumera los remedios desencadenados por ese incumplimiento en términos muy similares –como hemos dicho ya– a los recogidos en el art. 1124 CC. Según este último precepto,

«En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos».

Por tanto y a continuación, vamos a estudiar la pretensión de cumplimiento, los remedios propios de las obligaciones sinalagmáticas (la resolución, es el principal) y la indemnización de daños y perjuicios. Recordamos que, arrancando todos ellos del incumplimiento de la obligación, cada remedio tiene sus propios requisitos y recordemos también de que sólo el remedio indemnizatorio requiere la prueba del daño causado por el incumplimiento (daño y nexos causal) y del título de imputación (culpa, en muchos casos).

2.1 Pretensión de cumplimiento y sus límites: imposibilidad y abuso de derecho

2.1.1 CONCEPTO Y SUPUESTO DE HECHO

La pretensión de cumplimiento (PC, en lo sucesivo) es el remedio principal en nuestro sistema de remedios por el incumplimiento. El acreedor tiene

derecho a pedir el cumplimiento de la obligación en sus propios términos mediante un ejercicio extrajudicial o judicial de su pretensión. En este sentido, la denominación de cumplimiento *en especie* y la de cumplimiento *in natura* son muy expresivas.

Para el acreedor, se trata de exigir exactamente lo que se le debe en virtud del contrato o de la obligación incumplidos, por lo que se puede decir que la acción de cumplimiento tiene por función *reintegrar* el derecho (de crédito) violado por el incumplimiento. En ese sentido, se ha dicho que dar prioridad a la pretensión de cumplimiento supone reforzar la fuerza vinculante del contrato, puesto que el acreedor sabe que podrá obtener coactivamente lo prometido. Por su lado, los estudiosos del análisis económico del Derecho señalan que el nivel de confianza depositado en la obligación por el acreedor es determinante desde el punto de vista de los incentivos que se generan.

El mero incumplimiento de lo pactado desencadena, pues, la pretensión de cumplimiento, sin más requisitos. En ese sentido, se ve que el acreedor no puede –a partir de ese incumplimiento– elegir sin más entre pedir el cumplimiento o pedir la indemnización de los daños sufridos. El compromiso del deudor no se puede ver, frente a lo que ocurre en el *common law*, como una especie de obligación alternativa (cumplir o pagar daños). Entre nosotros, lo que el acreedor puede pedir desde que se produce la lesión de su derecho es el cumplimiento, porque para pedir la indemnización de los daños tiene que probar otros requisitos (daño causado y título de imputación) y/o tiene que pasar antes por el ejercicio de la pretensión resolutoria (que, a su vez, requiere el carácter esencial del incumplimiento, por regla general). Por otro lado, frente al remedio indemnizatorio, se ha observado que la pretensión de cumplimiento tiene la ventaja de evitar los problemas de liquidación de los daños causados por el incumplimiento. Desde ese punto de vista, para el juez es más fácil ordenar al deudor que entregue lo debido que determinar los daños que el incumplimiento ha causado al acreedor.

Cabe observar que existe aquí un atajo de vuelta al modelo tradicional: hay quien dice, y la jurisprudencia más antigua conoce la idea, que el mero incumplimiento del contrato genera un daño, con lo que se puede volver a mezclar todos los remedios en uno y defender que el incumplimiento del contrato da lugar a la «responsabilidad contractual» como solución única que engloba tanto la PC como la pretensión indemnizatoria (PI). En esta manera antigua de plantear las cosas, probablemente juega también un papel la idea de que la violación del crédito puede ser visto como culpa objetiva (ilicitud).

2.1.2 CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE DAR, DE HACER Y DE NO HACER. CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DINERARIAS Y NO DINERARIAS

Veamos primero cómo se plantean las cosas en el CC, dejando para más tarde los planteamientos de la PM-CC:

a) *La regulación del Código Civil*

La pretensión de cumplimiento se recoge en el CC atendiendo al carácter de las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Veámoslo en los siguientes números:

1. En la obligación de dar, el acreedor que busca obtener la satisfacción de su derecho puede pedir el cumplimiento de conformidad con el art. 1096 CC. Este precepto distingue el caso de la obligación de dar cosa específica del caso de la obligación de dar cosa genérica. En el primero de los casos, el acreedor dice, por ejemplo, «dame la finca que me has vendido» y, si el deudor no cumple entregándola voluntariamente, podrá acudir al juez para que éste condene al deudor a entregársela. En el segundo caso y si el deudor no cumple voluntariamente, el acreedor pide al juez que la obligación se ejecute a su costa. Por medio de esa petición, el acreedor obtiene con ayuda judicial las cosas pertenecientes al género en cuestión, es decir, obtiene lo que le era debido; por eso, esta manera de proceder permanece en la lógica de la pretensión de cumplimiento y no requiere prueba del daño ni del título de imputación.

La regulación de esta materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), distingue entre obligaciones de dar cosa determinada según se trate de cosas muebles o inmuebles. Además, establece un camino alternativo (un «plan B», como se dice ahora) para los casos en que surjan problemas con la entrega de bienes muebles, camino que puede dar lugar a malos entendidos.

No hay especial problema en la regulación de la LEC sobre las obligaciones de dar cosa inmueble específica. En esos casos, la LEC se limita a regular con más detalle cómo proceder cuando el acreedor se encuentra con el inmueble ocupado por terceros o cuando se hallan en él cosas muebles que no le corresponden (arts. 703 y 704 LEC). En cambio, en el caso de cosas muebles, sí puede surgir el problema de que, habiéndose ejercitado la acción de cumplimiento, la cosa «no se pueda hallar» en el patrimonio del deudor. En ese caso, la LEC permite al acreedor de optar por una cantidad equivalente a la valoración de dicha cosa mueble. Se ha observado acertadamente (A. M. Morales Moreno) que esto no supone darle al acreedor de bien mueble una *indemnización* a cambio de la cosa, sino que seguimos en la lógica de la pretensión de cumplimiento porque se trata de darle

el *equivalente* pecuniario de la cosa que no se puede hallar. Si hubiera daños adicionales y el acreedor los quiere reclamar, tendrá que haberlo hecho por medio de la pretensión indemnizatoria y tendrá que haber probado que concurren sus requisitos específicos (daño y título de imputación, principalmente).

En la regulación de la LEC pasa algo parecido, cuando el acreedor ha pedido la entrega de cosas genéricas y resulta que después desaparece su interés en ellas.

Merece también la pena detenerse a explicar que, cuando el TRLGDCU regula el remedio de la reparación del producto disconforme entregado al consumidor, seguimos también en la lógica de la pretensión de cumplimiento. Dice el art. 119 TRLGDCU que,

«Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto...»

En efecto, cuando el consumidor exige que se le repare la lavadora estropeada está pidiendo que el deudor rectifique la prestación defectuosa que ha realizado, es decir, que le entregue una lavadora que funcione correctamente: eso es a lo que él tenía derecho. Como el consumidor obtiene satisfacción de su derecho, seguimos en la lógica de la pretensión de cumplimiento. Como se ve, esto permite mantener la claridad de los conceptos y de las figuras, evitando difuminar los remedios diciendo que el consumidor tiene derecho a una «indemnización *in natura*» cuando le entregan una lavadora defectuosa. Si se piensa en los requisitos de uno y otro remedio, se ve clara la importancia de mantener claras las diferencias entre remedios.

La exposición de la normativa sobre la pretensión de cumplimiento contenida en el CC se puede completar recordando que el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (art. 1095 CC, primer inciso; este precepto se ha puesto en relación con la idea de que el riesgo de perecimiento de la cosa corre por cuenta del acreedor, pero eso puede quedar apartado por el momento) y que el deudor ha de entregar la cosa junto con todos sus accesorios aunque no se hayan mencionado en el contrato (art. 1097 CC). Esta última idea, que parece estar definiendo el contenido de la obligación de dar, se ha puesto en conexión con los arts. 334 y 347 CC.

2. Por lo que respecta a la pretensión de cumplimiento de obligaciones de hacer, se puede decir que está recogida en el art. 1098 CC, según el cual, «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa». Su segundo párrafo añade, «Eso mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho». Como se ve, se recoge en este texto el catálogo de posibles violacio-

nes del derecho de crédito en cuestión, como son el supuesto de pasividad del deudor («no la hiciera») y el supuesto de cumplimiento inexacto o defectuoso («contraviniendo el tenor de la obligación»). Además, las últimas palabras de este art. 1098 nos recuerdan los casos de acción de rectificación en caso de cumplimiento defectuoso («...que se deshaga lo mal hecho») y nos permite ver que todo el precepto está en la lógica de reintegración del derecho del acreedor de una obligación de hacer: se trata de que éste obtenga *in natura* lo que, según la obligación, debía realmente recibir.

3. La pretensión de cumplimiento en obligaciones de no hacer está prevista en el artículo 1099 CC, que ordena que se deshaga lo mal hecho, es decir, que se deshaga lo que supone violación de la obligación de no hacer, cuando el deudor «ejecutare lo que le había sido prohibido».

b) *La regulación, en la Propuesta de Modernización*

En la PM-CC, siguiendo una manera de plantear las cosas que está muy extendida en el Derecho comparado y que se ha plasmado ya en los textos de *soft law* más conocidos, la regulación de la pretensión de cumplimiento se hace distinguiendo entre obligaciones dinerarias y obligaciones no dinerarias. Respecto de las primeras, el art. 1191, I PM-CC establece que

«El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento» (el art. 9.101 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, PECL por sus siglas en inglés, es prácticamente igual).

El aforismo de que el género nunca perece (*genus nunquam perit*) alcanza sus más altas cotas cuando pensamos en obligaciones dinerarias (J. Caffarena). Aunque la observación sea probablemente una perogrullada, se puede decir también que, en las obligaciones dinerarias, lo debido es una cantidad de dinero, por lo que coincide lo debido con su equivalente y, por otro lado, que el acreedor termina recibiendo dinero sin que se trate realmente de una indemnización de daños. Desde un punto de vista comparado, todos los sistemas –también los pertenecientes al *common law*, en los que el cumplimiento en forma específica no es el remedio general– admiten con facilidad la pretensión de cumplimiento cuando se trata de condenar a pagar una cantidad de dinero.

A diferencia de lo que ocurre con las obligaciones dinerarias, las obligaciones no dinerarias plantean otros problemas. En ellas, no siempre se puede pedir el cumplimiento en forma específica y el sistema necesita tener previsiones al respecto. Veámoslo en el siguiente epígrafe, al hablar de los límites a la pretensión de cumplimiento.

2.1.3 LOS LÍMITES A LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

Empezábamos este epígrafe sobre la pretensión de cumplimiento recordando que ésta no exige probar la causación de un daño ni exige probar título de imputación (culpa, por ejemplo). Decíamos que, si pensamos en el supuesto de hecho de la acción de cumplimiento desde un punto de vista positivo, nos encontramos con el punto de partida común a todos los remedios por incumplimiento –la falta de conformidad entre lo previsto en la obligación y lo que ocurre en la realidad– y que no se exige nada más para poder ejercitar la pretensión de cumplimiento. Eso es cierto, pero también lo es que los límites a la pretensión de cumplimiento pueden ser vistos como una delimitación del supuesto de hecho relevante, desde un punto de vista negativo. Los límites a la pretensión de cumplimiento son la imposibilidad física o jurídica y el abuso de derecho. Si lo queremos formular como requisitos «en negativo» de la pretensión de cumplimiento, podemos decir que, para poder pedir el cumplimiento, éste ha de ser física y jurídicamente posible y que se ha de respetar el límite general de no incurrir en abuso del derecho. Sea como sea, lo que es importante es que esa –si se quiere– delimitación negativa del supuesto de hecho determina, en realidad, excepciones que esgrimirá el deudor cuando se pretenda frente a él el cumplimiento en forma específica.

1. Un ejemplo de imposibilidad física muy habitual en la doctrina es el del deudor de un anillo que lo pierde mientras viajaba en barco hacia el lugar de cumplimiento de la obligación, porque se le cae por la borda. Sabemos que hay (o habrá) incumplimiento cuando el barco llegue a su destino –porque el deudor no podrá entregar el anillo perdido– y sabemos también que el acreedor no tendrá acción de cumplimiento porque el anillo en cuestión «no se puede hallar», por decirlo con las palabras de la LEC.

Un ejemplo de imposibilidad jurídica puede ser el de la expropiación de la finca vendida o el de la declaración de ilegalidad del producto o de la sustancia vendida. Es claro que en esos casos puede haber otras consecuencias desde el punto de vista de los remedios (indemnizatorias, por ejemplo), siempre que se den sus requisitos respectivos. Pero también es claro que no se podrá dar ni exigir la finca expropiada ni la mercancía de tráfico sobrevenida ilegal.

En este momento, surge un cruce interesante entre la acción de cumplimiento y la resolución por incumplimiento (y con la acción de enriquecimiento como remedio contractual). Baste por ahora decir que, como recordaremos en su momento, la resolución no opera automáticamente en casos de imposibilidad, sino que siempre ha de ser solicitada por el acreedor interesado en obte-

nerla. El ejemplo que pondremos al hablar de estos problemas en el epígrafe dedicado a la resolución es el del armador que ve cómo su derecho sobre la nave dada en fletamento es intervenido por la *Royal Navy* durante la II guerra mundial para contribuir al esfuerzo de guerra. En el caso que F. Pantaleón ha presentado entre nosotros, el flete mediante el cual el armador había cedido el uso del buque al fletador era, digamos, 1.000 libras/mes. La *Royal Navy* paga al armador 1.300 libras/mes. Es claro que el armador no puede elegir no entregar el buque a la Marina y entregárselo al fletador, puesto que estamos en una imposibilidad jurídica de cumplir el contrato de fletamento. La pregunta interesante es la de si el fletador ha de quedarse con los brazos cruzados o si puede, pagando 1.000 libras, tener derecho a obtener los *residuos* que la imposibilidad ha dejado en el patrimonio del deudor liberado (*cf.* art. 1186 de nuestro CC), es decir, el flete de 1.300 libras.

2. El ejemplo de desaparición del remedio que nos ocupa por aplicación aquí del límite del abuso de derecho se puede inspirar en una STS de 27 de octubre 1987 (RJ 7476) en la que no se dio cauce al ejercicio de la acción de cumplimiento por parte de una comunidad de propietarios que se quejaba de que, según la memoria de calidades del contrato de compra de los pisos, había un muro del edificio que debía estar construido con ladrillos cara vista, mientras que el promotor había colocado en su lugar otros ladrillos que requerían ser enfoscados y pintados periódicamente. La idea es que la comunidad de vecinos de este caso no contaría con la pretensión de cumplimiento, a pesar de la evidente falta de conformidad del edificio construido, porque sería abusivo pretender la demolición del muro del edificio una vez construido para lograr que esa pared tuviera la terminación pactada entre las partes sobre plano. Sería demasiado oneroso para el constructor y económicamente no tendría sentido. Además, si se reconociese la pretensión de cumplimiento a la comunidad de propietarios le estaríamos dando un desaforado poder de agresión contra el promotor, que le permitiría extraer de él prácticamente todo el coste de demolición y reconstrucción como indemnización sin querer, en realidad, sustituir el muro. Ahí se ve la conexión entre este límite y el abuso del derecho, técnica que siempre plantea una comparación entre los fines perseguidos por el titular del derecho y los fines para los que ese derecho le fue conferido por el ordenamiento. En estos casos, pues, desaparece la pretensión de cumplimiento, pero no el resto de remedios aplicables: pretensión indemnizatoria, rebaja en el precio...

En la PM-CC se recogen los dos mencionados límites y algún otro: a continuación de la norma que hemos recogido más arriba sobre el cumplimien-

to de las obligaciones dinerarias, el art. 1191 PM-CC establece en los párrafos siguientes que:

«En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que:

1. Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible.
2. El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosas para el deudor
3. La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe.
4. La prestación sea personal del deudor.»

Si, como se ha explicado en la doctrina (N. Fenoy), los puntos 2 y 3 anteriores pueden ser vistos, en realidad, como alusiones a la misma idea que aquí hemos recogido bajo la figura del abuso de derecho, merece la pena destacar que el punto 4 –que se refiere, en realidad, a las obligaciones contraídas *intuitu personae*– no deja de ser incongruente con la posibilidad existente en la LEC de recurrir a multas coercitivas como manera de impulsar el cumplimiento en forma específica de este tipo de obligaciones personalísimas (art. 709 LEC). En el Derecho comparado, para justificar la norma contenida en ese apartado 4.º del art. 1192, II PM-CC, se hace referencia a la necesaria protección de la libertad personal del deudor, especialmente involucrada en este tipo de obligaciones, y al hecho de que los trabajos hechos a la fuerza no suelen resultar del gusto del acreedor.

2.2 La resolución por el incumplimiento

2.2.1 LA FUERZA DE LA RESOLUCIÓN

Si el fabricante de unas locomotoras no las entrega en el plazo pactado y, sin negarse abiertamente a entregarlas, tampoco se compromete a hacerlo en un plazo concreto, el acreedor de esas locomotoras puede resolver el contrato por incumplimiento (*cfr.* STS 348/2016 de 25 de mayo), quedando así liberado de su obligación de pagar el precio y pudiendo exigir la restitución de lo eventualmente entregado ya al fabricante, así como una indemnización de los daños causados imputablemente por el deudor.

Ante el incumplimiento de la obligación, el acreedor puede acudir, sin más, a la pretensión de cumplimiento, pero también puede acudir, si se dan los requisitos, a la resolución por incumplimiento. Lógicamente, no puede pedir a la vez que se cumpla la obligación y que ésta se resuelva, aunque sí pedir las de

manera escalonada: pedir el cumplimiento y, si éste no es posible, pedir la resolución (ex art. 1124 CC, idea que subyace al art. 1190 PM-CC). Además, sabemos que ambas posibilidades –cumplimiento y resolución– sí son compatibles con exigir la indemnización de los daños que eventualmente se hayan causado de manera imputable.

La resolución por incumplimiento es un remedio muy poderoso en manos del acreedor: es ventajoso para él y especialmente desventajoso (amenazante, podríamos decir en sentido psicológico) para el deudor. Es muy ventajoso para el acreedor porque, si el deudor incumple, puede desvincularse del contrato por sí mismo y sin ayuda de un juez para, en casos de mercancías fungibles, acudir al mercado a adquirir las mercancías que le interesan y exigir al deudor posteriormente cualquier daño que haya experimentado en esa maniobra (típicamente, el sobreprecio que ha pagado en el mercado por esos mismos bienes y los gastos por el retraso que puede implicar ir al mercado a buscar las mercancías). Por otro lado, la resolución es muy perjudicial para el deudor, que no sólo arriesga quedarse sin la ventaja de la operación que incumple (lucro cesante por no ingresar el precio), sino que también puede sufrir los daños que supone para él haber estado preparando la prestación que finalmente el acreedor rechaza por medio de la resolución por incumplimiento (A. Soler). Si se da, además, el requisito de la imputabilidad, la PI termina de pintar un panorama desolador para el deudor que se enfrenta a la resolución.

2.2.2 LAS CAUSAS DE LA RESOLUCIÓN

La resolución por incumplimiento permite al acreedor desligarse de la obligación cuando no le es exigible, conforme a la buena fe, seguir esperando (F. Pantaleón). Esta fórmula, aparentemente sencilla y de aspecto quizá vacío, encierra mucha información útil y de manera muy resumida.

El supuesto de hecho de la resolución es el incumplimiento de la obligación, dado que ese substrato es común a todos los remedios por el incumplimiento; pero no cualquier incumplimiento abre la posibilidad de recurrir a la resolución. Aunque otra cosa pudiera desprenderse del tenor literal del art. 1124 CC, siempre se ha entendido que la resolución exige algo más que un incumplimiento.

En la jurisprudencia menos reciente era muy frecuente hablar de que la resolución exigía una imposibilidad de cumplimiento o una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. La primera idea era compatible con la prioridad de la pretensión de cumplimiento en nuestro Derecho y encerraba quizá la idea de incumplimiento *esencial* (que veremos luego) en la exigencia de que estuviésemos ante una imposibilidad definitiva, total y absoluta. Como se ve,

reconducir la resolución a los casos de imposibilidad suponía meter la resolución –un poco por la puerta de atrás– en el modelo tradicional de incumplimiento basado en la obligación unilateral en el que la imposibilidad era la única manera de dejar de cumplir la obligación en forma específica. También explica, de alguna manera, la manipulación (en el mejor sentido de la palabra) que se hace en la jurisprudencia y en la doctrina de la idea de imposibilidad para, arrancando de esa idea de imposibilidad total, objetiva y permanente, ir haciendo hueco a otros supuestos de resolución flexibilizando los requisitos de la imposibilidad al admitir la resolución por retraso prolongado, por cumplimiento simplemente defectuoso, etc. En ese sentido, se proponía también admitir causas de imposibilidad económico-jurídicas.

La segunda idea –exigir una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento– suponía enlazar con la idea de que todos los remedios por el incumplimiento exigían culpa por parte del deudor, que es una visión también propia del sistema tradicional del incumplimiento.

Las causas de la resolución que se admiten en los modelos comparados de referencia son las tres (o cuatro) que se verán a continuación. En cualquier caso, conviene dejar claro –recordando lo ya dicho– que no se exige culpa del deudor (no se exige imputabilidad subjetiva del incumplimiento) para poder recurrir a la resolución.

(a) Hoy en día, la expresión admitida en el Derecho comparado de manera prácticamente unánime como supuesto en el que se basa la resolución es la de «incumplimiento esencial». El incumplimiento es resolutorio cuando estamos ante un *incumplimiento esencial*. Así lo formula también nuestro art. 1199 PM-CC diciendo,

«Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial».

El texto no define qué se ha de considerar como incumplimiento esencial, pero sí da una pista decisiva sobre su alcance cuando ordena atender a la finalidad del contrato. Una idea parecida maneja el art. 25 Convención de Viena de venta internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés) cuando dice:

«El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».

Esta primera razón para resolver es clara: se puede resolver si el deudor no entrega la prestación comprometida, por ejemplo, porque se la ha vendido a otro. La no entrega del cuadro de Torres-García vendido es claramente un incumplimiento esencial. La imposibilidad de entrega (el cuadro se ha vendido y entregado a otro) es claramente un caso que permite al acreedor optar por la resolución. Si ahora ponemos el ejemplo de la venta de una finca que resulta posteriormente expropiada, diremos que el comprador puede resolver por incumplimiento, pero también nos acordaremos de la posibilidad que se abre para él en el art. 1186 CC (X. Basozabal). Conforme a este precepto, el comprador puede elegir el cumplimiento imposible (entregando el precio pactado) para exigir los residuos jurídicos que la expropiación ha dejado en el patrimonio del deudor: el justiprecio. El ejemplo de la *Royal Navy* y la segunda guerra mundial que ya hemos mencionado sería otro supuesto parecido.

Los casos de término esencial (un traje para una boda) también son claramente casos de incumplimiento esencial. Está claro que el acreedor normalmente no estará ya interesado en la prestación y podrá elegir resolver...pero como recordaremos otra vez más adelante, ese interés típico del acreedor no debe llevar a entender que el efecto resolutorio es automático ni siquiera en estos casos.

(b) Con todo, los incumplimientos más frecuentes no son los casos de imposibilidad total y absoluta que acabamos de mencionar, sino simples retrasos o cumplimientos objetivamente defectuosos. Esos casos no sabemos si son realmente casos de incumplimiento esencial o no, depende mucho de las circunstancias de cada caso; y tampoco se trata de obligar al acreedor a desvelar al deudor los muchos daños que sufriría ante un cumplimiento retrasado (lo que le obligaría a pagar el sobreprecio que le exigiría el deudor al saberlo y supondría probablemente convertir todos los plazos en esenciales). Pero sí podemos tener claro que –conforme a la buena fe– no se le puede exigir al acreedor que se resigne a esperar *sine die* a que el deudor cumpla cuando buena mente pueda o a que el contratista (que, por ejemplo, ha entregado una obra defectuosa) se decida a acudir de nuevo a reparar los defectos que se han descubierto en la obra. Es cierto que la obligación no incluía un término esencial, pero también es cierto que el acreedor ha de poder poner fin a esa situación de duración indefinida en la que le ha colocado el incumplimiento del deudor. Desde el punto de vista del deudor, es claro que algo de margen ha de haber en una obligación no sometida a término esencial, pero también es claro que se trataba de una obligación sometida a un plazo.

Para estas situaciones, la doctrina alemana ideó la figura llamada *Nachfrist*, que se puede traducir como *plazo adicional* o *plazo de gracia*. La PM-CC, así

como hacen otros muchos textos de Derecho comparado actual, recoge esa figura en los siguientes términos (art. 1200 I PM-CC):

«En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad».

La idea de razonabilidad del plazo expresa bien la idea de que estamos ante una figura basada en la buena fe y que, por volver al ejemplo con que empezábamos este epígrafe, no es lo mismo la obligación de un fabricante de entregar diez locomotoras a un precio unitario de 6 millones de euros, que la obligación de entregar cinco cajas de botellas de vino del año a un pequeño bar de pueblo.

Aunque esta figura del plazo de preaviso o de gracia no está regulado en nuestro CC, sí ha tenido reflejo en la jurisprudencia del TS, que basa la solución de estos supuestos en la idea de buena fe.

(c) Hay algunos casos en los que se permite resolver el contrato, aunque todavía no se haya producido el incumplimiento. Eso sucede cuando hay un riesgo inminente de incumplimiento y también cuando el deudor ha declarado ya que no entra en sus planes cumplir sus compromisos. Esos dos supuestos los recoge con claridad el art. 1200 PM-CC en sus párrafos segundo y tercero:

«También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.

La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones».

El último párrafo de esta norma puede entenderse que estaría comprendida en la idea jurisprudencialmente admitida en España desde antiguo de que se puede resolver cuando exista una *voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*. Cuando el acreedor contrató con el deudor esperaba su colaboración en el cumplimiento y no esperaba (ni le es exigible que se resigne a) tener que arrancar el cumplimiento venciendo la resistencia de un deudor renuente al pago. En este sentido, la concesión de un plazo de gracia que hemos mencionado en (b) claramente no tiene sentido en este escenario.

El otro párrafo transcrito del art. 1200 PM-CC viene a generalizar una norma que existía ya en nuestro CC en el contrato de compraventa (*cf.* art. 1503 CC).

Hasta aquí, las causas de resolución admitidas en la PM-CC y en los modelos comparados de referencia. Merece la pena destacar ahora que, si las partes

han pactado entre ellas causas especiales de resolución, eso es perfectamente admisible, dentro de los límites normales de la autonomía privada. Llegado el caso, los jueces no han de comprobar si se trata o no de un incumplimiento esencial, puesto que son las partes las que han elevado esa causa pactada, por así decirlo, al rango de incumplimiento *esencial*. La PM-CC no recuerda especialmente esta idea, pero probablemente porque no es necesario, al estar dentro del alcance normal de la autonomía privada. Nuestro CC contiene una regla en este sentido en la regulación del contrato de compraventa (art. 1504). La interpretación de esta regla, que es clara desde el punto de vista teórico, no está clara en la jurisprudencia (especialmente en la más antigua), porque –como se ha explicado (B. Gregoraci)– los jueces estaban interpretando ese art. 1504 CC en favor de los adquirentes de viviendas que se quedaban sin los pisos a causa de cláusulas resolutorias metidas en los contratos por los promotores en una época en la que no estaban reguladas las condiciones generales de la contratación.

2.2.3 LA FACULTAD DE RESOLVER POR INCUMPLIMIENTO

La resolución no se produce automáticamente, sino que requiere que el acreedor se decida a ejercitar la facultad de resolver el contrato mediante una notificación a tal efecto dirigida al deudor. Los textos modernos sobre el incumplimiento son claros en este sentido. Nuestra PM-CC también recoge la idea en su art. 1199. II:

«La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte».

Está claro, pues, que se trata de una declaración recepticia, que ha de llegar al conocimiento de la otra parte para surtir efectos (*cfr.* art. 1262 CC).

El empleo del término «facultad», que tiene un sentido técnico preciso como poder de configuración jurídica, denota que la resolución permite al acreedor obtener los efectos propios de esta figura por sí mismo. Es la manera habitual de articular la resolución en los modelos más actuales del incumplimiento y, como tal, no requiere la intervención del juez para la producción de los efectos resolutorios. Si las cosas se complican y las partes llegan a plantear ante un juez el conflicto que las enfrenta, el juez acabará teniendo que comprobar si el acreedor realmente era titular de la facultad de resolución (si el plazo adicional que se dio al deudor era realmente razonable, por ejemplo) y si la ha ejercitado correctamente (notificó al deudor correctamente), pero su sentencia se limitará a declarar la resolución ya producida (L. P. San Miguel Pradera). Será, pues, una

sentencia meramente declarativa porque el efecto resolutorio lo ha producido ya la declaración del acreedor comunicada al deudor.

Los autores han destacado que también el art. 1124 CC emplea el término *facultad*, pero lo más probable es que en la mente del legislador, ese precepto respondiera a la lógica tradicional en que se entendía la resolución en el modelo francés que inspiró nuestro CC (B. Rodríguez-Rosado). Encontramos una pista en ese sentido de que la redacción responde a la época en que fue escrito, en el último párrafo del art. 1124 CC que dice que, «el tribunal *decretará* la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo».

Efectivamente, en el modelo francés tradicional, la resolución era algo que el acreedor le pedía al juez que pronunciara. Sin embargo, se admite ahora en Francia sin mayor problema que el acreedor puede resolver por sí mismo, pero a su propio riesgo, lo que supone que puede actuar ya como si efectivamente el vínculo estuviese disuelto o modificado, pero sometándose a la posterior ratificación por el juez si el deudor no se conforma y lleva el caso ante los tribunales. De cualquier manera, sea con esta construcción o sea con la más correcta de entender que estamos ante una verdadera *facultad* resolutoria, lo cierto es que la jurisprudencia española reciente parece haber completado su evolución hacia el modelo que llamamos actual de incumplimiento a la hora de entender la manera en que la resolución produce sus efectos.

2.2.4 EFECTOS: LIBERACIÓN, MODIFICACIÓN DEL VÍNCULO Y RESTITUCIÓN

1. En la manera tradicional de entender la resolución, se decía que los efectos de esta figura consistían en disolver el vínculo obligatorio con carácter retroactivo (*ex tunc*). En la actualidad, los efectos de la resolución por incumplimiento más bien se entienden como una simple *modificación* de los efectos del contrato (F. Pantaleón).

En efecto, se entiende actualmente que la resolución libera a las partes de su obligación de cumplir y determina la necesidad de liquidar la relación con la restitución de las prestaciones que se hubieran intercambiado, pero que el contrato no desaparece, sino que continúa en vigor como soporte de algunas reglas que las partes han podido darse para el caso, precisamente, de que surgiera una disputa entre ellas. Los ejemplos que se ponen siempre son los de las cláusulas de sometimiento a determinados juzgados y tribunales para resolver los conflictos surgidos del contrato, las cláusulas compromisorias que impliquen el sometimiento a un árbitro o las cláusulas penales o de determinación de

los daños por incumplimiento. Está claro que esas cláusulas están pensadas para ser aplicadas en caso de que una de las partes del contrato lo incumpla y la única manera de hacerlas sobrevivir en caso de resolución es entender que dicha resolución las deja subsistentes. Esa necesidad desaconseja decir que la resolución produce la disolución del vínculo con efectos retroactivos, por tratarse de una formulación, sencillamente, falsa e incapaz de explicar las necesidades de la figura.

Todo lo más, esa fórmula de los efectos retroactivos puede ser entendido como un homenaje a la tradición y como recordatorio de que la resolución de la obligación sinalagmática conlleva la necesidad de que las partes se restituyan las prestaciones intercambiadas... por regla general.

El art. 1202 PM-CC lo expresa bien diciendo «La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución».

2. Eso de decir que la resolución determina la necesidad de restitución de las prestaciones intercambiadas *por regla general* responde a que, en la jurisprudencia y en la doctrina, está claro que esa restitución recíproca no se produce en los casos de contratos de tracto sucesivo. Por ejemplo, si un arrendatario resuelve el arrendamiento por incumplimiento del arrendador de su obligación de garantizar una posesión pacífica del local arrendado, es claro que podrá abandonar el local alquilado y que no tendrá que seguir pagando la renta. Pero también es claro que el arrendatario no podrá pretender la restitución de lo pagado como renta en los meses en los que ha vivido allí porque, de lo contrario, él mismo tendría que restituir el goce del local durante esos meses, lo cual no es posible. La única manera de hacer esto último sería restituir el precio de ese goce –su equivalente– que sería (normalmente) la renta pagada, con lo que volveríamos al punto de partida.

Como este ejemplo que acabo de poner supone quizá una simplificación excesiva, más vale quedarse con la formulación de esta idea que da la PM-CC en su art. 1204:

«En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto».

3. Cuando las partes del contrato resuelto han intercambiado prestaciones en virtud del contrato resuelto, es necesario proceder a su recíproca restitución (por regla general). Para explicar esos efectos restitutorios de la resolu-

ción, quizá sea bueno empezar insistiendo en que la resolución, como tal, no requiere culpa por parte del deudor ni tampoco trata de hacerle que indemnice los daños causados.

Para imaginar y entender los efectos de la restitución hay que pensar en dos partes igualmente inocentes ante el incumplimiento. Así, se puede entender que los efectos de la resolución son simplemente restitutorios y basados, de alguna manera, en la necesidad de restablecer el equilibrio patrimonial entre las partes del contrato resuelto, en el bien entendido de que han de quedar a la par. Si una de ellas sí ha incurrido en culpa y la otra parte ha sufrido daños, claro que podrá reclamarse una indemnización, pero ése es, precisamente, el objetivo de la pretensión indemnizatoria a la que se dedica el epígrafe 3 de este trabajo y no un efecto que la restitución tenga que justificar o explicar.

En la jurisprudencia, muchas veces se aplican los arts. 1303 y ss. CC a los casos de restitución de prestaciones recíprocas. Como se recordará, esos artículos del CC regulan las restituciones producidas tras la anulación del contrato y al estudiar esos temas, se entiende que han de ser completados con las normas relativas a la liquidación del estado posesorio por lo que respecta a los gastos realizados en las cosas intercambiadas. Esa regulación parece haber sido la base de la regulación de esta materia en la PM-CC.

La postura anterior se recoge también en la doctrina, aunque algunos autores han mantenido –en cambio– que es preferible aplicar el art. 1123 CC (aplicable a las condiciones resolutorias) para solucionar los casos de resolución en los que las cosas que hay que restituir se hayan perdido o deteriorado o, por el contrario, hayan experimentado mejoras. El asunto, ya digo, no es fácil de explicar en detalle, pero sí queda claro que estamos ante una materia cercana a la regulación del enriquecimiento injustificado.

Apoyándose en la mencionada regulación de la restitución por nulidad de los contratos de los arts. 1303 y ss. CC y su reflejo en la PM-CC, lo que sí queda claro es que:

a) La obligación de restitución es recíproca (*cf.* C. López Beltrán de Heredia) y, por tanto, ha de ser cumplida simultáneamente, por regla general. El contenido del art. 1308 CC sí es aplicable, sin duda, al contrato resuelto, lo que queda de manifiesto en el hecho de que el art. 1203 PM-CC lo ha incorporado a la regulación de la restitución de prestaciones causada por la resolución del contrato.

b) También queda claro que las partes han de restituirse *in natura* las prestaciones intercambiadas y que, si esa restitución hubiera devenido imposible, se deberá entregar el valor de la cosa perdida en el momento en que la restitución se

hizo imposible. También en esto coincide la regla del art. 1307 CC prevista para la nulidad con la regla del art. 1203 PM-CC prevista para la resolución.

c) Respecto de los gastos realizados en las cosas que, tras la resolución, hay que restituir, también hay una cierta equivalencia de resultados entre la PM-CC y la manera en que la jurisprudencia entiende que los arts. 1303 y ss. CC han de ser completados con las normas sobre gastos que el CC establece para la liquidación del estado posesorio. Así, hay que entender que, sin duda, el que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución (art. 453 CC y art. 1203. III PM-CC). Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye, dice la PM-CC, seguramente con acierto.

d) No menciono el párrafo del art. 1203. II PM-CC, que establece que «Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida», porque es una disposición que no casa bien con la lógica bilateral del modelo actual del incumplimiento.

3. LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

3.1 Ideas generales

1. La pretensión indemnizatoria (PI) es el tercero de los principales remedios por el incumplimiento. Como sabemos, es compatible con la pretensión de cumplimiento y con la resolución del contrato por incumplimiento. Además, puede jugar en otros contextos por sí misma. Por todo ello, probablemente merece que le dediquemos este epígrafe aparte.

La PI es el remedio al que le cuadra exactamente la denominación de *responsabilidad contractual*. En efecto, es ahora cuando se trata de indemnizar los daños causados por el incumplimiento. Ya hemos dicho que éste es el único remedio por el incumplimiento que exige al acreedor probar la existencia de un daño causado por el incumplimiento que sea imputable al deudor. Denominar *responsabilidad contractual* al conjunto de los remedios por el incumplimiento era práctica muy extendida entre los autores que trabajaban bajo el modelo tradicional del incumplimiento y, de alguna forma, se correspondía bien con su visión unificada de esos remedios bajo la idea de que todos requerían culpa o, más en general, título de imputación.

La PI busca indemnizar los daños causados. No tiene por función, pues, reintegrar el derecho violado por el incumplimiento, que es el objetivo básico

de la pretensión de cumplimiento. Tampoco busca que se restituyan los enriquecimientos injustificados.

Aquí es importante diferenciar entre *indemnizar* y *cumplir por equivalente*, como ya hemos explicado antes. Hablando propiamente, son cosas distintas y lo de equivalente alude más bien a ideas relacionadas con la restitución y el enriquecimiento injustificado (no con la indemnización de los daños; *cfr.* art. 1308 CC). Otra fuente de posibles confusiones es decir que cabe una indemnización en dinero y una indemnización *in natura*. También lo hemos comentado ya.

La PI tampoco tiene por función hacer que el deudor restituya el enriquecimiento que ha experimentado al incumplir. De eso se ocupa la pretensión de enriquecimiento.

La función de la PI tampoco es hacer que el incumplidor aprenda que está mal lo que ha hecho y que los contratos están para ser cumplidos. La PI no trata de castigar (no tiene función preventivo-punitiva), sino que trata de indemnizar.

Como se ha dicho (A. Soler), si existe una pretensión de cumplimiento y una acción de enriquecimiento injustificado, es cuando se puede ver con toda claridad que la PI sólo tiene función indemnizatoria.

2. La idea de que la PI es compatible con la acción de cumplimiento y con la resolución está clara en el art. 1124 CC y en el art. 1099 PM-CC, que ya hemos visto. La idea se vuelve a expresar en el art. 1205. II PM-CC, que formula la idea más en general diciendo:

«Este derecho (se refiere al de pedir la indemnización de los daños) es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce (al acreedor) en caso de incumplimiento».

No es un simple recordatorio del art. 1099 PM-CC, sino que responde al hecho de que, en el nuevo modelo incluido en esta PM-CC y al lado de la resolución, aparecen otros remedios propios de las obligaciones sinalagmáticas que también son compatibles con la PI (reducción del precio y, desde otro punto de vista, la suspensión del cumplimiento) y de la que no vamos a tratar aquí.

Es cierto que la PI es compatible con la pretensión de cumplimiento y con la resolución del contrato, pero también lo es que normalmente la indemnización será distinta en cada uno de esos dos escenarios, como ya hemos destacado. En efecto, de lo que se trata es de pedir la indemnización de todos los daños causados que sean imputables al incumplimiento, pero tener presentes las diferencias típicas que hay entre esos dos casos creo que ayuda a mantener las cosas claras. Cuando lo que se pide es el cumplimiento del contrato

en forma específica, la PI típicamente indemnizará el retraso y, en esa medida, se vincula a la idea de mora del deudor (art. 1100 CC). Cuando el acreedor, en cambio, ha preferido resolver el contrato, la indemnización alcanza típicamente la operación de reemplazo que ese acreedor efectúa en el mercado.

3.2 Requisitos

Arrancando, como siempre, de que ha existido un incumplimiento del contrato, los requisitos adicionales de la PI son tres: que exista un daño, que el incumplimiento sea imputable y que exista un nexo causal entre esos dos primeros elementos. Esta manera de exponer las cosas hace probablemente que el lector recuerde los requisitos generales de la responsabilidad civil extracontractual, pero debe resistir la tentación de creer que ellos supone un acercamiento entre esos dos tipos de responsabilidades: no hay tal.

Que los requisitos necesarios son tres está muy claro en el art. 1101 CC, cuando dice:

«Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

Vamos a dedicar los siguientes epígrafes al estudio de estos requisitos.

3.2.1 TÍTULO DE IMPUTACIÓN

Según este art. 1101 CC que acabamos de transcribir, hacen falta, pues, (a) daño (b) causado por (c) dolo o negligencia. La alusión a morosidad es algo más difícil de explicar y enraíza con la manera tradicional de entender el incumplimiento, en el que la figura de la mora tenía una importancia esencial, como ya hemos explicado. Que el precepto mencione dolo y negligencia permite apreciar que, en efecto, la idea de culpa (que engloba ambos tipos de culpabilidad) tenía una gran importancia en ese modelo tradicional. Los autores que buscan la actualización del modelo de incumplimiento del CC destacan que el art. 1101 menciona la idea de que el incumplimiento sea imputable también a los que «de cualquier otro modo contravinieren al tenor» de sus obligaciones (L. Díez-Picazo). Con esto, señalan, parece abrirse la puerta a la posibilidad de una imputación puramente objetiva, no dependiente de la culpa del deudor. Esta posibilidad de títulos de imputación que no dependen de la culpa es la que queda ahora clara en el nuevo modelo del incumplimiento que nosotros estamos repasando sobre la base de la PM-CC.

En efecto, en la PM-CC se pone el punto de partida en el art. 1205, diciendo:

«El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause».

El lector habrá sabido apreciar que, de los tres requisitos que hemos dicho que requiere la PI, ahí se contienen sólo dos (daño y causa). Lo que ocurre es que el tercero de esos requisitos (la imputación subjetiva) se contiene en el art. 1209 PM-CC formulado de manera negativa, al establecer los casos en los que el deudor no responde de los daños causados. Como veremos a continuación, esa enumeración es más completa que la idea de centrarlo todo en la idea culpa pero, para el lector formado en el modelo tradicional del incumplimiento, es importante destacar que se está empleando un concepto más estricto de culpa que el que normalmente se usa entre nosotros.

En efecto, el art. 1209 PM-CC dice que:

«No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes:

1. Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control.
2. Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias.»

En el modelo tradicional del incumplimiento, la responsabilidad se imputaba básicamente por culpa y la exoneración era, simplemente, el no haber incurrido en culpa. Lo dejaba muy claro el art. 1105 CC cuando dice:

«Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

En este tenor literal queda muy claro que las partes pueden pactar una responsabilidad más estricta y ajustada a sus deseos y necesidades («en que así lo declare la obligación») y también –que es lo que interesa ahora– que no hay responsabilidad por los sucesos imprevisibles o inevitables, por regla general. Si la culpa se define como deber de evitar los eventos dañosos previsibles y evitables, está claro que no habrá incurrido en culpa quien incumpla por haber sufrido un evento imprevisible y/o inevitable. Por eso, se exonerará conforme al art. 1105 CC. Así, queda claro que, cuando imputas responsabilidad únicamente por culpa, la prueba de la no culpa basta para la exoneración.

En la PM-CC, hay más títulos de imputación que el de haber incurrido en culpa. En concreto, hay tres títulos de imputación: culpa/dolo, esfera de control y riesgo asumido. Veámoslo en los números siguientes:

(1) Como se ha explicado, la idea de culpa (dolo o negligencia) se puede considerar incluida en la idea del art. 1209,1 PM-CC de impedimento «ajeno a su voluntad».

(2) Al lado de esa culpa en sentido estricto, la PM-CC incluye también la «esfera de control» como título de imputación al deudor. Esa esfera de control es, según Stoll, el «Ámbito o círculo en el cual el deudor tiene la posibilidad de asegurar y en el que se puede esperar de él que asegure, a través de medidas de organización y control adecuadas, el desarrollo no dañoso del proceso de preparación y ejecución del contrato» (versión de A. M. Morales Moreno). De esta manera, el deudor responde de los eventos que tienen lugar en esa esfera y no responde –conforme a este criterio– cuando esos eventos se sitúan fuera de ella. No responde de eventos que «no son cosa suya», podríamos decir. Se trata, como se ve, de una responsabilidad objetiva independiente de la culpa entendida en sentido estricto.

En este momento, merece la pena detenerse a explicar que el deudor responde por lo que hacen sus auxiliares en el cumplimiento. Este resultado está claro en nuestra doctrina, aparece en la regulación que hace el CC de algunos contratos (obra, mandato y depósito; *cfr.* arts. 1596, 1721 y 1784 CC) y se recoge en nuestra jurisprudencia. Está claro, por ejemplo, que el deudor no puede exonerarse argumentando que no tiene que responder del incumplimiento porque éste se debe a que los empleados de su fábrica han preferido tomarse el día libre en lugar de acudir a hacer su trabajo.

Lo que ocurre es que ese resultado se puede alcanzar de diversas maneras. Se puede alcanzar razonando sobre ideas de culpa y se puede justificar diciendo, como ocurre en el modelo actual del incumplimiento, que el deudor responde porque sus auxiliares están incluidos dentro de esa esfera de control (sin hacer, pues, referencia a la idea de culpa).

Este resultado de que el deudor responde por sus auxiliares se justifica en ocasiones sobre la idea de que se presume culpa del deudor e, incluso, se argumenta sobre la base del art. 1903 CC, relativo a la responsabilidad extracontractual. Según ese precepto,

«los dueños o directores de un establecimiento o empresa (son responsables) respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones».

Que este precepto establece una responsabilidad por culpa queda claro cuando su último párrafo establece que:

«la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Si el deudor se libra de indemnizar los daños probando su diligencia, está claro que la responsabilidad se le estaba imponiendo por haber incurrido en culpa.

Pues bien, la idea de que el deudor responde por sus auxiliares también puede ser justificada sin que ello dependa de la culpa del deudor. Así lo hace el art. 1088 PM-CC, cuando dice que:

«Si el deudor se sirviere del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de éste se imputarán al deudor como si los hubiera realizado él mismo».

Aquí el deudor no responde porque se presume que eligió mal (*culpa in eligendo*) o que vigiló mal (*culpa in vigilando*) a sus auxiliares, sino que responde en las mismas condiciones en que respondería de haber realizado él mismo la conducta de sus auxiliares. Dicho de otra manera, el deudor no podrá exonerarse probando que eligió a la mejor plantilla existente en el mercado o que los sistemas de vigilancia y control de su empresa son inmejorables (como resultaría de la aplicación del art. 1903 CC). Sólo puede librarse de responsabilidad probando que alguna de las causas de exoneración previstas en el art. 1209 PM-CC le habría sido de aplicación, en caso de haber actuado él personalmente: que el evento era ajeno a su voluntad o que no le incumbía el deber de preverlo, evitarlo o superarlo. Como es lógico, preguntarse por la esfera de control no tiene sentido en este caso, porque es lo que estamos queriendo definir.

Conviene señalar también que acudir al art. 1903 CC en este escenario contractual es desacertado porque da la impresión de que el deudor responde por sus *auxiliares* que sean, adicionalmente, sus *dependientes* (a los que puede *dirigir* y *vigilar*) y no de aquellos auxiliares que no lo sean; es decir, razonar sobre el art. 1903 da a entender que el deudor contractual no responde de los auxiliares en el cumplimiento que entren en la categoría de los llamados *contratistas independientes*. Eso es incorrecto. El deudor contractual ha de responder por todos sus auxiliares, con independencia de que sean o no sus dependientes (como explica bien J. M. Miquel).

(3) Finalmente y según el art. 1209,2 PM-CC, no responde el deudor si prueba que «Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o

de evitarlo o de superar sus consecuencias.» La idea que late aquí, como se ha explicado, es la idea de asunción del riesgo. El deudor responde porque ha asumido en el contrato (cumplimentado por la buena fe y los usos, en una idea que recoge bien el art. 1258 CC) una definición de la prestación, lo que conlleva unos riesgos. Si el compromiso consiste en llevar una enorme pieza prefabricada que no cabe por el túnel de Guadarrama desde Madrid a Segovia el día 2 de febrero, el deudor responde por el incumplimiento aunque éste haya venido determinado por una gran nevada caída el día 1 de febrero que obliga a cerrar el Puerto de Navacerrada (y el de Los Leones y el de Somosierra, que son los otros pasos más directos desde Madrid hacia la Meseta Norte). Es cierto que esa nevada es ajena al deudor de nuestro ejemplo, pero es claro que responde porque había asumido el riesgo de esa (previsible) nevada. De nuevo, esto podría formularse diciendo que el deudor fue imprudente –incurrió en culpa– al no prever esa nevada, pero formular el resultado en términos objetivos y de definición de la prestación debida implica no permitirle argumentar con su propia diligencia para librarse de responsabilidad. Por ejemplo, no se le permitiría argüir que el Puerto de Navacerrada no ha permanecido cerrado en las primeras semanas de febrero de los últimos diez años más que por espacios de un máximo de dos horas.

Una vez vistos los tres títulos de imputación que se manejan hoy generalmente en el modelo actual del incumplimiento, merece terminar con otra observación general. Hemos explicado que, en la PM-CC, el requisito de la imputación del incumplimiento al deudor viene delimitado negativamente en el art. 1209 PM-CC. La decisión parece lógica porque la alusión a la culpa o dolo del deudor como requisitos de imputación formulados positivamente (*cf.* art. 1101 CC) no hubiera bastado para recoger los variados títulos de imputación que se emplean ahora. Además, esto hace que, para que el deudor se exonere de responsabilidad, no baste con probar la no-culpa (*cf.* art. 1105 CC), sino que –como se ha explicado– también tiene que probar la no concurrencia de los otros dos títulos de imputación: ha de probar, pues, cumulativamente (a) que no había incurrido en culpa, (b) que el incumplimiento no se generó en su esfera de control y (c) que no había asumido el riesgo que se ha actualizado provocando el incumplimiento.

La idea de definir los títulos de imputación de manera negativa es correcta, entonces, porque facilita la tarea del redactor de la norma. Pero también es correcta –y esto es más importante– porque recurrir a una definición negativa indica claramente que se trata de dar argumentos al deudor para escapar de la imposición de una responsabilidad. Eso deja claro que es el deudor quien tiene que probar, ante una reclamación de daños por el acreedor, que el incumplimiento no le es imputable. Dicho en términos del modelo tradicional que ma-

neja sólo el criterio binario culpa/no-culpa, se *presume* la culpa del deudor. También en esto, cada uno hablando a su manera, coinciden los dos modelos del incumplimiento que tenemos entre manos. Se ve muy claro en el art. 1183 CC, que la doctrina tradicional interpretaba muy ampliamente aplicándolo a todo tipo de obligaciones:

«Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096»

3.2.2 EL DAÑO

El acreedor tiene que probar que el incumplimiento le ha causado un daño. Ya hemos advertido que hoy en día no se puede decir que el mero hecho de incumplir un contrato genera un daño, como regla general.

El contrato normalmente cubre los daños patrimoniales. Las partes contratan para intercambiar prestaciones o para cooperar en asuntos que normalmente tienen contenido patrimonial. Por ello, la violación del contrato supone la producción de daños patrimoniales. Lo deja claro el art. 1106 CC cuando dice que:

«La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes».

Antiguamente, en la expresión «daños y perjuicios» se entendía que *daño* aludía a daño emergente y que *perjuicio* aludía a lucro cesante. Esta distinción no es empleada normalmente en la actualidad. La expresión «daños y perjuicios» es ahora una alusión al principio de indemnidad (*restitutio in integrum*) que, por un lado, impone la obligación de indemnizar todos los daños *causados* por el incumplimiento del contrato (lo que, como veremos, exige que esos daños indemnizables estén *cubiertos* por el contrato) y que, por otro lado, prohíbe que el incumplimiento dé lugar a un enriquecimiento injustificado del acreedor. En la actualidad y probablemente por influencia de la doctrina francesa y belga, los estudiosos de la responsabilidad extracontractual (M. Martín-Casals, por ejemplo) emplean *daño* como sinónimo de «daño evento» y *perjuicio* como sinónimo de «daño consecuencia». Este uso de los términos, en principio, no se suele plantear en escenarios contractuales y es lógico, porque en éstos el contrato es el que define lo indemnizable, por regla general.

Naturalmente, el acreedor que sufre un incumplimiento puede sufrir la incertidumbre de si se cumplirá o no el contrato finalmente y, por otro lado, los

riesgos implícitos en las reclamaciones extrajudiciales y judiciales que tendrá que dirigir al deudor le pueden generar angustia y preocupación. Esos daños morales (no patrimoniales) de sentimientos de inquietud y zozobra generados por el incumplimiento no son generalmente indemnizables.

En realidad, el daño moral (extra patrimonial) sólo es contractualmente indemnizable, cuando se pueda decir que el contrato cubre ese tipo de daño. Por ejemplo, si el Ayuntamiento con el que el acreedor había celebrado un contrato de arrendamiento de un nicho en el cementerio municipal por 90 años de duración viola el contrato porque vacía el nicho a los 20 años, los herederos del acreedor podrán pedir indemnización por daños morales. El cumplimiento en forma específica es imposible (en el caso, decidido en una antigua STS, habían echado los restos mortales en una fosa común) y en el supuesto es claro que el deudor estaba actuando directamente sobre asuntos íntimamente ligados a los sentimientos del acreedor y sus herederos. Por decirlo con palabras del art. 1107 CC, en este contrato, los daños morales estaban *previstos* o se *habían podido prever* al constituir la obligación.

3.2.3 EL NEXO CAUSAL

Normalmente, se entiende que las reglas sobre causalidad que están bien estudiadas en materia de responsabilidad extracontractual se aplican también en la responsabilidad contractual. Con todo, creo que conviene hacer aquí algunas observaciones básicas.

El punto de partida para hablar de causalidad en responsabilidad contractual es el mismo que en responsabilidad extracontractual y consiste en distinguir dos planos: el de la relación de causalidad fáctica y la relación de causalidad jurídica (también llamada *imputación objetiva*, como veremos). En Derecho, para que podamos decir que un daño ha sido causado por un evento, hace que exista una relación de causalidad fáctica entre éste y el daño y, en segundo lugar, hace falta que el resultado sea jurídicamente causado por el evento en cuestión (que también se puede expresar diciendo que el daño sea imputable objetivamente a dicho evento). Es decir, para dar por cumplido el requisito de la causalidad hace falta reunir dos requisitos. Es necesario que:

a) Ese daño sea consecuencia necesaria del evento por el que nos estamos preguntando. Esto es una cuestión fáctica que se decide aplicando la regla de la *conditio sine qua non*. Un fenómeno se puede considerar que ha sido causado por otro cuando, suprimiendo mentalmente el segundo, desaparece también el primero.

b) Además, es necesario que ese resultado sea imputable jurídicamente al incumplimiento en cuestión. En materia de responsabilidad extracontractual se considera que los dos criterios fundamentales de imputación objetiva son los de la adecuación de la causa (sólo se puede considerar jurídicamente causado el daño que era previsible para un observador ideal en las circunstancias en que se encontraba el demandado) y el criterio del fin de protección de la norma violada (sólo se puede considerar causado jurídicamente el daño que estaba incluido en el propósito protector de la norma que ha violado el demandado).

Pues bien, hablando de responsabilidad contractual, este criterio del fin de protección de la norma es quizá el más importante porque nos permite ver que, aquí, la norma violada por el demandado es la norma contractual. El contrato asigna riesgos entre las partes y cada una de éstas asume unos riesgos atendiendo a la prestación que recibe de manos del otro y al precio y condiciones pactadas. Pues bien, para que podamos decir que un daño ha sido jurídicamente causado por la violación de un contrato, es necesario que el riesgo de ese daño estuviera asignado en el contrato a una de las partes. El alcance protector del contrato, que es libremente diseñado por las partes siempre que respeten los límites generales de la autonomía privada, es muchas veces lo determinante a la hora de decidir si un daño ha sido jurídicamente causado por el incumplimiento de un contrato.

3.3 El alcance de la indemnización

Una vez que se ha logrado establecer que existe daño, que éste ha sido fáctica y jurídicamente causado por el incumplimiento y que ese incumplimiento le es imputable al deudor, queda por decir hasta dónde llega la indemnización. Es decir, cuál es el efecto concreto desencadenado por los requisitos de la PI.

3.3.1 LOS DAÑOS QUE CUBRE EL CONTRATO

La regla general para determinar hasta dónde alcanza la indemnización de los daños contractuales está en el art. 1107 CC, según el cual,

«Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

Está demostrado con argumentos históricos que la expresión «deudor de buena fe» del párrafo primero del art. 1107 CC significa *deudor no doloso*. La crítica de que el deudor que incumple no puede ser de buena fe carece, pues, de sentido.

Ese deudor no doloso responde de todo lo previsto o que podía haber sido previsto en el momento de celebración del contrato. Lo previsto es lo especialmente pactado entre las partes. Lo que se podía haber previsto es lo que forma el contenido normal o habitual del contrato.

En esta manera de plantear las cosas, como ha explicado F. Pantaleón, queda bien descrito el intercambio de información que se produce entre las partes a la hora de negociar el contrato que les vincula actualmente. Ambas partes saben lo que cabe esperar del incumplimiento de un contrato como el que están celebrando. Si hay alguna información especial acerca de los riesgos implícitos en la operación, quien pueda ser víctima de esos daños puede transmitirlos a la otra parte o puede preferir callarse. En el primer caso, la otra parte responderá aceptando cubrir en el contrato ese riesgo especial (cosa que hará, normalmente, mediante una subida el precio: a mayor riesgo, se cobra un mayor precio) o excluyendo cubrirlo y poniendo una cláusula de exoneración de responsabilidad para ese supuesto. En el segundo caso, quien tenga una especial sensibilidad al riesgo previsible correrá el riesgo de que finalmente ocurra lo que teme y tendrá que pechar con esa parte del daño que el deudor no le indemnizará (por no ser un riesgo habitual y no haberse asumido por el deudor, que nada sabía) o bien tendrá que preocuparse de contratar un seguro por su cuenta que le cubra de esa eventualidad.

En ambos casos, lo que el art. 1107 CC supone es que el deudor sólo responde de los daños que habitualmente cause el contrato celebrado, puesto que no tiene sentido hacer pesar sobre él riesgos desconocidos (imprevisibles) para él. Si el deudor no sabía, por ejemplo, que la pieza que el acreedor le encarga fabricar va a ser integrada en un nuevo procedimiento de fabricación inventado por éste y mucho más productivo, de manera que el retraso en la entrega de la pieza no va a causar el daño habitual (digamos, 100 euros por día) sino diez veces mayor, no tiene sentido imponer al deudor la obligación de indemnizar por 1.000 euros por día de retraso. Si el deudor hubiera sabido la indemnización que arriesgaría en caso de retrasarse en la entrega de la pieza, hubiera subido el precio del contrato para poder asegurarse de que no habrá retrasos (contratando personal para que trabajen horas extra y tener margen de tenerlo todo preparado días antes del cumplimiento, reservando materia prima de sobra para la fabricación, retrasando otros pedidos...) o para contratar un seguro que le cubra de los daños por incumplir. La idea es que el

acreedor de la pieza no ha pagado en el precio del contrato lo que ahora viene a exigirle al deudor.

Si el deudor es doloso –es decir, incumple el contrato voluntariamente y siendo consciente de sus actos– el art. 1107 CC le ordena indemnizar más allá de lo previsto y de lo que era previsible a la hora de contratar. En efecto, ese deudor doloso, que es quien, responde de todos los daños «que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», por decirlo con las palabras de ese art. 1107 CC.

El art. 1107 se ha utilizado para defender en nuestro CC la idea de que la responsabilidad puede tener un carácter punitivo-preventivo. El argumento consiste en decir que el alcance de la responsabilidad es mayor cuando el responsable incurre en dolo, luego la intencionalidad del autor del daño es decisivo para determinar el alcance de la responsabilidad, de la misma manera que ocurre con las sanciones penales o administrativas. Así, se trata de justificar que la responsabilidad civil tiene por finalidad castigar para dirigir la conducta de los responsables. La idea no tiene mucho recorrido. Desde luego, así formulada sólo podría valer para la responsabilidad contractual (que es de la que se ocupa literalmente el art. 1107, como se desprende de que se fije en lo previsible en el momento de la constitución de la obligación; resultaría chocante decir que la obligación de indemnizar por la muerte de una res se *constituye* en el momento en que el conductor negligente la atropella). Pero es que, incluso admitiendo que el art. 1107 CC se aplicara a la responsabilidad extracontractual, el argumento de la función punitiva vendría impedido por la idea de que hay más daños (morales) cuando la conducta del demandado fue dolosa.

El artículo 1107. II CC se ha explicado diciendo que, en caso de daños dolosos, la responsabilidad del deudor no es sólo la normalmente asumida en el contrato, sino que cubre también esos daños voluntariamente causados por el deudor (A. M. Morales Moreno). Es algo así como decir que sobre el paraguas que supone el contrato para el acreedor (se le garantiza una prestación, en unas circunstancias y, para el caso del incumplimiento, se le promete una indemnización calculada de acuerdo con el contrato), viene a imponerse al deudor una obligación de no causar daños dolosamente. Esta obligación adicional está en la lógica de la responsabilidad extracontractual. En esta línea, se puede recordar un ejemplo de Pothier muy conocido: el vendedor de una vaca que ignora que está enferma responde por el valor de la vaca cuando ésta muere. Si el vendedor sabía que la vaca estaba enferma y la vende sin advertir al comprador, no sólo responderá por la muerte de la vaca, sino que tendría que indemnizar también por los daños sufridos en el resto de las vacas del comprador que habían resultado contagiadas por la vaca enferma.

Este artículo 1107. II CC también se ha explicado convincentemente, señalando que se trata de preservar la vinculatoriedad del contrato y la integridad de los derechos que éste confiere. Esta manera de plantear las cosas arranca del hecho de que el deudor que voluntariamente incumple su obligación lo hace, normalmente, porque ha encontrado otro comprador que está dispuesto a pagar un mayor precio por el objeto vendido (normalmente porque el precio de la cosa vendida ha subido en el mercado). Por ello, decide incumplir el contrato y entregar la cosa al segundo comprador. Pues bien, en ese caso el art. 1107. II permitiría al primer comprador pedir una indemnización que cubriera todos los daños causados, es decir, le permitiría pedir como daño el precio mayor que el segundo comprador ha pagado al vendedor.

3.3.2 EL DEBER DE MITIGAR

Muchas veces se habla de que el acreedor que sufre un incumplimiento tiene el deber de mitigar sus pérdidas (A. Soler). Esta idea, de alguna manera, nos sirve también para imponer límites a las consecuencias indemnizables

Por ejemplo, el acreedor de una mercancía que le suministran mensualmente –y que se puede comprar fácilmente en el mercado– no puede quedarse pasivo ante el incumplimiento del deudor con la esperanza de pedir luego como indemnización el lucro cesante que experimentó en su negocio por no disponer de materia prima (lucro cesante de un mes). Por el contrario, lo que el acreedor debe hacer es acudir al mercado a comprar dicha mercancía (aunque sea, típicamente, pagando un sobreprecio) y seguir con la producción normal en su fábrica. La indemnización que sí podrá exigir serán los costes de su esfuerzo mitigador (por ejemplo, el sobreprecio pagado y el lucro cesante por tener la fábrica un día mientras compraba y transportaba la dichosa mercancía).

La expresión *deber de mitigar* se toma probablemente del inglés (*duty to mitigate*) y se suele señalar en la doctrina que este supuesto *deber* no es tal, sino que encaja más bien en la idea de *carga*. Se expresa con este último término el hecho de que el deudor no puede imponer al acreedor el comportamiento mitigador (como podría, en caso de encontrarnos con un auténtico *deber*), pero el acreedor sufrirá ciertas desventajas si no lo hace por sí mismo.

La desventaja que el acreedor sufrirá si no mitiga el daño es, como se veía en el ejemplo anterior, que no podrá reclamar la indemnización de todos los

daños causados. Sólo son indemnizables los daños inevitables y los costes de mitigar. Lo expresa muy bien el art. 1211 PM-CC diciendo:

«No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas».

La carga de mitigar el daño sufrido no aparece como tal en nuestro CC, pero sí en nuestra jurisprudencia, que no tiene problema en basar esa carga en la buena fe que las partes del contrato se deben recíprocamente. Como sucede tantas veces en esta materia, se puede decir que las soluciones claramente establecidas en las regulaciones actuales del incumplimiento no están en nuestro Código Civil, pero sí en nuestro Derecho civil

3.3.3 EL INTERÉS POSITIVO

La fórmula que actualmente se considera mejor para definir la indemnización contractualmente debida es la del llamado *interés positivo* o *interés en el cumplimiento*. La idea es calcular la indemnización de manera que lo pagado deje al acreedor en la misma situación en que se encontraría en caso de que el deudor hubiera cumplido exactamente su obligación. De esa manera, la indemnización se calcula teniendo en cuenta el alcance protector que las partes (y la ley, usos y buena fe; *cf.* art. 1258 CC) han dado al contrato.

La idea la expresa muy bien el art. 9.502 PECL diciendo:

«El cálculo general de los daños es aquella suma que ponga a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a la que se hubiera encontrado si el contrato hubiera sido debidamente cumplido».

La indemnización propia de la responsabilidad extracontractual es la del llamado *interés negativo*. El módulo ahora es pagar al acreedor una cantidad tal que su situación sea la misma (o lo más parecida posible) que la que tenía antes de que ocurriera el evento dañoso. Si una maceta cae sobre un coche aparcado bajo mi casa y le rompe el parabrisas, el dueño del coche me puede exigir el precio de poner un parabrisas nuevo (*cf.* art. 1910 CC). Aquí, el interés protegido no lo determinan las partes, sino que lo determina la ley.

La indemnización a que tiene derecho el acreedor contractual es a la definida conforme al interés positivo. No puede optar por reclamar la indemnización conforme al interés negativo, porque esto supondría que sería el deudor

contractual el que correría el riesgo del negocio del acreedor. En efecto, los especialistas en esta materia (A. Soler) han explicado que, si se pudiera elegir, el acreedor reclamaría la indemnización conforme al interés de cumplimiento si el negocio en el que hubiera utilizado la prestación incumplida por el deudor hubiese resultado bien, pero que elegiría el interés de confianza (interés negativo) si el negocio hubiera resultado mal.

Por ejemplo, un florista alquila una furgoneta el día 10 de abril y se marcha a Málaga a comprar rosas para el día de S. Jordi que se celebra por todo lo alto en Barcelona (23 abril). Si el deudor no le entrega las flores, no tiene sentido que el florista pueda reclamar el daño que no haya podido mitigar –si finalmente todo va bien y ha podido vender en Barcelona con normalidad las flores que ha comprado a otro suministrador– o que pueda reclamar al deudor lo gastado en alquilar la furgoneta y comprar gasoil para ir a Málaga y volver, si empeora la pandemia y el Gobierno confina la ciudad. Este último es un riesgo que es cosa del florista, no del vivero que le vendía las flores.

Como se ha explicado, al acreedor le interesará –en todo caso– desglosar en su reclamación de daños lo invertido a la espera de la prestación que resulta incumplida y el lucro que esperaba recibir de emplearla en su negocio. Así tendrá más seguridad en que cobrará al menos los gastos sin correr el riesgo de que la incertidumbre de lograr probar el lucro cesante arruine su reclamación por entero. Lo expresa muy claramente el art. 1202. III PM-CC diciendo:

(En caso de indemnización por resolución...) «Se presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto.»

4. CONCLUSIÓN

En estas páginas he tratado de homenajear al CC en su 130 aniversario explicando cómo se relacionan los remedios por el incumplimiento del contrato que se manejan en el modelo actual del incumplimiento presente en los textos y las propuestas más modernas, por un lado, con el esquema de remedios por el incumplimiento de la obligación que se regulan en el propio CC, por otro lado. Tener claros los esquemas en que es posible una combinación de los dos sistemas creo que facilita el avance paulatino del ordenamiento y evita el riesgo de errores y mixtificaciones.

Aunque las cosas creo que se entienden más fácilmente y se obtienen mejores resultados de manera coherente con el cambio de paradigma, lo cierto es que los tribunales –de la mano de los abogados– han sido capaces de ir adaptando las reglas del CC, de manera que las soluciones que finalmente se alcanzan actualmente son muchas veces compatibles con ambos modelos. Todo esto supone tener mucho camino avanzado, para cuando el legislador se decida a emprender una reforma necesaria.

XXXIII

EL MOMENTO DE LA CONSUMACIÓN DEL CONTRATO EN LA ANULACIÓN POR ERROR ¹

M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN

Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo
Catedrática de Derecho civil

SUMARIO: 1. La regulación del Código civil y sus bases doctrinales.–2. Precisiones jurisprudenciales sobre la consumación del contrato. 2.1 La interpretación tradicional. 2.2 Contratos financieros «complejos». a) La primera jurisprudencia: la relevancia del conocimiento del error. b) Precisión de la primera jurisprudencia: el plazo no empieza a correr antes de la consumación. c) Desarrollos ulteriores. La situación actual. El casuismo de las soluciones. d) En especial, el contrato de préstamo hipotecario en divisa extranjera. 2.3 Jurisprudencia reciente sobre contratos no financieros. a) Contratos de tracto sucesivo que no presenten especial complejidad. b) Contratos de ejecución instantánea. c) Actos unilaterales: aceptación de una herencia.–3. El plazo de anulación del contrato por error en el moderno Derecho de contratos.–4. La reforma del artículo 1301 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio.–5. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS BASES DOCTRINALES

El art. 1969 CC expresa la regla general sobre el comienzo del plazo de ejercicio de las acciones: el tiempo se contará desde el día en que pudieron

¹ orcid.org/0000-0002-9704-9948. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-108844RB-I00 y del Grupo de investigación de referencia de la Universidad de Zaragoza DE IURE, S26_17R

ejercitarse. Pero, como señala el mismo artículo, esa regla es aplicable «cuando no haya disposición especial que otra cosa determine». A estos efectos, el art. 1301 CC contiene una regla especial que precisa cuándo se entiende que puede el interesado ejercitar la acción para el caso de error. De manera terminante, según la redacción originaria del art. 1301 CC, «[l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años», y este tiempo empezará a correr, «[e]n los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato». Desde la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en vigor a partir del 3 de septiembre de 2021) el art. 1301 CC pasa a decir: «La acción de nulidad caducará a los cuatro años. Ese tiempo empezará a correr: (...) 2.º En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato». Sobre la nueva redacción del precepto volveré en el apartado 4 de este trabajo. En lo que sigue a continuación me centraré en los orígenes, el sentido y las explicaciones doctrinales y jurisprudenciales elaboradas durante años en torno a la redacción del art. 1301 en la versión del Código civil vigente desde 1889.

El art. 1301 CC no se refiere solo a los casos de error que aquí interesan (o dolo, o falsedad de la causa, que reciben el mismo tratamiento). De manera más amplia, tras declarar que «la acción de nulidad sólo durará cuatro años», el precepto añadía a continuación, para los diferentes casos de nulidad, el momento a partir del cual empieza a correr ese plazo. La comparación con lo que establecido para el error y para los demás supuestos de anulabilidad permite hacer alguna reflexión para tratar de comprender el sentido de la regulación legal.

Después de aludir a los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, la redacción originaria del art. 1301 CC continuaba mencionando «la acción que se dirija a invalidar contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», para la que el plazo empezaba a correr «desde el día de la disolución del matrimonio». Este apartado fue modificado por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges (BOE n.º 107, de 5.5.1975) y, desde entonces, el último párrafo del art. 1301 CC dispone que «si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato» (este apartado, por lo demás, no es modificado por la Ley 8/2021).

Finalmente, en la redacción originaria del art. 1301 CC, el último párrafo aludía «a los contratos celebrados por los menores o incapacitados», para los que el plazo de la acción de empezaba a correr «desde que salieren de tutela». La reforma de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, ubicó esta regla en el penúltimo párrafo del art. 1301 CC, cuya redacción se ha mantenido hasta la reforma por la mencionada Ley 8/2021, de modo que desde el 3 de septiembre de 2021 el art. 1301.4.º CC establece que, «[C]uando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, [el plazo de cuatro años empezará a correr] desde la celebración del contrato».

Llamaba la atención en la doctrina que en el art. 1301 CC solo se aludiera a la consumación del contrato para fijar el *dies a quo* de la acción de anulación en los casos de dolo, error o falsedad en la causa. Se advirtió que, en realidad, la regla implícita, el punto de partida hipotético del art. 1301 CC para todos los casos, era la consumación del contrato (Delgado, 1981, p. 255), lo que sería plenamente coherente con la interpretación sustentada por De Castro de que el plazo de cuatro años se establecía respecto de la acción restitutoria (De Castro, 1985, pp. 509-512; Morales, 1993, arts. 1269-1270; Delgado-Parra, 2005, p. 117; Carrasco, 2017, p. 654). De esta forma, el plazo se referiría a la acción de condena dirigida a la restitución recíproca de cosa y precio (art. 1303 CC), que solo puede nacer iniciado al menos el cumplimiento del contrato. La acción meramente declarativa dirigida a que se declare la nulidad del contrato, cuando haya interés legítimo para ello, no estaría sometida a plazo. Así se explicaría que quien erró o fue engañado, con independencia del tiempo transcurrido desde la celebración del contrato, pudiera oponer el carácter anulable del contrato que no se ha cumplido y cuyo cumplimiento se le reclama porque, de hecho, si no ha habido cumplimiento la acción ni siquiera habría empezado a prescribir. La misma defensa perpetua debería reconocerse a quien sufrió violencia o intimidación, o quien celebró el contrato siendo menor o sin capacidad, etc., aunque no se mencionara para ellos la consumación del contrato, pues es ilógico pensar que el legislador quisiera proteger menos a estos contratantes en situaciones que pueden considerarse más graves que la del error.

La consumación sería presupuesto en todos los casos, solo que el plazo se retrasaba, convenientemente, según las circunstancias, a un momento posterior a la consumación (el cese de la violencia o de la intimidación, alcanzar la mayoría de edad, salir de la tutela, la disolución de la sociedad, o el conocimiento de la celebración del contrato), porque se consideraba inicuo que el plazo empezara a correr durante el tiempo en el que no hubiera cesado la intimidación o la violencia, la persona siguiera siendo menor o estuviera sometida

a la tutela, siguiera vigente la sociedad o no se conociera que el otro cónyuge había celebrado el contrato sin su consentimiento (para la violencia, explicando que el retraso en el cómputo del plazo se produce en atención a la mayor gravedad de este vicio del consentimiento, Morales, 1993, arts. 1269-1270).

La pregunta, entonces, es ¿por qué no se retrasó en los casos de error al momento en que cesa el engaño o se descubre la verdad que no se conocía y que llevó a contratar?

Buena parte de la doctrina ha justificado que la regla que para el error toma como punto de partida la consumación del contrato se basa en que el cumplimiento «permite apreciar en la realidad la índole e importancia de cosas y obligaciones, y ver la diferencia de lo real y lo convenido» (Manresa, 1918, p. 775). La regla, dice Díez-Picazo, coloca al contratante equivocado o engañado ante la carga de salir de tal situación, una vez en que la prestación en que el error o el dolo ha podido incidir, ha sido ejecutada tal vez porque, como ocurre con los vicios redhibitorios, existe una carga de diligencia de quien recibe la prestación en un puntual examen de sus características. A la inversa, continuaba el autor, la regla del art. 1301 significaría que la acción de anulación puede quedar extinguida no obstante no haberse desvanecido el error o el dolo (Díez-Picazo, 2007, p. 598).

El análisis de los antecedentes pone de relieve un cambio en la solución inicialmente prevista en el art. 1184 del Proyecto de Código civil de 1851, en el que se establecía que el término de cuatro años de la acción de nulidad del contrato empezaba a correr «en el caso de error o de dolo, desde que se tuvo conocimiento del uno o del otro». Razonaba García Goyena en su obra «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil» que «en cuanto al tiempo en que deben comenzar a correr los cuatro años, el artículo está conforme con todos los Códigos antiguos y modernos, por las razones que he espuesto en el art. 1196: el tiempo, en general, no puede correr hasta que cese el impedimento o la causa de la nulidad, y no puede menos de correr desde que ha cesado». Sin embargo, el Código (desde el Anteproyecto 1882-88) alteró la solución al señalar como *dies a quo* de la prescripción en los casos de error y dolo (y falsedad de la causa) el de la consumación del contrato.

Explicó Delgado que el Código se apartó de la regla francesa que había inspirado el Proyecto de 1851 porque el criterio del *Code* había suscitado críticas en la doctrina francesa, que advertía que la situación claudicante del contrato podía prolongarse indefinidamente, con merma de la seguridad del tráfico (Delgado, 1981, p. 256). El Código, exponía el autor citado, trató de buscar un término inicial claro y seguro adelantándolo –acortando, por tanto, el plazo– todo lo posible, y señalando la consumación, y no un momento anterior –la

perfección— porque antes de consumado el contrato no puede pedirse la restitución, que es lo que el legislador tenía *in mente* cuando hablaba de acción de nulidad. La decisión del legislador codificador, alejándose de las soluciones de Derecho comparado, que mayoritariamente atiende al momento en que el error se desvanece, se basa en la razón pragmática de impedir una fijación arbitraria del momento del conocimiento del error, hecho interno de difícil averiguación. Frente a la exigencia de justicia, prevalece la seguridad jurídica, lo que está especialmente justificado cuando la acción se dirige a deshacer, mediante el ejercicio de la acción de nulidad, una transmisión patrimonial ya efectuada mediante la consumación del contrato.

Desde hace algunos años, sobre todo a la vista de las orientaciones del Moderno derecho de contratos, que influidas por los ejemplos de Derecho comparado atienden al dato subjetivo del conocimiento (o congnoscibilidad) del error, la doctrina española ha venido criticando que el art. 1301 CC atiende al momento de la consumación para fijar el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por error. Se denuncia que el plazo de ejercicio de la acción puede transcurrir sin que el perjudicado pueda tener la ocasión de anular el contrato por no haber salido de su error. De alguna manera, estas opiniones son paralelas a las argumentaciones que, de forma más amplia, proponen una interpretación del art. 1969 CC que tome en consideración no solo la posibilidad legal, sino la posibilidad real de ejercicio de la acción y, más en particular, el conocimiento por el acreedor de los hechos que fundamentan su pretensión (Marín, 2014, p. 119).

2. PRECISIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA CONSUMACIÓN DEL CONTRATO

En la redacción del art. 1301 CC no cuenta, pues, como *dies a quo*, la fecha en que se celebró el contrato anulable, ni la fecha de descubrimiento efectivo del error o dolo. El problema por tanto es determinar qué se entiende por consumación del contrato, ya que el Código civil, que precisa cuándo existe un contrato, cuando se entiende perfeccionado (arts. 1254 y 1258), no fija una regla general sobre el momento de su consumación.

Aunque perfección y consumación pueden coincidir en el tiempo, son conceptos distintos, por cuanto la consumación se caracteriza por la ejecución del contrato o cumplimiento por las partes de sus obligaciones contractuales (así lo observa la STS, Sala Primera, 339/2016, de 24 de mayo; con anterioridad, en el mismo sentido, la STS, Sala Primera, 769/2014, de 12 de enero

de 2015, declara terminantemente que «el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato»).

2.1 La interpretación tradicional

La jurisprudencia identificó desde el primer momento la consumación del contrato con su agotamiento o completa ejecución de las prestaciones de las partes. Entre las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las que las declaraciones sobre el momento de la consumación a efectos del cómputo del plazo de la acción de nulidad no se hacen *obiter dicta*, sino que son relevantes para la decisión del recurso, debemos citar las siguientes.

– La sentencia 145/1897, de 24 de junio (error sustancial, inducido por el acreedor, en la aceptación por los deudores de las liquidaciones de un préstamo, y que no eran conformes al contrato de préstamo) declara que «el término para impugnar el consentimiento prestado por los deudores a las mencionadas liquidaciones, lejos de haber transcurrido, ni siquiera ha empezado a correr, toda vez que las liquidaciones parciales de un préstamo como actos de ejecución del contrato a que se refieren, no pueden reputarse actos consumados hasta que se consume el contrato haciéndose efectiva la obligación del deudor, á menos que contuvieren pactos especiales, lo cual no ocurre en el caso presente».

– La sentencia 94/1928, de 20 de febrero (contrato de sociedad por diez años para la compraventa de géneros, en el que una de las partes empleó dolo para obtener el consentimiento de la otra en condiciones muy desiguales; cinco años después de la celebración del contrato se invoca la nulidad para la víctima del dolo para oponerse al cumplimiento requerido), descarta que hubiera transcurrido el plazo de prescripción invocada por quien exigía el cumplimiento porque «en casos como el de que se trata, la consumación no existe hasta su total extinción, porque de los tres momentos que hay en toda contratación, a saber, de perfección, de consumación y de terminación, es evidente que cuando son varias las compras y los actos a realizar y dependientes algunos de los otros durante el desarrollo del contrato, éste no puede entenderse cumplido ni consumado hasta la realización de todas las obligaciones; así, atendiendo al valor gramatical de la palabra, se deduce de la definición que en el Diccionario de la Lengua se da al verbo consumir».

– La sentencia 261/1989, de 27 marzo (error en el consentimiento contractual en la compra de un terreno adquirido con la finalidad de edificar en él

cuando existe prohibición de edificar), expresa que «este momento de la “consumación” no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes». Lo que, dice la sentencia, «no puede predicarse ciertamente del supuesto en que se siguió un juicio ejecutivo con anterioridad al juicio declarativo de que este recurso proviene y cuando éste se inició, como demuestra el razonamiento de la sentencia de instancia, no había transcurrido los cuatro años de duración de la acción de nulidad, puesto que anteriormente el plazo prescriptivo había quedado interrumpido por la intervención del actual recurrido en el dicho juicio ejecutivo ejercitando la oposición que la ley confiere al ejecutado, actuación que no puede menos de considerarse medio legal de interrupción de la prescripción, incluido en el ejercicio de la acción ante los Tribunales, considerado en el artículo 1973 del Código Civil».

– La sentencia 569/2003, de 11 de junio, en un caso de renta vitalicia, tras hacer un resumen de la jurisprudencia anterior, explica que tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no de que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil: «Entender que la acción sólo podría ejercitarse «desde» la consumación del contrato [dice el Tribunal Supremo], llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta. Ejercitada, por tanto, la acción en vida de la beneficiaria de las rentas pactadas, estaba viva la acción en el momento de su ejercicio al no haberse consumado aún los contratos».

Esta jurisprudencia muestra cómo, en la práctica, durante mucho tiempo, la litigiosidad se originó respecto de contratos en los que existen prestaciones periódicas, contratos de tracto sucesivo que no se agotan con el cumplimiento de una prestación que se ejecuta en un momento preciso. Los problemas, y sobre lo que se pronunciaba la jurisprudencia, no era por tanto qué pasa cuando el perjudicado por el error vicio lo descubre transcurridos cuatro años desde el cumplimiento de todas las obligaciones del contrato, sino cuándo se entiende consumado un contrato que comprende prestaciones periódicas.

2.2 Contratos financieros «complejos»

a) LA PRIMERA JURISPRUDENCIA: LA RELEVANCIA DEL CONOCIMIENTO DEL ERROR

A partir de la sentencia de pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, y para los contratos bancarios o de inversión que presenten una cierta «complejidad», la jurisprudencia ha mantenido que el *dies a quo* no puede fijarse antes de que el perjudicado haya podido conocer el error (un análisis de esta jurisprudencia, entre otros muchos autores, en Pertíñez, 2019, p. 26).

Formalmente, en esta jurisprudencia, se declara interpretar el art. 1301 CC y fijar, a efectos del ejercicio de la acción de anulabilidad por error, el concepto de consumación. Como veremos por las precisiones ulteriores de la propia doctrina jurisprudencial en los diferentes tipos de contratos, de lo que se trata es de valorar si el contrato está plenamente consumado cuando se han realizado algunas prestaciones en los casos en los que, en atención a las características y contenido del objeto del contrato, no resulta posible identificar una prestación esencial cuya recepción equivalga a la consumación a efectos del art. 1301 CC.

La sentencia 769/2014 declara apoyarse en una interpretación del art. 1301 CC ajustada a la presente realidad social, pues, según dice, «en la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba a los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual».

En la sentencia 769/2014, se argumenta: «La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la «consumación del contrato» como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la «actio nata», conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica

el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

Esta jurisprudencia fue reiterada con posterioridad por otras sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo (sentencias 376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, y 19/2016, de 3 de febrero, entre otras muchas).

b) PRECISIÓN DE LA PRIMERA JURISPRUDENCIA: EL PLAZO NO EMPIEZA A CORRER ANTES DE LA CONSUMACIÓN

La aplicación automática y acrítica de la doctrina sentada por la sentencia 769/2014 llevó puntualmente a considerar que había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción de nulidad cuando no habían transcurrido cuatro años desde la consumación del contrato, pero sí desde que el cliente que contrató pudo descubrir su error, por ejemplo, por recibir una liquidación negativa (así sucedió en la sentencia 436/2017, de 12 julio).

La sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 89/2018, de 19 febrero, (respecto de un contrato de permuta financiera, *swap*) precisó que la doctrina de la sentencia 769/2014, se dirigía «a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo», pero no debía llevar a la consideración de que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, porque tal interpretación iría contra el

tenor literal del art. 1301. IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr desde la consumación del contrato.

En los contratos de *swaps* o «cobertura de hipoteca», dice la sentencia 89/2018, el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento. En los contratos de *swaps* «no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés».

Así, en el caso que dio lugar al recurso resuelto por la sentencia, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada período de liquidación y alcanzó resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato.

En definitiva, a partir de la interpretación sentada por la sentencia 89/2018, de 19 febrero, si no existe una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, esta no tiene lugar hasta el agotamiento o extinción de sus efectos.

c) DESARROLLOS ULTERIORES. LA SITUACIÓN ACTUAL. EL CASUISMO DE LAS SOLUCIONES

Con posterioridad, en otras sentencias, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha ido delimitando el ámbito de aplicación de la doctrina de la sentencia 89/2018, de 19 febrero, atendiendo a si en el contrato cuya anulación se pretendía por error se puede identificar o no esa prestación esencial que permita valorar que el contrato se ha consumado. No es que el descubrimiento del error sea *dies a quo* cuando el contrato ya estaba plenamente consumado con anterioridad, sino que en ocasiones las prestaciones efectuadas no suponen la consumación del contrato. En los desarrollos jurisprudenciales producidos, la consumación se conecta, en función del contenido del contrato, con el momento en el que aflora el riesgo congénito al negocio cuyo desconocimiento pudo

viciar el consentimiento, con el momento en que se materializa el riesgo y la inversión realizada cumple su función económica.

La sentencia 442/2020, de 20 de julio, resume la situación actual de la jurisprudencia y reconoce el casuismo de las soluciones:

«Así como en el caso de la adquisición de participaciones preferentes o de obligaciones subordinadas, el negocio se consume con la propia adquisición de estos productos, no ocurre lo mismo con las permutas financieras, en que no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato (sentencia 89/2018, de 19 de febrero); o con los bonos estructurados (sentencia 409/2019, de 9 de julio), en los que, durante un determinado periodo de tiempo, los rendimientos y las pérdidas se van produciendo periódicamente en función del comportamiento que hubieran tenido los valores a los que está ligado. En el caso de los bonos necesariamente convertibles en acciones, hemos entendido que «su consumación coincide con la fecha de conversión obligatoria, que es el momento en que se materializa el riesgo y la inversión cumple su finalidad económica (sentencia 357/2020, de 24 de junio)». Esta doctrina es la que se adopta para los valores Santander y para los bonos del Popular, *cf.* sentencias 361/2021, de 25 de mayo, y 406/2021, de 15 de junio, con cita de las sentencias 337/2020, de 22 de junio, y 152/2021, de 16 de marzo.

Continúa explicando la sentencia 442/2020, de 20 de julio: «Por lo que respecta al presente caso los bonos adquiridos no son estructurados, sino valores de renta fija simple, y por sus características (tiene una duración de tiempo determinada, en este caso cinco años, al término del cual se recupera la inversión, y durante su vigencia genera un interés anual predeterminado) se puede entender consumado el contrato en el momento de su adquisición. Sin perjuicio de que si el error denunciado versa sobre el riesgo de pérdida de la inversión como consecuencia de la insolvencia del emisor, el cómputo del plazo comience cuando se advierte la existencia de ese riesgo, que en este caso, como muy bien argumenta la Audiencia, se produjo alrededor de agosto de 2008, que es cuando los demandantes reconocen en su demanda lo siguiente: «fue entonces agosto/septiembre de 2008, cuando asesorados por terceros, supieron que la sociedad emisora FERGO AISA, S.A., no tenía liquidez para el pago de los cupones comprometidos en aquella fecha. Al parecer la sociedad estaba al borde de la quiebra y, por tanto, sus ahorros estaban en serio peligro».

Para la compra de acciones de Bankia por quienes concurrieron a la oferta pública de suscripción, la sentencia 601/2020, de 12 de noviembre, partiendo de que la consumación se produce en el momento de la adquisición, porque entonces se abona el precio y se adquiere la titularidad de las acciones, declara: «En un caso de salida a cotización oficial, el valor de la acción tiene que ver con el valor de la compañía que la emite. Por ello, si el *dies a quo* debe ser aquel en que el comprador pudo apercibirse de su error, en este caso, es claramente el 25 de mayo de 2012, fecha en que se reformularon las cuentas de Bankia, se suspendió su cotización en Bolsa y la entidad solicitó una inyección de capital de 19.000 millones de euros. Momento que podemos identificar como el de inicio del cómputo del plazo de caducidad, a efectos del art. 1301. IV CC, que es cuando se produjo en el desarrollo de la relación contractual un acontecimiento que permitió la comprensión real de las características y riesgos del producto que se había adquirido mediante un consentimiento viciado». De esta forma se rechaza el argumento del adquirente en la oferta pública de suscripción, recurrente en casación, que pretendía que se identificara como *dies a quo* cuando se notificó a los clientes individualmente el canje de acciones.

Sobre el *dies a quo* en los contratos vinculados se declara en la sentencia 620/2020, de 18 de noviembre: «Debemos advertir, a la vista de las alegaciones de la recurrida en su escrito de oposición acerca de que el criterio contrario de la sentencia recurrida se justifica en ser los dos contratos impugnados contratos encadenados, que esta sala ha aplicado la misma doctrina de la sentencia 89/2018, siguiendo una jurisprudencia anterior, también en estos casos (así, sentencias 369/2019, de 27 de junio, 346/2019, de 21 de junio, y 695/2018, de 11 de diciembre, con cita de las anteriores 107/2017, de 17 de febrero, 503/2016, de 19 de julio, y 19/2016, de 3 de febrero). En ellas expresamente se recoge la doctrina de la sala conforme a la cual, en el caso de contratos vinculados unos a otros, encadenados, de suerte que hay una cadena de reestructuración, el inicio del plazo de ejercicio de la acción se computa cuando se consuma el último de ellos, por considerar que forman parte de un negocio jurídico único».

Para las preferentes, la jurisprudencia ulterior ha introducido algunas precisiones. La sentencia 519/2021, de 12 de julio (con cita de las anteriores 416/2020, de 9 de julio, 253/2020, de 4 de junio, 239/2021, de 4 de mayo, 350/2021, de 20 de mayo, y 428/2019, de 16 de julio), sintetiza que «el solo hecho de que se dejen de percibir rendimientos no permite deducir un conocimiento de las características reales del producto contratado, y del riesgo real y efectivo de perder el montante invertido, pues un cosa es no percibir los rendimientos de un capital y otro la pérdida íntegra de éste, de modo que la suspensión de las liquidaciones de beneficios puede no resultar definitiva para constatar el error, hasta que por el

banco no se facilite al cliente la información completa sobre el producto; en las precitadas sentencias hemos declarado que es difícilmente imaginable que los inversores pudieran tomar conciencia de la verdadera naturaleza del producto y de que su inversión no fuera recuperable antes de que se publicara la Resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de 16 de abril de 2013».

Por su parte, la sentencia 542/2021, de 19 de julio, rechaza que la venta ordenada por el cliente, y que resultó infructuosa, deba tenerse en cuenta como *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción de nulidad, pues la relación jurídica establecida por la compra de las preferentes continuó produciendo efectos hasta que, producido el canje, quedó evidenciada la pérdida experimentada por el cliente que había contratado con desconocimiento de la naturaleza de lo adquirido como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información que incumbían a la entidad demandada. En el caso, tras el intento de venta del producto financiero, la parte actora se puso en situación de conocer que el producto adquirido no era como pensaba, que el producto no era una imposición a plazo fijo ni similar, y que no garantizaba la percepción del interés prometido ni la recuperación del capital, pero en esa situación, la propia demandada notifica a la actora la resolución del FROB, le hace un abono en su cuenta y acto seguido compra por ese importe los bonos convertibles, acogién-dose a la resolución del FROB, lo que iría seguido del canje por otros productos financieros.

d) EN ESPECIAL, EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN DIVISA EXTRANJERA

La sentencia del pleno 417/2020, 10 de julio (sobre préstamo hipotecario en divisa extranjera) explica cómo el contrato de préstamo bancario de dinero ha de entenderse consumado cuando se ha producido la entrega del dinero por el prestamista al prestatario (o a quien este haya designado), al tratarse del momento en que el cliente, que es la parte perjudicada por el error, recibe lo que la sentencia 89/2018, de 19 de febrero, denominó como «una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato». Conviene advertir que en este caso la acción ejercitada es la de anulabilidad por error y no la de nulidad por falta de transparencia y abusividad, acción que está sometida al régimen propio de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores, en concreto los arts. 80.1 y 82 TRLCU y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE: sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, 599/2018, de 31 de octubre, 493/2020, de 28 de septiembre, y 391/2021, de 8 de junio).

La sentencia parte de que la entrega del capital del préstamo por el prestamista constituye la prestación esencial cuyas características determinan la existencia del error en el caso de préstamo en divisas, puesto que el capital que se entrega está referenciado a una divisa, y esa vinculación es la que provoca que el prestatario afronte unos riesgos mayores que en un préstamo ordinario, lo que justifica la exigencia de una información más completa.

La consecuencia que extrae la sentencia es que, «en el contrato de préstamo bancario en dinero, el contrato haya de considerarse consumado cuando el prestamista hizo entrega del capital del préstamo al prestatario (en el préstamo objeto del litigio, más exactamente, el equivalente en euros del capital fijado en una divisa extranjera), a alguno de los prestatarios o a la persona designada por el prestatario».

La sentencia 417/2020, 10 de julio, considera que es aplicable la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015. Un préstamo denominado en divisas, razona la sentencia, «aunque no esté sometido a la normativa del mercado de valores y, en concreto, a la normativa MiFID, es un contrato que presenta una especial complejidad, pues la referencia a una divisa para fijar el importe en euros de las cuotas periódicas y del capital pendiente de amortizar, determina no solo la fluctuación de la cuota del préstamo, que puede ser muy importante, sino también la posibilidad de que pese a pagar puntualmente tales cuotas, el equivalente en euros del capital pendiente de amortizar por el cliente no disminuya o incluso se incremente aunque haya pasado un tiempo considerable desde que comenzó el pago de las cuotas periódicas. Por tal razón, la consumación del contrato, a los solos efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de los hechos determinantes de la existencia de dicho error o dolo».

De acuerdo con la sentencia 417/2020, 10 de julio, esta doctrina se ajusta a la reciente jurisprudencia que ha modulado el art. 1301. IV CC en atención al tipo de contrato de que se trate y, además, «supone una interpretación del art. 1301. IV CC ajustada a la realidad social del tiempo presente, en el que los contratos bancarios de préstamo, en especial cuando gozan de garantía hipotecaria, tienen una duración media muy extensa, de forma que vincular la consumación del contrato con el agotamiento de sus prestaciones provocaría una situación de eficacia claudicante del contrato prolongada durante un periodo muy extenso de tiempo, difícilmente compatible con las exigencias de la seguridad jurídica».

En el caso que da lugar a la sentencia 417/2020, 10 de julio, los prestatarios tuvieron conocimiento de los hechos determinantes del error en el que basan su acción cuando la cuota mensual superó los dos mil euros y, al pedir explicaciones en el banco, se les informó de que adeudaban un capital en euros superior al que les fue entregado inicialmente. Y la demanda fue interpuesta cuando ya habían pasado más de cuatro años desde ese momento. Por tal razón, de acuerdo con lo previsto en el art. 1301. IV del Código Civil, cuando se interpuso la demanda, había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción.

El criterio ha sido seguido en sentencias posteriores.

Así, la sentencia 502/2020, de 5 de octubre, reitera que el contrato de préstamo, y la posterior modificación, se consumaron en el momento en que se pusieron a disposición de los prestatarios las correspondientes sumas de dinero. No obstante, «el plazo de caducidad no podía comenzar a contarse hasta que aflorara el riesgo congénito al negocio cuyo desconocimiento podía viciar el consentimiento prestado, en este caso el derivado del cambio de paridad de la divisa escogida respecto del euro. Esto ocurrió, cuando menos, en el momento en que las partes acordaron novar el préstamo y referirlo a euros (el 15 de junio de 2011), con el efecto consiguiente de que la suma en euros del capital prestado era muy superior al inicial contravalor en euros. De este modo el plazo de cuatro años debía computarse cuando menos desde entonces (15 de junio de 2011) y se completó antes de que se presentara la demanda (22 de enero de 2016)».

Por su parte, la sentencia 481/2021, de 30 de junio, identifica el momento en que la demandante pudo conocer, observando una diligencia razonable, los hechos determinantes del error: cuando, al realizar las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales con su exmarido, tuvo conocimiento de que, pese a haber pagado regularmente las cuotas de amortización del préstamo, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se había incrementado.

2.3 **Jurisprudencia reciente sobre contratos no financieros**

La abundante jurisprudencia sobre error en el ámbito de los contratos financieros complejos ha suscitado la duda de si, llegado el caso, el Tribunal Supremo aplicaría la misma doctrina a otros contratos. La cuestión tiene interés, en primer lugar, por lo que se refiere a contratos de tracto sucesivo, en los que el cumplimiento total de las prestaciones puede prolongarse durante años, pero en los que es posible identificar una prestación esencial que permite apreciar que hay consumación del contrato con anterioridad. La cuestión se ha

planteado también en contratos de ejecución instantánea, pero en los que el error ha tardado tiempo en desvelarse.

a) CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO QUE NO PRESENTEN ESPECIAL COMPLEJIDAD

Con posterioridad a la aparición y consolidación de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a los contratos financieros complejos, la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, sentó una doctrina sobre el *dies a quo* del plazo del art. 1301 CC por la que se distingue entre contratos ordinarios –el *dies a quo* sería aquél en el que el actor de nulidad hubiera recibido la prestación «esencial»– y aquellos considerados de comprensión compleja (la adquisición de instrumentos financieros, señaladamente) –en los que el plazo empezaría a correr desde que el contratante afectado hubiera salido del error o dolo–.

La sentencia se ocupa de un contrato de arrendamiento de finca destinada a desarrollar una actividad de gasolinera; después de cinco años de la recepción de la finca y de haber comenzado la actividad económica, el arrendatario no obtiene la preceptiva licencia administrativa y pretende anular el contrato por error. La sentencia 339/2016, de 24 de mayo, declara que, en los contratos de tracto sucesivo que no presenten especial complejidad, como es el caso del arrendamiento litigioso –un arrendamiento de cosa–, «la consumación se produce, a los efectos del cómputo inicial del plazo de cuatro años establecido en el art. 1301 CC, cuando quien luego alegue el dolo o el error hubiera recibido de la otra parte su prestación esencial; en el caso del arrendatario, la cesión de la cosa por el arrendador en condiciones de uso o goce pacífico (arts. 1544, 1546 y 1554 CC), pues desde este momento nace su obligación de devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió (art. 1561 CC) y es responsable del deterioro o pérdida que tuviera la cosa arrendada (art. 1563 CC), del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (art. 1554.3 CC)».

b) CONTRATOS DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA

La sentencia 680/2019, de 17 diciembre, en particular, descarta la relevancia del momento en que se descubre el error a efectos de la acción de anulación de un contrato de compra en subasta de un cuadro que resultó ser falso. El Tribunal Supremo, frente al criterio de la sentencia recurrida, rechaza expresamen-

te que no hubiera consumación del contrato hasta que el comprador no descubrió que el cuadro era falso, quince años más tarde de haberlo adquirido.

La Audiencia consideró que la acción se había ejercitado dentro del plazo de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre el *dies a quo* de las acciones de nulidad por error en las adquisiciones de productos complejos, que consideró aplicable al caso en atención a la confianza del actor en la autenticidad de la obra y en la falta de reproche a su comportamiento.

Frente a este razonamiento, la sentencia del Tribunal Supremo parte de que el contrato celebrado por las partes es de tracto único y de consumación instantánea. El 14 de diciembre de 1999 el actor pujó por un cuadro y el 21 de diciembre de ese año pagó el precio y se le entregó el cuadro. Fue en ese momento cuando se consumó el contrato y, por tanto, empezó a correr el plazo para el ejercicio de la acción de anulación por parte del comprador.

Considera la sala que la interpretación contraria, además de forzar el concepto de consumación del contrato y vaciar de contenido al régimen legal de los vicios del consentimiento, conduciría a unas consecuencias indeseables, como son la imprescriptibilidad práctica de la acción de anulación, algo que no resulta del art. 1301 CC aplicable y que, en los modelos y sistemas que introducen el criterio subjetivo del conocimiento para fijar el *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción, se evita mediante los correspondientes mecanismos correctores (por ejemplo, estableciendo límites temporales máximos a partir del momento de celebración del contrato).

La sentencia 680/2019 es consciente de que la solución del art. 1301 CC ha sido objeto de críticas doctrinales y se aleja de otros sistemas jurídicos en Derecho comparado, de los modelos de «soft law» y de las propuestas legislativas y académicas de la Comisión General de Codificación y de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Conoce que en estos textos se aprecia una tendencia bien a identificar el *dies a quo* con el conocimiento o, al menos, con la posibilidad razonable de conocimiento de los hechos que determinaron el vicio, o bien se suspende el cómputo del plazo hasta ese momento. Pero, al mismo tiempo, la sentencia pone de relieve cómo estas soluciones van acompañadas de otras medidas legales que responden a la exigencia de certeza en las relaciones, como la reducción de los plazos y, sobre todo, la introducción de plazos máximos para la suspensión o de términos de preclusión que extinguen la acción y que se computan desde que tuvieron lugar los hechos, con independencia del conocimiento del error. De esta forma, advierte la sentencia 680/2019, se alcanza un equilibrio entre los intereses encontrados y se evita que, de hecho, la acción sea imprescriptible.

La sentencia concluye que, en todo caso, «los jueces y tribunales deben resolver ateniéndose al sistema de fuentes establecidos y, frente a la expresa y tajante regulación prevista en el art. 1301 CC vigente, y partiendo de que el diseño del régimen de los plazos de ejercicio de las acciones y la delimitación del *dies a quo* incumbe al legislador, lo único que puede precisar el intérprete, en función de la naturaleza y contenido del contrato de que se trate, es cuándo se considera consumado el contrato».

c) ACTOS UNILATERALES: ACEPTACIÓN DE UNA HERENCIA

Dada la inexistencia de regulación específica sobre el plazo de ejercicio de la acción para impugnar por error una aceptación de herencia, la sentencia 142/2021, de 15 de marzo, parte de la necesidad de adaptar el art. 1301 CC a la impugnación de un acto unilateral en el que, a diferencia de los contratos a que se refiere el precepto, no hay consumación entendida como cumplimiento de las prestaciones de las partes.

En el caso de que se ocupa considera la sentencia 142/2021, de 15 de marzo, que, «puesto que por la aceptación adquiere el llamado la condición de heredero y recibe las relaciones transmisibles del causante, el plazo para la impugnación de la aceptación por error consistente en los presupuestos que pudo tomar en consideración el llamado, solo puede empezar a correr a partir del momento en que quedó determinada la composición del caudal, lo que –en el caso que se juzga en esa sentencia– en atención a la litigiosidad suscitada, solo tuvo lugar en el momento en que adquirió firmeza la sentencia dictada en el proceso en el que se hizo valer por los favorecidos el reconocimiento (de una deuda) de la Sra. D. (la causante)»

3. EL PLAZO DE ANULACIÓN DEL CONTRATO POR ERROR EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

La influencia de otros sistemas de Derecho comparado (parágrafo 199 BGB, art. 1183 CC francés) y de los modelos de armonización del Derecho de contratos ha llegado a penetrar en las recientes propuestas españolas de modernización del Derecho privado de contratos (señaladamente, art. 10.2.1. Principios UNIDROIT, art. 4:113 PECL, art. II.–7:210 DCFR, art. 148 del Proyecto de Pavía, art. 180 CELS), que tienen en cuenta el momento en que la parte que anula el contrato conozca o razonablemente se pueda esperar que conozca los hechos en que fundamente la anulación.

Tanto la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Comisión General de Codificación en 2009 –PMCC– como la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil –APDC– en 2017, si bien difieren en el plazo que fijan (respectivamente, dos y tres años) y en su calificación (como caducidad en el caso de la PMCC, como prescripción en la propuesta de la APDC), atienden, para fijar el *dies a quo* del plazo de la acción de nulidad por error, al conocimiento o, mejor, a la «cognoscibilidad», de la causa de la nulidad.

Así, el art. 1304 PMCC establece que: «La acción de anulación caducará a los dos años y este tiempo empezará a correr: (...) En los de error o dolo, (...), desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad». La regla se completa con lo dispuesto en el art. 1305 PMCC, que reconoce expresamente la posibilidad de oponer la facultad de anulación mediante excepción frente a la demanda de cumplimiento y declara que, en este caso, no será de aplicación el plazo previsto en el artículo anterior.

El art. 1304 PMCC mantiene sin embargo la consumación como *dies a quo* para la acción de anulación cuando, en el momento de su celebración, el contrato otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquel, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. En esta hipótesis se opta de manera pragmática por la seguridad jurídica.

Por su parte, el art. 527-12.1 de la Propuesta de Código civil elaborada por la APDC, bajo el título de «prescripción de la anulación», establece que: «La anulación por error o dolo prescribe a los tres años desde que se conozcan o deban conocer los hechos relevantes que motivaron el vicio». Debe tenerse en cuenta que, además, el art. 615-1.1 de la Propuesta introduce un plazo máximo de prescripción de quince años, contados desde que la pretensión puede ser jurídicamente ejercida (de modo parecido a como se hace, por ejemplo, en el CC de Cataluña, cuyo art. 121-33 fija como *dies a quo* del ejercicio de cualquier pretensión el momento del conocimiento o posibilidad razonable de conocer las circunstancias que la fundamentan; al mismo tiempo, en el art. 121-24 se adopta un –único– plazo de preclusión de treinta años desde el nacimiento de la pretensión).

4. LA REFORMA DEL ART. 1301 CC POR LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

El texto aprobado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en

el ejercicio de su capacidad jurídica (en vigor el 3 de septiembre de 2021), ha introducido el término «caducidad» para calificar al plazo de ejercicio de cuatro años de la acción de nulidad, pero en su n.º 2.º, para el error, el dolo y la falsedad de la causa mantiene como *dies a quo* el momento de la «consumación del contrato». En su n.º 4.º establece que, «cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, ese tiempo empezará a correr desde la celebración del contrato». La norma se completa con lo que dice la nueva redacción del art. 1302.3. I CC, conforme al cual, «los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción».

De esta forma, salvo en los casos de la nulidad por razón de discapacidad, donde –sorprendentemente– se parte del momento de la celebración del contrato y no de la consumación, la reforma no ha introducido otro cambio.

En particular, no se ha convertido en ley el texto presentado como proyecto en el Congreso y en el que se preveía que el cómputo del plazo «de la facultad de anular» tuviera lugar en los casos «de error o dolo, desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad» («BOCG» Congreso de los diputados, Serie A, Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020, 121/000027). Resultaba especialmente reprochable en el texto proyectado que, a pesar de optar por un criterio subjetivo para el inicio del cómputo del plazo, para compensar la mayor incertidumbre que va asociada al mismo, no se redujera el plazo de cuatro años. Tampoco se preveía, en la línea de los modelos del moderno derecho de contratos, un plazo máximo a contar desde la celebración del contrato, lo que daría lugar a dejar abierta indefinidamente la posibilidad de impugnar el contrato. Esta previsión, curiosamente, solo se contemplaba para los contratos celebrados por personas con discapacidad, único supuesto para el que se contemplaba que la facultad de anular, «en todo caso, no podrá ejercitarse pasados cinco años desde la celebración del contrato».

Es razonable pensar que el legislador conoce las polémicas doctrinales suscitadas en la interpretación del originario art. 1301 CC acerca de la naturaleza del plazo (caducidad o prescripción) y acerca de cuál es la acción sometida a plazo (la dirigida a que se declare la nulidad o la dirigida a obtener la restitución de lo entregado en virtud de cumplimiento del contrato). Por ello, presuponiendo el conocimiento del debate doctrinal existente, debemos admi-

tir que el legislador del siglo veintiuno, al reformar el código decimonónico, decide configurar la acción de anulación conforme al modelo que considera preferible y prescindiendo conscientemente de otras alternativas que tenía a su disposición. Así, se califica el plazo como de «caducidad» (para la que, según la doctrina y la jurisprudencia, no cabe interrupción, a diferencia de lo que sucede con los plazos calificados como de prescripción).

La consideración del plazo como de caducidad responde a la idea de que es exigencia de la pronta definición de una situación jurídica que afecta a la validez de un contrato. La calificación del plazo como de «caducidad» enlaza con la opinión doctrinal que considera la acción como un derecho potestativo (o de configuración jurídica) del perjudicado para anular lo que en otro caso sería válido, de modo que razones de seguridad jurídica requieren la sujeción de tal facultad a una limitación temporal improrrogable, evitando que se prolongue una situación incierta (Díez-Picazo, 2007, p. 597; Cañizares, 2018, p. 98). Sin embargo, el texto finalmente aprobado dice que «la acción de nulidad caducará», y ya no se refiere a «la facultad de anular», que resultaba más del gusto de quienes venían defendido que se trataba de un plazo de caducidad por ser su objeto una facultad de configuración jurídica –la facultad de anular el contrato–.

La duda sigue siendo si la acción que caduca es la de nulidad o la de restitución, puesto que el precepto habla de la acción de nulidad pero parte de la consumación del contrato como *dies a quo* del ejercicio de la acción.

Si se partiera del momento en que «el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad», como hacía el proyecto, sería más fácil admitir que la acción a la que se refiere el precepto es la dirigida a que se declare la nulidad del contrato, superando así la objeción que en la redacción original del Código podía hacerse a quienes defendían esa tesis respecto de un texto que precisaba «la consumación», que realmente no es exigible para el nacimiento de la facultad de solicitar que se declare la nulidad del contrato.

En el texto finalmente aprobado se mantiene como *dies a quo* el de la consumación del contrato, y lo cierto es que la acción de nulidad por error habitualmente se dirige a obtener la restitución de lo entregado indebidamente en cumplimiento del contrato que se anula. En otro caso raramente existirá un interés legítimo en hacer valer la existencia de error: frente a la reclamación del cumplimiento por la otra parte se podrá alegar el error para negarse a cumplir, pero entonces no se está ejercitando una acción para anular el contrato; cuando, habiendo sido consumado el contrato, se pretenda una indemnización por incumplimiento contractual, puede haber interés en denunciar, por ejem-

plo, la falta de información de la otra parte sobre las verdaderas características del objeto del contrato, pero no con el fin de anular el contrato, sino manteniendo la validez del contrato y ejercitando la acción de responsabilidad contractual, conforme a sus propios presupuestos.

Ante la parquedad de la regulación quedan sin respuesta otras dudas que ya se han venido suscitando durante la redacción originaria del Código civil. ¿Puede ejercitarse la acción de restitución en un momento posterior a la declaración de nulidad? ¿Habrá precluido por no haberse ejercitado, pudiéndolo hacer, junto con la acción de nulidad? ¿Deberá el juez de oficio pronunciarse sobre la restitución, aun cuando las partes no hayan tenido ocasión de debatir sobre su alcance, por ser consecuencia natural de la nulidad?

5. BIBLIOGRAFÍA

- CAÑIZARES LASO, A., «Algunas claves para la reforma de la prescripción», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 4 (octubre-diciembre, 2018), Estudios, pp. 89-138.
- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «De la nulidad de los contratos», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2, dir. M. Albaladejo, Edersa, Madrid, 1981, pp. 230-246.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.ª Á., *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Librería-Editorial Dykinson, 2005.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, sexta edición (tercera en Thomson Civitas), Cizur Menor, Aranzadi, 2007.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, v. VIII, Madrid, Reus, 1918.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», en *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MORALES MORENO, A. M., «Artículos 1.265 a 1.270 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XVII, v. 1.º-B, dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa, Madrid, 1993 (consulta online vLEX).
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., *La nulidad contractual en la jurisprudencia. Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

XXXIV

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS NACIDOS DEL CONTRATO FRENTE A LOS TERCEROS

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA ¹
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. La regulación del Código Civil y sus bases doctrinales. 1.1 El principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC y la supuesta imposibilidad material de la lesión de los derechos de crédito por acto de un tercero. 1.2 El *commodum representationis* del artículo 1186 CC: ¿un argumento irrelevante? 1.3 El artículo 1902 CC: ¿fundamento del sistema de protección de los derechos de crédito frente a los terceros? 1.4 Recapitulación.–2. El papel relevante de la doctrina y la jurisprudencia en la construcción del régimen jurídico de la tutela aquiliana del crédito: su evolución. 2.1 El sistema de protección del derecho de crédito frente a los terceros en el Código civil: esbozo de su régimen jurídico. a) El conocimiento como criterio de imputación subjetiva de responsabilidad. b) Los efectos de la responsabilidad del tercero.–3. La responsabilidad del tercero por la lesión de un derecho de crédito ajeno: su encaje en el moderno Derecho de contratos.–4. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS BASES DOCTRINALES

El Código civil parte de las siguientes premisas: *a)* los contratos son fuente de derechos y obligaciones que ostentan los contratantes (acreedor y deudor); *b)* los contratos solo vinculan a las partes contratantes (art. 1257 CC).

¹ El autor de este trabajo es miembro del Grupo de investigación consolidado Modernización del Derecho patrimonial de la Universidad Autónoma de Madrid.
<https://orcid.org/0000-0002-3892-9021>

Por ello el legislador establece en el Código civil mecanismos de tutela de los derechos y obligaciones que nacen del contrato: lo que podríamos denominar responsabilidad contractual y que incumbe únicamente a las partes contratantes. Ahora bien, nuestro Código civil no tiene un sistema unitario de responsabilidad contractual, sino que, por una parte, regula un sistema general (arts. 1101 y ss. CC) y, por otra parte, establece sistemas especiales de responsabilidad (por ejemplo, en el contrato de compraventa, arts. 1474 y ss. CC) (véase en este sentido, Morales Moreno, 2006, pp. 22-25, que afirma que nuestro Código civil se caracteriza por *la fragmentación del sistema de responsabilidad contractual* y que *carece de un concepto unitario de incumplimiento*). Por el contrario, nada dice nuestro Código civil sobre si los derechos nacidos de un contrato pueden ser lesionados por un tercero (y tampoco prevé expresamente nada, con carácter general, sobre los posibles mecanismos de protección que un contratante tiene frente a la vulneración de los derechos nacidos del contrato por parte un tercero ajeno al mismo).

El objeto de este trabajo no es realizar un análisis del sistema de responsabilidad contractual previsto en nuestro Código civil ni de su evolución conforme a los principios del denominado moderno Derecho de contratos, sino explorar si nuestro Código civil prevé, con carácter general, mecanismos de tutela para los casos en los que un contratante ve vulnerado un derecho nacido del contrato como consecuencia de la conducta de un tercero ajeno a la relación contractual. Y, en caso de respuesta afirmativa, esbozar las características principales del sistema de protección de los derechos de crédito frente a los terceros y analizar su evolución.

Una aproximación al Código civil permite comprobar que al legislador de 1889 no le eran desconocidos determinados supuestos en los que un tercero colabora con el deudor en la lesión de un derecho de crédito. Me refiero, entre otros, a los casos de fraude de acreedores (arts. 1111, 1291.3.º, 1295 y 1298 CC), doble venta (art. 1473 CC) y venta de la cosa arrendada (art. 1571 CC). En cada uno de estos supuestos típicos, el legislador, ponderando los diferentes intereses en juego, establece una solución distinta (podría decirse que se trata de sistemas específicos de protección de los derechos de crédito frente a los terceros). El estudio de la regulación legal de cada uno de estos supuestos, así como el análisis de la jurisprudencia que aplica e interpreta dichos preceptos, resulta esencial para concretar en nuestro Ordenamiento el sistema general de protección de los derechos de crédito cuando resultan vulnerados por un tercero; esto es, de la denominada tutela aquiliana del crédito (véase un análisis detallado de cada una de estas regulaciones especiales en Pérez García, 2005, pp. 155-293).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no solo existen los supuestos típicos a los que se acaba de hacer referencia (y que no son casos de tutela aquiliana del crédito porque el legislador ha previsto una solución legal específica para cada uno de ellos), sino que los casos en los que un derecho de crédito puede ser lesionado por la conducta de un tercero pueden ser muy diversos. Ello impide que el tratamiento que reciban sea idéntico; razón por la cual propongo su clasificación en tres grupos diferenciados.

Un primer grupo integrado por los casos de lesión directa del derecho de crédito por el tercero, en los que la conducta del tercero lesiona el crédito en sí mismo, sin que el deudor intervenga [por ejemplo, el tercero destruye el título donde consta el crédito o cobra conscientemente el crédito, extinguiéndose este; véase la STS de 26 de abril de 1927 (Colección Legislativa núm. 186), que resuelve un caso en el que un tercero aparenta ser el verdadero acreedor y cobra un crédito que nace de un conocimiento de embarque].

Un segundo grupo formado por los casos de lesión indirecta (o mediata) del derecho de crédito por el tercero. Se trata de supuestos en los que la conducta del tercero provoca directamente la lesión de un bien o un interés jurídico diferente al derecho de crédito e indirectamente se causa la lesión de este [por ejemplo, el tercero causa una lesión física al deudor de una obligación de hacer personalísima que le impide cumplir su obligación o el tercero destruye la cosa debida; véase la STS 2904/1986, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:1986:2904) que resuelve un interesante caso referente a la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios por unos trabajadores que están en situación de desempleo como consecuencia de la conducta de un tercero].

Y un tercer grupo en el que se incluyen los casos de colaboración del tercero con el deudor en la lesión del derecho de crédito. Se trata de casos que tienen como denominador común el siguiente hecho: el tercero con su conducta facilita que el deudor incumpla su obligación frente al acreedor. En todos estos casos, existe un incumplimiento contractual por parte del deudor que deriva en la correspondiente responsabilidad contractual frente al acreedor que ve lesionado su derecho (arts. 1101 y ss. CC). Sin embargo, la cuestión verdaderamente problemática es determinar si al tercero también le es imputable la lesión del crédito, teniendo que responder extracontractualmente, por la vía del artículo 1902 CC, de los daños y perjuicios que sufre el acreedor. Quizás es el grupo de casos que mayores interrogantes plantea en la práctica, pese a que en el mismo se incluyen algunos de los supuestos tipificados en nuestro Ordenamiento, cuya solución legal se prevé expresamente en el Código civil (fraude de acreedores, doble venta) o en otras normas como es el caso del artículo 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE

núm. 10, de 11.01.1991) (en adelante LCD) que regula la inducción a la infracción contractual (en relación con esta última materia, véase: Campins Vargas, 2014, pp. 129-197). Pero ciertamente en este grupo también tienen cabida otros muchos casos no previstos expresamente por el Ordenamiento (supuestos atípicos) [por ejemplo, casos de vulneración de un derecho de opción de compra por un tercero como en la STS 940/1997, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:1997:940) o de violación de un pacto de exclusiva por un tercero como el caso resuelto en la STS de 4 de mayo de 1973 (RJ. 1973/2291)]. En este tipo de supuestos atípicos la solución legal se concretará caso a caso por los tribunales aplicando los principios y reglas que pueden extraerse de nuestro Ordenamiento jurídico [en esta tarea es especialmente importante el análisis de casos similares y cuya solución está prevista, de forma expresa, por el legislador (supuestos típicos)].

Para determinar si en nuestro Derecho existe un sistema general de protección de los derechos de crédito nacidos del contrato frente a los terceros se debe dar respuesta, básicamente, a las siguientes cuestiones: por una parte, si un tercero puede lesionar o no un derecho de crédito ajeno (¿existe un deber de respeto de las relaciones jurídicas ajenas?); y, por otra parte, si incurre en algún tipo de responsabilidad el tercero que lesiona un derecho de crédito ajeno. Podría afirmarse que son dos caras de una misma moneda, pues respondiendo al primer interrogante, se responde a la segunda cuestión (y viceversa, respondiendo a la segunda pregunta, se responde a la primera).

En lo concerniente a la primera cuestión planteada, históricamente ha existido una creencia generalizada de que los derechos de crédito (también denominados derechos personales o relativos) sólo son eficaces entre acreedor y deudor (eficacia *inter partes*); esto es, inoponibles frente a los terceros (a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales –los derechos absolutos– que se consideran eficaces frente a todos –eficacia *erga omnes*–, o lo que es lo mismo, oponibles). Se afirma que los derechos de crédito no afectan a los terceros, pudiendo estos desconocer su existencia (con cita de argumentos históricos, Ferrer de San-Segundo, 2001, p. 198) y que no existe ningún deber negativo de abstención (Roca-Sastre Muncunill, 1962, p. 589). Incluso se llega a afirmar que los derechos de crédito son indiferentes para los terceros, ya que no existe el deber de reconocerlos ni de respetarlos y, por tanto, un acreedor (titular de un derecho de crédito) *no tiene pretensión alguna contra el tercero que frustre o dificulte el cumplimiento* (Von Tuhr, 1998, p. 212).

No comparto las anteriores afirmaciones porque, a mi juicio, los derechos de crédito no solo pueden ser lesionados por el deudor, sino que también los terceros pueden realizar conductas que vulneren los derechos cuya titularidad

ostenta el acreedor (como se comprobará, más adelante en este trabajo, al analizar la jurisprudencia). Además, considero que la tesis defendida por esos autores no es acorde con los principios y reglas que pueden extraerse de nuestro Ordenamiento. No debe olvidarse que los derechos de crédito (al igual que los derechos reales) son derechos subjetivos que forman parte del patrimonio de una persona y, por tanto, merecedores de la protección que el Ordenamiento jurídico ofrece frente a los ataques o violaciones ilícitas. En este mismo sentido se pronuncia un sector de la doctrina (entre otros, De Castro y Bravo, 1984, pp. 590-594; Díez-Picazo, 2007, p. 80; Sánchez Román, Madrid, 1891, p. 8; y Vattier Fuenzalida, 1989, pp. 850-851) llegando a afirmar que *la lesión culpable de un derecho de crédito, como derecho subjetivo, como situación jurídica creada y reconocida por el Ordenamiento, imputable a un tercero, genera para este sujeto la obligación de reparar el daño causado* (Fernández Arévalo, 1996, p. 25). Ciertamente es que en nuestro Derecho no existe ninguna norma que, de forma expresa, imponga a los terceros un deber de respeto a las relaciones jurídicas ajenas, pero ello no debe ser un argumento para negar su existencia. Para encontrar el fundamento de ese deber de respeto de los derechos ajenos hay que acudir a los principios generales del Derecho. En concreto, al denominado principio *alterum non laedere*, vigente en nuestro Ordenamiento y que aparece recogido en el artículo 1902 CC.

Y en lo que respecta a la segunda de las cuestiones planteadas (si el tercero que lesiona un derecho de crédito ajeno puede incurrir en algún tipo de responsabilidad), la respuesta debe ser también afirmativa. En la actualidad, tanto la mayoría de la doctrina (véase ampliamente sobre esta cuestión las siguientes monografías: Fernández Arévalo, 1996; Pérez García, 2005) como la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo defienden esta tesis [podría afirmarse que la primera sentencia en la que en nuestro Derecho se reconoce la denominada tutela aquiliana del crédito es la que resuelve el caso de la cantante Raquel Meller: STS de 23 de marzo de 1921 (Colección Legislativa núm. 90)]. El fundamento de la responsabilidad del tercero que lesiona un derecho de crédito ajeno se encuentra en el artículo 1902 CC, que, como es sabido, es la norma general en materia de responsabilidad civil extracontractual en nuestro Derecho.

En la actualidad, la mayoría de la doctrina española admite, siempre que se den determinados presupuestos, la existencia de responsabilidad del tercero que lesiona un derecho de crédito ajeno (y ello pese a la carencia de una norma en nuestro Derecho que establezca expresamente, con carácter general, dicha responsabilidad en este tipo de supuestos). Analicemos, a continuación, los argumentos legales que se utilizan para fundamentar la existencia de la tutela

aquiliana del crédito en Derecho español (curiosamente, estos mismos argumentos legales suelen esgrimirse para defender la tesis contraria; esto es, para negar la existencia de la protección aquiliana del crédito en nuestro Ordenamiento). A mayor abundamiento, puede afirmarse que en otros ordenamientos jurídicos de países de nuestro entorno (entre otros, Alemania, Francia, Italia) los argumentos legales que se utilizan tanto para defender la existencia de la responsabilidad del tercero por la lesión de un derecho de crédito ajeno, como para negar su existencia, son esencialmente idénticos a los que se utilizan en Derecho español (en relación con el tratamiento de esta cuestión en Derecho comparado, véase: Pérez García, 2005, pp. 46-78).

Son básicamente tres:

— El artículo 1257 CC, que establece el principio de relatividad de los contratos.

— El artículo 1186 CC, referente a la pérdida de la cosa imputable a un tercero.

— El artículo 1902 CC, la norma genérica de responsabilidad civil extracontractual en nuestro Derecho.

1.1 El principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC y la supuesta imposibilidad material de la lesión de los derechos de crédito por acto de un tercero

El denominado principio de relatividad de los contratos, que se extrae del artículo 1257 CC y tiene su origen en el Derecho romano (*res inter alios acta, neque nocet neque prodest*), es el argumento que más se utiliza en contra de la posible responsabilidad de un tercero por la lesión de un derecho de crédito ajeno. Sin embargo, en mi opinión, no se trata de un argumento decisivo para determinar si los derechos de crédito gozan o no de la denominada tutela aquiliana frente a los ataques ilícitos de los terceros.

Es cierto que el artículo 1257 CC señala que los contratos sólo obligan al deudor y al acreedor y a sus causahabientes. Esto es, hace referencia a los efectos directos de un contrato o, dicho con otras palabras, establece el límite subjetivo de la eficacia contractual (quién debe cumplir y quién puede exigir el cumplimiento), pero no se refiere, en ningún caso, a los efectos indirectos del contrato (esto es, a la repercusión del contrato como hecho en la realidad jurídica). Por tanto, no es posible deducir del artículo 1257 CC que los terceros no pueden materialmente realizar actos que lesionen los derechos de créditos aje-

nos. Como tampoco se puede deducir del principio de relatividad de los contratos que los terceros no tienen el deber de respetar los derechos de crédito ajenos. Deber de respeto, por cierto, predicable respecto de cualquier derecho subjetivo, y, por tanto, también respecto de los derechos de crédito (en este sentido, entre otros, Cuadrado Iglesias, 2006, p. 354; Gullón Ballesteros, 1958, p. 144; Miquel González, 1995, p. 2223). La jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal mantiene la misma tesis. Así, por ejemplo, la STS 6942/1996, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:1996:6942) recuerda que el contrato tiene *eficacia indirecta, refleja o mediata para los terceros, que han de respetar la situación jurídica creada si la conocen, lo que les obliga a no celebrar con alguna de las partes otro contrato incompatible con el anterior, que frustre su cumplimiento o el interés del otro contratante* [en términos similares se pronuncian la STS 11334/1995, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:1995:11334), STS 4272/2011, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4272), STS 497/2014, de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:497) y STS 4157/2015, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4157)].

En resumen, del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) no puede extraerse la conclusión de que los terceros no pueden materialmente realizar actos que lesionen los derechos de créditos ajenos y tampoco puede concluirse que los terceros no están obligados a respetar los derechos de crédito ajenos porque les son totalmente indiferentes. Ahora bien, afirmado lo anterior, las cuestiones problemáticas en esta materia y que deben dilucidarse para delimitar la protección de los derechos de créditos frente a los ataques de los terceros son básicamente dos: *a)* en primer lugar, debe determinarse en qué casos se activará para los terceros este deber de respeto; y *b)* en segundo lugar, es necesario concretar qué consecuencias jurídicas tiene para los terceros el incumplimiento del citado deber de respeto. Ambas cuestiones serán abordadas posteriormente al analizar el artículo 1902 CC.

1.2 **El *commodum representationis* del artículo 1186 CC: ¿un argumento irrelevante?**

El segundo de los argumentos legales que suele esgrimirse por la doctrina en contra de la existencia de la tutela aquiliana del crédito es el artículo 1186 CC. A mi entender, el citado precepto tampoco constituye un impedimento para que en determinados casos un sujeto responda por la lesión de un derecho de crédito ajeno, sino más bien todo lo contrario.

No existe prácticamente jurisprudencia sobre el artículo 1186 CC y, por tanto, su interpretación se ha realizado básicamente por la doctrina. A este respecto, puede indicarse que un sector doctrinal minoritario (cuyo principal representante es Roca-Sastre Muncunill, 1962, pp. 591-593) realiza el siguiente planteamiento: los posibles daños que puede sufrir un acreedor (titular de un derecho de crédito) como consecuencia del comportamiento de un tercero que provoca la pérdida de la cosa debida, son objeto de reparación por la vía del artículo 1186 CC. Consideran que resulta, por tanto, innecesaria la denominada tutela aquiliana del crédito. Afirman también que si se admite, en virtud del artículo 1902 CC, la posibilidad de que los acreedores puedan reclamar responsabilidad extracontractual a los terceros causantes de la lesión de su derecho de crédito, el artículo 1186 CC no tendría ninguna utilidad (y llegan a afirmar que la acción subrogatoria regulada en el artículo 1111 CC constituye otra razón más para negar que un tercero responda por la lesión de un derecho de crédito ajeno por la vía del artículo 1902 CC).

No comparto la tesis que defiende este sector doctrinal porque, a mi juicio, no se ajusta a la realidad y además considero que realiza una interpretación errónea de las normas de nuestro Código civil. Expongo, a continuación, las razones por las que considero que el artículo 1186 CC no puede considerarse un argumento en contra de la existencia de la tutela aquiliana del crédito.

A) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la finalidad del artículo 1186 CC, al establecer que el acreedor podrá ejercitar todas las acciones que el deudor tuviera contra los terceros, como consecuencia de la pérdida de la cosa, no es resarcir los daños causados en la esfera del acreedor, sino evitar que se produzcan enriquecimientos injustos por parte del deudor y en la medida de lo posible proteger los intereses del acreedor (García Goyena, 1974, pp. 617-618). De no existir este precepto la situación que nacería de la extinción de la obligación, como consecuencia del comportamiento del tercero que causa la pérdida de la cosa debida no sería equitativa, pues el deudor, además de liberarse de su obligación, podría enriquecerse injustamente ejercitando determinadas acciones frente a los terceros (precisamente las que han surgido a raíz de la pérdida de la cosa y que han liberado al deudor de cumplir). La doctrina, de manera unánime, califica al artículo 1186 CC como un precepto *justo* y *equitativo* (en este sentido, entre otros, Badosa Coll, 1993, p. 264; Cristóbal Montes, 1987, p. 601; y Roca Juan, 1976, p. 523).

B) En segundo lugar, el artículo 1186 CC no resuelve satisfactoriamente el problema de la lesión de los derechos de crédito por acto de un tercero. Existen casos en los que el acreedor lesionado no puede obtener por dicha vía

la reparación de la totalidad de los daños y perjuicios sufridos. No hay que olvidar que los daños que sufren el deudor y el acreedor, por la pérdida de la cosa debida imputable a un tercero, pueden ser distintos (en este sentido, entre otros, Pantaleón Prieto, 1993a, p. 1972) y que el acreedor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1186 CC, sólo puede obtener la reparación de los daños que a su vez se hayan producido en la esfera del deudor. Veámoslo con el siguiente ejemplo:

D vende un cuadro a *A* y este se obliga a pagar un determinado precio. El cuadro, objeto del contrato de compraventa, fue realizado por un famoso pintor y es un retrato de la familia materna de *A*, razón por la cual tiene para este un gran valor sentimental (además del valor artístico), porque es la única imagen que existe de su familia materna a la que no conoció porque fallecieron en un naufragio en 1952 (cuando *A* tenía 6 meses).

Unos días antes de la fecha pactada para la entrega del cuadro, un tercero lo destruye con la intención de causar daño a *A*.

En el ejemplo expuesto parece claro mientras que el deudor (*D*) ha sufrido un daño de carácter patrimonial que podemos cuantificar en el valor de mercado de la cosa perdida (el cuadro), el acreedor (*A*) ha sufrido también un conjunto de daños y perjuicios de naturaleza diversa. En primer lugar, la conducta del tercero ha causado en la esfera de *A* una serie de daños patrimoniales (el valor del cuadro, así como el importe invertido en las reformas realizadas en su vivienda para que tuviera las condiciones de seguridad adecuadas). Asimismo, la destrucción del cuadro ha provocado un daño moral en *A*, pues el citado cuadro era la única imagen que se conservaba de su familia materna. En el supuesto analizado, los daños que sufren acreedor y deudor, como consecuencia de la acción del tercero, son distintos y de cuantía distinta.

En el caso que nos ocupa, la aplicación del artículo 1186 CC permitirá al acreedor (*A*) ejercitar únicamente las acciones que su deudor (*D*) tiene contra el tercero. Esto es, el acreedor (*A*) solo podrá reclamar al tercero, conforme al artículo 1186 CC, el reintegro del valor de mercado del cuadro, pues su deudor no tiene otra acción contra el tercero. Por tanto, queda demostrado que el artículo 1186 CC no es un instrumento que permita al acreedor lesionado obtener el resarcimiento de la totalidad de los daños y perjuicios que le ha ocasionado la conducta del tercero. Por ello, parece razonable que el Ordenamiento jurídico ofrezca vías legales alternativas (o complementarias) al acreedor lesionado para obtener la reparación de la totalidad de los daños y perjuicios sufridos. En este sentido, considero que el artículo 1902 CC ofrece una respuesta satisfactoria para este tipo de casos porque permite al acreedor que ha visto

lesionado su derecho de crédito reclamar al tercero la reparación de los daños y perjuicios que no han quedado resarcidos por la vía del artículo 1186 CC.

C) Y, en tercer lugar, entiendo que el artículo 1186 CC no da una respuesta satisfactoria a todos los posibles supuestos de lesión del derecho de crédito por acto de tercero, pues existen casos en los que el deudor no sufre ningún tipo de daño. Para demostrarlo tomemos en consideración el siguiente ejemplo, referente a una prestación de hacer:

Un famoso político (*P*) celebra en mayo de 2021 un contrato con la editorial *E* en virtud del cual se compromete a escribir en exclusiva, en un plazo máximo de dos años, sus memorias (también asume la obligación de no conceder entrevistas a ningún medio de comunicación hasta que el libro de memorias esté a la venta). Por su parte, la editorial *E* abonará cada tres meses (hasta que se publique el libro) una determinada cantidad de dinero a *P* y se obliga a editar y sacar a la venta el libro de memorias de *P* en un plazo máximo de 6 meses desde la entrega del texto original.

En julio de 2021, *P* llega a un acuerdo con la cadena de televisión *T* para realizar en exclusiva un mínimo de 4 entrevistas, a cambio de una determinada cantidad de dinero, en las que contará su experiencia de gobierno y dará su opinión sobre temas de actualidad (se acuerda que las entrevistas se emitirán entre septiembre de 2021 y diciembre de 2023). La cadena de televisión *T* conocía la existencia del contrato entre *P* y la editorial *E* porque en su día se publicó en la prensa la noticia del acuerdo en exclusiva que habían firmado *P* y la citada editorial (puede afirmarse, por tanto, que la cadena de televisión sabía que iba a lesionar los derechos de la editorial *E*).

La primera cuestión que debe dilucidarse es si el artículo 1186 CC resulta aplicable a todo tipo de obligaciones o sólo a las obligaciones de dar. La doctrina está dividida en esta materia. Un sector doctrinal (entre otros, San Miguel Pradera, 2004, pp. 151-152) entiende que el citado precepto solo es aplicable a las obligaciones de dar, mientras que otros autores (entre otros, Moliner Navarro, 1990, p. 1452) defienden que dicho precepto resulta aplicable también a las obligaciones de hacer. Si se toma como referencia únicamente el tenor literal del artículo 1186 CC (*extinguida la obligación por pérdida de la cosa*), la respuesta sería que solo es aplicable a las obligaciones de dar. Sin embargo, si se realiza una interpretación conjunta de los artículos 1184 y 1186 CC, puede mantenerse que este último también resulta aplicable a las obligaciones de hacer (en este mismo sentido, Badosa Coll, 1993, p. 264).

Volviendo al supuesto de hecho planteado, es evidente que el deudor (*P*) no ha sufrido ningún daño, mientras que el acreedor (la editorial *E*) ha sufrido una serie de daños y perjuicios al vulnerarse el contrato editorial con pacto de exclusiva que celebró con *P*, como consecuencia de la emisión de las entrevistas.

tas en la cadena de televisión *T*. A este respecto debe advertirse que lo que causaría la lesión del derecho de crédito de la editorial *E* no sería la perfección del contrato entre *P* y la cadena de la televisión *T* [no creo que sea correcto hablar de contratos en daño de tercero, aunque tanto la doctrina (véase el análisis que realiza Rodríguez Guitián, 1998, pp. 1867-1872) como la jurisprudencia aluden en ocasiones a dicha categoría como, por ejemplo, en la STS 1756/2008, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2008:1756), STS 6151/2012, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2012:6151) y STS 5025/2013, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5025)], sino la emisión de las entrevistas durante el periodo en que *P* se comprometió con la editorial *E* a no conceder entrevistas a medios de comunicación. Por tanto, puede afirmarse que existe un incumplimiento contractual por parte de *P* y que la editorial *E* puede exigirle responsabilidad contractual, conforme a lo dispuesto en los artículos 1101 y ss. CC. Ahora bien, la cuestión relevante es si la editorial *E* (acreedor lesionado) puede acudir a la vía del artículo 1186 CC para obtener de la cadena de televisión *T* (tercero) la reparación de los daños y perjuicios sufridos. La respuesta a dicho interrogante es que esa posibilidad no resulta factible porque su deudor (*P*), al no haber sufrido ningún daño, no tiene acción alguna contra el tercero (la cadena de televisión *T*).

El supuesto de hecho que acaba de analizarse pone de manifiesto que los acreedores no siempre están protegidos frente a los ataques de los terceros por la vía del artículo 1186 CC. Lo cual es lógico porque dicho precepto no tiene como finalidad resarcir daños y perjuicios, sino evitar enriquecimientos injustos. Ahora bien, ¿significa esto que el acreedor (en nuestro caso, la editorial *E*) queda desprotegido y que no tiene ningún instrumento jurídico para exigir al tercero la reparación de los daños y perjuicios sufridos? En absoluto puede extraerse esa conclusión. Es precisamente en este tipo de casos en los que adquiere todo el sentido la existencia de la denominada tutela aquiliana del crédito. El reconocimiento de la posible responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC) del tercero que lesiona un derecho de crédito ajeno otorga al acreedor una vía para obtener la reparación de los daños y perjuicios que se le han ocasionado (defiende también esta tesis Castilla Barea, 2000, p. 342).

1.3 El artículo 1902 CC: ¿fundamento del sistema de protección de los derechos de crédito frente a los terceros?

El artículo 1902 CC constituye el último de los argumentos legales que un sector doctrinal minoritario (Roca-Sastre Muncunill, 1962, pp. 594-595) invoca-

ba en el pasado para negar, con carácter general, la existencia de la tutela aquiliana de los derechos de crédito en nuestro Ordenamiento. Este sector de la doctrina considera que el artículo 1902 CC no protege cualquier clase de derecho, sino solo a los derechos absolutos. A mi entender, se trata de un argumento rebatible carente de todo fundamento, como intentaré demostrar a continuación.

A) En primer lugar, debe recordarse que el artículo 1902 CC es una norma que está redactada de forma muy amplia y que no realiza ninguna referencia a la clase de derechos que resultan protegidos por la misma. Esta es la razón por la cual la doctrina, de forma prácticamente unánime, afirma que nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual es de cláusula general o de atipicidad de daños. Por tanto, no se puede afirmar que los derechos de crédito no están amparados por el artículo 1902 CC; dicha tesis, a mi entender, no sería acorde con el tenor literal del citado precepto.

B) En segundo lugar, la doctrina mayoritaria considera que el artículo 1902 CC resulta aplicable siempre que exista un daño jurídicamente relevante, con independencia de si lo que se ha lesionado es un derecho absoluto, un derecho de crédito, o un interés jurídico digno de tutela jurídica (véase Pantaleón Prieto, 1993a, pp. 1971-2003). Creo que no es cuestionable que la lesión de un derecho de crédito, producida por el acto de un tercero, puede generar una serie de daños para el titular de ese derecho (acreedor). Por tanto, si se prueban esos daños jurídicamente relevantes (patrimoniales o morales), no parece que existan impedimentos, al menos *a priori*, para que el titular del derecho de crédito lesionado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1902 CC, sea resarcido por el tercero de los daños y perjuicios ocasionados, siempre y cuando estos le sean imputables subjetivamente (en términos similares se pronuncian, entre otros, Madrideojos Sarasola, 1962, p. 586, Rubio Garrido, 2012, pp. 219-220 y Vattier Fuenzalida, 1989, pp. 853 y 857).

Así pues, la cuestión que debe responderse es en qué casos dicha lesión va a ser imputable subjetivamente al tercero. Para encontrar una respuesta a dicho interrogante es imprescindible analizar exhaustivamente la jurisprudencia. Su análisis permitirá extraer una serie de criterios y reglas para establecer los linderos de la denominada tutela aquiliana del crédito y concretar en qué casos y bajo qué circunstancias el tercero que lesiona un derecho de crédito ajeno responderá de los daños y perjuicios ocasionados al titular del citado derecho.

C) En tercer lugar, considero que el artículo 1902 CC, lejos de ser un impedimento legal, constituye, en virtud de todo lo indicado anteriormente, uno de los argumentos legales más relevantes para defender la existencia de responsabilidad de un tercero por la lesión de un derecho de crédito ajeno.

El análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo corrobora esta interpretación y permite extraer la siguiente conclusión: nuestro Alto Tribunal, cuando concurren determinados requisitos, declara la existencia de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC) por parte del tercero que colabora con el deudor en la lesión de un derecho de crédito [véase, entre otras, STS de 23 de marzo de 1921 (Colección Legislativa núm. 90), STS de 29 de octubre de 1955 (RJ. 1955/3090), STS de 4 de mayo de 1973 (RJ. 1973/2291), STS 11082/1990, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:1990:110822), STS 1642/1995, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:1995:1642), STS 11334/1995, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:1995:11334), STS 6942/1996, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:1996:6942), STS 940/1997, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:1997:940), STS 497/2014, de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:497) y STS 4157/2015, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4157)].

1.4 Recapitulación

De todo lo expuesto puede concluirse lo siguiente:

A) En el Ordenamiento jurídico español no existen verdaderos impedimentos legales para reconocer, con carácter general, que los derechos de crédito están protegidos frente a los ataques de los terceros. La lesión de un derecho de crédito por un tercero constituye un daño resarcible por la vía del artículo 1902 CC (recuérdese que el legislador español ha establecido en dicho precepto un sistema de responsabilidad civil extracontractual de cláusula abierta o de atipicidad de los daños). Así pues, cuando se cumplan los requisitos que exige el mencionado artículo 1902 CC (entre ellos, que el daño sea imputable subjetivamente al tercero; esto es, que haya actuado con dolo o culpa) surgirá un caso de la denominada tutela aquiliana del crédito y el tercero estará obligado a reparar los daños y perjuicios ocasionados al titular del derecho de crédito que ha lesionado. Puede afirmarse, por tanto, que tutela aquiliana del crédito se configura como la materialización de un sistema genérico de protección de los derechos de crédito nacidos del contrato frente a los terceros.

B) Por otra parte, en nuestro Derecho también existen sistemas específicos de protección de los derechos de crédito frente a los terceros, pues el legislador español ha decidido regular expresamente determinados supuestos en los que un tercero colabora con el deudor en la lesión de un derecho de crédito y, por razones de política legislativa, al ponderar los intereses en juego en cada uno de ellos, ha establecido una solución legal diferenciada [básicamente son

los supuestos de fraude de acreedores (arts. 1111, 1291.3.º, 1295 y 1298 CC), doble venta (art. 1473 CC) y venta de la cosa arrendada (art. 1571 CC), sin olvidar la regulación expresa que sobre la venta de la cosa arrendada existe en la legislación especial de arrendamientos urbanos (arts. 14 y 29 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; BOE núm. 282, de 25.11.1994) y de arrendamientos rústicos (art. 22 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos; BOE núm. 284, de 27.11.2003), así como el supuesto referente a la inducción de la infracción contractual regulado en el artículo 14 LCDJ. Por tanto, no se trata de casos de tutela aquiliana del crédito porque el Ordenamiento jurídico prevé una solución específica para cada uno de ellos.

2. EL PAPEL RELEVANTE DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TUTELA AQUILIANA DEL CRÉDITO: SU EVOLUCIÓN

Podría pensarse que la lesión de un derecho de crédito por acto de un tercero es un supuesto de laboratorio que no se da en la práctica. Sin embargo, nada más lejos de la realidad: un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo pone de manifiesto que existen más casos de los que en un principio podría pensarse, en los que un tercero colabora o provoca la lesión de un derecho de crédito ajeno.

Por otra parte, la ausencia de una regulación expresa en Derecho español sobre la responsabilidad del tercero que lesiona un derecho de crédito ajeno ha generado numerosos interrogantes. En un primer momento, sobre si era factible su propia existencia. Y en una segunda fase, una vez que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia reconocen, por una parte, que sí es posible (desde un punto de vista fáctico) que un tercero lesione un derecho de crédito ajeno y, por otra, que los derechos de crédito deben ser respetados por todos, surgen los interrogantes sobre el régimen jurídico de la responsabilidad del tercero que lesiona el derecho de crédito (¿en qué casos se le podrá exigir responsabilidad?; ¿por qué vía legal? ¿qué criterios de imputación subjetiva se exigen en este concreto ámbito?). La concreción del régimen jurídico de lo que se ha denominado tutela aquiliana del crédito, como un sistema general de protección de los derechos de crédito frente a los terceros, se ha producido gracias a la labor desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales.

Cierto es que, inicialmente, tanto la doctrina como los tribunales españoles eran muy reticentes al reconocimiento de la protección aquiliana del dere-

cho de crédito frente a los terceros por los argumentos anteriormente expuestos (una interpretación estricta –y, a mi entender, errónea– del principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC que concebía el contrato como un ente hermético que solo afectaba a las partes contratantes, la creencia de que no existía un deber de respeto a los derechos de crédito y la exclusión de los derechos de crédito del ámbito de aplicación del artículo 1902 CC, pues consideraban que solo protegía derechos absolutos). Sin embargo, poco a poco, la jurisprudencia (y también la doctrina) ha ido evolucionando y reconociendo que los derechos de crédito deben ser respetados por todos, que existe un deber general de no dañar a otros y que el tenor literal del artículo 1902 CC no excluye a los derechos de crédito de su ámbito de protección.

No resulta fácil realizar un análisis jurisprudencial sobre esta materia (Pérez García, 2005, pp. 323-340, 351-370 y 375-405), pues existe dispersión de los pronunciamientos judiciales en los que se ha tratado la cuestión de la responsabilidad de un tercero que lesiona un derecho de crédito ajeno (especialmente en los casos en los que colabora con el deudor en dicha lesión). Ello es debido a que estas sentencias tienen por objeto derechos muy heterogéneos y resuelven supuestos de hecho muy diferentes (aunque, sin duda, los más numerosos son los casos de vulneración de derechos de exclusiva y de vulneración de derechos de opción).

A este respecto puede afirmarse que la anteriormente citada STS de 23 de marzo de 1921 (Colección Legislativa núm. 90) constituye una sentencia pionera en España (y que ha tenido una especial relevancia en la construcción de lo que se conoce como tutela aquiliana del crédito): es el primer caso del que se tiene constancia en el que la Sala Primera del Tribunal Supremo declara la responsabilidad extracontractual de un tercero por colaborar con el deudor en la lesión de un derecho de crédito ajeno (la vulneración de un derecho de exclusiva que tenía una casa discográfica para grabar las canciones de la cantante Raquel Meller). En concreto, nuestro Alto Tribunal declara que la deudora del derecho de exclusiva (la cantante Raquel Meller) incurre en responsabilidad contractual y el tercero (la casa discográfica 2) en responsabilidad extracontractual; estando obligados ambos a abonar, de forma mancomunada, una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al titular del derecho de exclusiva que se vulnera (la casa discográfica 1). Debe indicarse que en posteriores sentencias sobre esta problemática, el Tribunal Supremo abandona el criterio de la mancomunidad y opta por el carácter solidario de la indemnización de daños y perjuicios que deben abonar el deudor incumplidor y el tercero que colabora en la lesión del derecho de crédito ajeno [así, por ejemplo, STS de 4 de mayo de 1973 (RJ. 1973/2291), en un caso de vulnera-

ción de derecho de exclusiva; STS 11082/1990, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:1990:110822), en un caso de vulneración de derecho de opción; STS 6097/1997, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:1997:6097), en un caso de subarriendo; STS 1233/2002, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1233), también referente a un caso de subarriendo, así como la STS 497/2014, de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:497), en un caso de permuta de solar por obra futura]. A mi entender, esta jurisprudencia (hoy totalmente consolidada), que establece el carácter solidario de la indemnización en este tipo de supuestos, es acertada por dos motivos: por una parte, porque es muy complicado determinar el porcentaje de participación de cada uno de los sujetos en la lesión de un derecho de crédito [a lo que se añade que la fuente de la responsabilidad de cada uno es distinta: en el caso del deudor, se trata de una responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC); mientras que en el caso del tercero, su responsabilidad es de naturaleza extracontractual (art. 1902 CC)]; y, por otra parte, porque protege de forma más eficaz los intereses del titular del derecho de crédito lesionado, ya que puede dirigirse indistintamente a cualquiera de los sujetos que han sido declarados responsables para que le abone la totalidad de la indemnización que corresponda.

2.1 El sistema de protección del derecho de crédito frente a los terceros en el Código civil: esbozo de su régimen jurídico

Debe recordarse, en primer lugar, que nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual, conforme a lo que dispone el artículo 1902 CC, es de los denominados sistemas de responsabilidad subjetiva o responsabilidad por culpa. En relación con esta cuestión, como es conocido, desde hace décadas la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal ha resuelto la mayor parte de los casos de responsabilidad civil extracontractual realizando una interpretación *sui generis* del artículo 1902 CC, en virtud de la cual la culpa ha ido perdiendo relevancia como criterio de imputación de responsabilidad, aproximándose de facto a un modelo de responsabilidad cuasiobjetiva [véase, en este sentido, Díez-Picazo, 2011, pp. 123-131. Y también lo pone de manifiesto expresamente la propia jurisprudencia: la STS 16186/1991, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:1991:16186) cuando afirma que *la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico, acepta soluciones cuasiobjetivas*; en idéntico sentido se pronuncian, entre otras muchas, la STS 1892/1999, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:1999:1892), STS 7513/2008,

de 16 de diciembre, (ECLI:ES:TS:2008:7513) y STS 2031/2010, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2010:2031)]. Sin embargo, de manera muy acertada y coherente, la Sala Primera del Tribunal Supremo no aplica el citado proceso de objetivación de la responsabilidad del artículo 1902 CC a los casos referentes a la responsabilidad del tercero que colabora con el deudor en la lesión de un derecho de crédito ajeno. Si en este concreto ámbito se optase por soluciones cuasiobjetivas (por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba de que la conducta del tercero es dolosa o negligente), las consecuencias para el tráfico de los negocios no serían positivas. Entre otras consecuencias no deseables que se producirían pueden indicarse las siguientes: disminuiría la seguridad del tráfico jurídico, los sujetos que actúan en el tráfico adoptarían determinadas precauciones antes de contratar (se verían obligados a investigar cuáles son las relaciones jurídicas que su posible contratante mantiene con otros sujetos), aumentarían los costes de transacción y también la litigiosidad.

Del análisis de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo referente a casos de lesión de derechos de crédito en los que participa un tercero, se pueden extraer una serie de criterios y reglas que son imprescindibles para la construcción del régimen jurídico de la denominada tutela aquiliana del crédito al amparo del artículo 1902 CC (y que en las últimas décadas son utilizados por la doctrina más moderna para dar respuesta a muchos de los interrogantes que existen sobre esta materia. Véase, Fernández Arévalo, 1996; y Pérez García, 2005).

a) EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO DE CRÉDITO AJENO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA DE RESPONSABILIDAD

Teniendo en cuenta lo anterior, y a la vista de la jurisprudencia existente, la primera conclusión que puede extraerse es que la lesión de un derecho de crédito solo será imputable subjetivamente al tercero cuando este conozca o, dadas las circunstancias, no pueda desconocer la existencia del derecho de crédito ajeno incompatible (lo que equivale en este ámbito a considerar que el tercero es de mala fe). Se llega incluso a afirmar por un sector de la doctrina, a mi juicio de forma acertada, que el tercero no responderá de la lesión del derecho de crédito cuando su actuación sea meramente negligente (González Pacanowska, 1993, pp. 1481-1482). Ello constituye buena prueba de que en nuestro Ordenamiento los terceros sí tienen el deber de respetar los derechos ajenos (sean absolutos o relativos). El incumplimiento del citado deber, conociendo o no pudiendo ignorar la existencia del derecho ajeno, permite exigir responsabi-

lidad al tercero, conforme a lo dispuesto en el artículo 1902 CC (dejo al margen en este trabajo otras posibles vías de protección de los derechos de crédito frente a los terceros que existen en nuestro Ordenamiento –ya citadas anteriormente– y que prevén soluciones legales diferentes; en todo caso, su estudio resulta imprescindible y de mucha utilidad para obtener estas conclusiones y configurar el sistema de protección aquiliana del crédito: me refiero básicamente a la normativa de competencia desleal sobre la inducción a la infracción contractual, a las normas en materia de propiedad intelectual sobre cesiones de derechos en exclusiva y también a diversas normas de Código civil que regulan el fraude de acreedores, la doble venta y la venta de la cosa arrendada).

Por otra parte, la determinación de si el tercero tiene o no conocimiento de la existencia del derecho de crédito ajeno es una cuestión de hecho que compete al juzgador de instancia [así lo mantiene, de forma reiterada, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo; véase en este sentido, entre otras, la STS 5477/1999, de 29 de julio (ECLI:ES:TS:1999:5477) y la STS 9198/2012, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:9198)]. Debe indicarse también que la carga de la prueba corresponde al titular del derecho de crédito lesionado, que deberá acreditar hechos relevantes y significativos que permitan al juez del caso llegar a la convicción de que el tercero conocía, o dadas las circunstancias, no podía desconocer la existencia del derecho de crédito (y, por tanto, que es un sujeto de mala fe). En todo caso, es doctrina unánime que no es exigible al tercero que realice ninguna actividad encaminada a descubrir si existen o no derechos de crédito ajenos incompatibles [véase, entre otras, la STS 1516/1988, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:1988:1516) en la que se afirma el adquirente no está obligado a realizar *una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión*; la STS 1642/1995, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:1995:1642), en la que se indica que en el contrato que celebran la segunda casa discográfica (tercero) y R, este último *declara bajo su responsabilidad hallarse libre de todo compromiso que pueda condicionar u obstaculizar la realización del presente contrato*. El Tribunal Supremo considera que dicha declaración constituye una presunción a favor del desconocimiento por el tercero (la segunda casa discográfica) del primer contrato; y la STS 4657/1997, 1 de julio (ECLI:ES:TS:1997:4657), considera que un requerimiento en el que *tan sólo se alude a la existencia del derecho, sin acompañar copia del documento privado por el que se creó, ni ninguna otra prueba que lo acreditara* no permite afirmar que los terceros tuvieran conocimiento de la existencia de tal derecho (no puede

considerarse que son de mala fe). Asimismo, afirma nuestro Alto Tribunal en esta sentencia que los terceros en ningún momento tuvieron conocimiento *de la realidad de tal derecho, ni de los plazos para ser ejercitado, ni, en fin, de la voluntad del que, para ellos únicamente era un presunto titular, en orden a ejercitarlo efectivamente. A mayor abundamiento, hay que convenir en que no les era exigible un superior deber de diligencia*].

La cuestión nuclear y verdaderamente problemática es determinar qué se debe entender en este ámbito por mala fe del tercero. Generalmente se asocia la mala fe del tercero con el conocimiento que este tiene de la existencia del derecho de crédito ajeno. Ahora bien, el Tribunal Supremo no mantiene un criterio único, pues no exige siempre el mismo tipo de conocimiento por parte del tercero para calificarle como un sujeto de mala fe e imputarle responsabilidad. Así, por ejemplo, mientras que la STS 940/1997, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:1997:940) califica de mala fe al tercero que, teniendo un mero conocimiento de la existencia de un derecho de opción no inscrito en el Registro de la Propiedad, celebra un contrato incompatible con el ejercicio de ese derecho, otras sentencias de nuestro Alto Tribunal, como la STS de 28 de mayo de 1956 (RJ. 1956/2449) o la STS 4657/1997, 1 de julio (ECLI:ES:TS:1997:4657) exigen para que el tercero sea responsable de los daños y perjuicios sufridos por el titular del derecho, que conozca no solo la existencia del citado derecho ajeno, sino también su contenido (esta línea jurisprudencial considera, por ejemplo, que el envío de una carta al tercero informado de la existencia de un contrato de opción, sin acreditar documentalmente el contenido de este, es un conocimiento incompleto y, por tanto, del mismo no se puede deducir que el tercero sea de mala fe).

Para que pueda afirmarse en este concreto ámbito que el tercero no es de buena fe, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo exige que dicho sujeto tenga la certeza de que existe un derecho de crédito ajeno; esto es, que conoce, o dadas las circunstancias, no puede desconocer la existencia de un derecho de crédito ajeno [véanse, en este sentido, la STS 17614/1992, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:1992:17614), en un caso de limitación de destino de locales comerciales y la STS 1642/1995, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:1995:1642), que en un caso de un derecho de exclusiva declara que el tercero no es responsable de su lesión porque no se ha probado que conociera, en el momento de contratar, la existencia del citado derecho de exclusiva].

Las circunstancias que permiten afirmar que el tercero tiene (o puede tener) conocimiento de la existencia del derecho de crédito ajeno son muy diversas. El estudio de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo per-

mite identificarlas y delimitarlas. Entre ellas, pueden mencionarse, a título de ejemplo, las siguientes:

— Que el derecho conste inscrito en un registro público (por ejemplo, en el Registro de la Propiedad) [en este sentido, véanse, entre otras, la STS 6632/1996, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:1996:6632), en un caso de doble venta o la STS 5270/2000, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2000:5270), referente a un caso de derecho de opción].

— La comunicación de la existencia del derecho de crédito y de su contenido al tercero [en este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS de 23 de marzo de 1921 (Colección Legislativa núm. 90) y 29 de octubre de 1955 (RJ. 1955/3090), en casos de vulneración de un derecho de exclusiva, así como la STS 375/1985, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:1985:375)].

— Que el tercero haya participado en actos (por ejemplo, una subasta judicial previa) que le permitan conocer la existencia del derecho de crédito ajeno [véase, la STS 3152/1992, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:1992:3152), en un caso de doble venta y la STS 6615/1999, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:1999:6615), en un caso de una doble enajenación judicial de un inmueble mediante las correspondientes subastas judiciales].

— Que la existencia del derecho de crédito sea pública y notoria [en este sentido, véase la STS 1658/1984, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:1984:1658), que en un caso de doble venta considera que el segundo comprador es de mala fe porque *el vendedor estaba domiciliado en San Telmo, ‘pequeña colonia de la Isla de Mallorca’ con un reducido círculo social, en el que de todos los vecinos fue conocida la venta por el frecuente trato entre moradores*].

— Que el tercero, por su profesión, no pueda desconocer la existencia del derecho de crédito ajeno [en este sentido se pronuncian, entre otras, la STS 420/1990, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:1990:420), en la que se consideran hechos probados que *el adquirente en subasta es funcionario del Ayuntamiento de Mieres, entidad ejecutante, y que tenía conocimiento de que la vivienda litigiosa era ocupada por el adquirente en documento privado, (...) y que éstos habían formulado una petición o reclamación a modo de tercería de dominio en la propia Corporación Municipal*. Razón por la cual el Tribunal Supremo califica al segundo comprador (adquirente del inmueble en subasta pública) como de mala fe, así como la STS 11082/1990, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:1990:110822), que en un caso referente a un derecho de opción, se deduce la mala fe del tercero de diversos hechos (uno de estos hechos es que las entidades cuyos derechos entran en conflicto *operan en el mismo negocio comercial, es decir, que son competidoras*)].

b) LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO

Con el paso de los años, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia han evolucionado hacia una tesis que admite, con mayor o menor extensión, la existencia de un sistema de protección aquiliana del crédito frente a los terceros que tienen conocimiento de la existencia del derecho ajeno. Solo en estos casos, en los que pueden ser calificados como sujetos de mala fe por conocer el derecho de crédito ajeno (y pese a ello realizar la conducta que provoca su lesión), los terceros van a responder extracontractualmente de los daños y perjuicios ocasionados a su titular, conforme a lo dispuesto en el artículo 1902 CC.

El análisis de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo permite concluir que en este tipo de casos, en los que se declara la responsabilidad del tercero en la lesión de un derecho de crédito ajeno, la protección al titular del derecho de crédito lesionado se materializa, en la práctica, de dos posibles formas:

— En algunas ocasiones, en la obligación del tercero de mala fe de pagar una indemnización de daños y perjuicios al acreedor lesionado (reparación por equivalente) [en este sentido se pronuncian, entre otras, la STS de 5 de julio de 1989 (RJ. 1989/5396), en un caso de vulneración de un derecho de opción; STS 17614/1992, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:1992:17614), en un caso de limitación de destino de locales comerciales; así como la STS 6097/1997, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:1997:6097) y STS 1233/2002, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1233), ambas referentes a casos de subarriendo].

— En otras ocasiones, la protección del acreedor lesionado se obtiene a través de la obligación que se impone al tercero de soportar el ejercicio del derecho por su titular (reparación *in natura*). En la práctica, esta reparación *in natura* puede producir efectos parecidos a la oponibilidad que resulta de los derechos reales (por ejemplo, en un caso de vulneración de un derecho de opción, se obliga al tercero a transmitir la propiedad de la cosa al optante, si este ejercita su derecho en tiempo y forma; véase el análisis sobre esta cuestión en Pérez García, 2004, p. 82). Y, de forma subsidiaria, cuando lo anterior no sea posible, el tercero viene obligado a abonar una indemnización de daños y perjuicios (reparación por equivalente) [en este sentido, véanse la STS de 19 de mayo de 1979 (RJ. 1979/2842), en un caso de retorno arrendaticio; STS 4253/1990, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:1990:4253), en un caso de vulneración de una obligación de no construir en un solar; STS 11082/1990, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:1990:110822), en un caso de vulneración de un derecho de opción; STS 940/1997, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:1997:940),

también referente a un caso vulneración de derecho de opción por un tercero; así como la STS 497/2014, de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:497), en un caso de permuta de solar por obra futura].

3. LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO POR LA LESIÓN DE UN DERECHO DE CRÉDITO AJENO: SU ENCAJE EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

Al inicio de este trabajo me he limitado a apuntar, pues no constituye el objeto principal de mi aportación a este libro colectivo que conmemora los ciento treinta años del Código civil, que el sistema de responsabilidad contractual del Código civil de 1889 no tiene unidad (en palabras de Morales Moreno, 2006, p. 25, se trata de un sistema de *carácter fragmentario* y que *carece de un concepto unitario de incumplimiento*). Sin embargo, sí creo conveniente realizar una breve referencia a la evolución, que se ha producido en las últimas décadas (y que en la actualidad se sigue materializando), del concepto de vínculo contractual y de las consecuencias que se derivan de su incumplimiento, para ponerla en relación con el objeto principal de este trabajo: el sistema de protección de los derechos que nacen del contrato frente a los terceros (que como hemos visto anteriormente se basa principalmente en las normas de la responsabilidad extracontractual).

El moderno Derecho de contratos configura un sistema de responsabilidad contractual que se caracteriza por tener un concepto unitario de incumplimiento (cualquier desviación de lo pactado en el contrato que provoca la insatisfacción del interés del acreedor), en el que la culpabilidad deja de ser requisito necesario para considerar que existe incumplimiento y que establece un sistema articulado de remedios como instrumento de protección y tutela del interés del acreedor (véase, entre otros, Fenoy Picón, 2010, pp. 47-136; Fenoy Picón, 2011, pp. 1481-1684; Morales Moreno, 2006, pp. 29-35; y Pantaleón Prieto, 1993b, pp. 1727-1728).

Esta evolución se enmarca en lo que se conoce como la modernización del Derecho de obligaciones y contratos. En este sentido, puede indicarse que las fuentes inspiradoras de la citada modernización son principalmente tres (además de la doctrina y de la jurisprudencia): por una parte, el Derecho uniforme [en concreto, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, ratificada por España (BOE núm. 26, 30.1.1991) (en adelante, CISG)]; por otra parte, determinados instrumentos de *soft law* como los Principios UNIDROIT

de contratos comerciales internacionales de 2016 (en adelante, Principios UNIDROIT), los Principios de Derecho europeo de contratos (en adelante, PECL), el Borrador de Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR), o en el ámbito latinoamericano, los Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos; y, por último, el Derecho de la Unión Europea, básicamente en materia de protección de consumidores [no puede dejar de mencionarse en esta materia la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE L 171, 7.7.1999), que hace suyo el modelo de responsabilidad contractual previsto en la CISG, estableciendo el concepto de conformidad del bien objeto del contrato y un sistema de remedios para los casos en los que exista falta de conformidad y, por tanto, se produzca un incumplimiento contractual].

Diversos países europeos han reformado ya sus códigos civiles para modernizar su Derecho de obligaciones y contratos e incorporar los nuevos principios de lo que se ha denominado el moderno Derecho de la contratación. Así, por ejemplo, Alemania reformó el BGB en 2002 (véase, Albiez Dohrmann, 2002, pp. 1133-1227) y Francia reformó su Código civil en 2016 (véase, Savaux, 2016, pp. 715-741). En España, por el contrario, el legislador no ha reformado el Derecho de obligaciones y contratos que contiene el Código civil de 1889, aunque sí ha incorporado al Ordenamiento jurídico los principios del moderno Derecho de la contratación [a través de la ratificación de la CISG, para las compraventas internacionales; y de la aprobación de leyes especiales para la transposición de distintas directivas europeas en materia de Derecho de consumo: la antes citada Directiva 1999/44/CE, en materia de garantías en la compraventa de bienes de consumo, así como la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE L 136, 22.5.2019) y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) número 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DOUE L 136, 22.5.2019)]. Puede afirmarse, por tanto, que la modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil es una de las asignaturas pendientes que tiene el legislador español desde hace muchos años. Y ello pese a que cuenta desde 2009 con una Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, dependiente del Ministerio de Justicia. Asimismo, debe tenerse en cuenta la Propuesta de Código civil elaborada por la

Asociación de Profesores de Derecho Civil en 2018 (si bien es cierto que es una iniciativa que trasciende de la mera modernización del Derecho de obligaciones y contratos, porque su finalidad es mucho más amplia –la aprobación de un nuevo Código civil en España–, resulta un material valioso porque contribuye al debate doctrinal). A este respecto, tampoco debe olvidarse que la doctrina ha realizado (y sigue realizando) importantes aportaciones en el ámbito de la modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Y, finalmente, debe destacarse que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha contribuido, de una manera muy notable, a la modernización de nuestro Derecho de obligaciones y contratos, reinterpretando las normas vigentes a la luz de los principios que pueden extraerse de los textos normativos del moderno Derecho de la contratación (CISG, Principios UNIDROIT, PECL, DCFR) con la finalidad de dar una respuesta actual y satisfactoria a los problemas jurídicos que tenían que resolver.

Volviendo al objeto de nuestro estudio, considero que la tesis que se ha defendido en este trabajo respecto de la existencia en nuestro Ordenamiento de un sistema general de protección de los derechos que nacen del contrato frente a los terceros que conocen, o dadas las circunstancias, no pueden desconocer su existencia, no entra en colisión con los principios inspiradores del moderno Derecho de la contratación. Ciertamente es que ninguno de los textos citados del moderno Derecho de contratos aborda expresamente la cuestión de la responsabilidad del tercero por la lesión de un derecho de crédito nacido de un contrato y, por tanto, pueden plantearse los mismos interrogantes sobre su existencia que en la actualidad. Pero, a mi juicio, no cabe duda de que los fundamentos sobre los que se construye la denominada protección aquiliana del crédito frente a los terceros, y que se han expuesto en este trabajo, permanecen inalterables.

Como conclusión de todo lo expuesto me limitaré a exponer una idea: el sistema de protección de los derechos de crédito frente a los terceros (tutela aquiliana del crédito al amparo del art. 1902 CC) tiene perfecto encaje en el moderno Derecho de contratos. Incluso podría llegar a calificarse como un remedio más que tiene a su disposición el acreedor (titular del derecho de crédito) cuando su interés es lesionado por la conducta de tercero. Este remedio, evidentemente, no se integra en la constelación de remedios que nacen en la órbita del contrato entre las partes contratantes para proteger el interés del acreedor insatisfecho (sistema articulado de remedios en el ámbito de la responsabilidad contractual, al que antes se ha hecho referencia como uno de los rasgos definidores del moderno Derecho de la contratación y que incluye como remedios: la pretensión de cumplimiento, la reducción del precio, la suspensión del cumplimiento de la obligación como consecuencia del incumplimiento de las obliga-

ciones que incumben al otro contratante, la resolución por incumplimiento, y la indemnización de daños y perjuicios), sino que se configura como una especie de satélite de la citada constelación de remedios contractuales, con autonomía propia y su propio régimen jurídico (conforme a lo dispuesto en el art. 1902 CC), que permite reclamar responsabilidad extracontractual al tercero (como instrumento para proteger los intereses del titular del derecho de crédito lesionado). Se construye así un modelo de protección integral de los derechos nacidos del contrato.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2002), «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *ADC*, fascículo III, pp. 1133 a 1227.
- BADOSA COLL, F. (1993), «Comentario del artículo 1186 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, pp. 263 a 265.
- CAMPINS VARGAS, A. (2014), «Inducción a la infracción de los deberes contractuales básicos (análisis del artículo 14.1 de la Ley de competencia desleal)», *RDM*, núm. 293, pp. 129 a 197.
- CASTILLA BAREA, M. (2000), *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid.
- CRISTÓBAL MONTES, Á. (1987), «El *commodum representationis* del artículo 1186 del Código civil», *ADC*, fascículo II, pp. 601 a 613.
- CUADRADO IGLESIAS, M. (2006), «Consideraciones acerca del perjuicio del crédito por parte de tercero», *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (Coord. Eugenio Llamas Pombo), volumen 1, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 345 a 360.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984), *Derecho civil de España*, tomo I (edición facsímil), Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen I, 6.ª edición (tercera en Civitas), Madrid.
- (2011), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen V, Civitas, Madrid.
- FENOY PICÓN, N. (2010), «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento» *ADC*, fascículo I, pp. 47 a 136.
- (2011), «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento» *ADC*, fascículo IV, pp. 1481 a 1684.

- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Á. (1996), *La lesión extracontractual del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERRER DE SAN-SEGUNDO, M.^a J. (2011), *La obligación negativa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA GOYENA, F. (1974), *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo), Zaragoza.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1993), «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Bosch editor, Barcelona, pp. 1467 a 1482.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1958), «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, pp. 111 a 160.
- MADRIDEJOS SARASOLA, J. (1962), «El perjuicio del crédito por acto de tercero», *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 563 a 587.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (1995), voz «Derecho de crédito (D.º Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, volumen II, Civitas, Madrid, pp. 2223 a 2224.
- MOLINER NAVARRO, R. M.^a (1990), «La pérdida de la cosa debida», *Centenario del Código civil, Asociación de profesores de Derecho civil*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 1431 a 1453.
- MORALES MORENO, A. M. (2006), *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid.
- PANTALEÓN PRIETO, F., (1993a), «Comentario del artículo 1902 Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.^a edición, Madrid, pp. 1971 a 2003.
- (1993b), «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, fascículo IV, pp. 1719 a 1745.
- PÉREZ GARCÍA, M. J. (2004), *Derechos de crédito y Registro de la Propiedad. Una propuesta de lege ferenda*, Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- (2005), *La protección aquiliana del crédito*, Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- ROCA JUAN, J. (1976), «Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, tomo II, Tecnos, Madrid, pp. 521 a 548.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1962), «El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero», *RJC*, I, pp. 571 a 601.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a (1998), «Eficacia de los pactos de exclusiva», *ADC*, fascículo IV, pp. 1865 a 1926.

- RUBIO GARRIDO, T. (2012), «Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 2011. Doble cesión de derechos audiovisuales y tutela aquiliana del derecho de crédito», *CCJC*, núm. 89, pp. 203 a 222.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2004), *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1891), *Estudios de Derecho Civil*, tomo III, 2.^a edición, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid.
- SAVAUX, E. (2016), «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *ADC*, fascículo III, pp. 715 a 741.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1989), «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia (Secretariado de publicaciones), Murcia, pp. 845 a 857.
- VON TUHR, A. (1998), *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*, v. I, 1, *Los derechos subjetivos y el patrimonio* (traducción directa del alemán por Tito Ravá), Marcial Pons, Madrid.

XXXV

CLÁUSULAS ABUSIVAS

RICARDO PAZOS CASTRO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil

*Universidad Autónoma de Madrid **

SUMARIO: 1. La ausencia de regulación de las cláusulas abusivas en el Código civil.– 2. La evolución de la respuesta del Derecho de contratos a las cláusulas abusivas.–3. Las cláusulas abusivas en el moderno Derecho de contratos. 3.1 Textos de *soft law* y propuestas europeas. 3.2 El ejemplo del Código civil francés. 3.3 La Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009.– 4. Algunas reflexiones sobre la regulación de las cláusulas abusivas en una eventual reforma del Código civil.–5. Conclusiones.–6. Bibliografía.

«Hay que ser moderado con las novedades en materia legislativa, porque si es posible calcular las ventajas que la teoría nos ofrece en una institución nueva, no lo es conocer todos los inconvenientes que solo la práctica puede descubrir [...] al corregir un abuso, también hay que ver los peligros de la propia corrección» (Portalís, 1844, p. 5).

* La redacción del presente trabajo fue parcialmente realizada cuando el autor era investigador postdoctoral en la Universidad de Santiago de Compostela, disfrutando de una beca en el marco del Programa de axudas á etapa posdoutoral da Xunta de Galicia (Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria).

1. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL

Es bien sabido que nuestro Código civil no aborda la problemática de las cláusulas abusivas, como tampoco regula las condiciones generales de la contratación ni los contratos de adhesión, fenómenos relacionados con aquellas. No obstante, conviene hacer algunas observaciones sobre este silencio.

Si bien los codificadores no podían prever una contratación en masa como la que se fue extendiendo a lo largo del siglo xx, esto no quiere decir que no hubiese cláusulas que viniesen siendo utilizadas repetidamente desde antiguo. Pero solo podía llegarse a las condiciones generales de la contratación, tal y como las conocemos hoy en día, en un sistema económico más avanzado. De hecho, la gran mejora del nivel de vida experimentada desde la Revolución Industrial no habría sido posible sin el empleo repetido de conjuntos de cláusulas que debían ser aceptadas o rechazadas en bloque. Ya desde un punto de vista propiamente jurídico, suele afirmarse que los codificadores estaban pensando en una contratación entre personas situadas en un plano de relativa igualdad (De Castro, 1961, p. 332) que participaban, todas ellas, en la elaboración del contenido del acuerdo contractual (Dereux, 1910, p. 503). Bajo este presupuesto, se explicarían el silencio sobre los contratos de adhesión y el establecimiento de la libertad contractual como principio rector cuasiabsoluto. A diferencia de la observación fáctica sobre la contratación en masa, creo que este segundo grupo de observaciones no es del todo correcto.

Si la situación de base que explica y justifica el sistema articulado por el Código fuese una «contratación individualizada, lenta y prolija en su etapa preparatoria» (Royo Martínez, 1949, p. 54), con discusiones parsimoniosas (De Castro, 1961, p. 299), resultaría incomprensible la ausencia de una regulación más o menos detallada de la fase precontractual. Sí debe admitirse la mayor importancia que tenía entonces el regateo, pero esto nos aleja de las condiciones generales, porque lo que se regatea es el precio (como decía en 1611 la entrada «Rescatar» de la obra de Sebastián de Covarrubias *Tesoro de la lengua castellana o española*). Además, normas como la del artículo 1288 del CC, que recoge la interpretación *contra proferentem*, implican la elaboración unilateral de al menos parte del contrato, siendo una regla interpretativa conocida –con diferentes fórmulas– desde mucho tiempo atrás (Royo Martínez, 1949, pp. 67 y 68). En cuanto a la relativa igualdad de las partes, tampoco es fácil pensar que fuese tomada como presupuesto del sistema, dadas las características de la sociedad del siglo xix. Y, si los códigos asumiesen esa igualdad, posiblemente deberíamos encontrar en ellos un mínimo régimen «general» alternativo y aplicable

a todos los contratos en los que la desigualdad fuese lo habitual –algo que recordase a la moderna noción de «contratos estructuralmente desequilibrados»–, y no solo disposiciones concretas dirigidas a impedir potenciales abusos.

Afirmar que los códigos decimonónicos consideraban una contratación entre iguales y por negociación sería tanto como decir que los grandes juristas que participaron en su elaboración obviaron situaciones y prácticas tan antiguas como vigentes en aquella época. Por eso no puedo compartir que la contratación en masa por adhesión menoscaba los postulados del Código civil porque niega la autonomía de la voluntad y la libertad volitiva que aquel daba por sentadas (Polo, 1942, pp. 711 a 713). En mi opinión, el carácter central de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual se basaba en otras dos ideas. La primera, que todo contrato celebrado reporta beneficios a todos los contratantes cualquiera que sea su contenido, pues de lo contrario alguno de ellos no habría prestado su consentimiento. La segunda, que los individuos pueden defender sus valores, preferencias e intereses, a través de la aceptación o rechazo de las oportunidades contractuales que se les presentan, debiendo asumir la responsabilidad por sus elecciones. Todo ello, por supuesto, cuando se trata de personas adultas con plena capacidad de obrar, en ausencia de vicios del consentimiento, y siempre con ciertos límites considerados excepciones (art. 1255 del CC). En definitiva, el Derecho de contratos –y por extensión, los principios centrales señalados– no estaba vinculado ni a la elaboración conjunta del contenido contractual, ni a la relativa igualdad de las partes. Parece que estos postulados surgieron tiempo después, cuando se buscaron argumentos para poder alejarse de la filosofía de los códigos (Pazos Castro, 2017, pp. 57 a 77).

Las reflexiones anteriores no son irrelevantes ante una eventual reforma del Código civil. El camino seguido por el Derecho de contratos en las últimas décadas no refleja únicamente la atención recibida por los postulados de negociación e igualdad, sino también la aparición de nuevos principios, de un nuevo paradigma contractual.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA RESPUESTA DEL DERECHO DE CONTRATOS A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Los códigos recogían figuras de las que se ha dicho que constituían, en cierto sentido, normas protectoras de los consumidores: los vicios del consentimiento, las exigencias formales, el desistimiento unilateral, la excepción de contrato no cumplido, o la responsabilidad por vicios ocultos. Pero estas instituciones no se consideraron suficientes en un nuevo contexto marcado por la

creciente contratación estandarizada, requiriéndose una mayor protección del contratante que podía ser objeto de abusos (Baudouin, 1975, pp. 4 y 5; De Castro, 1982, p. 1068). La necesidad de cambio se justificaba con diferentes fundamentos. Uno de los más importantes era la desigualdad de las partes (económica, informativa, de poder de negociación...), hablándose incluso de un cierto «estado de necesidad» consustancial a la contratación en masa, porque el contratante débil estaba sometido al monopolio de hecho o de derecho del empresario (Polo, 1942, p. 713). También se aludía a la ausencia de consentimiento respecto de las condiciones generales, cuyo contenido generalmente no es conocido por el adherente, identificando la conciencia y la voluntad solo en relación con el «núcleo o médula contractual» (Royo Martínez, 1949, pp. 61 y 62). Pero, junto a estas ideas, en las que no se puede entrar ahora pero que sin duda merecen una reflexión (*cf.* Pazos Castro, 2017, pp. 120 a 143), aparecían otras consideraciones con un mayor carácter filosófico-ideológico (De Castro, 1982, pp. 1057, 1058, 1063 y 1077).

Gracias a las condiciones generales, era muy sencillo desplazar el Derecho positivo en beneficio de «cláusulas privadas» (Uría, 1956, p. 227), y esto suscitaba desconfianza. A las normas legales se llega después de estudios doctrinales, de un desarrollo jurisprudencial, de análisis de impacto, de una ponderación de intereses, de compromisos, etc. (Uría, 1956, p. 239; De Castro, 1961, pp. 329, 330, 333 y 334; Clavería Gosálbez, 1979, p. 682). La contratación estandarizada hacía posible que el predisponente pusiese en duda fácilmente el resultado de ese proceso. Apartarse de la norma positiva significa manifestar que esta no se adapta bien a necesidades, valores o preferencias individuales, y que se desea manejar los asuntos propios con otro conjunto de reglas u otra distribución contractual de los riesgos. Esto no podía ser bien recibido en un contexto en el que el rol del Estado se veía reforzado y el individualismo experimentaba un consecuente retroceso.

Se decía que la noción clásica de «contrato» estaba en crisis, tanto por las crecientes limitaciones de la autonomía de la voluntad establecidas por el legislador como por la dinámica de la contratación por adhesión; crisis que podría resolverse si el contrato, tradicionalmente asociado a intereses particulares, se subordinaba al bien común promovido por la labor ordenadora del Estado (Ossorio Morales, 1952). Se afirmaba que la contratación por adhesión comportaba una pérdida de libertad para prestar el consentimiento, suficiente para justificar «normas especiales y más cuidadosas de interpretación» con el fin de garantizar la justicia y la reciprocidad entre las prestaciones de los contratantes (Polo, 1942, p. 715). Y la STS de 12/03/1957 (Ref. Aranzadi: 1957, 753) observaba una progresiva limitación de la eficacia de las cláusulas predispuestas

en los contratos de adhesión, diciendo que en tales casos el juez tenía «un poder excepcional de interpretación [...] e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta, doctrina muy a tono con el espíritu social que impregna gran parte de nuestra legislación civil» –poder de revisión que, no obstante, algunos negaban categóricamente (García Amigo, 1969, p. 198)–. Apareció el movimiento de la protección del consumidor y fue surgiendo la idea de un «Derecho de consumo» (De Castro, 1982, pp. 1067 a 1074); y la respuesta jurídica a los desafíos de la contratación en masa se produjo a través del desarrollo o extensión jurisprudencial de reglas tradicionales, mediante leyes que abordaban cuestiones concretas, con leyes destinadas a dar un tratamiento global a la necesidad de protección, y con una cierta revitalización del formalismo (Baudouin, 1975, pp. 4 a 14).

Simplificando mucho la respuesta legislativa dada en el extranjero a la problemática derivada de la contratación estandarizada, y omitiendo algunos ejemplos, lo que se excusará en la perspectiva y extensión de este trabajo, debe mencionarse en primer lugar el Código civil italiano de 1942. Sus artículos 1341 y 1342 trataban la contratación mediante condiciones generales y formularios, protegiendo la posición del adherente. En 1952, el *Uniform Commercial Code* estadounidense incluyó una sección 2:302 sobre contratos o cláusulas lesivas o injustas (*unconscionable*). En el año 1964 se aprobó en Israel la ley 5724-1964 sobre contratos estándar, así como, dieciocho años después, la ley 5743-1982 en la misma materia. En Alemania, la referencia principal fue la ley sobre condiciones generales de 1976, como lo fue en el Reino Unido la ley sobre cláusulas abusivas de 1977; mientras que en Francia hay que citar el artículo 35 de la ley n.º 78-23 (de 1978) sobre la protección y la información de los consumidores de productos y servicios, y en los países nórdicos la sección 36 de sus respectivas leyes sobre contratos, precepto que, por ejemplo en Suecia, fue incorporado en 1976.

Centrándose ya en el caso español, la jurisprudencia jugaba un importante papel a través de la interpretación de los contratos con condiciones generales. A la ya citada STS 12/03/1957 (Ref. Aranzadi: 1957, 753) pueden añadirse la STS 13/12/1934 (Ref. Aranzadi: 1934, 2180), la STS 24/02/1944 (Ref. Aranzadi: 1944, 298) y la STS 19/11/1965 (Ref. Aranzadi: 1965, 5164). La necesidad de limitar la autonomía de la voluntad para proteger a determinados contratantes aparece, por ejemplo, en las leyes de bases sobre arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946 (BOE n.º 1, de 1.1.1947) y de 22 de diciembre de 1955 (BOE n.º 357, de 23.12.1955). Y, de manera más general, se promulgó la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia (BOE n.º 175, de 23.7.1963) (De Castro, 1982, pp. 994

a 1009). Su artículo 2.1 prohibía las prácticas abusivas a través de las cuales una empresa explotase su posición de dominio en el mercado «de manera injustificadamente lesiva para [...] los intereses de los consumidores», aunque el texto normativo fue muy escasamente utilizado frente a las cláusulas abusivas.

Entre tanto, la doctrina veía en figuras clásicas (la buena fe objetiva, el abuso de derecho, el orden público, etc.) mecanismos útiles para combatir las cláusulas abusivas. Esta vía de reflexión conducía a plantearse, como cuestión central de fondo, la relación entre la autonomía de la voluntad y la eficacia de las leyes. Y las nuevas ideas expresaban mayores recelos ante la primera. La distinción entre Derecho imperativo y Derecho dispositivo era matizada, presentando una categoría intermedia de normas que, sin proclamar expresamente su carácter imperativo, tampoco podían ser derogadas sin más. El Derecho dispositivo, se decía, no es un régimen meramente subsidiario que presume lo que querrán las partes, de modo que estas pueden apartarse de él libremente; sino que tiene el valor de regulación «normal», con un «cierto carácter imperativo» y una «función ordenadora», lo que implica que sus preceptos «no pueden ser desplazados sin razón suficiente» (De Castro, 1961, pp. 319 a 337; De Castro, 1982, pp. 1057 a 1067). Ciertamente, esta visión no era compartida por todos (García Amigo, 1969, pp. 243 a 253). Pero fue abriéndose paso bajo un nuevo paradigma en el que se admitía un mayor control de la libertad económica, defendiéndose la búsqueda de la justicia contractual aun si para ello era preciso limitar la libertad contractual (Clavería Gosálbez, 1979, pp. 678 a 682, 687). También se desarrolló un nuevo concepto de orden público, ahora con matices económicos (García Amigo, 1969, pp. 260 a 271; De Castro, 1982, pp. 1042 a 1050).

En todo caso, la intervención legislativa era el camino más adecuado para resolver los problemas derivados de la contratación estandarizada, algo que se produjo por primera vez en el ámbito del contrato de seguro a través del artículo 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre (BOE n.º 250, de 17.10.1980). Pero la auténtica referencia, ya con una perspectiva más amplia, fue la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE n.º 176, de 24.7.1984) (LCU). Su artículo 10.1.c) establecía que las condiciones generales debían cumplir, entre otros requisitos, el de «buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones». Esto excluía las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales «las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios» (art. 10.1.c), punto 3.º).

Un gran punto de inflexión a nivel europeo fue la aprobación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas

en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, de 21.4.1993). Esta Directiva supuso la armonización de los diferentes ordenamientos nacionales en los contratos de consumo (art. 1.1), fijando un nivel mínimo de protección (art. 8). El control de contenido se proyecta únicamente sobre las cláusulas no negociadas individualmente (art. 3.1). Ahora bien, no están sometidas a control ni las cláusulas que definen el objeto principal del contrato ni la adecuación del precio, siempre que las cláusulas relevantes estén redactadas de manera clara y comprensible (art. 4.2). En los últimos años, este deber de transparencia –al que corresponde una interpretación extensiva– ha sido objeto de varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*cf.* sentencia de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18, EU:C:2020:138, apartados 49 a 56). En cuanto a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, son aquellas que «regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan», contraponiéndose a ellas las estipulaciones «de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual» (STJUE de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 32).

Son abusivas las cláusulas no negociadas que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato, en detrimento del consumidor (art. 3.1 de la Directiva). La ponderación del equilibrio se hace por referencia a la posición jurídica del consumidor resultante de las normas que habrían sido aplicables en defecto de la cláusula; mientras que la buena fe se ve respetada cuando el empresario pudiera estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría la cláusula en una negociación (STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 68 y 69). La apreciación del carácter abusivo se hace teniendo en cuenta varios factores: la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las demás cláusulas del contrato, y las demás cláusulas de otro contrato del que dependa (art. 4.1). La Directiva también recoge una lista «blanca» de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (art. 3.3 y Anexo).

Las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor (art. 6.1 de la Directiva), lo que impide que un juez limite en el tiempo los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva (STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980); pero el consumidor puede renunciar ante el juez a que no se aplique una cláusula abusiva (STJUE de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués y Drame Ba*, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252,

apartados 25 y 40). Declarado el carácter abusivo de una cláusula, el contrato seguirá desplegando efectos en los mismos términos si puede subsistir sin ella (art. 6.1). La integración del contrato por el juez es contraria al Derecho de la Unión, pero este no se opone a que sustituya la cláusula abusiva por una disposición nacional de carácter supletorio; posibilidad sometida al cumplimiento de dos condiciones: que la declaración de nulidad comporte la anulación total del contrato, y que esto exponga al consumidor a consecuencias negativas (STJUE *Gómez del Moral Guasch*, apartado 61).

La Directiva sobre cláusulas abusivas fue transpuesta al Derecho español mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la Contratación (BOE n.º 89, de 14.4.1998) (LCGC), que estableció el régimen aplicable a las condiciones generales (también en contratos entre empresarios) al tiempo que modificó la ley de consumidores de 1984. En materia de cláusulas abusivas, el artículo 8.2 de la LCGC se remite a la normativa específica de consumidores. No existe en Derecho español una regulación de las cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios, más allá de las normas concretas que representan el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (BOE n.º 314, de 30.12.2004) y los artículos 38.4 y 41.3 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (BOE n.º 273, de 12.11.2009).

Ante la falta de un control de contenido en los contratos entre empresarios, una de las vías de protección del adherente es el principio de buena fe, que impide que, a través de cláusulas no negociadas, el predisponente modifique subrepticamente «el contenido que el adherente había podido representar-se como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato» (STS 03/06/2016, ES:TS:2016:2550). De este modo, aun cuando pueda relacionarse con la problemática de las cláusulas abusivas, este mecanismo no incide en el equilibrio del contenido del contrato, sino en la protección de las legítimas expectativas del adherente. Se evita que este último se vea perjudicado por cláusulas sorprendentes, y que el predisponente abuse de su posición para desnaturalizar el contenido del contrato (STS 18/01/2017, ES:TS:2017:123; STS 30/01/2017, ES:TS:2017:328).

La regulación de las cláusulas abusivas se encuentra actualmente 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 (BOE n.º 287, de 30.11.2007) (TRLGDCU). El artículo 80.1.c) exige a las cláusulas no negociadas «buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes», lo que ex-

cluye la utilización de cláusulas abusivas. La definición de cláusula abusiva y los factores que deben ser tenidos en cuenta coinciden con los previstos en la Directiva correspondiente (arts. 82.1 y 82.3). Pero, a diferencia del texto europeo, la norma española incluye un conjunto de cláusulas que serán en todo caso abusivas (lista «negra») (arts. 82.4 y 85 a 90). Las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y se tienen por no puestas, siendo obligatorio el contrato en sus mismos términos si puede subsistir sin ellas (art. 83).

Desde el punto de vista de la jurisprudencia más reciente, creo que son dos los principales aspectos que merecen ser destacados. El primero, el establecimiento de criterios específicos para determinar el carácter abusivo de ciertas cláusulas. Así, se consideran abusivos los intereses moratorios que supongan un incremento de más de dos puntos porcentuales con respecto al interés remuneratorio pactado, tanto en los contratos de préstamo sin garantía real (STS 22/04/2015, ES:TS:2015:1723) como en los préstamos hipotecarios (STS 03/06/2016, ES:TS:2016:2401). Quizás este criterio cambie en el futuro como consecuencia del artículo 25.1 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE n.º 65, de 16.3.2019), precepto que establece que el interés de demora será el interés remuneratorio incrementado en tres puntos porcentuales. El segundo aspecto que merece ser subrayado es el desarrollo de un control intermedio entre los de incorporación y de contenido, el denominado «control de transparencia» (material), siendo paradigmática la famosa sentencia relativa a las cláusulas suelo (STS 09/05/2013, ES:TS:2013:1916). Aunque el control de transparencia ha sido relacionado con el equilibrio contractual y con la noción de cláusula abusiva, lo cierto es que, por su propia naturaleza, se refiere más bien a la protección de las legítimas expectativas del consumidor.

Llegados a este punto, resulta obvia la pregunta que se plantea en relación con las cláusulas abusivas y el Código civil español. Si (y cómo) reformar este para dar reconocimiento general a la evolución relatada, en particular, mediante la incorporación de normas sobre el control de contenido. Seguidamente se expondrán diferentes modelos que podrían servir de orientación.

3. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

El presente apartado no tiene por finalidad discutir sobre las razones a favor y en contra de que el Código civil haga una simple remisión a las leyes especiales sin cambiar en nada el actual régimen jurídico de las cláusulas abu-

sivas o de las condiciones generales. Esto requeriría un análisis más exhaustivo que el que puede hacerse aquí. El objetivo de las páginas siguientes es mucho más modesto: exponer el *control de contenido* previsto en diferentes textos que representan valiosas referencias para una eventual reforma del Código civil. Por lo tanto, no se comentarán otras cuestiones relacionadas con la contratación estandarizada, tales como los requisitos de transparencia o las reglas de interpretación. Y tampoco se incidirá en la figura del abuso de la posición de dependencia o debilidad de otra persona, al entender que existen diferencias sustanciales con respecto a la problemática de las cláusulas abusivas.

3.1 Textos de *soft law* y propuestas europeas

Comenzando por los Principios de Derecho contractual europeo (PECL), su artículo 4:110 (1) prevé el control de contenido de las cláusulas no negociadas, sin referirse en ningún momento a la condición de los contratantes. Se consideran abusivas las que causen, en detrimento de una parte y en contra de la buena fe, un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones. Deberán tomarse en consideración la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. Según el artículo 4:110 (2), no son objeto de control ni las cláusulas transparentes que concreten el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el valor de las obligaciones respectivas de las partes. De acuerdo con el citado artículo 4:110 (1), las cláusulas abusivas podrán ser anuladas por la parte afectada.

Una regulación más detallada es la del Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR). En el artículo II.–9:402 (1) se prevé un deber de transparencia con importantes consecuencias para el control de contenido, y los artículos II.–9:403 a II.–9:405 expresan el significado del término «cláusula abusiva» en los contratos entre empresarios y consumidores, en los contratos entre particulares, y en los contratos entre empresarios, respectivamente.

En los primeros, se trata de una cláusula aportada por el empresario que causa un perjuicio significativo al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual (art. II.–9:403 del DCFR). El precepto incluye entre corchetes la expresión «no negociada individualmente», en relación con la palabra «cláusula». El comentario oficial indica que esto se debe a que, siendo una cuestión controvertida, la mayoría de los miembros del *Study Group on a European Civil Code* son partidarios de someter a control también las cláusulas negociadas en los contratos de consumo. Asimismo, el comentario explica

que el criterio del «perjuicio» significativo consiste en comparar la cláusula sometida a control con la norma aplicable por defecto, de modo que dicho perjuicio se causa cuando la primera deja al consumidor en una situación significativamente peor que la segunda. El artículo II.-9:402 (2) precisa que, en los contratos entre un empresario y un consumidor, una cláusula aportada por el primero faltando al deber de transparencia puede ser considerada abusiva solo por ese hecho. El artículo II.-9:409 establece que es siempre abusiva la cláusula aportada por un empresario mediante la cual se establece como tribunal competente con carácter exclusivo el de su domicilio, salvo que sea también el tribunal del domicilio del consumidor. Y el artículo II.-9:410 contiene una lista de cláusulas que se presumen abusivas (lista «gris»).

En los contratos entre particulares, una cláusula es abusiva si forma parte de las condiciones generales de la contratación aportadas por un contratante y causa un perjuicio significativo al otro, en contra de la buena fe contractual (art. II.-9:404 del DCFR). En los contratos entre empresarios, una cláusula es abusiva si forma parte de las condiciones generales aportadas por uno de ellos y es de tal naturaleza que se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de la buena fe contractual (art. II.-9:405).

Otros elementos de la regulación contenida en el Marco Común de Referencia son los siguientes. La apreciación del carácter abusivo de una cláusula se hace teniendo en cuenta los factores que aparecen en la Directiva sobre cláusulas, más el deber de transparencia. De manera adicional, en los contratos con consumidores, las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato incluyen el grado en que al consumidor se le ha dado una oportunidad real de conocer la cláusula antes de su conclusión (art. II.-9:407). Diversas cláusulas no están sometidas a control, debiendo destacar aquellas que –siendo transparentes– definen el objeto principal del contrato, así como la adecuación del precio a pagar (art. II.-9:406). Las cláusulas abusivas no vinculan al contratante que no las ha aportado, mientras que el resto de las cláusulas seguirán siendo obligatorias si el contrato puede ser mantenido razonablemente sin aquellas (art. II.-9:408).

A los efectos de una eventual reforma del Código civil, también es interesante consultar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, de 8 de octubre de 2008, cuyas normas sobre cláusulas abusivas no fueron incluidas en la Directiva aprobada en 2011. La regulación de tales cláusulas afectaba a las cláusulas no negociadas (art. 30.1). La Propuesta no cambiaba la noción de cláusula abusiva de la Directiva de 1993, y reiteraba los factores para su apreciación añadiendo expresamente la transparencia (art. 32). El control de contenido no se proyectaba

sobre el objeto principal del contrato, ni sobre la adecuación de la remuneración de la obligación principal del empresario (art. 32.3). Las cláusulas abusivas no serían vinculantes para el consumidor, y el contrato conservaría su fuerza obligatoria si pudiera subsistir sin ellas (art. 37). Y se recogía tanto una lista de cláusulas consideradas abusivas en todo caso (art. 34 y Anexo II) como una lista de cláusulas que se presumirían abusivas *iuris tantum* (art. 35 y Anexo III).

La problemática de las cláusulas abusivas también fue abordada en la malograda Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011 (CESL). Articulaba un control de contenido no solo en los contratos entre empresarios y consumidores, sino también entre empresarios. No obstante, siendo todos los contratantes profesionales, la normativa común podía utilizarse únicamente cuando al menos uno de ellos fuese una pequeña o mediana empresa (art. 7 del Reglamento –la primera parte de la Propuesta–). Ya en la normativa común (el primer anexo de la Propuesta), el capítulo con las normas sobre cláusulas abusivas comenzaba diciendo que un contratante no estaría vinculado por una cláusula incorporada por el otro y considerada abusiva, mientras que el resto de las cláusulas continuarían siendo vinculantes si el contrato pudiese subsistir (art. 79). No estaban sometidas a control de contenido las cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrato y la adecuación del precio (en el caso de los contratos con consumidores, siempre que el empresario hubiese cumplido con el deber de transparencia) (arts. 80.2 y 80.3).

A continuación, una sección se aplicaba a los contratos con consumidores, mientras que otra estaba dedicada a los contratos entre empresarios. La primera incluía un deber de transparencia a cargo del profesional (art. 82 del CESL), una definición del término «abusivo» (art. 83), una lista de cláusulas en todo caso abusivas (art. 84) y una lista de cláusulas que se presumían abusivas (art. 85). En cuanto al concepto de cláusula abusiva, afectaba únicamente a las estipulaciones no negociadas, girando en torno al desequilibrio significativo en contra de la buena fe (art. 83.1). La evaluación debía hacerse atendiendo a los mismos factores que indica la Directiva sobre cláusulas abusivas, añadiendo el cumplimiento del deber de transparencia (art. 83.2). La sección aplicable a los contratos entre empresarios definía el término «abusivo» limitándolo también a las cláusulas no negociadas, pero adoptando como criterio el apartarse manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual (art. 86.1). En su apreciación debían tenerse en cuenta los factores recogidos en la Directiva (art. 86.2).

3.2 El ejemplo del Código civil francés

En cuanto al Derecho extranjero solo se mencionará el Código civil francés, debido a que ha sido recientemente reformado en materia de obligaciones y contratos (Ordenanza n.º 2016-131). Normas como las alemanas, neerlandesas, quebequesas, etc., son sin duda interesantes y pueden servir como modelo, pero por su mayor antigüedad han tenido la oportunidad de recibir más atención, lo que justifica no detenerse ahora en ellas. Dicho esto, no está de más recordar el caso de Rumanía, cuyo Código civil de 2011 decidió no incluir una regulación de las cláusulas abusivas, que permanece en las leyes especiales. Por otro lado, el Derecho francés también cuenta con normas sobre cláusulas abusivas en el Código de consumo y en el Código de comercio, aunque ambos textos articulan sistemas diferentes. Sin embargo, su análisis debe obviarse tanto por razones de extensión como por la perspectiva de la obra en la que se inscribe este trabajo.

El nuevo artículo 1110 del Código civil francés contraponen el contrato negociado al contrato de adhesión, siendo este último «aquel que comprende un conjunto de cláusulas no negociables, determinadas de antemano por una de las partes». Por su parte, el artículo 1171 circunscribe el control de contenido a los contratos de adhesión, y, dentro de ellos, a cualquier cláusula predispuesta «no negociable». Según este mismo precepto, la cláusula será abusiva cuando cree un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes —el criterio de la buena fe no es utilizado—, y se tendrá por no puesta. No obstante, la evaluación del desequilibrio no se referirá ni al objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio a la prestación. La mención del Código francés en relación con las cláusulas abusivas también exige subrayar su artículo 1170, que establece que se tendrá por no puesta cualquier cláusula que prive de su sustancia a la obligación esencial del deudor; consagrando así la jurisprudencia establecida por la Sala de lo Comercial de la *Cour de cassation* en sus sentencias «Chronopost» (22/10/1996, recurso n.º 93-18632) y «Faurecia II» (29/06/2010, recurso n.º 09-11841).

3.3 La Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009

La Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (PMDOC) establece que, cuando se trate de un contrato entre un empresario y un consumidor, se aplicará la normativa especial (art. 1262.5). Así, el

control de contenido incorporado en el Código civil afectaría a los contratos entre particulares, por un lado, y a los contratos entre empresarios, por otro. El artículo 1261.1 define las condiciones generales, incidiendo en las clásicas notas de predisposición, imposición y generalidad. Sin embargo, quedan sometidas al control de contenido todas las cláusulas no negociadas, y no solo a aquellas en las que además concurra la nota de generalidad (art. 1262.1).

El artículo 1262.1 de la PMDOC define las cláusulas abusivas de manera sustancialmente coincidente con el actual artículo 82 del TRLGDCU: estipulaciones que causan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en contra de las exigencias de la buena fe. El artículo 1262.2 del PMDOC precisa que el control de contenido no se extiende a las «prestaciones que sean objeto principal del contrato», y el carácter abusivo deberá apreciarse con arreglo a los ya conocidos factores que aparecen en la Directiva sobre cláusulas abusivas (y en el art. 82.3 del TRLGDCU). El artículo 1262.3 de la PMDOC recoge una lista no muy extensa de cláusulas que se consideran siempre abusivas, mientras que el artículo 1262.4 presume abusivas las condiciones generales que establezcan reglas que se aparten del Derecho dispositivo en perjuicio del adherente. Según el artículo 1262.1 de la PMDOC, las cláusulas abusivas son nulas. De acuerdo con el artículo 1263.1, la nulidad de una cláusula por su carácter abusivo no implica la ineficacia total del contrato, siempre que las cláusulas subsistentes no determinen una situación no equitativa para una de las partes; previéndose la integración del contrato conforme al artículo 1243 de la PMDOC (análogo al actual art. 1258 del CC).

4. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN UNA EVENTUAL REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

En este apartado me gustaría señalar algunos aspectos concretos que deberían ser objeto de discusión si se decidiese incluir en el Código civil normas sobre cláusulas abusivas, así como también hacer algunos apuntes sobre la eventual regulación de las condiciones generales de la contratación.

Evidentemente, la primera cuestión sería determinar el ámbito de aplicación del control de contenido, aunque, en todo caso, nada impide que se prevean varios regímenes distintos, o que algunas normas sean aplicables solo en determinados supuestos. El punto sobre el que se ponga el acento –la justicia contractual, el postulado de igualdad, o el postulado de negociación–, así como la preferencia por el mantenimiento de una «especialización» jurídica o por la

entrada en el Código de relaciones contractuales comunes y habituales, determinarán en gran medida la respuesta.

Con relación al ámbito de aplicación subjetivo, hay que decidir si el control afectará a contratos entre empresarios, a contratos entre particulares, o a ambos. Incluso cabría incluir los contratos entre empresarios y consumidores, lo que posiblemente recomendaría introducir también en el Código algunos de los regímenes especiales e instituciones paradigmáticas de ese ámbito. Por ejemplo, el derecho de desistimiento o la compraventa de bienes de consumo –siguiendo el modelo alemán–, y la responsabilidad por productos defectuosos –como sucede en el caso francés–.

En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, debería estudiarse si las normas se proyectarían solo sobre condiciones generales, sobre cualquier cláusula no negociada, sobre cláusulas impuestas cuando el contrato sea globalmente de adhesión, o incluso sobre cláusulas negociadas. Esta última opción, que ciertamente parece exagerada, depende de la importancia atribuida tanto al postulado de negociación como al de igualdad. La idea de extender el control a las cláusulas negociadas en los contratos de consumo, como se plantea en el Borrador del Marco Común de Referencia, podría justificarse en la desconfianza que suscita el resultado de una discusión llevada a cabo por un consumidor; su posición de debilidad también le afecta durante ese proceso, de modo que el empresario puede ejercer influencia sobre él (*cf.* Schillig, 2008, p. 344). Pero, si se aceptase este razonamiento, no parece posible circunscribirlo a los consumidores: también debería desconfiarse de una negociación entre una pequeña o mediana empresa y un empresario que no reúna tal condición. Es más, llevado a sus últimas consecuencias, el postulado de igualdad obligaría a prever el control de las cláusulas negociadas siempre que las circunstancias concretas hagan pensar que una de las partes no estaba en disposición de obtener ventajas en la negociación.

Dejando ya el tema del ámbito de aplicación, se plantea el control de las cláusulas relativas al objetivo principal del contrato y de la adecuación del precio. Probablemente, la mayoría de los juristas piensan que la eventual reforma del Código civil debería excluir semejante control, opinión con la que coincido. Existiendo diferentes teorías sobre el concepto de «objeto principal del contrato», y habiendo sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Código tendría que definir esa noción. El artículo 1262.2 de la PMDOC dice que el control no alcanza a las «prestaciones que sean objeto principal del contrato», fórmula que aparentemente daría lugar a una solución más restrictiva que la aplicada por el TJUE en los contratos con consumidores. La exclusión podría quedar condicionada al cumplimiento del es-

tándar de transparencia. De ser así, se plantea cómo evaluar el carácter abusivo de las cláusulas principales, ya que resulta difícil –cuando no imposible– encontrar criterios legales adecuados. La falta de transparencia de una cláusula esencial podría conllevar automáticamente su no incorporación al contrato, pero sería imprescindible dar solución a aquellos casos en los que, como consecuencia de ello, el contrato no pudiera subsistir. Quizás la falta de transparencia de una cláusula relativa al objeto principal del contrato deba resolverse determinando el contenido de la estipulación y, acto seguido, dando al adherente la posibilidad de aceptar o rechazar el contrato; siendo el predisponente responsable por los daños que cause la falta de transparencia que le es imputable.

Otro aspecto que exigirá un detenido examen es el criterio de referencia para determinar el carácter «abusivo» de una cláusula. El desequilibrio contrario a la buena fe, fórmula de la Directiva y de nuestra legislación de consumo, podría no ser la más adecuada, en particular, en los contratos entre empresarios. Los textos analizados en el apartado anterior muestran profundas diferencias entre sí con respecto a este tema.

En relación con el desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, deberá dilucidarse si se exige que sea importante o no. El interés de esta cuestión no viene dado únicamente por el hecho de que, en tal caso, el juez deberá llegar al convencimiento –y explicarlo en la sentencia– no solo de que la cláusula genera una desproporción, sino también de su carácter significativo. Requerir que el desequilibrio sea importante implica, en mi opinión, que no estarían justificadas normas como la del artículo 1262.4 de la PMDOC, según el cual se presumen abusivas las condiciones generales que establezcan (en perjuicio del adherente) reglas *distintas* de las que serían aplicables en defecto de pacto. En realidad, el resultado del debate depende de la consideración que tenga el Derecho positivo. No se llega a las mismas conclusiones si se ve en la legislación un modelo que tiende a la Justicia, que si se ve en ella únicamente la regulación deseable para un legislador concreto en un momento determinado.

La concepción sobre el Derecho positivo también condiciona la respuesta a dos interrogantes relacionados con la inclusión del principio de buena fe en la definición de cláusula abusiva. El primero de ellos es, partiendo de la base de que el Código civil mantendría la referencia a la buena fe, si esta debe entenderse en un sentido puramente objetivo o, por el contrario, con matices subjetivos –como ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea–. La primera opción da más valor al Derecho positivo, mientras que la segunda sería preferida para quien intente mantener algo más de libertad y de flexibilidad

en las relaciones contractuales. Pero el principio de buena fe plantea un segundo interrogante de mayor calado. ¿Debería mantenerse como criterio adicional al desequilibrio? Si uno piensa que la legislación es una regulación deseable y justa, y el equilibrio se pondera con respecto a ella, no hay muchos argumentos para añadir el principio de buena fe, al menos en un sentido objetivo. Por el contrario, si la devoción por las normas legales es menor, el criterio de la buena fe es muy útil, sobre todo si es entendida al modo de la jurisprudencia europea. El motivo es que permite al contratante demostrar que la separación con respecto al Derecho positivo debe ser respetada, lo que es tanto como favorecer la libertad contractual y reconocer tanto la pluralidad de intereses, preferencias y valores como la heterogeneidad de las situaciones que se producen en la vida económica.

Por último, también habría que debatir sobre la inclusión de listas en el Código civil, habiendo numerosas alternativas, tal y como se ha mostrado al presentar los textos que podrían servir de modelo al legislador español.

El presente apartado puede completarse con algunas ideas más relacionadas con la contratación estandarizada en general que con el desequilibrio contractual estrictamente hablando.

Sería conveniente adoptar una norma expresa al respecto de las cláusulas sorprendentes (inexistente en Derecho español, si bien se considera vigente la regla que determina su no incorporación al contrato). El artículo 1261.3.1) de la PMDOC establece la no incorporación de las cláusulas que «resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado». No creo que esta norma sea plenamente satisfactoria, por lo que propondría su corrección bajo el modelo del artículo 2.1.20 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (PCCI). En primer lugar, una cláusula sorprendente o inhabitual debería desplegar efectos, pese a todo, si desaparece el elemento de imprevisibilidad para el adherente. Desde luego, esto sucede cuando la acepta expresamente (art. 2.1.20 de los PCCI) y quizás también cuando el predisponente ha llamado su atención específicamente sobre ella (como señala el comentario oficial de ese mismo precepto). En segundo lugar, y en conexión con la idea anterior, posiblemente sería útil prever los criterios que ayudan a determinar si una cláusula es sorprendente o, en definitiva, razonablemente imprevisible para el adherente. El artículo 2.1.20 de los PCCI se refiere al contenido, lenguaje y presentación de la cláusula, pero quizás también merecerían una alusión expresa la naturaleza del contrato (art. 5.c) del proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación del año 1997,

BOCG n.º 78-1, de 5.9.1997) y el sector económico en el que se actúe (*cf.* comentario oficial al art. 2.1.20 de los PCCI).

La regulación de las condiciones generales en el Código civil no debería olvidar una norma sobre la denominada «batalla de formularios», situación en la que los dos contratantes pretenden aplicar al contrato sus (incompatibles en cierta medida) propias condiciones estándar. Los artículos 2:209 de los PECL, II.-4:209 del DCFR, y 2.1.22 de los PCCI ofrecen algunas ideas que permitirían mejorar el artículo 1252 de la PMDOC.

El Código civil también haría bien en referirse al control de transparencia material. En este sentido, la elección sería entre exigir la mayor transparencia solo de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, o de todas las cláusulas –sin perjuicio de que la incidencia práctica será mayor en las primeras–. Esta segunda opción es la que viene impuesta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los contratos con consumidores (STJUE *Gómez del Moral Guasch*, apartado 46), si bien nuestro Tribunal Supremo suele proclamar la primera (STS 08/01/2020, ES:TS:2020:7).

En cuanto a la interpretación de las condiciones generales y de las cláusulas no negociadas, resultan de aplicación los criterios interpretativos generales establecidos en los artículos 1281 a 1289 del CC, lo que no impide que alguno de ellos deba ser matizado. Tampoco obsta para que algunas reglas sean especialmente relevantes en el mencionado ámbito. En este sentido, una cláusula no negociada se interpreta a favor de quien se adhiere a ella (*cf.* arts. 6.2 de la LCGC y 80.2 del TRLGDCU). Y la contradicción entre condiciones generales y condiciones particulares –negociadas o no– se resuelve en favor de estas últimas, salvo que las primeras resulten más beneficiosas (art. 6.1 de la LCGC).

Ningún comentario me suscita la primera de estas reglas, plenamente consolidada (arts. 1288 del CC, 5:103 de los PECL, II.-8:103 del DCFR, 36.1 de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores, 64.1 y 65 del CESL, 4.6 de los PCCI, 1190 del Código civil francés, 1261.1 de la PMDOC). En cuanto a la segunda, su formulación en el artículo 1261.1 de la PMDOC me parece más satisfactoria que la actual, por reflejar mejor la voluntad de las partes. Y es que, según la Propuesta, sobre las condiciones generales prevalecen «siempre» las que no lo sean (*cf.* art. 2.1.21 de los PCCI). Hay otros criterios interpretativos relevantes en la contratación estandarizada que podrían preverse de manera expresa en una reforma del Código civil: la prevalencia de las cláusulas negociadas sobre las predispuestas (arts. 5:104 de los PECL y II.-8:104 del DCFR, comentario oficial al art. 2.1.21 de los PCCI), de las manuscritas sobre las impresas (STS 18/01/1909, Jurisprudencia civil – Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, tomo 113, 1909, n.º 29),

y de la cláusula más relevante sobre la que tiene menor importancia (STS 19/11/1965, Ref. Aranzadi: 1965, 5164).

Finalmente, conviene dar solución a los casos de discrepancia lingüística en los contratos que han sido redactados en varios idiomas (arts. 5:107 de los PECL, II.-8:107 del DCFR; 61 del CESL, 4.7 de los PCCI, 1281 de la PMDOC).

5. CONCLUSIONES

En el primer apartado se ha puesto en duda que la libertad contractual que preside el Código civil se sustentase en los postulados de igualdad y negociación. Se ofrece así una visión más positiva del texto, pues aceptar la idea cuestionada significaría que los codificadores se habrían apartado un tanto de la realidad, asentando el Derecho de obligaciones y contratos sobre circunstancias que no concurrían –ni podían concurrir– en aquella época. Con ello, se establece el punto de partida para sostener que la evolución experimentada durante el siglo XX no consiste tanto en asegurar el mantenimiento de postulados clásicos, como en un auténtico cambio del paradigma contractual. Precisamente, en el segundo apartado del estudio se ha hecho una crónica de la referida evolución en relación con la problemática de las cláusulas abusivas, y de su resultado desde el punto de vista legislativo. El camino culmina, en España, con la normativa recogida en el texto refundido de la ley de consumidores, condicionada por el Derecho de la Unión Europea. Se plantea entonces la cuestión sobre si una reforma del Código civil español debería incluir normas sobre el control de contenido, y cómo articularlas. En el tercer apartado han sido expuestos textos de *soft law*, propuestas de la Unión Europea, el Código civil francés, y la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, como modelos o fuentes de inspiración.

Finalmente, el apartado cuarto señala diversos aspectos que requieren un análisis a la hora de proceder a la eventual reforma del Código. Siempre con prudencia y moderación, como recomendaba Portalis en la frase que abre esta contribución: los beneficios de los cambios saltan fácilmente a la vista, no siendo tan evidentes los problemas, riesgos y consecuencias indeseadas que se pueden producir. Prudencia y moderación que, además, son indispensables para dar el adecuado reconocimiento a un Código civil que, 130 años después, y por supuesto con sus defectos, lagunas y limitaciones, sigue mereciendo el calificativo de «una buena obra española» que le dedicó De Castro.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BAUDOUIN, J.-L. (1975), «Rapport général», en AA. VV., *La protection des consommateurs (Journées canadiennes). Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Dalloz, Paris, pp. 3 a 15.
- DE CASTRO, F. (1961), «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 2, pp. 295 a 341.
- (1982), «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 4, pp. 987 a 1085.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.-H. (1979), «La predisposición del contenido contractual», *Revista de Derecho Privado*, vol. 63, n.º 7, pp. 667 a 687.
- DEREUX, G. (1910), «De la nature juridique des «contrats d'adhésion»», *Revue trimestrielle de droit civil*, pp. 503 a 541.
- GARCÍA AMIGO, M. (1969), *Condiciones generales de los contratos*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- OSSORIO MORALES, J. (1952), «Crisis en la dogmática del contrato», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 4, pp. 1175 a 1186.
- PAZOS CASTRO, R. (2017), *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- POLO, A. (1942), «Comentario a la sentencia de 27 de febrero de 1942», *Revista de Derecho Privado*, n.º 26, pp. 708 a 719.
- PORTALIS, J.-É.-M. (1844), «Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX», en *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Paris.
- ROYO MARTÍNEZ, M. (1949), «Contratos de Adhesión», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 1, pp. 54 a 70.
- SCHILLIG, M. (2008), «Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms», *European Law Review*, vol. 33, n.º 3, pp. 336 a 358.
- URÍA, R. (1956), «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 62, pp. 221 a 241.

XXXVI

LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. La regulación del Código Civil y sus bases doctrinales.–2. Evolución doctrinal y jurisprudencial posterior. 2.1 Primeras decisiones del Tribunal Supremo que admiten la reparación del daño moral tanto en sede de responsabilidad contractual como extracontractual. 2.2 Tesis contraria a la indemnización del daño moral contractual con carácter general. 2.3 Tesis a favor de la reparación del daño moral contractual. a) Aplicación del artículo 1107 del Código Civil. b) Entidad del daño moral.–3. Admisión de la reparación del daño moral contractual en el moderno derecho de contratos. 3.1 Textos dirigidos a la armonización del Derecho Contractual Europeo. a) PICC. b) PECL. c) DCFR. d) Conclusiones. 3.2 Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos.–4. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS BASES DOCTRINALES

El Código Civil español de 1889 no se pronuncia, de forma explícita al menos, sobre la polémica decimonónica existente en Europa, que se inicia en Francia y luego se extiende a otros países, acerca de la conveniencia de la reparación pecuniaria del perjuicio moral. Los detractores de tal reparación alegan en ese momento, primero, que la reparación pecuniaria del daño moral es imperfecta porque la única función de la indemnización es el reestablecimiento del valor en que un patrimonio ha sufrido disminución; segundo, que la apreciación judicial del daño moral es arbitraria y, por último, que la indemnización de valores tan

sagrados supone un cierto comercio de la persona. En el Código Civil no hay ningún precepto en su articulado, ni en sede contractual ni extracontractual, que se refiera con carácter general al daño moral; a diferencia de otros Códigos, como el italiano (artículo 2059) o el alemán (§ 253 BGB), que en el momento de su promulgación sí recogen la citada polémica a través de la adopción de un criterio muy restrictivo en cuanto a la reparación del daño no patrimonial, limitando su indemnización a los casos expresamente previstos por la ley. Tales preceptos señalaban, respectivamente, que *«Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge»* (artículo 2059) y que *«Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden»* (§ 253 BGB).

En relación con el Código Civil español es preciso detenerse en los artículos 1106 y 1107. Tanto uno como otro reglamentan de forma conjunta el resarcimiento del daño. El primero de ellos se ocupa de la determinación de qué daños son indemnizables (*«La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes»*), mientras que el segundo se ocupa de la extensión del daño resarcible (*«Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación»*). Por consiguiente, el artículo 1106 se presenta, en principio, como el más adecuado para responder a la cuestión general de si el daño moral está excluido del ámbito de la responsabilidad contractual, ya que el artículo 1107 aborda la limitación de los daños desde el punto de vista cuantitativo, pero no desde el punto de vista cualitativo, es decir, no desde la perspectiva de la naturaleza del daño.

Profundizando ya en el análisis del artículo 1106 del Código Civil, parece que los redactores del mismo no pensaron en absoluto en la indemnización del daño moral, sólo en el patrimonial. Cuando *García Goyena* (1852, p. 50) comenta el artículo 1015 del Proyecto de 1851 (*«Se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección»*), explica que la expresión «daños y perjuicios» se refiere tanto al daño emergente como al lucro cesante, pero que en la estimación de estos dos conceptos nunca deberá entrar el precio de afección particular sino el común y corriente de la cosa. Este precepto encierra, pues, un concepto economicista del daño contractual en el que, inicialmente, no encaja

el daño moral, puesto que la indemnización tiene como objetivo el reintegro de un patrimonio que ha sido dañado, entendido el patrimonio como un conjunto de bienes materiales (Igartua, 1984, p. 1637). En esta línea la doctrina y la jurisprudencia españolas, de modo tradicional, siempre han entendido que este precepto se refiere de forma exclusiva a los daños patrimoniales, movidos por la lógica coherencia con el espíritu de los redactores del Código Civil [Gayoso, 1918, p. 330 y STS 24.5.1947 (RJ 1947, 631)].

Efectivamente, el citado artículo 1106 se inspira en el artículo 1149 del Código Civil francés de 1804 («*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après*»), que, por cierto, tras la Ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 que reforma el Derecho de los Contratos, el Régimen General y de la Prueba de las Obligaciones, se mantiene inalterable en su contenido (nuevo artículo 1231.2). Explican *Mazeaud* (H. y L.) y *Tunc* (1965, pp. 398 y 425) que los redactores del *Code Civil* eran hostiles a la reparación del daño moral en materia contractual. La razón de su hostilidad se debe a que *Domat* y *Pothier*, cuyas opiniones siguieron fielmente, se negaban de modo categórico a reparar el daño moral en el ámbito contractual, en cuanto estos autores creían ajustarse en este punto al Derecho Romano. Entre las fuentes utilizadas para redactar el *Code Civil* está el Derecho Romano, pero el Derecho Romano tal y como lo entienden los grandes jurisconsultos franceses *Domat* y *Pothier*. Puntualizan *Mazeaud* y *Tunc* que, a su juicio, *Domat* tiene un conocimiento incompleto de los textos legales romanos, ya que prescinde de ciertos textos, como los del Bajo Imperio, que sí tienen en cuenta el valor de afección en la evaluación del daño ocasionado por el incumplimiento de contratos de buena fe.

Algo similar sucedió en el ordenamiento jurídico alemán. El antes ya aludido principio de especialidad del originario § 253 BGB, que limita la reparación del daño no patrimonial a los casos previstos expresamente por la ley, tuvo, entre otras consecuencias, la inadmisión de la reparación del dolor y del sufrimiento cuando el fundamento de la demanda planteada era la responsabilidad civil contractual (Markesinis *et al*, 2006, p. 9). Ello era así porque la regulación concreta del resarcimiento de los daños no patrimoniales se desarrollaba de forma exclusiva en la parte dedicada a los «Actos ilícitos», y no en la «Parte General de las Obligaciones»; por ello la protección dispensada al daño no patrimonial se restringía al ámbito de la responsabilidad extracontractual. La consecuencia fue que tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas se vieron obligadas durante mucho tiempo a ampliar la categoría del daño patrimonial para reducir los supuestos no indemnizables, considerando, en ocasiones, como patrimoniales, daños de calificación dudosa, con el fin de huir de una regla tan

limitativa. La redacción inicial del § 253 *BGB*, su reticencia a indemnizar con carácter general el daño no patrimonial y, en consecuencia, su no reparación en otros ámbitos de la responsabilidad distintos al extracontractual, parece que tiene su origen también en una mala comprensión pandectista del Derecho Romano (en este sentido Markesinis *et al*, 2006, cit.pp. 8-9). El embrión de la negativa a reparar el daño no patrimonial en el ámbito contractual en Alemania posee su origen en *Savigny* y en algunos otros juristas de la Escuela Histórica, que sostienen en sus obras que el Derecho Romano requiere en toda obligación que el contenido de la prestación sea exclusivamente patrimonial, e incluso que el interés del acreedor lo sea también (ampliamente Rodríguez Guitián, 2008, pp. 939-950). En consonancia con esta explicación histórica alguna voz doctrinal (Espiau, 2000, p. 1286) ha señalado que en el ordenamiento español el cauce más indicado para la indemnización del daño moral derivado de un incumplimiento contractual no es el artículo 1106 del Código Civil sino el artículo 1902 del mismo cuerpo legal. Según tal opinión no es una cuestión de apego excesivo al tenor literal de un precepto, sino que la admisión del resarcimiento de un daño no patrimonial dentro de la responsabilidad contractual exigiría un replanteamiento del mismo concepto de obligación regulado en el Código Civil. Efectivamente, esta línea de pensamiento permite evocar uno de los argumentos clásicos esgrimidos en contra de la reparación del daño moral contractual, que plantea cómo compatibilizar la exigencia de una patrimonialidad en la prestación contractual con el carácter no económico que ha de representar por esencia el daño moral: si el objeto de la obligación es una prestación de naturaleza patrimonial, la inejecución de la prestación sólo puede producir daños patrimoniales y ello impide que haya daños morales derivados del incumplimiento contractual al quedar al margen de la relación jurídico-obligatoria los intereses y bienes morales. Ahora bien, cabría sostener que, aunque la prestación ha de ser patrimonial y susceptible de valoración económica, ello no impide que pueda responder a un interés del acreedor de naturaleza no económica (Alvarez Vigaray, 1966, p. 88).

2. EVOLUCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL POSTERIOR.

2.1 **Primeras decisiones del Tribunal Supremo que admiten la reparación del daño moral en sede de responsabilidad contractual y extracontractual**

Hasta finales del siglo xx la indemnización del daño moral se ha considerado por la doctrina española como una de las diferencias esenciales existen-

tes, en cuanto a su régimen jurídico, entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. En España es la jurisprudencia la que, muy pronto, se encarga de afirmar el resarcimiento del daño moral en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, sin duda apoyándose en el amplio tenor literal del artículo 1902 del Código Civil («*El que por acción u omisión causa daño a otro, está obligado a reparar el daño causado*»). Se trata de la famosa STS de 6 de diciembre de 1912 (CL 1912, núm. 95), que, además de reconocer la indemnización del daño moral, admite, igualmente por primera vez, la indemnización del derecho al honor de una joven vulnerado por la publicación en *El Liberal*, uno de los periódicos más populares de la época, de la noticia falsa acerca de la fuga de dicha joven con un fraile capuchino del que se decía, además, que había tenido descendencia.

El Tribunal Supremo, por el contrario, admite la reparación del daño moral contractual mucho más tarde en el tiempo, en concreto, en la STS 1165/1984 de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:1984:1165). El propio tribunal señala en sus decisiones que la citada sentencia es su primer pronunciamiento en este sentido [consúltese la sentencia 5866/2006 de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2006:5866)].

Sin embargo, es cierto que ya las SSTS de 26 de febrero de 1966 (*RJ* 1966, 1534) y 4694/1979 de 7 de diciembre (ECLI:ES:TS:1979:4694) acogen de forma implícita el principio del resarcimiento del daño moral contractual, en la medida en que en ambas se niega la indemnización únicamente por falta de prueba del hecho generador del presunto daño moral, pero no por razón de su ubicación en el marco contractual.

Los hechos son los siguientes: D. Adolfo Serra Babiera solicita la reparación de los daños morales sufridos a causa de la omisión por la Compañía Telefónica, en su guía de 1977, de su nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono, tanto en la parte alfabética como en las páginas amarillas. Estos datos habían figurado en todas las guías de la provincia de Lérida desde 1960, año en que el demandante firma con la compañía un contrato de suplemento publicitario. En concreto, el actor solicita la indemnización de un millón de pesetas por los daños morales y la retirada de todas las guías telefónicas de la provincia de Lérida del año 1977. El JPI estima parcialmente la demanda condenando a la Compañía telefónica al pago como indemnización de la cantidad que se fije en ejecución de sentencia. La Audiencia Territorial estima el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Telefónica, a la que absuelve de cualquier demanda. El demandante interpone recurso de casación y el Supremo ha lugar al mismo, confirmando la sentencia de primera instancia. Entiende el Tribunal Supremo que aquí están en peligro «*la*

fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela».

Sin duda es muy discutible que en este caso se lesione el prestigio profesional del demandante, vulnerando su fama o atentando contra su propia estimación, a causa de la omisión negligente por parte de la Compañía telefónica del nombre y profesión del demandante. Ahora bien, como sí indica la propia sentencia, de la omisión de estos datos en la guía del año 1977 sí puede derivar una lógica incertidumbre en los destinatarios de la guía en cuanto a su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en una minoración de clientela y, por consiguiente, en unas ganancias dejadas de percibir. Lo que en realidad hay aquí, pues, es un problema de lucro cesante. Al ser de difícil prueba el número de clientes y, en especial, la cantidad de ingresos que ha podido perder tras la omisión de los datos, la sentencia acude al camino más cómodo de indemnizar el daño moral (Igartua, 1984, p. 1640).

Con anterioridad a esta primera decisión del TS de 1984 existen ya voces doctrinales favorables a la reparación del daño moral contractual (Roces, 1928 y Castán, 1954). Pero, sin duda, es *Alvarez Vigaray*, en 1966, quien defiende con mayor fuerza la resarcibilidad del daño moral derivado del incumplimiento del contrato.

2.2 Tesis contraria a la indemnización del daño moral contractual con carácter general

La tesis doctrinal que niega la reparación del daño moral contractual con carácter general se apoya, fundamentalmente, en un concepto estricto del daño moral. Tal tesis, de forma acertada, trata de advertir del peligro del mantenimiento de un concepto amplio del perjuicio moral, que conduzca a concluir la reparación de éste último en todo caso de incumplimiento de contrato, sin precisar límites claros a su reparación.

Esta corriente restringe el daño moral a los sufrimientos o perturbaciones de carácter psicofísico que resultan de lesiones a derechos de la personalidad (Diez-Picazo, 1999, pp. 328-329). Así pues, sostiene que no se indemnizan con carácter general los daños morales contractuales, ya que es poco usual que los incumplimientos de contratos lleven consigo la vulneración de derechos de la personalidad del acreedor. Cabe enumerar, no obstante, algunas excepciones de contratos en los que, de algún modo, directo o indirecto, están en juego derechos o bienes de la personalidad del acreedor. En primer lugar, hoy no se discute la validez de los contratos cuyo objeto inmediato son este tipo de derechos o,

al menos, la vertiente patrimonial de ciertos derechos de la personalidad: venta de memorias por un famoso a una revista, deportistas que ceden su derecho a la imagen a una determinada empresa, o paciente que contrata los servicios de un médico para que le haga una delicada operación. En segundo lugar, el incumplimiento de otros contratos puede dañar, al menos de forma secundaria, derechos de la personalidad: transportista que causa de modo imprudente lesiones a los viajeros, mandatario que no custodia con diligencia papeles íntimos del mandante, comerciante que sufre un quebranto en su buen nombre profesional al no recibir de su distribuidor los objetos que había asegurado entregar a varios clientes en una fecha determinada... Pero en la inmensa mayoría de los contratos, efectivamente, es muy complicado mantener que el incumplimiento genera una lesión de un derecho de la personalidad del acreedor.

Esta tesis es adoptada por el vigente ordenamiento alemán. La segunda ley alemana de modificación del Derecho de Daños de 19 de julio de 2002 (*Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*), aunque mantiene todavía el principio de especialidad en el párrafo 1.º del § 253 *BGB*, ha introducido, con la adición de un segundo párrafo al citado parágrafo, un cambio significativo en cuanto parece suponer la ampliación de la indemnización del daño no patrimonial a otros ámbitos distintos al de la responsabilidad civil extracontractual («*Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden*») (cfr. [http:// www.gesetze-im-internet.de/bgb/_253.html](http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_253.html)). Esta novedad se desprende de la distinta ubicación de la regulación del resarcimiento de los daños no patrimoniales, que ha pasado de su originaria ubicación en sede de responsabilidad civil extracontractual a la Parte General de las Obligaciones. Ello ha comportado de manera automática la posibilidad de que la reparación del daño no patrimonial se extienda a otras fuentes de la responsabilidad distintas de la responsabilidad extracontractual por culpa, en torno a la cual el legislador de 1896 había construido la disciplina del resarcimiento del daño. Esto es, a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad objetiva o por riesgo (Lamarca *et al.*, 2002, pp. 1-2). Ahora bien, la regulación que contiene el párrafo 2.º del § 253 *BGB* no supone que vaya a indemnizarse todo daño no patrimonial que surja del incumplimiento de un contrato, sino sólo el que resulte de la violación de uno de los bienes jurídicos que la propia norma regula (cuerpo, salud, libertad o libertad sexual). La doctrina alemana cita el siguiente ejemplo: una banda va a tocar en la celebración de una boda y, horas antes de la misma, la banda cancela la actuación debido a un encargo más ventajoso. La boda se celebra sin música en directo. Los novios tienen una pretensión de indemnización

del daño, pero como no ha sido vulnerado ninguno de los bienes jurídicos del párrafo 253 BGB, tal pretensión no abarca el daño moral causado por arruinar la celebración de la boda (Looschelders, 2021, pp. 603-604)

Esta tesis doctrinal es compartida por cierta jurisprudencia, desde luego hoy en día minoritaria en España. Cabe citar, por su relevancia, la STS 7230/2002 de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2002:7230), que ha sido objeto de numerosos comentarios doctrinales (entre otros, los de Martín Casals *et al.*, 2003, pp. 245-269 y Rodríguez Guitián, 2003, pp. 829-848). Los hechos son los siguientes: Una empresa de actividades turísticas sita en Canarias alega la producción de ruina funcional al amparo del artículo 1591 CC ante las filtraciones y humedades causadas por la mala impermeabilización de la edificación consistente en apartamentos turísticos, y reclama que se realicen tales obras de impermeabilización aún pendientes, que se le indemnicen los daños y perjuicios materiales por valor de 5.719.372 pesetas y, por último, que se le indemnice también por el lucro cesante y los daños morales. La sentencia del JPI desestima la demanda presentada y absuelve al contratista.

La AP, revocando la sentencia dictada en primera instancia, declara probada la ruina en sentido amplio, en cuanto los desperfectos (las humedades en los apartamentos) hacen inútil la cosa para la finalidad que le es propia, y declara probado que tales desperfectos son consecuencia de una incorrecta impermeabilización. Condena al contratista a que indemnice a la actora-apelante la cantidad de 5.719.372 pesetas por las reparaciones efectuadas por ella misma y, además, la cantidad global de 5.480.000 pesetas en concepto de lucro cesante y daños morales, condenando también a la demandada a que realice a su costa las obras de impermeabilización aún pendientes de hacer y presupuestadas en 759.000 pesetas. Frente a esta sentencia la constructora demandada interpone recurso de casación. El TS ha lugar al recurso de casación, y casa y anula la sentencia de la Audiencia en el único sentido de eliminar la condena de 5.480.000 pesetas en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora y sustituirla por la condena de 1.980.000 pesetas como lucro cesante, absolviendo a la constructora en cuanto a la reparación del daño moral.

Esta sentencia parece considerar que la solución a la cuestión de la reparación del daño moral contractual coincide, en esencia, con una revisión del concepto de tal daño, en cuanto mantiene que tal concepto «*es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material*» y que «*hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona*». Es difícil no compartir la conclusión del TS en cuanto deniega la indemnización del daño moral al no existir en este supuesto concreto realmente lesión de un derecho de la personalidad de la sociedad acreedora. Quizá pudiera pensarse que

está en juego el crédito profesional de la empresa de actividades turísticas que pretendía vender o alquilar a turistas unos apartamentos y que no cumple sus compromisos al resultar aquellos inservibles para el uso al que iban destinados. Pero desde luego los hechos recogidos en la sentencia no permiten extraer tal conclusión, es decir, la existencia del descrédito.

Cabe preguntarse, respecto a esta sentencia, si detrás de su negativa a indemnizar los daños morales no estaría, además, el hecho de que la demandante de la indemnización sea una persona jurídica. Desde luego el concepto clásico de daño moral en cuanto dolor o sufrimiento físico o psíquico no es fácilmente conciliable con el de persona jurídica. Ahora bien, no faltan pronunciamientos judiciales en la actualidad que reconocen daños morales a las personas jurídicas, también a sociedades mercantiles, y que sin duda suponen otra manifestación de esta ampliación jurisprudencial del concepto de daño moral, que conduce a la expansión del ámbito de la responsabilidad civil. Ejemplos de ello son la STC 139/1995 de 26 de septiembre (*BOE* 14.10.1995), primera que admite la titularidad del derecho al honor del artículo 18.1 CE 1978 a una sociedad mercantil, y que es seguida sin discusión a partir de ese momento por parte de la Sala 1.^a del TS. La STS 1180/2002 de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:1180) propone, no con gran precisión, un concepto de daño moral creado *ad hoc* para la persona jurídica, no reconducible a los sufrimientos o padecimientos de ánimo. Igualmente cabe preguntarse si detrás del rechazo a reparar los daños morales de la empresa de actividades turísticas en la comentada sentencia de 2002, además de que sea una persona jurídica, no estaría el hecho de que la demandante no sea un mero adquirente del inmueble para vivienda sino un adquirente para fines comerciales. No es la primera vez que el TS deniega la indemnización del daño moral causado en la construcción a una persona jurídica, en concreto, a una sociedad promotora, entendiéndose que no se habían acreditado los daños morales y no se había probado el desprestigio público de la misma. Se trata de la STS 1692/1991 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:1991:1692).

Esta tesis doctrinal, que parte de un concepto estricto del daño moral, es elogiable en cuanto supone un freno a una aceptación indiscriminada de la reparación del daño moral contractual, y qué duda cabe de que ello aporta una deseada seguridad jurídica. Pero quizás pueda discutirse si la adopción de un concepto estricto de daño moral es el camino más adecuado para ello. Por varias razones: por una parte, resulta difícil identificar todos los bienes dignos de protección cuya lesión puede generar el deber de indemnizar; así, el concepto de derecho de la personalidad no está bien definido y sin duda hoy en día se confunde con el de los derechos fundamentales consagrados en la CE 1978. Salvo en el caso de los

derechos de la personalidad regulados de modo específico por la ley es complicado individualizar otros distintos. Probablemente esta tesis pueda, incluso, contribuir, sin desde luego pretenderlo, a la degradación del concepto de derecho de la personalidad, ya que todo el dolor o el padecimiento de una persona puede reconducirse al final a la vulneración de su derecho a la integridad física y moral, de su honor, de su intimidad personal, de su libertad ideológica, o dignidad, en sus más variadas manifestaciones (López, 2006, p. 1716).

Por otra parte, si sólo han de repararse los daños morales consistentes en sufrimientos que traen su causa de la lesión de derechos de la personalidad, quedarían sin protección otros perjuicios no patrimoniales derivados de la vulneración de ciertos bienes o intereses que no pueden reconducirse en sentido estricto a la figura de los derechos de la personalidad, pero que son considerados dignos de tutela jurídica en nuestra sociedad actual (Parra, 1994, p. 585). Piénsese, por ejemplo, en la pérdida del disfrute vacacional sufrido por una familia cuando el viaje programado queda frustrado por negligencia de la organizadora del mismo. O el supuesto de desalojo de la vivienda por parte de su propietario debido al derrumbamiento total o parcial del inmueble imputable a un agente de la edificación. El placer que una persona experimenta en su tiempo de ocio y el disfrute psicológico de disponer de una vivienda que cumpla sus expectativas son intereses o bienes de gran estima y valoración social en la actualidad. A los dos argumentos anteriores cabe añadir que no hay en nuestro ordenamiento un sistema de reparación basado en la lesión de derechos subjetivos. Así, en la cláusula general de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código Civil no existe ninguna lista de intereses tutelados a partir de la cual pueda ligarse la producción de un daño moral con la lesión de ciertos intereses extrapatrimoniales.

2.3 Tesis a favor de la reparación del daño moral contractual

La tendencia jurisprudencial creciente y, hoy mayoritaria, a la admisión de la reparación del daño moral contractual posee su fundamento, en buena medida, en la adopción de un concepto amplio de daño moral, consistente, en primer lugar, en considerar superada la construcción del daño moral como «*pretium doloris*» y como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad. En segundo lugar, en definir el perjuicio moral como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, también en los casos en que el interés primariamente

lesionado posee naturaleza patrimonial [SSTS 5866/2006 de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2006:5866) y 4430/2000 de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2000:4430)].

Ahora bien, la adopción, sin más matizaciones, de un concepto amplio de daño no patrimonial puede conducir a consecuencias inaceptables: a reparar de forma automática, en cualquier caso, todo perjuicio no patrimonial que derive del incumplimiento del contrato. Y es indudable que siempre es posible mantener la existencia de un cierto daño no material tras el incumplimiento contractual, aunque sólo sea porque, cuando el deudor incumple, el acreedor como mínimo experimenta un disgusto o una ansiedad, puesto que tenía unas expectativas claras que resultan frustradas (Igartua, 1984, p. 1642). Ello puede llevar consigo, ciertamente, una degradación del concepto de daño no patrimonial (Díez-Picazo, 2011, p. 322).

a) APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1107 DEL CÓDIGO CIVIL

Pero el peligro inherente a que una fórmula semejante conduzca en la práctica a indemnizar el daño no patrimonial en cualquier caso de incumplimiento de un contrato, probablemente queda solventado, o al menos atenuado, con la aplicación del criterio de la previsibilidad del daño. Así, son numerosas las opiniones doctrinales que estiman oportuno el juego del artículo 1107 del Código Civil en cuanto instrumento de individualización de los límites y requisitos que permiten determinar cuándo ha de indemnizarse el daño moral contractual (por todos Díez-Picazo, 2008, p. 793 y Carrasco 1989a, p. 703).

La doctrina utiliza el criterio del fin de protección del contrato para determinar el daño indemnizable en la responsabilidad contractual. Este criterio es el marco en el que ha de encajarse, en cada supuesto, el interés del acreedor tutelado por el contrato, cuya vulneración por el incumplimiento da lugar a un daño susceptible de repararse. Las partes contratantes normalmente prevén sus obligaciones, pero no los efectos que va a tener el incumplimiento de tales obligaciones. Ante el silencio de las partes sobre este último extremo en el contrato, hay que proceder a la interpretación de este último para concluir cuál es su fin de protección y qué daños deben ser reparados. El párrafo 1.º del artículo 1107 del Código Civil proporciona la regla para averiguar el fin de protección del contrato en cada supuesto concreto, por tanto, para individualizar qué daños causados por el incumplimiento han de ser indemnizados y cuáles no (puede verse toda la argumentación previa de forma extensa en Morales, 2010, pp. 93-96. En sentido similar señala Pantaleón, 1991, p. 1026, que el artículo 1107.I CC es la manifestación típica en el ámbito de la responsabili-

dad contractual del criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad). De este modo en contratos con un puro contenido económico no parece en principio que el daño moral pueda ser previsible para el deudor y que la relación obligatoria le imponga especiales deberes de diligencia dirigidos a evitar el daño.

En el caso de que estemos ante un incumplimiento contractual doloso no se aplica el criterio de la previsibilidad del daño incluido en el párrafo 1.º del artículo 1107 del Código Civil sino su párrafo 2.º (en caso de dolo responderá el deudor de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación), que lleva consigo una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por el deudor. Así, señala Morales Moreno (2010, pp. 172-174) que la función que persigue el artículo 1107.II del Código Civil es evitar que el deudor que, con su incumplimiento doloso causa un daño fuera del ámbito del ámbito de protección del contrato, pueda beneficiarse del sistema ordinario de imputación de la responsabilidad contractual (artículo 1107.I CC) para eludir indemnizar ese daño. En este sentido tanto la STS 4384/2010 de 15 de junio (ECLI:ES:TS:4384) como la de pleno 561/2021 de 23 de julio (ECLI:ES:TS:3068) han condenado al deudor doloso a reparar los daños morales en contratos con un puro contenido económico, con independencia de que el cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños. El Tribunal afirma en ambas sentencias que, además de aplicarse el criterio del carácter relevante del daño, se aplicará el criterio de imputación apoyado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento (se ha apuntado por García Vicente, 2011, respecto a la STS de 15 de junio de 2010, que se echa en falta una mayor precisión en relación con la expresión «conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento», pareciéndole lo más probable que se esté refiriendo al criterio de la adecuación).

Únicamente algunos de los pronunciamientos judiciales aplican el artículo 1107 del Código Civil, limitándose a valorar la mayoría de las sentencias la existencia y la reparación del daño moral contractual en virtud de las circunstancias de cada caso concreto. *Serrano* (2019, pp. 218-219) considera correcta esta opción de los tribunales. A su juicio, una aplicación estricta del aludido artículo 1107 podría suponer una eliminación tácita de la reparación del daño moral contractual, ya que serían pocos los casos en los que pudiera concluirse con facilidad la previsibilidad del daño moral (excepto en supuestos como, por ejemplo, el contrato de viaje y/o vacaciones).

Hay un primer bloque de contratos en los que la hipotética producción de un daño moral ha de estimarse, sin duda, consecuencia necesaria y previsible del incumplimiento. Ello es claro en contratos en los que la prestación principal consiste en proporcionar a la parte acreedora bienestar, placer o tranquilidad. De ahí que no haya problema por parte de los tribunales españoles en la reparación de los daños morales por frustración del viaje combinado, pérdida del equipaje, retraso en el transporte aéreo o cancelación del vuelo contratado (véase un amplio estudio jurisprudencial en Serrano 2019, pp. 260 ss). Ocurre lo mismo en contratos en los que, aunque su objeto inmediato no sea un interés inmaterial del acreedor, la clase de prestación o la forma en que el deudor ha de cumplirla lleva consigo el deber de respetar intereses inmateriales del acreedor. Así, contratos de servicios funerarios (sobre estos grupos de casos consúltese Solé, 2009, pp. 32-33).

Un ejemplo jurisprudencial de este primer gran bloque de contratos, por su relevancia, es la STS 4430/2000 de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2000:4430) (un comentario a la misma en ESPIAU, 2000, pp. 1282 ss). D. Jordi reclama 70.000 dólares USA, o su equivalente en pesetas, a la compañía aérea *Trans World Airlines Incorporated (TWA)* por los daños materiales y morales sufridos como consecuencia del retraso de 8 horas del vuelo que le trasladó, el 13.9.1989, desde el aeropuerto *John Fizerald Kennedy* de Nueva York a Barcelona, previa escala en Lisboa. La sentencia del JPI de Barcelona estima parcialmente la demanda y condena a la entidad *TWA* a pagar al actor los gastos ocasionados durante el viaje como consecuencia de la espera, así como las molestias, incomodidades y tensiones soportadas en concepto de daños morales, que se fijan alzadamente en un millón de pesetas. La sentencia de la AP estima en parte el recurso interpuesto por *TWA* reduciendo la condena por daños morales a la suma de 250.000 pesetas, con mantenimiento del resto de los pronunciamientos de la condena, y desestima el recurso interpuesto, a su vez, por D. Jordi. La demandada *TWA* plantea recurso de casación con fundamento en que la sentencia recurrida aplica de forma incorrecta la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS en materia de daños morales. No ha lugar al recurso de casación y el Supremo considera que, en principio, puede ser indemnizable la aflicción producida por un retraso en un transporte aéreo.

Para llegar a esta conclusión describe la evolución jurisprudencial respecto a la noción de daño moral, para hacer suya, entre otras afirmaciones, la adopción de un concepto amplio de daño moral: ... «*La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico*». Ahora bien, a pesar de su carácter aperturista y favorable a la reparación del daño moral contractual, la sentencia se carac-

teriza también por su prudencia en cuanto mantiene, a la vez, que «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo» y que, por consiguiente, para la reparación del daño moral ha de exigirse que la aflicción o perturbación sea «de alguna entidad». Si bien es cierto que no especifica cuál es el grado que debe alcanzar la perturbación para constituir un daño moral reparable.

Desde luego había razones de sobra en este caso para indemnizar el daño moral del demandante. Por una parte, se dan los requisitos precisos para entender que se está ante un cumplimiento defectuoso grave: el retraso no está justificado (se debe a un interés particular de la compañía aérea, que es su conveniencia de trasladar a Lisboa un motor para un avión de la misma compañía que está averiado en dicha ciudad) y, a la vez, el mismo es importante en virtud del número de horas (ocho horas). Por otra parte, la entidad de la aflicción del viajero demandante se aprecia si se analizan ciertas circunstancias del caso: regreso a su domicilio después de un viaje de novios, preocupación por la pérdida de un día de trabajo, producción del hecho en un país extranjero y lejano, imposibilidad de poder buscar una alternativa sustitutiva y, por último, falta de una explicación razonable por parte de la compañía aérea (la sentencia llega a hablar de prepotencia por parte de ésta).

Hay un segundo bloque de contratos «difíciles», en los que la prestación principal va ligada a la satisfacción de un interés puramente patrimonial del acreedor, y en los que la forma de cumplir la prestación tampoco desvela con claridad que deban respetarse intereses inmateriales de aquel. Es preciso, pues, indagar en ellos si el interés no patrimonial del acreedor, que resulta lesionado por el comportamiento del deudor en algunas hipótesis, se ha incorporado al contrato, de manera que el deudor asume el riesgo de tener que reparar tal interés en caso de incumplimiento por su parte. Para la determinación de qué concretos intereses se han incorporado al contrato constituyen un instrumento útil los criterios de los usos o de la buena fe señalados en el artículo 1258 del Código Civil («*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*»).

De nuevo estas reflexiones pueden ilustrarse con algún ejemplo jurisprudencial, en esta ocasión relativo al ámbito de la contratación inmobiliaria. Parece claro que este tipo de contratos no están destinados de forma principal a proporcionar satisfacción moral al adquirente del inmueble, sino que se dirigen a satisfacer, en primer lugar, un interés patrimonial del contratante, de

manera que cuando el agente de la edificación incumple el contrato sólo de forma indirecta vulnera un interés no patrimonial. Tal interés no patrimonial puede concretarse en la satisfacción moral o en el disfrute psicológico que le supone al adquirente disponer de una vivienda en las condiciones pactadas; condiciones que van desde la entrega en la fecha programada hasta la entrega del inmueble con las condiciones de seguridad, habitabilidad y calidad acordadas. Y tal satisfacción moral puede entenderse incorporada al contrato, o bien por medio del principio de la buena fe del artículo 1258 del Código Civil, o bien a través de la integración del contenido del contrato con la publicidad (artículo 61 del Texto Refundido del 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 BOE núm. 287, de 30.11.2007). En el momento actual la publicidad en los contratos celebrados con consumidores ya no se limita simplemente a la alabanza de la calidad de los productos sino sobre todo a ensalzar el disfrute o la felicidad que produce su utilización.

En concreto, el promotor de una vivienda es un profesional que conoce perfectamente la importancia que su producto tiene para la satisfacción de los intereses morales de sus posibles compradores, y tanto la información previa como la publicidad que preceden a la venta de viviendas resaltan la calidad de vida que el producto está llamado a proporcionar a los clientes (López, 2006, p. 1734). Los contratos inmobiliarios se han convertido, en buena medida, en contratos que poseen como finalidad, aunque indirecta, otorgar un cierto nivel de bienestar o placer al comprador [aunque desde luego los contratos inmobiliarios no representan el único caso, ya que hoy en día son más los bienes o servicios que también comparten esta finalidad; así, la STS 735/2020 de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:735) condena solidariamente al vendedor y al fabricante a indemnizar los daños morales originados al comprador de un vehículo por la falta de cumplimiento de los estándares de emisiones contaminantes con que fue ofertado y por la instalación de un dispositivo destinado a falsear los resultados de los test de emisión de gases contaminantes].

Cabe citar varios ejemplos de pronunciamientos jurisprudenciales que indemnizan los daños morales a los adquirentes de viviendas que se ven privados de las mismas debido al derrumbamiento total o parcial del inmueble. La STS 7022/1997 de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:1997:7022) considera adecuada la indemnización concedida en las dos primeras instancias a cada uno de los propietarios de un edificio que han de desalojar sus viviendas de forma temporal ante los graves defectos de construcción: ... *«hubo de procederse,*

*consecuencia del incremento de los vicios constructivos que afectaban al edificio, a su desalojo, con los consiguientes quebrantos, no sólo económicos, sino morales, para los propietarios ocupantes, que adquirieron los pisos para que les sirvieran de morada segura y no sometida a las consecuencias negativas de una defectuosa construcción» (fundamento 3.º) y «...situación angustiosa de las familias que se vieron obligadas a abandonar sus viviendas, por unas obras defectuosas graves, en las que no tuvieron participación alguna y han de sufrir una grave frustración y anormalidad en el desarrollo de sus actividades de moradores ocupacionales de los pisos» (fundamento 3.º). En idéntico sentido se pronuncia la STS 1344/1983 de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:1983:1344) que, confirmando la decisión de la AP, repara los daños morales a los propietarios ocasionados por el forzoso abandono de la vivienda que se había derrumbado (sobre la reparación del daño no patrimonial derivado del incumplimiento de contratos inmobiliarios Marín *et al.*, 2017, pp. 212 ss).*

b) ENTIDAD DEL DAÑO MORAL

Pero no basta para que el deudor indemnice al acreedor el daño moral derivado del incumplimiento del contrato con que el aludido daño sea previsible en virtud del artículo 1107 del Código Civil, sino que es preciso, además, que sea de una cierta entidad. La importancia o gravedad del daño moral ha de determinarse teniendo en cuenta, bien las circunstancias del caso, bien el tipo de incumplimiento que se haya producido, de manera que el daño moral sólo ha de indemnizarse cuando hay un incumplimiento total o gravemente defectuoso, entre otras razones, porque será difícil acreditar un daño moral ocasionado por un defecto leve. El TS también emplea tal criterio, aunque sea de modo implícito, a la hora de resolver algunos de los supuestos relativos al daño moral contractual.

Una muestra es la STS 1396/2005 de 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1396). El TS no considera indemnizables las molestias sufridas por el propietario de una vivienda que le ha sido entregada por el promotor con defectos estéticos en los cuartos de baño, consistentes en el cuarteo de los azulejos y la colocación deficiente de éstos últimos. No se está ante un cumplimiento defectuoso grave, que frustre el fin del contrato y las legítimas expectativas de la parte afectada. De hecho, tales defectos no impiden al adquirente el uso ni del baño ni de la vivienda. Por consiguiente, es acertado que, ante deficiencias superficiales o simples imperfecciones, no se reparen más que los daños materiales generados, ya que el perjuicio moral es de poca entidad.

3. ADMISIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

3.1 Textos dirigidos a la armonización del Derecho Contractual Europeo

Dentro de los trabajos que en los últimos años se están realizando en Europa para la construcción de un Derecho Contractual armonizado reviste un especial interés la materia de la reparación del daño no patrimonial derivado del incumplimiento de contrato, ya que hay una admisión generalizada y explícita de la reparación del daño no patrimonial contractual en dichos textos. Así, se reconoce tal daño como partida indemnizable en el artículo 9:501 (2) de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), en el artículo 7.4.2 (2) de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC) y en el artículo III.-3:701 del Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR).

Por el contrario, la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG) no contiene ningún reconocimiento expreso del daño moral contractual en su artículo 74. Tal precepto, que señala la regla general en materia de indemnización de daños y perjuicios, afirma que tal indemnización por el incumplimiento de contrato consiste en el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento, con el límite representado por la noción de la previsibilidad. La opinión doctrinal dominante es que el artículo 74 CISG queda restringido a la indemnización del daño patrimonial (Gotanda, 2011, p. 1001). La principal razón esgrimida está relacionada directamente con el tipo de contratos que constituyen el ámbito de la Convención y con la clase de daños no patrimoniales que del incumplimiento de aquellos puede derivar. Este texto se está refiriendo a contratos con un claro contenido comercial. Así, de forma expresa el artículo 2 a) saca fuera de la Convención a las compraventas de mercaderías (que el vendedor reconozca o pueda reconocer compradas) para uso personal, familiar o doméstico. El motivo fundamental para excluir las compras de consumo es, por una parte, impedir que las reglas de la Convención entren en conflicto con las normas imperativas de protección a los consumidores existentes en muchos países y, por otra parte, la escasa relevancia que desde el punto de vista económico poseen tales ventas para el comercio internacional (Honnold, 1987, pp. 85-87). Se ha afirmado que sólo las compraventas para uso personal, familiar o doméstico suelen causar al comprador perjuicios no patrimoniales (Pantaleón, 1998, p. 593). Al menos cabe sostener que el sufrimiento psíquico o la angustia emocional parecen en principio daños más

propios de contratos no celebrados entre profesionales. No obstante, si bien el sufrimiento psíquico o la angustia emocional son daños no patrimoniales que no parecen estar en juego en los contratos regulados por la CISG de acuerdo con la naturaleza comercial de los mismos, sí que se ha puntualizado que podría estar dentro de su ámbito el daño derivado de la pérdida de reputación, del crédito o del prestigio ante la clientela (Pantaleón, 1998, p. 594).

a) PICC

El artículo 7.4.2 de la 4.^a edición de los PICC, correspondiente al año 2016, establece el derecho de la parte perjudicada a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento contractual y señala los extremos de la reparación. Su número (1) se refiere, en términos clásicos, al daño emergente y al lucro cesante. Encierra una novedad sin precedentes en el derecho del comercio internacional su número (2), que menciona los daños no pecuniarios entre los resarcibles. En concreto, señala que tal daño no pecuniario «*incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional*».

Si se cae en la cuenta de la influencia clara que ejerce la CISG sobre los PICC no deja de sorprender la radical diferencia existente entre ambos textos en cuanto a la reparación del daño no patrimonial contractual. Desde luego puede afirmarse, sin ninguna duda, que los ejemplos de daño no patrimonial que se mencionan de modo expreso en el artículo 7.4.2 PICC, esto es, el sufrimiento físico (*physical suffering*) y la angustia emocional (*emotional distress*), no constituyen una expresión, ni acertada ni conciliadora, con el ámbito propio de la contratación internacional y del mundo empresarial, además de que únicamente pueden ser sufridos por personas físicas y no jurídicas (Mckendrick, 2015, p. 985). El sufrimiento y la angustia emocional, como ya se ha apuntado antes, parecen más propios de contratos celebrados entre un profesional y un consumidor y, como es conocido, están excluidos del ámbito de aplicación de los PICC los contratos celebrados con consumidores.

Por ello, probablemente con la pretensión de explicar en cierta medida la expresión utilizada, el comentario oficial que sigue a dicho artículo, que ha de estimarse parte integrante de los Principios, enumera algunas hipótesis de «contratos mercantiles» de ámbito internacional cuyo incumplimiento podría generar este tipo de daños no pecuniarios para una de las partes contratantes: así, contratos concluidos con artistas, con deportistas de gran valor y con consultores contratados por una sociedad o por una organización (véase el comentario oficial al artículo 7.4.2 (2) de la versión de los *PICC* del año 2016 en

www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016, p. 274). Como puede apreciarse a simple vista, se trata de prestaciones de servicios que se caracterizan por el *intuitus personae*, es decir, contratos en los que se tienen en cuenta las cualidades específicas de una de las partes contratantes. Es dudosa la inclusión dentro del término «mercantil» de los contratos de prestación de servicios profesionales, cuya regulación tradicionalmente se realiza al margen de la disciplina mercantil en muchos países de nuestro entorno jurídico.

A continuación, el comentario detalla un ejemplo concreto de un contrato celebrado con un profesional: A, un joven arquitecto, que está empezando a labrarse una cierta reputación, firma un contrato con un ayuntamiento para la restauración de un museo público de bellas artes. El encargo se anuncia en varios medios periodísticos. Las autoridades municipales deciden recurrir al final a los servicios de un arquitecto de mayor experiencia y dan por terminado el contrato con A. El joven arquitecto puede obtener el resarcimiento, no sólo por la pérdida material sufrida, sino también por el daño a la propia reputación y por la pérdida de la posibilidad de llegar a ser más conocido que, sin duda, aquel encargo inicial le habría proporcionado (véase Bonell, 2002, p. 396).

Desde luego hubiera sido más correcto que el texto de los PICC citara, como reparable, la «pérdida de prestigio» en vez del «sufrimiento físico» o la «angustia emocional». Por dos razones: en primer lugar, porque sin duda la «pérdida de prestigio» se aproxima más al daño no patrimonial que puede surgir con mayor frecuencia en el ámbito del comercio internacional. En segundo lugar, ello permitiría una mejor coordinación entre el citado artículo 7.4.2 (2) y el artículo 7.4.4. Este último precepto se refiere a la previsibilidad del daño: la parte incumplidora sólo tiene obligación de resarcir los daños previstos o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, en el momento de la celebración del contrato. En principio el sufrimiento físico y la angustia emocional son difícilmente previsibles para dos profesionales, mientras que la pérdida de prestigio, al menos, goza de un mayor margen de previsibilidad entre sujetos del ámbito empresarial.

No obstante, es cierto que la redacción del precepto deja abierta la posibilidad de incluir otros daños no pecuniarios distintos a los citados expresamente (sufrimiento físico y angustia emocional) en cuanto utiliza la expresión «por ejemplo» y, por otra parte, los comentarios oficiales al precepto sí que manifiestan que el daño no patrimonial también puede incluir el daño resultante de la lesión de la reputación (Mckendrick, 2015, p. 986).

b) PECL

El artículo 9:501 PECL especifica que la indemnización por el incumplimiento del contrato incluye las pérdidas no pecuniarias, sin más precisiones al respecto [Lando *et al.* (ed), 2000, p. 436]. El comentario oficial del precepto identifica esa pérdida no pecuniaria con el dolor, el sufrimiento, las molestias y la aflicción psíquica que surgen a raíz del incumplimiento. Se ha sostenido que tal enumeración no constituye un *numerus clausus*, no sólo ya porque las diferentes pérdidas no pecuniarias se hallan enunciadas a modo de ejemplo, sino también porque de la filosofía subyacente a la enumeración se deriva que, dentro del concepto de daño no patrimonial, puede incluirse cualquier lesión que sufran los contratantes en su ámbito personal (en este sentido Pérez, 2016, p. 243).

En el aludido comentario oficial al precepto se cita el siguiente ejemplo: A reserva un paquete de vacaciones en la empresa B, que es una agencia de viajes. Tal paquete incluye una semana con alojamiento en una habitación espaciosa de un hotel de lujo y con cocina excelente. Al final tanto la habitación como la comida son de pésima calidad. A tiene derecho a una indemnización por las molestias sufridas y la pérdida del disfrute. Pero realmente éste no es un supuesto muy conflictivo, ya que se trata de un contrato que, por sus características, puede generar daños no patrimoniales de modo directo: el contrato de viaje combinado busca, como principal y única finalidad, la satisfacción de un interés no económico del cliente, esto es, el disfrute vacacional (sobre el precepto véase Díez-Picazo *et al.*, 2002, p. 373 y, en particular, acerca de la indemnización en este tipo de hipótesis el informe de Gregoraci, 2015, pp. 365-366).

Pero, ¿qué ocurre con otros contratos en los que la prestación principal busca fundamentalmente la satisfacción de un interés material del acreedor y, sólo de modo secundario, la satisfacción de un interés no patrimonial? A estos casos difíciles, en cambio, no hace alusión el comentario oficial del precepto de los PECL.

c) DCFR

El Borrador de Marco Común de Referencia prevé en el artículo III.-3:701 que el acreedor puede reclamar daños no patrimoniales por el incumplimiento contractual, que incluyen el dolor y sufrimiento y el deterioro de la calidad de vida [Von Bar (ed), 2009, p. 915]. Los comentarios al precepto detallan, por su parte, que el daño no económico indemnizable puede ser, a título

ejemplificativo, el dolor y el sufrimiento, las molestias, la aflicción psíquica y cualquier otro deterioro de la calidad de vida que resulte del incumplimiento [Von Bar (ed), 2009, p. 917]. El DCFR se halla, pues, en la misma línea de los PICC y de los PECL: reconocimiento explícito del daño no patrimonial derivado del incumplimiento de contrato y, al igual que aquellos, alusión al mismo tipo de daños no patrimoniales.

d) CONCLUSIONES

Hoy en día el problema del reconocimiento del daño no patrimonial contractual no radica tanto en el hecho de su admisión como en el alcance que ha de poseer tal reconocimiento. Ni los PECL, ni los PICC ni el DCFR determinan los criterios concretos que permitan fijar en qué supuestos y bajo qué condiciones tal daño ha de indemnizarse. Estos textos se limitan a adoptar un concepto amplio de daño no patrimonial. Ya se ha indicado que la adopción, sin más matizaciones, de un concepto amplio de daño no patrimonial puede conducir a ciertas consecuencias inaceptables, como a la reparación de forma automática, en cualquier caso, de todo perjuicio no patrimonial que derive del incumplimiento del contrato.

Pero es cierto que la adopción de un concepto amplio de daño no patrimonial encierra una fórmula abierta que permite ser aceptada con más facilidad por todos los países miembros de la Unión Europea, en los cuales hay una clara disparidad en el alcance de las reclamaciones por daños y perjuicios y en la clase de daños concretos que cabe reparar [en este sentido son suficientemente clarificadoras las notas de Derecho Comparado del artículo 9:501 PECL, véase Lando *et al.* (ed), 2000, pp. 437-438]. Además, el peligro inherente a que una fórmula semejante conduzca en la práctica a indemnizar el daño no patrimonial en cualquier caso de incumplimiento de contrato, probablemente queda solventado, o al menos atenuado, a partir de la regla general de la previsibilidad del daño incluida en los PECL, los PICC y el DCFR: de tales textos cabe extraer la idea de que el deudor incumplidor sólo debe responder del daño previsto o que hubiera podido prever en el momento de la celebración del contrato. La aplicación de la regla de la previsibilidad del daño a cada supuesto implica plantearse, como antes se ha apuntado ya, si el interés no patrimonial del acreedor, que resulta lesionado por el comportamiento del deudor, se ha incorporado al contrato, de manera que el deudor asume el riesgo de tener que reparar tal interés en caso de incumplimiento por su parte.

3.2 Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos

Es, sin duda, llamativo que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación (en adelante PMCC) [*Boletín del Ministerio de Justicia*, enero, 2009, pp. 3-70 (<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite>)], no mencione el daño moral en los artículos 1205 y ss, cuyo objeto es la regulación del remedio de la indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento del contrato. Y es sorprendente, no solo porque se aparta en este aspecto concreto de sus fuentes de inspiración (que son los textos dirigidos a la armonización del Derecho de Obligaciones en Europa, véase *supra* epígrafe 3.1, aunque deba seguramente excluirse, por razones cronológicas, el DCFR), sino también porque se aleja de la jurisprudencia mayoritaria actual del Tribunal Supremo español, sobre todo teniendo en cuenta que el tenor literal del artículo 1106 del Código Civil no prohíbe de forma expresa la reparación del daño moral (Roca, 2011, pp. 21-22). También guarda silencio sobre la reparación de este tipo de daño el artículo 518-21 de la *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*.

Probablemente no se trate de ningún olvido inconsciente por parte de sus redactores, sino de una opción de éstos, bien sea por la falta de unanimidad existente en nuestro ordenamiento actual en este punto concreto, bien por la preferencia por un concepto estricto de daño moral, limitándose su reparación a aquellas hipótesis de incumplimiento contractual en las que se lesionen derechos de la personalidad del acreedor. Ahora bien, se ha apuntado con acierto, como posibles alternativas, o bien la conveniencia de un pronunciamiento favorable a la simple reparación del daño moral contractual en la PMCC, dejando a la labor doctrinal y jurisprudencial posterior la determinación de los criterios y condiciones de tal reparación (Fenoy, 2011, p. 1631), o bien, al menos, la conveniencia de una toma de postura clara sobre este punto (Gómez Calle, 2012, p. 100). Efectivamente, como se ha indicado antes, el debate del daño moral contractual no radica tanto en la aceptación de su indemnización como en los límites a los que ésta debe sujetarse.

En cualquier caso, el artículo 1027 PMCC [*«La indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener (...)»*] vendría a sustituir al vigente artículo 1106 CC. Y puesto que este último no prohíbe la reparación del daño moral contractual, sería posible hoy día realizar una relectura del mismo que permitiera incluir en su ámbito el daño moral contractual (y también, por tanto, del artículo 1207 PMCC). La lectura tradi-

cional de este precepto (la contemplación exclusiva del daño patrimonial) se comprende bien, además de por la opción antes analizada del Código Civil francés, que es su fuente de inspiración, por la ubicación de la promulgación del Código Civil en el Liberalismo, época en la que se busca fundamentalmente la protección del patrimonio. Esto explica, por una parte, que esta preocupación por la tutela del patrimonio ha impregnado desde la Codificación el Derecho Civil en general, de manera que nunca se ha protegido y se ha tratado de la misma forma a la persona en cuanto tal que a su patrimonio, contradiciéndose con ello la finalidad esencial que posee esta rama del ordenamiento, que no es otra que la defensa de la persona. Por otra parte, ello justifica el espíritu economicista de que está revestido nuestro Derecho de Obligaciones, configurado por el legislador para regular las relaciones entre particulares que tuvieran una proyección económica.

El panorama descrito puede sufrir cambios a raíz de la promulgación de la CE 1978, texto en el que hay una protección integral de la persona, protección que recae tanto en su esfera personal como en su esfera económica. A la luz del texto constitucional cabría llevar a cabo una relectura del ordenamiento jurídico en su conjunto y, por consiguiente, también de las normas del Código Civil reguladoras del Derecho de Obligaciones y Contratos. Así, cuando la normativa civil manda indemnizar la pérdida derivada del incumplimiento contractual, podría entenderse en la actualidad comprendido tanto la reparación del daño causado a los bienes, al patrimonio, como a la persona misma, es decir, a su ámbito físico y psíquico.

Además, el artículo 1106 del Código Civil (al igual que el 1207 PMCC) contiene términos generales y amplios, así, *daño y pérdida*. En la palabra *daño* pueden entenderse comprendidos tanto el patrimonial como el moral. Por su parte, la expresión *pérdida* del precepto admite cualquier privación de un bien, sea material o moral, acorde con la definición del término de la Real Academia Española («*carencia, privación de lo que se poseía*»). Otro argumento a favor de la inclusión del daño moral en el citado artículo 1106 es que este precepto, aunque se refiere únicamente al daño patrimonial, no posee como finalidad la exclusión de su ámbito del daño no patrimonial; de hecho, no hay en él una exclusión expresa del daño moral. Al revés, la doctrina ha mantenido que el sentido de esta norma es una inclusión, su objetivo único ha sido dejar claro, frente a las dudas que se suscitan en la tradición precodificada, que el lucro cesante también se indemniza («*no sólo... sino también*»). En absoluto ha pretendido significar que el daño emergente y el lucro cesante sean los límites del resarcimiento del daño contractual (Carrasco, 1989a, p. 669).

4. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1966), «La responsabilidad por daño moral», *ADC*, 1966, pp. 81 y ss.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2016), *Propuesta de Código Civil, Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BONELL, M. J. (2002), *I principi Unidroit nella Pratica, Casistica e Bibliografia riguardanti i Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*, Giuffrè Editore.
- CARRASCO PERERA, A. (1989a), «Comentario al artículo 1106 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1.º, Edersa, pp. 666 y ss.
- (1989b), «Comentario al artículo 1107 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1.º, Edersa, Madrid, pp. 709 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1954), *Derecho Civil*, T. III-1, Reus, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1999), *Derecho de Daños*, 1.ª edición, Civitas, Madrid.
- (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6.ª edición, Thomson Civitas, Madrid.
- (2011), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. La Responsabilidad Civil extracontractual*, T. V, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor.
- DÍEZ-PICAZO, L./ROCA TRÍAS, E./MORALES MORENO, A. M. (2002), *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, 1.ª edición, Civitas.
- ESPIAU ESPIAU, S. (2000), «Comentario a la STS 31.5.2000», *CCJC*, núm. 54, pp. 1282 y ss.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852), *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, T. III, Madrid.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2011), «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010. Compraventa de participaciones sociales: dolo in contrahendo, incumplimiento contractual doloso e indemnización del daño moral; interpretación del párrafo 2.º del artículo 1107 CC, la conexión objetiva entre incumplimiento y daño como criterio de imputación objetiva», *CCJC*, núm. 86 (BIB 2011/853).
- GAYOSO ARIAS, R. (1918), «La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el derecho positivo», *RDP*, pp. 324 y ss.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2015), *The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law*, Palmer, V. V. (ed), Cambridge University Press.
- FENOY PICÓN, N. (2011), «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, LXIV, fasc. IV, pp. 1481 y ss.
- GÓMEZ CALLE, E. (2012), «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *ADC*, fasc. I, pp. 29 y ss.

- GOTANDA, J. (2011), «Article 74 CISG», *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Commentary*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (ed), C. H. Beck-Hart-Nomos, München, Oxford.
- HONNOLD, J. (1987), *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer.
- IGARTUA ARREGUI, F. (1984), «Comentario a la STS 9.5.1984», *CCJC*, núm. 5, pp. 1636 y ss.
- LAMARCA I MARQUÉS, A./RAMOS GONZÁLEZ, S. (2002), «Entra en vigor la segunda Ley alemana de modificación del Derecho de Daños», *InDret* 3/2002 (www.indret.com)
- LANDO, O./BEALE, H. (ed) (2000), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International.
- LOOSCHELDERS, D. (2021), *Derecho de Obligaciones*. Parte General, trad. por Gómez Calle, E., Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M. (2006), «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas», *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Abril y Amat (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1715 y ss.
- MARKESINIS, B. S. (2002), *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, 4th ed, Hart Publishing.
- MARKESINIS, B. S./UNBERATH, H./JOHNSTON, A. (2006), *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2th ed, Hart Publishing.
- MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIU, J. (2003), «Comentario a la STS 31.10.2002», *CCJC*, núm. 61, pp. 245 y ss.
- MCKENDRICK, E. (2015), «Article 7.4.2 PICC», *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Vogenauer, S. (ed), University Press Oxford, Oxford.
- MARÍN GARCÍA, I./MILÁ RAFEL, R. (2017), «Daño moral contractual», *El daño moral y su cuantificación*, Gómez Pomar/Marín García (dirs), 2.ª ed., Wolters Kluwer.
- MAZEAUD (H. Y L.)/TUNC, A. (1965), *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, T. I, 6 éd., Éd. Montchrestien, Paris.
- MORALES MORENO, A. M. (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1991), «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *ADC*, pp. 1019 y ss.
- (1998), «Comentario al artículo 74», *La Compraventa internacional de Mercaderías*, Comentario de la Convención de Viena, Díez-Picazo (dir. y coord.), Thomson Civitas, pp. 579 y ss.
- PARRA LUCÁN, M. A. (1994), «Comentario a la STS 15.2.1994», *CCJC*, núm. 35, pp. 567 y ss.

- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2016), *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid.
- ROCA TRÍAS, E. (2011), «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *BMJ*, año LXV, n.º 2132, pp. 1-24 (www.mjusticia.es/bmj).
- ROCES, W. (1928), *Anotaciones a Los daños civiles y su reparación*.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2003), «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual (a propósito de la STS 31.10.2002)», *ADC*, fasc. II, pp. 829 y ss.
- (2008), «La reparación del daño moral en el marco del futuro Derecho Contractual europeo», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Alventosa y Moliner (coords.), vol. II, Universitat de València, pp. 939 y ss.
- SERRANO RUÍZ, M. A. (2019), *El daño moral por el incumplimiento del contrato*, Tirant lo Blanch, Madrid.
- SOLÉ FELIÚ, J. (2009), «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *InDret*, 1/2009 (www.indret.com)
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. I, Von Bar/Clive (ed), Sellier, München.

XXXVII

**LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 1124
DEL CÓDIGO CIVIL: UNA RELECTURA ACTUAL***

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. Introducción. Nacimiento y evolución de la resolución por incumplimiento.-2. Rasgos de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código civil. 2.1 Un remedio al incumplimiento de ejercicio extrajudicial. 2.2 Eficacia transformadora del contrato. 2.3 Eficacia retroactiva.-3. Requisitos de la resolución por incumplimiento. 3.1 Un vínculo contractual recíproco y exigible. El problema de los llamados contratos reales. 3.2 No hallarse en incumplimiento quien ejercita la resolución. 3.3 Un falso requisito: la posibilidad de restituir. 3.4 Un peculiar caso de resolución sin incumplimiento: la resolución pedida por ambas partes. 3.5 Y una excepción al requisito de no estar en incumplimiento quien resuelve: la resolución por incumplimientos mutuos.-4. El problemático requisito del incumplimiento resolutorio. 4.1 La evolución jurisprudencial: del subjetivismo de la voluntad deliberadamente rebelde del deudor a la objetividad de la insatisfacción del acreedor. 4.2 El incumplimiento esencial como frustración del interés del acreedor y el problema del cumplimiento parcial, defectuoso o retrasado. 4.3 Casos típicos: el incumplimiento esencial predeterminado, el término esencial, el incumplimiento intencional y el incumplimiento anticipado.-5. Algunos problemas particulares de la resolución por incumplimiento. 5.1 La resolución por incumplimiento en casos de pluralidad. 5.2 La resolución y la cesión del contrato o del crédito. 5.3 La resolución en los incumplimientos no culpables: caso fortuito y fuerza mayor.-6. Bibliografía.

* Este trabajo y el que se recoge en el capítulo siguiente se han realizado en el marco del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Mecanismos de justicia contractual: causa y buena fe» (PID2020-114919GB-I00), del que el autor es IP junto a la profesora Caro Gándara.

1. INTRODUCCIÓN. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Pocas instituciones del Derecho de obligaciones presentan una evolución tan lenta, pero a la vez tan constante y continuada, como la facultad resolutoria en caso de incumplimiento contractual. Desconocida en los textos de Derecho romano, que sólo la admitían como pacto expreso de *lex commissoria* para la compraventa, y como *condictio causa data causa non secuta* en los contratos innominados, los autores del *ius commune* no se atrevieron a abrir la puerta a este remedio general al incumplimiento contractual¹. Fue Charles Dumoulin quien dio el paso que permitió su adopción y difusión, ya que propuso aplicar la citada *condictio* a todos los contratos, nominados e innominados². A partir de ahí, la gran influencia de este autor determinó que la idea de que el incumplimiento de un contrato tanto puede dar lugar a una acción de cumplimiento como a una de resolución se extendiese por los tribunales y la práctica francesa³. La facultad resolutoria fue recibida por Domat, Pothier y Bourjon, que la configuraron como una condición resolutoria, que se consideraba tácitamente inserta en todos los contratos, pero cuyo ejercicio exigía una declaración judicial⁴. Con esa estructura recibió el espaldarazo definitivo al ser recogida en el artículo 1184 del Código Napoleón, primer texto legal que hace aplicación de la figura y punto de arranque de una evolución que, si por un lado ha ido haciendo que la institución sea conocida en todos los ordenamientos europeos, por otra ha ido modificando su estructura y efectos⁵.

¹ Sobre la evolución histórica de la resolución por incumplimiento, y en general sobre las cuestiones tratadas en este trabajo, me remito más ampliamente a mi libro *Resolución y sinalagma contractual*, 2013.

² En su *Nova et analytica explicatio rubrica et leges I et II ss. de verborum obligationibus* [D. 45. 1], en el comentario a la rúbrica, reproduce primero en el n.º 57 la opinión general: «et ità, ut dixi, practicatur quamvis venditio, et alliis contractus nominati non solum non ex caput poenitentiae, sed non ex caput causae non sequitae, revocari possint, sed agendum ad implementum, vel ad id quod interest, l. incivile C. de rei vindicatione [C. 3, 32, 12]». Es decir, que «se dice que si se practica una venta u otro contrato nominado, no sólo no se puede revocar por la *condictio ex poenitentia*, sino tampoco por la *condictio causa data causa non secuta*, sino que se ha exigir el cumplimiento o los daños y perjuicios (*id quod interest*), tal como dice la ley *incivile* (C. 3, 32, 12)». Y continua en el siguiente número, 58, con su opinión: «circa quam lex multùm erratur à doctoribus, nec usum ista lex nec praxis intelligentibus. Primò enim extendunt ista lex incivile, ad omnes contractus nominatos, quod est falsum [...]. Secundo ista lex etiam in casu venditionis nimis generaliter intelligunt». Es decir, «que mucho erraron sobre dicha ley (C. 3, 32, 12) los doctores, y tampoco fue entendida por la ley o el uso; en primer lugar, porque extendieron esta ley a todos los contratos nominados, lo cual es falso [...]; segundo, porque también entendieron esta ley de un modo general en caso de venta». Luego argumenta con una serie de casos, fundamentalmente con el de C. 4, 54, 6, los motivos elevados a causa, en que se admitía una *condictio* en la compraventa, para cerrar la cuestión en el n.º 62 con una afirmación general de la facultad de ejercitar la *condictio ob causam* también en los contratos nominados e incluso y particularmente en la compraventa: «stat ergo quòd defectu causae finalis, locus est rescissioni etiam in contractibus nominatis, et specialiter in venditione» (CAROLI MOLINAEI, 1612, col. 15 s.).

³ *Vid.*, BOYER (1924), pp. 350 y ss.

⁴ *Vid.*, DOMAT (1835), p. 154; POTHIER (1848), pp. 368 y ss.; BOURJON (1747), p. 423.

⁵ *Vid.*, SCHMIDLIN (2002), pp. 677, pp. 681 y ss.; también COING (1996), pp. 577 y ss.; ZIMMERMANN (1996) p. 803.

El citado artículo del Código francés concibe la resolución por incumplimiento «ad exemplum» de las obligaciones sometidas a condición resolutoria. Se la encuadra en esa sede y, según ese modelo, se le atribuyen efectos liquidatorios *ex tunc*. Pero, a la vez que eso, se reconocen una serie de particularidades que la alejan de las condiciones resolutorias propias, como es que quede en manos de la parte no incumplidora optar por la resolución o el cumplimiento, que la resolución haya de ser declarada por el juez o que se permita acumular la resolución con la indemnización de daños y perjuicios, cuestión ésta no excesivamente coherente con la citada eficacia liquidatoria *ex tunc*⁶. Con esa filiación es recibida en los Códigos civiles herederos del Código Napoleón, como el italiano de 1865 (art. 1165) y español (art. 1124). Con todo, como luego se verá, la norma española evitó el mayor problema de la regulación francesa, pues dejó abierta la posibilidad de que la resolución fuese declarada unilateralmente por la parte perjudicada por el incumplimiento.

La discusión sobre el derecho de resolución siguió sus propios cauces en la Alemania del siglo XIX. Aquí se producían dos influencias contrapuestas. Por un lado estaban los pandectistas que, apegados a la tradición del Derecho romano, rechazaban la figura con carácter general⁷. Frente a ellos se presentaba la práctica comercial y el ALR prusiano, que habían admitido la resolución para los contratos mercantiles. La fuerte resistencia de los primeros hizo que los partidarios de su admisión en el BGB, aunque vencedores a la postre, tuviesen que buscarle un precedente dentro de las figuras conocidas por el Derecho romano, de modo que, desechando la solución francesa de la condición resolutoria tácita, prefirieron configurar la resolución según el modelo del pacto de *lex commissoria* de la compraventa⁸. De esta forma, los §§ 325 y siguientes y §§ 346 y siguientes del BGB presentaron la resolución por incumplimiento como una facultad concedida a la parte cumplidora de privar de eficacia a un contrato mediante simple declaración dirigida a la otra parte. Este sistema significaba una evolución respecto al francés, pues si se mantenía la idea de que la resolución había de borrar *ex tunc* todos los posibles efectos nacidos del contrato, se prescindía de la necesidad de la declara-

⁶ Sobre los efectos de la resolución en el Derecho francés anterior a la reforma de 2016, de la que luego se tratará, *vid.* GHESTIN (1999), 109 y ss. Aunque se trata de una exposición general de la doctrina clásica sobre la resolución en Derecho francés, hace alusiones a los puntos en que la jurisprudencia ha ido abriendo brechas en esa concepción tradicional (por ejemplo, prescindiendo en ciertos casos de la necesidad de intervención judicial, *ibidem* pp. 117 y ss.).

⁷ Sobre la resistencia de los pandectistas a admitir la resolución por incumplimiento, HKK/THIER, §§ 346-359, marg. 24 y ss. A modo de resumen y compendio de la opinión de esos autores pueden verse las páginas que le dedica a la cuestión DERNBURG (1903, § 41, p. 117) o el último de ellos, Windscheid, en su tratado (WINDSCHEID, 1906, pp. 325 y ss.) *Vid.* también SCHERNER (1965), pp. 146 y ss.; ZIMMERMANN (1996), p. 802.

⁸ LESER (1975), pp. 16 y ss.; SCHMIDLIN (2002), p. 686.

ción judicial. Con todo, las posibles ventajas de ese paso adelante quedaban enturbiadas por el hecho de que la coherencia dogmática de los autores del BGB los llevase a establecer que, dado que el contrato había de considerarse entre las partes como no celebrado, no cabía exigir a la vez la resolución y la indemnización de los daños y perjuicios contractuales (§§ 325 y 326 BGB)⁹. Solución ésta que fue seguida y aún está en vigor en el Derecho suizo, donde el artículo 109.2 del Código de obligaciones declara expresamente que el perjudicado que opta por la resolución sólo tiene derecho a exigir satisfacción en la medida de los daños que el hecho mismo de haber celebrado ese contrato le haya producido (interés contractual negativo o interés de confianza)¹⁰.

La insatisfacción ante esta última consecuencia llevó a la doctrina del siglo xx a explorar nuevas formas de concebir la figura. Se trataba básicamente de dar un nuevo paso que consiguiese aunar las ventajas de las concepciones francesa y alemana –compatibilidad de resolución y reclamación de daños, y carácter extrajudicial de aquélla, respectivamente–. El primer ordenamiento que emprendió este camino fue el austriaco, que en 1917, apartándose de la postura tomada por el texto originario del ABGB, aceptó la resolución como remedio general en caso de incumplimiento, dotándola de carácter extrajudicial y permitiendo su compatibilidad con la acción de daños y perjuicios (§§ 918 a 921 ABGB). Línea que fue seguida por los artículos 432 a 436 del Código civil portugués de 1966. En cambio, el Código civil italiano de 1942 se mantuvo fiel a la tradición francesa, y en su artículo 1453 estableció como criterio general el carácter judicial de la resolución. Con todo, el artículo 1454 admite una resolución extrajudicial cuando el acreedor insatisfecho conceda por escrito un plazo al deudor para llevar a cabo su prestación, comunicándole que, transcurrido ese plazo sin haberse producido el cumplimiento, el contrato se considerará resuelto¹¹.

Un último paso en toda esta evolución se ha dado a finales del siglo xx y comienzos del XXI, y se ha encarnado en los textos nacionales que se han publicado en estos años y en los textos y proyectos legales de Derecho unificado. La característica fundamental de la nueva concepción adoptada en ellos es que la resolución deja de considerarse como una institución que priva de eficacia al

⁹ Sobre los orígenes doctrinales de esa alternativa entre resolución y daños, LESER (1976), pp. 139 y ss. Una valoración crítica, común en la doctrina, puede verse en LARENZ (1987), pp. 339 s.

¹⁰ Vid. WIEGAND (2007), art. 109, marg. 8. Remarca Wiegand que la misma expresión se usa en los artículos 26 y 39 para la indemnización prevista para la nulidad contractual por casos de error culpable o falta de poder de representación. Y que, en consecuencia, siendo claro que en esos casos no procede más que una indemnización por el interés contractual negativo, no hay aquí posibilidad interpretar la expresión de modo diferente, buscando dar lugar a una indemnización del interés contractual positivo.

¹¹ Para una explicación pormenorizada de los requisitos de ejercicio de esa resolución extrajudicial, vid. D'AFFUSO, (2006), pp. 1676 y ss. También ZACCARIA (2007), pp. 1503 y ss.

contrato con efecto retroactivo para concebirse como una forma peculiar de eficacia contractual, prevista para los casos de incumplimiento y en alternativa con la exigencia de cumplimiento. En virtud de la resolución, los deberes primarios de prestación derivados del contrato se convierten en deberes de devolución de las prestaciones realizadas. El contrato no se extingue, sino que, propiamente, se transforma¹². Con ello se supera la visión de la resolución como una forma de ineficacia diseñada según el modelo de la nulidad: la resolución no opera ya *ex tunc*, sino que transforma el contrato *ex nunc* en una relación jurídica que obliga a las partes a restituirse todo lo percibido en virtud de dicho contrato. Precisamente porque no supone una extinción del contrato, sino más bien su transformación, no excluye la indemnización de daños y perjuicios contractuales cuando concurren sus requisitos. Y no requiere de intervención judicial.

Esta perspectiva puede verse muy bien plasmada en los artículos 6:265 y siguientes del Código civil holandés –*vid.*, en particular, sobre la falta de efectos retroactivos-reales, el 6:269–, y en la nueva regulación que han recibido los §§ 323 y §§ 346 y siguientes del BGB tras la modernización del Derecho de obligaciones en 2002. Es también la concepción de la institución presente en los textos de Derecho unificado¹³. Y es a la postre, y aunque con ciertas matices, la que ha adoptado el legislador francés en la reforma de su Derecho de obligaciones llevada a cabo en el año 2016¹⁴.

2. RASGOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL

2.1 Un remedio al incumplimiento de ejercicio extrajudicial

Como ya se ha dicho, el artículo 1124 del Código civil español, en el que se recoge la facultad de resolver los contratos por incumplimiento, es hijo de la inicial

¹² Esta explicación fue propuesta por primera vez por STOLL (1929), pp. 141 y ss. Para el Derecho alemán, MEDICUS (2006), marg. 534.

¹³ *Vid.* arts. arts. 45.2, 61.2, 81.1 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (por más que el art. 82 diseñe un muy deficiente régimen de restitución de las prestaciones); arts. 7.3.2 y 7.3.5 siguientes de los Principios Unidroit; artículos 9:301 y siguientes de los Principios de Derecho contractual europeo (pero acercando el sistema resolutorio al del *Common Law*, pues se excluye en general la restitución de las prestaciones realizadas); y arts. III.-3:501 y siguientes del Borrador del Marco común de referencia (que no sigue el modelo de resolución de efectos meramente prospectivos de los Principios de Derecho contractual europeo).

¹⁴ *Vid.*, TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ (2018), n. 819; BÉNABENT (2019), n. 399. Con todo, otros autores se mantienen aferrados a la concepción de la antigua regulación francesa de la resolución, y siguen por ello hablando de que ella produce *l'anéantissement du contrat* (*vid.*, BUFFELAN-LANORE/LARRIBAU-TERNEYRE, 2018, p. 604).

regulación francesa de la figura, y por ello se encuadra como última norma en la sección relativa a las obligaciones condicionales. Pero a la vez que ello, y como también se dijo, el precepto del Código civil español introduce diversas modificaciones sobre su precedente francés, que determinan su alejamiento de ese modelo en cuestiones sustantivas, y que merecen un juicio netamente positivo¹⁵.

La primera modificación importante es que el artículo español no comienza declarando como el francés que «la condición resolutoria se entiende siempre implícita en los contratos sinalagmáticos», sino mucho más técnicamente que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas». Sobre esa base, y ya desde los primeros comentaristas del Código, se asentó la idea en la doctrina española de que la resolución por incumplimiento no constituye ninguna condición tácitamente pactada, ni tiene técnicamente relación con las condiciones resolutorias¹⁶. De ese género la aleja su origen legal, y no basado en la voluntad de las partes; el hecho de que no opere *ipso iure* al verificarse el evento condicionante, sino que sólo faculte al acreedor de la prestación a declarar la resolución; el que ni siquiera en éste último caso actúe automáticamente, pues los tribunales pueden aún conceder plazo para el cumplimiento; el que sólo la parte cumplidora pueda declararla; la protección de los terceros adquirentes que se prevé en el párrafo cuarto del artículo 1124; y, en fin, que resulte compatible con la indemnización de daños y perjuicios¹⁷.

Hoy día la facultad de resolver los contratos en caso de incumplimiento es unánimemente calificada como un remedio al incumplimiento contractual

¹⁵ A fin de facilitar la comparación entre las normas de la resolución por incumplimiento del Código Napoleón y del Código civil español, ofrezco a continuación los respectivos artículos, traduciendo el francés.

Art. 1184 del Código civil francés: «La condición resolutoria se entiende siempre implícita en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las dos partes no cumpla su obligación.

En este caso, el contrato no se resolverá automáticamente. La parte frente a la cual la obligación no se ha cumplido podrá escoger entre exigir a la otra el cumplimiento del contrato, cuando esto sea posible, o pedir la resolución, junto con el abono de daños e intereses.

La resolución deberá pedirse judicialmente, y podrá concederse al demandado un plazo, según las circunstancias»

Art. 1124 del Código civil español: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de optar por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

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

¹⁶ MUCIUS SCAEVOLA (1902), p. 675.

¹⁷ Los rasgos diferenciadores los remarca hoy la doctrina unánime: *vid.* ALVAREZ VIGARAY (2009), pp. 58 y ss., y del mismo autor «Comentario al artículo 1124» (1993), p. 96; CLEMENTE MEORO (1998), pp. 40 y ss.; SAN MIGUEL PRADERA (2004), pp. 70 y ss.

que, en alternativa con el resto de remedios –típicamente, con la acción de cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios, a la que también puede acumularse–, permite al contratante no incumplidor liberarse de sus obligaciones primarias (deberes de prestación), exigiendo en su caso su restitución. Le posibilita así una efectiva defensa de su posición frente al incumplimiento del otro contratante y se convierte en un medio de autotutela que le evita quedar atrapado en una relación obligatoria que resulta fracasada.

En relación con este último punto, hay que poner de manifiesto que el ejercicio de la resolución no exige una declaración judicial. Este es otro de los puntos en los que el Código se apartó del artículo 1184 francés. Si éste imponía el carácter judicial de la resolución al decir en su párrafo tercero que «la resolución deberá pedirse judicialmente, y podrá concederse al demandado un plazo, según las circunstancias», el texto paralelo español se limita a declarar que «el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo». Ciertamente, la mención del juez sigue apareciendo, pero se trata de una frase que no impone de suyo la vía judicial, sino que permite otras interpretaciones. Y sobre esa base, y pese a las reticencias iniciales de la doctrina, la jurisprudencia española fue pronto asentando la idea de que la resolución podía ser ejercida por declaración unilateral de la parte facultada para hacerlo, sin necesidad de demanda judicial alguna¹⁸.

Actualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia son prácticamente unánimes en aceptar el carácter extrajudicial de la resolución¹⁹. Se entiende que el ordenamiento, ante el incumplimiento de una de las partes, atribuye a la otra la facultad –técnicamente, un derecho potestativo– de resolver mediante declaración de voluntad unilateral y recepticia la relación obligatoria que les liga. Será esa declaración de voluntad la que opere la resolución, sin necesidad de intervención judicial alguna, siempre y cuando se den los requisitos del incumplimiento resolutorio. Lo cual no impide, lógicamente, que la parte frente a la que

¹⁸ *Vid.*, SSTS de 17 de febrero de 1912, 19 de junio de 1913 o 10 de abril de 1929. *Vid.* en la doctrina CASTAN TOBEÑAS, (1952-53), p. 116. Contrarios, en cambio, a esa forma extrajudicial de resolución se manifestaron MUCIUS SCAEVOLA, (1902, p. 674) y TRAVIESAS (1929, pp. 321 y ss.).

¹⁹ Así, Díez-PICAZO (2008), pp. 840 s.; DELL'AQUILA (1981), pp. 138 s.; PANTALEÓN PRIETO (1993), p. 1731; CLEMENTE MEORO (1998), pp. 132 s.; SAN MIGUEL PRADERA (2004), p. 30 y *passim*; MALO VALENZUELA (2016), p. 158 s.; CARRASCO PERERA (2021), pp. 1247 y s.; DELGADO ECHEVERRÍA (1985), p. 273; La única excepción representativa en la doctrina viene representada por MONTÉS PENADÉS (1989), p. 1226, que se ve con todo forzado a aceptar la resolución extrajudicial cuando la parte incumplidora acepta la declaración de resolución llevada a cabo por la otra parte, es decir, en el supuesto que denominado de «resolución convencional». En la jurisprudencia es unánime la postura favorable al ejercicio extrajudicial de la resolución: *vid.*, entre las más recientes, y con cita de otras anteriores, Sentencias de Tribunal Supremo 478/2011 de 27 de junio, 35/2012 de 14 de febrero, 162/2012 de 29 de marzo, 485/2012 de 18 de julio (en la que se aborda frontalmente el asunto), 233/2014 de 22 de mayo, 281/2015 de 20 de mayo y 513/2018 de 20 de septiembre.

se ejercita la resolución se oponga a ella, en cuyo caso cualquiera de los contratantes podrá demandar ante el juez para que éste, mediante sentencia declarativa, dictamine sobre la procedencia o no de la resolución pretendida. Ni excluye tampoco que la parte que ejercita la resolución la emprenda directamente por la vía judicial, en cuyo caso, si se dan efectivamente los requisitos para la resolución, ésta se producirá en virtud del propio escrito de demanda comunicado a la otra parte: la sentencia del juez lo único que hará es declarar la procedencia de esa resolución operada en vía jurisdiccional, pero no judicialmente —es decir, en el proceso, pero no por el juez—, dejando la ley abierta la posibilidad de que éste conceda un plazo al incumplidor para que cumpla sus obligaciones contractuales. Se considera que se logra así un sistema flexible y equilibrado: se permite a la parte acreedora de la prestación incumplida liberarse del contrato, posibilitándole una contratación de reemplazo, sin necesidad de acudir al juez, y se deja a la vez la puerta abierta a que cualquiera de las partes acuda a él para que declare la procedencia o no de la resolución realizada²⁰.

La concepción extrajudicial de la resolución limita a su vez el ejercicio del llamado «*ius variandi*». Se denomina así a la facultad que, en determinados casos, se concede al acreedor de la prestación incumplida para alterar su elección entre resolución y cumplimiento de forma que, renunciando al remedio primeramente escogido, exija de la otra parte el remedio alternativo. Como bien puede entenderse, esa posible alteración no debe sufrir cortapisa en un sistema de resolución judicial, ya que, operada ésta mediante sentencia, no hay obstáculo hasta que se dicte a que la parte facultada a resolver altere su petición inicial y opte por el remedio alternativo. En cambio, en un sistema de resolución extrajudicial, en el que ésta se opera mediante simple declaración de voluntad dirigida a la otra parte, la opción por la resolución produce una mutación contractual, cerrando en consecuencia la posibilidad de que el acreedor de la prestación incumplida pueda luego unilateralmente exigir su cumplimiento. Efecto preclusivo que no produce la opción por el cumplimiento, pues el contrato sigue entonces en vigor, y podrá ser resuelto mientras persista la situación de incumplimiento.

El artículo 1124 no hace más que una alusión a esta cuestión del ejercicio de un *ius variandi*: en su párrafo segundo, tras declarar que «el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos», establece que «también podrá pedir la resolución, aun después de

²⁰ Sobre las ventajas y desventajas de los respectivos modelos de resolución, *vid.* en España CLEMENTE MEORO (1998), pp. 132 s.; SAN MIGUEL PRADERA (2004), pp. 39 s.

haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultará imposible». Pues bien, esta última frase, procedente del Proyecto de García Goyena, ha sido interpretada por la jurisprudencia de un modo totalmente coherente con el sistema de resolución extrajudicial adoptado. Así, ha servido como argumento *a contrario*, para negar la posibilidad de pedir el cumplimiento una vez que se ha ejercitado, así sea extrajudicialmente, la resolución²¹. Y, en cambio, ha sido interpretada muy ampliamente a fin de aceptar el *ius variandi* de cumplimiento a resolución siempre que la parte incumplidora persista en su incumplimiento²². Criterio, este último, que ha gozado del respaldo de la doctrina²³.

En cuanto al modo en que la resolución debe ser ejercitada en juicio, en cambio, la jurisprudencia no ha asimilado plenamente las consecuencias del carácter extrajudicial de la resolución. Lo coherente con ese modelo sería admitir que la resolución, cuando ya ha sido operada extrajudicialmente, puede

²¹ Vid. SSTS 1271/1993, de 30 de diciembre, 537/1997, de 9 de junio, y 478/2011, de 27 de junio. La última de estas Sentencias, ya citada varias veces, declara que «desde el momento en que la vendedora conoció la declaración de resolver emitida por la compradora, la resolución produjo sus efectos específicos –que, ciertamente, a los fines de la jurisprudencia antes mencionada sobre la posibilidad de un ejercicio extrajudicial de la facultad de resolver las relaciones de obligación sinalagmática, no han sido discutidos por la primera–.

Lo que se ha de examinar, por tanto, es si la compradora puede revocar y dejar sin efecto su declaración de voluntad de resolver la relación contractual después del momento en que la misma produjo sus efectos, en ejercicio de un «ius variandi», para exigir a la otra contratante el cumplimiento del contrato.

Pues bien, la regla según la que elegida por el contratante una vía no puede optar por la otra –Diges-to 18.3.4 (2) y 18.3.7– tiene en nuestro Código Civil una excepción, que aparece admitida en el propio artículo 1124, en cuanto posibilita que pida la resolución pese su anterior opción por el cumplimiento, si éste resultara imposible –sentencias de 9 de octubre de 1981 y de 18 de noviembre de 1983–. La excepción, sin embargo, no se extiende al supuesto contrario, como recuerda la citada sentencia de 18 de noviembre de 1983: «[...] el hecho de instar el cumplimiento [...] no veda después pedir la resolución («ius variandi»), posibilidad que en la interpretación más razonable del artículo 1124 del Código Civil, en cuanto a la opción que concede, permite concluir que si bien instada no cabe variarla por el cumplimiento (aquí sí rige el aforismo «una via electa non datur recursus ad alteram»), pues ambas partes, de hecho, admiten así la extinción contractual, una por no cumplir y la otra por resolver, por el contrario sí es dable la facultad o posibilidad inversas, es decir, la de optar por la resolución después de ejercitar la acción de cumplimiento, bien que sólo cuando éste resultare imposible [...]».

²² Así, por ejemplo, en la Sentencia 203/2007, de 21 de febrero en la que unos compradores de un piso instaron mediante requerimiento notarial el cumplimiento de los vendedores y, al no conseguirlo, acabaron interponiendo una demanda de resolución; ante la alegación por los demandados de que la exigencia de cumplimiento de los compradores les cerraba luego la posibilidad de resolver, declara el Tribunal Supremo que «lo único que resulta vedado al contratante cumplidor es la solicitud simultánea del cumplimiento y de la resolución, lo que se deduce de los más elementales principios de la lógica jurídica, pero en absoluto impide que, pretendiendo en un primer momento el cumplimiento en forma extrajudicial, ante la actitud de la parte contraria, opte finalmente por ejercer ante los tribunales la acción resolutoria con todas sus consecuencias». La Sentencia 403/1990 de 26 de junio dice por su parte que «cuando la norma del párrafo 2.º del artículo 1124 se refiere a que el cumplimiento resultará imposible para poder optar por la resolución, no alude desde luego a una imposibilidad material, sino que puede incluir, entre otros supuestos, a la sobrevenida por el transcurso de largo tiempo sin cumplir el comprador su prestación en la forma pactada». Vid. en el mismo sentido las SSTS núm. 480/1981, de 12 de diciembre, o 149/1983, de 18 de noviembre.

²³ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, (1985), p. 274; CLEMENTE MEORO (1998), pp. 208 y ss.

invocarse simplemente por vía de excepción en el proceso, pues se alega un hecho extintivo ya producido extrajudicialmente, que no requiere en sí reconvencción²⁴. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria sigue declarando que, salvo que la resolución sea consentida por la otra parte o haya sido ya declarada judicialmente, sólo puede ser ejercitada en juicio por vía de acción –demanda o reconvencción–, y no mediante excepción²⁵. Idea que resulta justificada si la resolución se ejercita en el proceso sin haberla antes comunicado a la otra parte, pues se permite así que la parte frente a quien se ejercita tenga la oportunidad de contestar y oponerse a ella, pero que resulta errónea en caso de resolución ya ejercitada extrajudicialmente²⁶. Con todo, no debe pasarse por alto que las declaraciones jurisprudenciales sobre la necesidad de que la resolución se haga valer mediante acción o reconvencción son, la mayoría de las veces, meros *obiter dicta* en las Sentencias que los recogen, sin trascendencia alguna para la decisión del caso. Cuando el Tribunal Supremo ha tenido que enfrentarse directamente con una resolución ya realizada extrajudicialmente, pero que se opuso luego por vía de excepción, como ocurre en las Sentencias 211/1991 de 18 de marzo, 237/1994 de 21 de marzo, o 718/2009 de 30 de octubre, no ha dudado en acogerla²⁷.

²⁴ Así también CLEMENTE MEORO (2003), pp. 1575.

²⁵ Entre las Sentencias del Tribunal Supremo que exigen que la resolución se ejercite mediante demanda o reconvencción pueden verse la 894/2000 de 6 de octubre, la 95/2002 de 12 de febrero, la 281/2005 de 22 de abril, la 1003/2005 de 16 de diciembre, la 1318/2006 de 26 de diciembre, la 1259/2007 de 30 de noviembre, la 322/2008 de 12 de mayo, la 605/2010 de 4 de octubre, la 95/2015, de 24 de febrero o la 172/2018, de 23 de marzo, por citar las más recientes.

²⁶ Por ello, resulta adecuado que el Tribunal Supremo, en la Sentencia 894/2000 de 6 de octubre, en que el demandado alegó por excepción una resolución no realizada extrajudicialmente, rechazase esa alegación. La idea de evitar la indefensión se recoge con claridad en la Sentencia núm. 1318/2006 de 26 de diciembre, por más que el problema era que no existía en el caso causa de resolución. Ejemplo de ese correcto ejercicio en vía reconvenccional de una resolución que no se ha realizado extrajudicialmente puede verse en la Sentencia núm. 533/2009 de 30 de junio: en ella, si no se hubiese tramitado la resolución por vía reconvenccional, se hubiese privado a la demandante de la posibilidad de excepcionar a su vez, o exponer su propia defensa. Técnicamente, lo más correcto sería tal vez que la resolución alegada por el demandado y no declarada antes extrajudicialmente se tramitase del mismo modo que las excepciones de nulidad absoluta y compensación, que el 408 LEC equipara en cuanto a su tratamiento procesal a la reconvencción. Pero ello habría de ser recogido expresamente por dicho artículo.

²⁷ En la Sentencia 211/1991, 18 de marzo, en un contrato de concesión, el concedente resolvió extrajudicialmente por impago por el concesionario de la mercancía, y esa resolución articulada por vía de excepción fue suficiente para absolverle frente a la demanda de cumplimiento del concesionario. En la Sentencia 237/1994, de 21 de marzo, el contratante de ciertos servicios publicitarios demandó el cumplimiento a la otra parte, quien excepcionó la resolución que previamente había realizado por impago y fue en virtud de ello absuelta. La Sentencia 718/2009 de 30 de octubre de 2009 trae causa de un contrato de compraventa en que las compradoras, debido a ciertas divergencias entre ellas, ni pagaron, ni concurrieron a otorgar escritura pública. La vendedora resolvió extrajudicialmente y, ante la demanda de una de las compradoras exigiendo que se declare en vigor el contrato y la indemnización de daños y perjuicios, excepcionó la resolución. El Tribunal la da por bien alegada, pese a ser por excepción, aclarando que «la resolución contractual por incumplimiento acordada por una de las partes en el contrato al amparo de lo

2.2 Eficacia transformadora del contrato

El hecho de que la resolución produzca la extinción de los deberes de prestación nacidos del contrato, sumada a la primitiva calificación que de ella se hizo como condición resolutoria, ha llevado a afirmar que la resolución opera la extinción del contrato mismo. Se dice que la resolución provoca la ineficacia contractual y se explican desde estas categorías los efectos de la figura, sin caer en la cuenta de que la aceptación de esas premisas habría de llevar consigo consecuencias que no parecen en modo alguno conformes con los intereses de las partes. Piénsese que, si se considera inexistente el contrato resuelto, habrá que tener también por ineficaces las estipulaciones contractuales previstas para casos de incumplimiento o de conflicto, como las posibles cláusulas penales pactadas, la de remisión a unas determinadas reglas sustantivas o las de sometimiento a arbitraje. Y lo que es más grave, habría que concluir que las partes del contrato declarado resuelto, más allá de la liberación de las prestaciones futuras y el deber de restitución de las ya ejecutadas, no se podrían exigir ya nada en virtud de éste, excluyendo por tanto la acumulación de resolución y daños y perjuicios, y remitiendo a la parte perjudicada, todo lo más, a una indemnización de los daños que la fallida contratación le haya causado, es decir, del llamado interés contractual negativo²⁸.

Ciertamente, no puede ocultarse que alguna resolución judicial, incluso reciente, ha acogido esos planteamientos, extrayendo consecuencias radicales del supuesto efecto extintivo de la resolución, y negando en consecuencia la posible acumulación de resolución e indemnización de daños y perjuicios en la medida del interés contractual positivo, o de resolución y pena convencional²⁹. Pero se trata de pronunciamientos judiciales aislados: la mayoría de las

establecido en el artículo 1124 del Código Civil, necesita de sanción judicial cuando la parte contraria no la acepta, pero tal sanción puede producirse tanto por vía de acción –solicitando de órgano judicial una declaración sobre la corrección jurídica de la resolución operada– como, en determinados casos, por vía de excepción –alegando la procedencia de la resolución frente a la petición de cumplimiento de la parte contraria– tal como ha sucedido en el presente supuesto en el cual es la propia parte actora la que postula en su demanda que se declare no ajustada a derecho la resolución contractual unilateralmente decidida por la parte vendedora».

²⁸ A favor de la incompatibilidad entre resolución e indemnización de daños y perjuicios referida al interés contractual positivo se manifestó un sector de la doctrina a finales del siglo pasado: *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA (1985), pp. 277 s.; también JORDANO FRAGA en varios trabajos: (1987a), p. 598, nota 319; (1987b), pp. 5183 y ss., 5192 y ss.; y de nuevo en (1990), pp. 1097 y ss., 1102 ss.; también, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (1998), pp. 191 y ss.

²⁹ Así, la Sentencia 813/1988, de 3 de noviembre, que entiende que los daños indemnizables en virtud del 1124 es el interés contractual negativo. También la Sentencia de Tribunal Supremo 333/2015, de 15 de junio, que estima el recurso de casación del demandado que rechazaba la acumulación de resolución y pena convencional, declarando que «la resolución provoca la ineficacia del contrato *ex tunc* y así se ordena en los demás apartados del fallo recurrido. Pero lo que no cabe es que se resuelva, es

Sentencias del Supremo que han abordado el asunto no han visto obstáculo alguno a la acumulación de resolución y pena convencional³⁰; y del mismo modo es jurisprudencia amplísimamente mayoritaria que la resolución no impide la petición de daños y perjuicios en la medida del interés contractual positivo³¹. Criterio que se ha ido difundiendo también entre los autores, que han seguido en este punto la senda marcada por Fernando Pantaleón, quien demostró que la acumulación del remedio resolutorio con el de los daños y perjuicios en la medida del interés contractual positivo estaba firmemente asentada en la jurisprudencia y no presentaba en si contradicción conceptual alguna³².

Todos esos datos han provocado que una parte de la doctrina se vaya distanciando de un modo u otro de la idea de que la resolución opera la ineficacia

decir, se declare ineficaz un contrato y al mismo tiempo se pretenda mantener –no ya una petición de daños y perjuicios– la cláusula de este mismo contrato que impone una penalización –cláusula penal– por retraso. No se pide cumplimiento que incluye una cláusula penal, no se pide una indemnización por daños, sino que se reclama su ineficacia retroactiva y, además, la aplicación de una cláusula penal. Cláusula que ya es la de un contrato ineficaz, es decir, fuera de la existencia en el mundo jurídico». Como bien se ve, la Sentencia es por tanto aplicación de la superada doctrina según la cual el contrato resuelto es inexistente.

³⁰ Así, entre las más recientes, las Sentencias del Tribunal Supremo 253/2002 de 20 marzo, 624/2010 de 13 de octubre, y 675/2010 de 10 de noviembre, no dudan en acumular resolución por incumplimiento y pena convencional pactada en el contrato resuelto. La primera de las citadas declara al respecto que «por lo que respecta a la exigencia de la cláusula penal, ello no impide en modo alguno al acreedor exigir el cumplimiento o la resolución, como dice con toda claridad el art. 1124, que compatibiliza el ejercicio de estas acciones con la indemnización de daños y perjuicios». En cuanto a la eficacia de una cláusula de sometimiento a arbitraje, pese a haberse resuelto el contrato en que se inserta, la da por supuesta la STS núm. 628/2002 de 20 de junio, aunque en el caso concreto estima que no excluía la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

³¹ *Vid.* entre las más recientes, Sentencias de Tribunal Supremo 1059/2000, de 17 de noviembre (en un contrato de suministro de carbón, en que también se concedió ante la resolución por incumplimiento la ganancia que hubiese proporcionado), 538/2002 de 31 de mayo, con declaración absolutamente explícita a favor de la compatibilidad, 9/2004 de 26 de enero (que en caso de incumplimiento de un contrato de compraventa por los compradores concedió a los vendedores que resolvieron una indemnización de daños y perjuicios que abarcaba incluso el lucro cesante), 47/2010 de 19 de febrero (que, en un contrato de servicios de grúa, ante el incumplimiento por la aseguradora contratante otorga a la empresa de servicios la resolución y los daños y perjuicios), 763/2010 de 11 de noviembre (que, también ante la resolución unilateral y no justificada de un contrato de servicios de grúa, que obligaba a una aseguradora a contratar esos servicios, acepta la resolución por incumplimiento pedida por la otra parte y da lugar a una indemnización de daños y perjuicios en función de las ganancias dejadas de obtener por la demandante), 190/2011 de 17 de marzo (que impone a unos compradores que incumplieron, pero a los que no declara dolosos, las obligaciones de indemnización deducidas del 1106 y 1107 párrafo primero del Código civil), y 744/2016 de 21 de diciembre (en que en una resolución de un contrato de opción de compra se concede como daños y perjuicios al optante el derecho sobre las cosechas recogidas).

³² *Vid.* al respecto su trabajo «Resolución por incumplimiento e indemnización», (1989), pp. 1143 y ss., en particular pp. 1153 y 1167. Sobre los remedios al incumplimiento en general, y la relación entre ellos, *vid.* también sus trabajos (1991), pp. 1018 y ss., pp. 1043 y ss.; y (1993), pp. 1719 y ss. Entre los autores posteriores *vid.*, MORALES MORENO (2006), pp. 43 y s.; Díez-PICAZO (2008), 875 y s.; SAN MIGUEL PRADERA (2010), p. 1250; también CLEMENTE MEORO (2009), pp. 58 y ss. (a pesar de que, apegado a la idea de que la resolución provoca la extinción del contrato, concede también al contratante perjudicado la posibilidad de optar por el interés contractual negativo basado en la *culpa in contrahendo*: p. 68).

contractual, al menos con efectos retroactivos³³. Pero a mi juicio, se debe ir más allá, y dar decididamente el paso que ya han dado buena parte de los sistemas jurídicos europeos, admitiendo simple y llanamente que la resolución no extingue el contrato ni de forma retroactiva —«como si nunca hubiese existido»— ni actual. La resolución opera ciertamente la extinción de las obligaciones primarias derivadas del contrato, los deberes de prestación, produciendo por tanto el consiguiente deber de restitución. Pero el contrato y la relación jurídica contractual no se extinguen, ni devienen ineficaces, sino que se transforman en una relación que obliga a la restitución de las prestaciones realizadas (lo que los alemanes llaman un «rückgewährschuldverhältnis»). Eso hace que sigan en vigor estipulaciones contractuales previstas para casos de conflicto, cláusulas penales, determinaciones sobre el Derecho aplicable y, en general, las disposiciones no referidas a los deberes de prestación primarios. Y que, si concurren los requisitos de la responsabilidad por daños y perjuicios, se derive del contrato —que sigue siendo existente, por más que transformado o «resuelto»— una obligación, ahora ejercitable por vía de acción de daños y perjuicios, de colocar a la parte que ha sufrido el incumplimiento en igual posición que estaría si el contrato se hubiese cumplido. La resolución, por tanto, cuando viene producida por unos hechos que dan lugar también a indemnización de daños y perjuicios, provoca lo que se podría llamar una «eficacia contractual alternativa»: los deberes de prestación se extinguen, y en su lugar surgen unas obligaciones de restituirse lo realizado; y el incumplimiento imputable da lugar a una obligación del incumplidor de situar a la otra parte en una posición patrimonial equivalente a la que tendría si el contrato hubiese sido regularmente cumplido. Con lo cual, por una vía diferente a la inicialmente prevista —el intercambio de las prestaciones—, el contratante no incumplidor

³³ Así, dice Díez-PICAZO que «la resolución no va, propiamente hablando, contra el negocio, ni lo hace ineficaz. Va contra la relación jurídica que el negocio había originado o dado vida. La tutela no se produce por el carácter anómalo del negocio, sino por el anormal desenvolvimiento de la relación contractual. Y no es por ello una acción dirigida a provocar la ineficacia del negocio. El negocio fue eficaz en el momento de celebrarse y continúa siendo eficaz. La acción busca poner fin a la relación obligatoria, con recuperación de las atribuciones realizadas y con una desvinculación posterior de los contratantes» (2008, p. 816). PANTALEÓN dice por su parte que «pretender seguir deduciendo que la resolución extingue plenamente el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiera existido, al punto de hacerla incompatible con las pretensiones indemnizatorias en la medida del interés contractual positivo es, en mi opinión, pura jurisprudencia de conceptos» (1989, p. 1153). Y MORALES MORENO, tratando de los efectos de la resolución respecto al contrato de compraventa, afirma por su parte que «hoy se admite que en caso de resolución la vinculación subsiste en cuanto a determinadas cláusulas del contrato (por ejemplo, cláusulas penales, de arbitraje). Pero la subsistencia de la vinculación contractual debe extenderse más allá de tales cláusulas, al núcleo de la vinculación contractual: a la obligación del vendedor (del deudor) de satisfacer el interés del comprador mediante la indemnización del interés positivo» (2012, p. 21).

ha de alcanzar el resultado contractual que hubiese obtenido con un devenir contractual ordinario.

Entendida la resolución como una facultad atribuida a un contratante para operar la transformación de la relación jurídica en caso de incumplimiento de la otra parte, es lógica la calificación que antes se ha hecho de ella como derecho potestativo. Como se sabe, esta categoría jurídica, creada por el romanista Emil Seckel, comprende todos los casos en que se atribuye a una parte en una relación jurídica la facultad de variar ésta por su sola voluntad³⁴. Esa calificación debiera comportar la sujeción de la resolución a un plazo de caducidad, pues es lo propio de los derechos potestativos³⁵. Sin embargo, la resolución supone aquí una excepción: el hecho de que actúe como remedio alternativo a la acción de cumplimiento, tal como expresa el artículo 1124, determina que se vea sometida al plazo de prescripción de ésta última, por regla general los cinco años previstos por el artículo 1964 del Código civil. Se evita así que se pueda llegar a la paradójica situación de que quien puede ejercitar la acción de cumplimiento contractual se encuentre privado de la facultad de resolver – como bien podría suceder si no, al no ser los plazos de caducidad susceptibles de interrupción–³⁶.

2.3 Eficacia retroactiva

Puede parecer obvio, pero conviene tal vez precisarlo: la resolución, aunque no extingue el contrato, tiene eficacia retroactiva, de forma que obliga a la restitución de las prestaciones que pueden haberse realizado por las partes. Esto no es sólo así por el peso de la tradición y la práctica jurídica española y continental, que claramente conciben de este modo la resolución, sino que viene impuesto por el propio texto del artículo 1124 del Código civil que, en su párrafo último, al prever medidas protectoras para los terceros adquirentes

³⁴ Emil SECKEL, la expuso por primera vez en su trabajo «Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts» publicado en el *Festgabe für Koch*, Berlin, 1903, pp. 205 y ss.

³⁵ CAÑIZARES LASO (2001), pp. 53 y ss.

³⁶ Este criterio de someter facultad de resolución a prescripción es el que, sin excesivas disquisiciones, aplica la jurisprudencia: así, entre otras más antiguas, las SSTS 1008/1994 de 4 de noviembre, 106/2007 de 7 de febrero, que estimó prescrita la acción de resolución que, en un contrato celebrado en 1976, ejercitaron los vendedores en 1996, 984/2007 de 13 de septiembre, en que no se estimó la prescripción pese a ser el contrato de venta de 1972 y la resolución de 1994 por haber habido un reconocimiento de deuda en el ínterin, o 644/2010 de 15 de octubre, relativa al impago de una compraventa inmobiliaria. Dicha doctrina parece traer causa de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1914. A favor de la aplicación del plazo de prescripción del artículo 1964 a la facultad de resolver del 1124 se ha mostrado RUBIO TORRANO en comentario a la primera de las Sentencias citadas (2011, pp. 17 y ss., 20).

de los bienes objeto de un contrato resuelto, está presuponiendo el efecto retroactivo de la resolución³⁷. Se aleja así el sistema español del de los países de *common law* y del asumido por los principios de Derecho contractual europeo, que atribuyen a la resolución efectos meramente de futuro. Por lo que se refiere a las restituciones que la eficacia retroactiva de la resolución lleva consigo, me remito al trabajo que Xabier Basozabal dedica en esta misma obra a esa materia.

3. REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Pueden enumerarse tres, que aparecen recogidos en las Sentencias de Tribunal Supremo 100/2007 y 112/2007, ambas de 14 de febrero: un vínculo contractual recíproco y exigible entre las partes, que quien la ejercita no se encuentre él mismo en incumplimiento, y un incumplimiento grave por parte de la otra³⁸. Me ocuparé en este epígrafe de los dos primeros, y de otra serie de supuestos requisitos y casos peculiares, dejando para tratamiento aparte el incumplimiento grave, que es el más complejo y el que exige un estudio más detallado.

3.1 Un vínculo contractual recíproco y exigible. El problema de los llamados contratos reales

Se trata de un requisito aparentemente aporoblemático, pero al que se liga toda una serie de cuestiones derivadas del problema de delimitar el concepto mismo de contrato con obligaciones recíprocas; materia en que se mezcla un debate terminológico –sinalagma, reciprocidad, onerosidad, bilateralidad– que no hace sino aumentar la confusión sobre los posibles contratos excluidos del remedio resolutorio.

Comenzando por lo menos debatido, lo primero que se requiere es un vínculo contractual «exigible». Como es lógico, esto presupone un contrato válido: los contratos nulos no producen obligación alguna, y por tanto no pue-

³⁷ En la jurisprudencia más reciente, reafirman el carácter retroactivo de la resolución las Sentencias de Tribunal Supremo 259/2014 de 16 de mayo, 698/2015 de 10 de diciembre, y 706/2016 de 25 de noviembre.

³⁸ Así, textualmente declaran que «la doctrina jurisprudencial consolidada ha precisado que para que surja la facultad resolutoria de que se trata se requiere el concurso de los requisitos siguientes: a) la exigencia de un vínculo contractual recíproco y exigible; b) el incumplimiento grave por una de las partes; c) y que la otra parte no haya inobservado lo que le corresponde».

den extinguirse dichas obligaciones³⁹. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la nulidad relativa no es apreciable de oficio, sino sólo a instancia de la parte perjudicada, y que, por tanto, si ésta no promueve la nulidad, el contrato deberá tenerse por válido, pudiendo cada parte ejercer la facultad resolutoria cuando se den los requisitos para ello; sin perjuicio de que, frente a la resolución ejercitada por el contratante no facultado para declarar la nulidad, el otro pueda excepcionar la nulidad del contrato⁴⁰.

La exigibilidad del vínculo contractual apunta también al vencimiento de las obligaciones dimanantes del contrato, es decir, al hecho de que las obligaciones no se hallen pendientes de plazo o condición suspensiva. Como bien puede comprenderse, este requisito no tiene entidad propia, sino que sirve de presupuesto a la necesidad de que concurra un incumplimiento, que no podría producirse si la obligación no estuviese vencida. Eso permite hacer algunas precisiones. En primer lugar, que sólo la obligación de la parte incumplidora debe encontrarse vencida; en cambio, puede resolver aquel contratante cuya obligación aún no ha vencido: como luego se dirá, requisito para el ejercicio de la resolución no es haber cumplido, sino no encontrarse en incumplimiento, y esto tanto puede suceder habiendo cumplido, ofrecido el cumplimiento o, simplemente, cuando el propio cumplimiento aún no es debido. Y en segundo lugar, que incluso en casos en que la prestación de una parte no ha vencido, es posible resolver frente a ella, si se produce un llamado «incumplimiento anticipado», del que se tratará en el siguiente epígrafe, ya que, como dice la Sentencia 168/2010, de 30 de marzo, «también constituye incumplimiento –intencional– la declaración de la voluntad de no cumplir, emitida cuando la prestación aún no es exigible, si la otra parte no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo»⁴¹.

El vínculo contractual ha de ser además recíproco. Esta cuestión está originando una cierta confusión, pues no falta quien tiende a pensar que la re-

³⁹ Así, CLEMENTE MEORO, 1998, p. 116; DELL'AQUILA (1981), p. 171. En la jurisprudencia, *vid.* en el mismo sentido las SSTS núm. 646/1990 de 6 de noviembre, referida a la nulidad de un contrato que insertaba una cláusula de no competencia, y la 910/1996 de 12 de noviembre, referida a la nulidad de una compraventa por error sobre el objeto y dolo del vendedor.

⁴⁰ Sobre la nulidad relativa o anulabilidad, y la facultad que concede en los contratos con prestaciones recíprocas a la parte protegida de decidir sobre la vigencia de la entera relación contractual, *vid.* MIQUEL (1995), pp. 475 y ss.

⁴¹ En el caso que dio lugar a esa Sentencia, la empresa demandante, obligada a crear unas acciones para transmitir las a un banco que se obligaba a adquirirlas, ante la declaración de éste de que no pensaba hacerlo, suspendió su propio cumplimiento, y exigió el de la otra parte, que fue efectivamente impuesto por el Tribunal. Con todo, no parece haber dudas de que si en vez de la acción de cumplimiento hubiese ejercido la de resolución, le hubiese sido también concedido en virtud de ese «incumplimiento anticipado» del otro contratante.

reciprocidad sólo se puede predicar de las obligaciones principales del contrato, cuando la realidad es que todas las obligaciones contractuales tienen la nota de reciprocidad, pues precisamente existen en contraprestación a las de la otra parte. Si el incumplimiento de obligaciones accesorias no puede dar lugar a resolución no es porque éstas carezcan de reciprocidad, sino porque normalmente no dan lugar a incumplimiento grave o esencial. Por eso, como se dirá al tratar del requisito del incumplimiento, si se hubiese pactado expresamente que el incumplimiento de una obligación accesoria dará lugar a la resolución, no habrá razón alguna para excluirla.

El problema más complejo en relación con la reciprocidad del vínculo contractual es la determinación de qué contratos son susceptibles de resolución. El artículo 1124 del Código civil predica la resolución de las «obligaciones recíprocas» y con esa expresión parece querer aludirse a los contratos sinalagmáticos, caracterizados precisamente por engendrar obligaciones recíprocas o interdependientes⁴². A mi parecer, y con las salvedades que a continuación se dirá, tales son todos los que aparecen en el libro IV del Código civil, y los atípicos que pueden pactarse conforme a esa estructura. No en cambio la donación –que el Código civil configura como un modo de adquirir la propiedad–, ni siquiera la modal u onerosa. Si el artículo 647 prevé la revocación de esta última por incumplimiento del donatario es precisamente porque el artículo 1124 no le es directamente aplicable⁴³.

Toda esta cuestión del campo de aplicación de la resolución queda, sin embargo, muy emborronada por el solapamiento con la de los contratos reales. Como es sabido, la doctrina tradicional entiende que los contratos de mutuo, comodato y depósito tienen carácter real, es decir, sólo se perfeccionan por la entrega, y los califica en consecuencia como contratos unilaterales, pues sólo harían nacer obligaciones de restitución a cargo del receptor, excluyendo en consecuencia la resolución. En cambio, para otra buena parte de autores, cuyo punto de vista comparto, se debe dar el paso que han dado la gran mayoría de los ordenamientos europeos y considerar consensuales esos contratos⁴⁴. Tal y como propugna la mejor doctrina española, el principio consensual recogido

⁴² Así lo entiende también la mayoría de la doctrina. *Vid.* CLEMENTE MEORO (1998), pp. 92 y ss., 97, DÍEZ-PICAZO (2008), p. 818, y ÁLVAREZ VIGARAY (2009), pp. 131 y ss.

⁴³ Es interesante a este respecto mencionar que la Sentencia de Tribunal Supremo 556/2008, de 12 de junio, distingue la facultad de resolver los contratos por incumplimiento –que entiende ejercida en el caso por incumplimiento de un contrato de vitalicio– de la acción de revocación de donaciones modales u onerosas prevista en el artículo 647, en que la primera puede ejercitarse mediante declaración unilateral mientras que la segunda exige ejercicio judicial.

⁴⁴ Sobre la evolución de los derechos europeos que ha llevado al abandono de la categoría de los contratos reales para predicar de todos ellos la consensualidad, *vid.* ZIMMERMANN (1996), pp. 163 y ss.; el Derecho alemán culminó a lo largo del siglo XX esa evolución (*vid.* COING, 1996, p. 607). El legislador alemán aprovechó la reforma del BGB de 2001 para dar una nueva redacción a los §§ 488 I y 607 I elimi-

en el artículo 1258 del Código civil rige para todos los contratos y, por tanto, la promesa de mutuo, comodato o depósito valdrá ya como verdadero contrato, obligando respectivamente a prestamista y comodante a entregar la cosa que se comprometieron a ceder, y al depositario a recibirla⁴⁵. Que en estos contratos la obligación de restituir no surja hasta que se realice la entrega no entraña ningún carácter «real», sino que es simple consecuencia de que la entrega ha de preceder a la restitución.

Este segundo punto de vista es el que ha sido recientemente asumido por el Tribunal Supremo, que hasta hacía pocos años seguía predicando el carácter real de esos contratos⁴⁶. Las Sentencias 417/2020, de 10 de julio, y 506/2020, de 5 de octubre, han establecido el carácter consensual del préstamo bancario de dinero, con argumentos fácilmente trasladables a todo contrato de mutuo, comodato o depósito⁴⁷. No es de extrañar que, anticipándose a esa declaración, la Sentencia de Tribunal Supremo 432/2018, de 11 de julio, hubiese aceptado la posibilidad de aplicar la resolución por incumplimiento al préstamo con interés⁴⁸. Los argumentos de esas sentencias parecen fácilmente trasladables a todos los casos de mutuo o comodato, ya que en todas sus formas se produce una entrega y una restitución expresivas de su bilateralidad. La resolución por incumplimiento será, por tanto, aplicable a ellos en cualquier caso en que una de las partes incumpla gravemente sus obligaciones.

Diferente, en cambio, debe ser la solución en el caso del depósito gratuito, pero aquí no en razón de su supuesto carácter real, sino por el hecho de que en él las obligaciones del depositario son puramente eventuales, como también sucede en el mandato gratuito, integrantes ambos de la antigua categoría de los contratos bilaterales *ex post facto*: en ellos, el depositante y el mandante sólo se obligan a reembolsar los posibles gastos que el depositario o el mandatario haya hecho para la conservación de la cosa depositada o para la ejecución del mandato, y los posibles perjuicios causados (arts. 1728, 1729 y 1779). Esa peculiaridad de esos contratos hace que, a mi juicio, sólo pueda predicarse de ellos la resolución cuando efectivamente exista un objeto de esos deberes de

nando cualquier reminiscencia de carácter real en el mutuo. *Vid.* al respecto, negando también el carácter real de otros contratos tenidos por tales en la tradición romanística, MEDICUS (2006), margs. 287 y 449.

⁴⁵ Así, d'ORS (1954), pp. 174; JORDANO BAREA (1958), *passim*, en especial pp. 133 y ss.; DE LA CÁMARA (1978), p. 661; DíEZ-PICAZO (2007), pp. 166 s.

⁴⁶ La jurisprudencia favorable al carácter real del mutuo, comodato y depósito, que puede documentarse ya en las antiguas Sentencias de Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1886 y de 29 de octubre de 1909, llega hasta las 385/2002 de 20 de abril, 495/2001 de 22 de mayo, y 741/2002 de 11 de julio.

⁴⁷ Doctrina luego reiterada por las Sentencias de Tribunal Supremo 84/2021 de 16 de febrero, y 140/2021 de 11 de marzo.

⁴⁸ Aplicación del artículo 1124 al préstamo con interés luego reiterada en la Sentencia 39/2021 de 2 de febrero.

reembolso o indemnización del mandante o depositante. Cuando dichos deberes carezcan de objeto, el mandante o depositante carecerá de la vía resolutoria, por más que haya incumplimiento de la otra parte. Pero podrá acogerse a la posibilidad de revocar el mandato o finalizar el depósito que le ofrecen los artículos 1732 y 1775 del Código civil, exigiendo a la vez la indemnización de daños y perjuicios provocados por el incumplimiento.

Otra categoría contractual en torno a la cual se ha discutido la aplicación del remedio resolutorio, a mi juicio con escasos motivos, es la de los contratos aleatorios. Es claro que en ellos la reciprocidad no se da entre las prestaciones que hayan de realizar las partes, pues es incluso posible que el *alea* determine que una de ellas no tenga que realizar ninguna. Pero ello no obsta a la existencia de reciprocidad en las obligaciones asumidas por cada una como eventualmente posibles, por más que dependientes de un elemento fortuito. En consecuencia, siempre y cuando esa reciprocidad exista, es decir, siempre que el contrato no se configure como unilateral y gratuito, nada impide a la parte que sufre un efectivo incumplimiento optar por la resolución contractual. Así lo prevén explícitamente, respecto a dos contratos de carácter aleatorio, el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro y el artículo 1795 del Código civil, referido al contrato de alimentos. El artículo 1805 del Código, que niega al perceptor de una renta vitalicia la posibilidad de ejercer la resolución por impago de las pensiones vencidas, ha de ser tenida por norma excepcional, de carácter dispositivo, aplicable sólo a este supuesto –y no al inverso de incumplimiento de la obligación del rentista de transferir un capital en bienes muebles o inmuebles– y no susceptible de aplicación analógica⁴⁹.

Todavía existen dudas sobre la posible aplicación de la resolución a otra serie de contratos varios, dudas que, a mi juicio, también deben decidirse en función del carácter sinalagmático o no de éstos. Si en dichos contratos existen obligaciones recíprocas a cargo de las partes, será posible pedir su resolución, mientras que no lo será en caso contrario. En consecuencia, no debe haber obstáculo a la aplicación de la resolución al contrato de sociedad civil, en que la obligación de una parte surge precisamente en reciprocidad con la de la otra u otras. Si algunas Sentencias del Tribunal Supremo han excepcionado el contrato de sociedad del ámbito de aplicación de la resolución, lo han hecho siempre en relación con las sociedades mercantiles, y ello por contar éstas con un remedio propio, la exclusión del socio incumplidor, más ventajosa que la reso-

⁴⁹ BADENAS CARPIO (1995), pp. 264 y ss.; CLEMENTE MEORO (1998), pp. 104 y s. Han admitido la eficacia del pacto resolutorio explícito en la renta vitalicia, entendiendo el artículo 1805 como una norma meramente dispositiva, las Sentencias de Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1960, la 301/1998 de 23 de abril, y la 657/2001 de 29 de junio.

lución⁵⁰. Y del mismo modo ha de resolverse la discutida cuestión de la aplicación de la resolución al contrato de opción: allí donde ésta se ha concedido a cambio de una contraprestación, será posible aplicarle el remedio resolutorio; en otro caso, habrá que excluirlo. Tal parece ser, tras ciertas vacilaciones previas, el criterio últimamente seguido por el Tribunal Supremo⁵¹.

3.2 No hallarse en incumplimiento quien ejercita la resolución

Apoyándose en la *exceptio non adimpleti contractus*, que impide que exija el cumplimiento quien a su vez no ha cumplido ni ofrecido el cumplimiento, y en coherencia con el principio sinalagmático, la jurisprudencia ha ido desarrollando la idea de que no puede resolver quien se halla el mismo en incumplimiento⁵². Como ha destacado Clemente Meoro, se trata de un requisito que da lugar a equívocos, pues su expresión es con frecuencia inexacta: se dice que se exige para resolver haber cumplido, cuando en realidad no se exige el cumplimiento, sino no haber incumplido⁵³. En efecto, puede resolver no sólo el que ha cumplido, sino también aquel que ha ofrecido el cumplimiento, o no está todavía obligado a cumplir por gozar de un plazo o por hallarse condicionada la exigibilidad de su prestación al cumplimiento anticipado por la otra parte. La jurisprudencia, que siempre lo ha entendido así, pese a expresarlo a menudo del modo equívoco ya mencionado, tiende hoy a declarar acertadamente que «no puede resolver quien ha incumplido» o que «el incumplimiento propio impide pedir la resolución».

La finalidad de este requisito es evitar que el contratante incumplidor pueda prevalerse de su propio incumplimiento, promoviendo la resolución cuando la otra parte, en vista de ese hecho, paralice a su vez su prestación. En caso de incumpli-

⁵⁰ Así, las Sentencias de Tribunal Supremo 544/1986 de 1 de octubre, y 20 de junio de 1991 (localizable en RJA 1991/4528), referidas ambas a sociedades mercantiles irregulares, a las que juzgan aplicables las normas de la sociedad colectiva y, en consecuencia, el artículo 218 del Código de comercio, relativo a la exclusión del socio incumplidor. La última de las Sentencias citadas restringe efectivamente al ámbito de las sociedades mercantiles la inaplicación de la resolución, al decir que «como reconoce una reiterada doctrina de esta Sala, no es aplicable a los contratos societarios mercantiles el precepto del artículo 1124 del Código civil».

⁵¹ Así, acepta la resolución de un contrato de opción concedido a cambio de un precio la STS 707/2010 de 3 de noviembre, y la 744/2016 de 21 de diciembre. En cambio, niegan con razón la posible resolución de una opción concedida sin contraprestación las SSTS 580/2005 de 15 de julio, y 128/2012 de 8 de marzo. Declara expresamente que la resolución de un contrato de opción sólo es posible cuando éste se configura como un negocio bilateral por haberse concedido ésta a cambio de un precio –como no era el caso–, la STS 706/1996, de 31 de julio.

⁵² Así, *vid.*, entre las más recientes, Sentencias de Tribunal Supremo 489/2011 de 15 de julio, 162/2012 de 29 de marzo, 115/2015 de 4 de marzo, 175/2015 de 27 de marzo, y 71/2017 de 8 de febrero (las dos primeras, particularmente acertadas en su expresión).

⁵³ CLEMENTE MEORO (1998), pp. 173 y ss.

mientos mutuos, habrá que determinar qué incumplimiento es el que ha causado el de la otra parte, pues sólo quien incurrió en el primero queda excluido del remedio resolutorio. El Tribunal Supremo ha resumido esta idea en dos expresiones que son dos caras de la misma moneda: que puede resolver el que incumplió debido al incumplimiento anterior de la otra parte; y que frente a la resolución no puede alegrarse el incumplimiento de la otra parte cuando el propio es anterior⁵⁴.

La jurisprudencia ha ido precisando la entidad del incumplimiento que impide ejercitar la facultad resolutoria, homologando en cierto modo ese incumplimiento con el que habilita para resolver: un incumplimiento menor no impide el ejercicio de la facultad resolutoria, pues ésta se basa en el incumplimiento grave o esencial de la otra parte, que no puede hallar justificación como respuesta al primero⁵⁵. Sólo una proporcionalidad entre el incumplimiento resolutorio y aquél en que incurrió quien pretende resolver priva a éste de la facultad de ejercitarlo.

3.3 Un falso requisito: la posibilidad de restituir

Aunque resulte extraño, la idea de que no puede resolver aquel que no puede restituir la prestación que recibió reaparece de tiempo en tiempo, y convine por eso expulsarla definitivamente del ámbito de la resolución. Históricamente, fue cierta en una primera etapa del desarrollo del saneamiento por vicios ocultos, en el Derecho romano clásico, si bien pronto fue abandonada. Hoy día, desde luego, no figura para nada en materia de resolución –basta comprobarlo en el artículo 1124–, ni en materia de consecuencias de nulidad, donde el artículo 1307 establece lo contrario, ni en vicios ocultos, donde también la excluyen los artículos 1487 y 1488.

⁵⁴ *Vid.* entre otras más antiguas las SSTs 1000/2008 de 30 de octubre de 2008 («quien ejercite la acción resolutoria no esté en la misma situación de incumplimiento, salvo que sea consecuencia del previo incumplimiento del otro contratante»), 599/2010 de 1 de octubre («se ha dicho constantemente por esta Sala que, quien incumple como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, se encuentra legitimado para interesar la resolución contractual») o 115/2015, de 4 de marzo («como ha resaltado la jurisprudencia, tan solo el sujeto cumplidor puede exigir la aplicación del artículo 1124 y sí puede exigirla quien incumple (así, no abona el precio) porque la otra parte ha incumplido»).

⁵⁵ *Vid.* al respecto las Sentencias del Tribunal Supremo 1032/2002 de 31 de octubre, en que el vendedor de una vivienda no legalizada y edificada en suelo no urbanizable pretende resolver por impago («la jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil resulta coincidente al declarar que se exige a quien pretende resolver que no haya incurrido en incumplimiento de las obligaciones contractuales que le correspondían y con mayor incidencia si se trata de esenciales, que son las concurrentes en el caso de autos»), 988/2006 de 16 de octubre, referente a un contrato de abanderamiento de estación de servicio, que niega la facultad de oponerse a la resolución y exigir el cumplimiento al distribuidor que viene incumpliendo su obligación de pago («la jurisprudencia verdaderamente aplicable al caso es la que niega la facultad de exigir el cumplimiento del contrato a quien a su vez ha incumplido previamente su obligación principal») o 174/2012 de 4 de abril, en el que resolvió un arrendador de negocio que incurrió en incumplimientos menores frente al incumplimiento esencial del arrendatario.

En realidad, entre las instituciones que dan lugar a la restitución de las prestaciones, la única que asume ese requisito es la rescisión, que lo recoge en el artículo 1295 párrafo primero, al decir que «la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato, con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado». Es por vía de este artículo, apoyándose en la remisión que el párrafo final del 1124 realiza al 1295, que ese pretendido requisito llega a la resolución y ha encontrado acogida en algunas Sentencias del Tribunal Supremo⁵⁶.

Que la remisión del artículo 1124 *in fine* al 1295 no se realiza a su párrafo primero, sino sólo al segundo, es algo que sostiene, con buen criterio, la doctrina unánime, pues se deduce lógicamente del hecho de que el párrafo final del 1124 trate de los derechos de los terceros adquirentes y sólo el párrafo segundo del 1295 se refiera a ellos⁵⁷. Pero es que, además, es del todo incongruente con la resolución requerir que el que la ejercite conserve la posibilidad de restituir *in natura*: la resolución, ya lo hemos visto, es un remedio del incumplimiento que pretende, por una vía alternativa, colocar al contratante que sufre el incumplimiento en igual posición que si el contrato hubiese sido regularmente cumplido. En consecuencia, ningún hecho fortuito debe alterar la situación de las partes provocando un desequilibrio. La imposibilidad de restituir por parte del acreedor de la prestación incumplida no puede convertirse para el contratante incumplidor en un «golpe de suerte» que le protege frente a la resolución y le permite consolidar un contrato defectuosamente cumplido –lo mismo que, a la inversa, tampoco puede dar lugar a que el contratante que sufre el incumplimiento pueda resolver eximiéndose de toda restitución–. La solución justa es la misma que prevén los artículos 1307 y 1488 en materia de consecuencias de nulidad y saneamiento por vicios ocultos: el facultado para declarar la nulidad o exigir el saneamiento, en caso de pérdida de la cosa, podrá seguir haciéndolo, restituyendo su valor, bien sea de modo directo, como sucede en el 1307, bien compensándolo con el precio que ha de recobrar, como prevé el 1488. Esa ha sido la solución seguida en estos casos por la jurisprudencia más numerosa, y hay que confiar que ese criterio se consolide en el futuro⁵⁸.

⁵⁶ Así, Sentencias de Tribunal Supremo 851/2001 de 21 de septiembre, y 73/2010 de 22 de febrero.

⁵⁷ Así, DELGADO ECHEVERRÍA (1986), pp. 3782 y s.; PANTALEÓN PRIETO (1989), p. 1154; MONTÉS PENADÉS (1998), p. 666; CLEMENTE MEORO (1998), p. 554; Díez-PICAZO (2008), pp. 873 y s.

⁵⁸ Así, las Sentencias del Tribunal Supremo 112/1992 de 11 de febrero, 772/2001 de 20 de julio, 98/2002 de 5 de febrero, 253/2002 de 20 de marzo, y 80/2008 de 31 de enero. También favor de este criterio, reciente y fundadamente, SOLER PRESAS (2018), pp. 1233, 1240 y ss.

3.4 Un peculiar caso de resolución sin incumplimiento: la resolución pedida por ambas partes

Hay un supuesto particular, que da lugar al hecho un tanto insólito de que se dicte una sentencia de resolución sin haber incumplimiento resolutorio. Lo han aceptado nuestros tribunales, a mi juicio con toda razón, cuando las dos partes de un contrato instan judicialmente su resolución –la una frente a la otra, mediante demanda y reconvencción– sin haber ninguna incurrido en incumplimiento grave que faculte al juez para declararla. No existiendo causa de resolución, en cuanto que falta el incumplimiento esencial de la otra parte, el juez no puede estimar que el contrato se haya resuelto ni extrajudicialmente –por la posible declaración unilateral– ni en el proceso –por el escrito de demanda o reconvencción que presenten las partes–. Sin embargo, el principio dispositivo, que rige todo el proceso civil, impone que el juez dicte una sentencia que resuelva el contrato sin imponer indemnización de daños y perjuicios, asimilando en cierto modo el caso al mutuo disenso. Así sucede en las Sentencias de Tribunal Supremo 772/2001 de 20 de julio, 714/2011 de 4 de octubre, 169/2016 de 17 de marzo y 291/2016 de 4 de mayo⁵⁹. En estos casos, dicho sea de paso, sí que puede hablarse con toda propiedad de resolución judicial: la falta de incumplimiento resolutorio impide que las declaraciones de resolución, expresadas en juicio o extrajudicialmente, provoquen la resolución; sólo la sentencia del juez produce ese efecto.

⁵⁹ En la 772/2001, de 20 de julio, se celebró un contrato de compraventa sobre una vivienda, en la que la compradora no recibió en plazo la cosa –pues la vendedora no tenía el pleno dominio, aunque luego el resto de titulares consintieron en transmitir–, e interrumpió el pago, demandando ambas partes la resolución, que acordó la audiencia –pese a reseñar que no había habido incumplimiento en materia fundamental del contrato– y que no fue objeto de debate en el Supremo. La 714/2011, de 4 de octubre, también versa sobre una compraventa inmobiliaria, en la que la finca vendida aparece gravada en el Registro por unas hipotecas ya canceladas extrarregistralmente, ante lo que el comprador, que se hallaba inicialmente dispuesto a pagar, acaba resolviendo; el Tribunal Supremo entiende que ningún incumplimiento tiene entidad suficiente para producir la resolución –también porque el de los vendedores no respetaba los requisitos del 1504–, pero que debe concederse ésta, con la consiguiente restitución de prestaciones, porque ambas partes la piden. En la 169/2016, de 17 de marzo, se trataba de un contrato entre dos empresas para la promoción y explotación de un centro comercial, en la que ambas ejercitaban la resolución achacándose incumplimientos graves: la Audiencia entiende «que ambas partes mostraron su conformidad con la resolución del contrato, que no hubo incumplimiento por ninguna de ellas» y decide conceder la resolución; y frente al recurso de casación el Supremo establece que «esta Sala tiene admitido que, pese a no haber incumplimiento, pueda darse lugar a la resolución del contrato a instancia de una parte por aquietamiento o conformidad de la otra, bien procesalmente –mediante el allanamiento– o bien extraprocesalmente –mediante la prestación de conformidad con la extinción del vínculo contractual–, lo que determinaría, no la aplicación del art. 1.124 CC, sino la concurrencia de un mutuo disenso». Por su parte, la Sentencia 291/2016, de 4 de mayo, en una compraventa de vivienda que ambas partes dan por resuelta pero que la Audiencia considera en vigor por falta de incumplimiento resolutorio, casa la Sentencia, ya que «la solución adoptada por la Audiencia Provincial –hoy recurrida– comporta la declaración de vigencia de un contrato que ambas partes consideran resuelto y respecto del cual la vivienda que constituyó su objeto ha sido vendida a un tercero».

3.5 Y una excepción al requisito de no estar en incumplimiento quien resuelve: la resolución por incumplimientos mutuos

Hemos visto que, de modo general, la resolución exige tres requisitos: vínculo contractual recíproco y exigible, no encontrarse en incumplimiento la parte que ejercita la resolución e incumplimiento grave de la otra parte. Acabamos de ver como el último requisito, el incumplimiento esencial, puede ser obviado cuando ambas partes exigen la resolución. Pues bien, también el requisito de no estar en incumplimiento puede ser dispensado, si se da el caso de que ambas partes incurren en incumplimientos graves, autónomos entre sí, pero coinciden en la petición de que se conceda la resolución del contrato. El supuesto encuentra reflejo en un buen número de Sentencias del Tribunal Supremo⁶⁰. Lo mismo que en el caso anterior, es de nuevo la coincidencia en el *petitum* y el principio dispositivo que rige el proceso el que determina esta solución. Por ello, como sucedía allí, si no se produce esa petición coincidente de las partes, sino que una opta por exigir el cumplimiento, el tribunal no podrá dictar la resolución, ya que la ausencia de uno de sus requisitos sólo puede ser suplida cuando ambas partes coinciden en su voluntad resolutoria⁶¹.

4. EL PROBLEMÁTICO REQUISITO DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

Uno de los puntos más oscuros de toda la materia de la resolución es el relativo a qué tipo de incumplimiento permite resolver. Ciertamente, el artículo 1124 se limita a declarar asépticamente la procedencia de la resolu-

⁶⁰ *Vid.*, entre las más recientes, las Sentencias 634/1996 de 19 de junio en un contrato de permuta por edificación futura con mutuos incumplimientos y mutuas peticiones de resolución, 1275/1998 de 14 de enero, en que una empresa aumenta unilateral e injustificadamente los precios de un suministro iniciado, pero resulta que el otro contratante se halla en impago, 888/2007 de 27 de julio, que también menciona la semejanza de la situación con la de mutuo disenso, 597/2008 de 8 de octubre, que entiende que la solución equivaldrá a una especie de mutuo disenso, la 642/2010 de 8 de octubre, referida a un doble incumplimiento en una compraventa inmobiliaria, la 843/2011 de 23 de noviembre, en que la Audiencia concedió la resolución por incumplimientos mutuos y dicha cuestión no fue ya objeto de debate pues se recurrió en otros aspectos, 651/2016, de 4 de noviembre, en un contrato de compraventa de varias parcelas en el que se debían restituir otras ya urbanizadas, y en que la Audiencia y el Supremo entendieron que existían incumplimientos mutuos no causalizados entre sí, y 254/2020, de 4 de junio, en un contrato de franquicia en que la Audiencia entiende que han existido incumplimientos recíprocos de las partes y el Tribunal Supremo mantiene ese criterio.

⁶¹ *Vid.*, solucionando casos de esa especie, las Sentencias de Tribunal Supremo 724/1999 de 29 de julio, y 116/2010 de 4 de marzo, referidas las dos a contratos de compraventa. En ambas se observa que lo que diferencia a esas sentencias de las citadas en nota anterior, y lleva a no estimar aquí la resolución, es que no existe coincidencia en esa petición por los dos contratantes mutuamente incumplidores; sin embargo, las citadas sentencias no llegan a expresarlo así, o lo mezclan con otras cuestiones, lo cual desvirtúa y oscurece la *ratio decidendi*.

ción «para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumba». Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina unánime han entendido siempre que la resolución exige un incumplimiento de cierta entidad: como dice la Sentencia 8/2014, de 5 de febrero, esa norma «se interpreta en el sentido de que no cualquier incumplimiento basta para provocar la resolución de la relación contractual. Dadas las consecuencias que la misma produce –liberatoria y restitutoria–, la conveniencia de potenciar el respeto a la palabra dada –«pacta sunt servanda»– y de procurar la conservación del negocio –«favor contractus»– son argumentos empleados para impedir que una medida tan radical se aplique a cualquier clase de incumplimiento»⁶².

Variando la terminología, pero buscando siempre expresar que sólo un incumplimiento de relativa importancia y trascendencia abre la puerta a la resolución, la jurisprudencia ha ido calificando a ese incumplimiento como «grave», «verdadero y propio», «pleno», y otras fórmulas semejantes, que no consiguen, con todo, determinar con precisión el grado de incumplimiento exigible para resolver. Desde finales del siglo xx, aproximándose a la terminología anglosajona, asumida a través de los textos de la convención de Viena, la doctrina y la jurisprudencia han ido popularizando otras, como incumplimiento «esencial», «sustancial» o «fundamental», que pretenden describir mejor sus rasgos, pero que exigen de todos modos una ulterior concreción. Si esta no se consigue, esas u otras expresiones no servirían sino como perífrasis más o menos felices de la expresión «incumplimiento resolutorio» que se pretende evitar.

4.1 La evolución jurisprudencial: del subjetivismo de la voluntad deliberadamente rebelde del deudor a la objetividad de la insatisfacción del acreedor

Aunque nuestra jurisprudencia se ha mantenido siempre firme en la idea apuntada de que sólo un incumplimiento de cierta entidad permitía a la otra parte emplear el remedio resolutorio, es fácil observar en ella una evolución. Si en un primer momento el incumplimiento se enjuiciaba desde el punto de vista del deudor, analizando si por su parte había existido una neta voluntad de incumplir el contrato, hoy día el punto de vista se ha desplazado al acreedor, y lo determinante será si éste ha visto satisfechas en lo fundamental las finalidades objetivas que le llevaron a celebrar el contrato. Lógicamente, ese desplazamiento del punto de vista ha llevado consigo una mayor extensión del remedio

⁶² En el mismo sentido, entre las más recientes, las Sentencia de Tribunal Supremo 788/2013 de 27 de diciembre, y 52/2014 de 6 de febrero, que califica el remedio resolutorio de excepcional.

resolutorio, que ya no se observa desde la perspectiva de los medios puestos por el deudor para cumplir, sino del resultado satisfactivo operado para el acreedor.

Analizando con detalle los perfiles del incumplimiento resolutorio, Díez-Picazo destacó que, tras una primera época en que la jurisprudencia no parecía todavía asentada, desde comienzos de la década de los cuarenta del siglo pasado se consolidó en nuestros tribunales una línea argumentativa que hacía girar la calificación de un incumplimiento como resolutorio en torno a la existencia de, bien «una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo conve-nido», bien «un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento»⁶³. Con ese binomio «voluntad deliberadamente rebelde/hecho obstativo» se imponía una línea restrictiva que exigía poco menos que una actitud dolosa del deudor o una imposibilidad absoluta y definitiva para que el acreedor pudiese pedir la resolución. Y esa línea se veía complementada por la reiterada declaración que hacía entonces nuestro Tribunal Supremo de que «el mero retraso no equivale al incumplimiento»; con la cual exigía que éste apareciese unido a otras circunstancias, tales como la voluntad de incumplir, la sobrevenida imposibilidad al cumplimiento o la objetiva frustración de la finalidad del negocio⁶⁴.

Con todo, a medida que transcurría el tiempo, esa actitud jurisprudencial tan restrictiva con la resolución comenzó a suavizarse, primero de modo apenas perceptible, luego más rápidamente: el requisito de la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» fue transformándose en una fórmula menos severa, que exigía ahora una «conducta obstativa al cumplimiento»⁶⁵. Por lo que se refiere a la otra alternativa del citado binomio, el «hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento», su men-

⁶³ *Vid.*, Díez-Picazo (2005), pp. 17 y ss. El origen de esa doctrina lo cifra Díez-Picazo en las Sentencias de 5 y 9 de julio de 1941.

⁶⁴ Una buena exposición de esta doctrina jurisprudencial denegatoria de la resolución por mero retraso puede verse en DE LA HAZA DÍAZ, (1996), pp. 22 y ss. También CLEMENTE MEORO (1998), pp. 322 y ss.; Díez-Picazo (2005), pp. 18, 28. El origen de dicha doctrina parece encontrarse en las Sentencias de 5 de enero de 1935 y en la de 28 de enero de 1944. Puede aún verse presente ese criterio en las Sentencias de Tribunal Supremo 549/1992 de 2 de junio, que niega la resolución en un caso de retraso de dos años en el pago de un inmueble, o 795/1996 de 4 de octubre –aunque aquí la causa real es que no se estima que en una compraventa el impago de un millón doscientas cincuenta mil pesetas de un total de treinta millones pueda ser calificado de incumplimiento resolutorio–.

⁶⁵ Así, por ejemplo, las Sentencias de Tribunal Supremo de 30 de abril de 1981 (RJA 1981/1784), 13 de octubre de 1989 (RJA 1989/6915), 18 de diciembre de 1991 (RJA 1991/9401), 2 de diciembre de 1993 (RJA 1993/9488) y la 818/1995 de 31 de julio. La penúltima de las sentencias citadas aprovecha para aclarar esta evolución jurisprudencial: «la rebeldía al cumplimiento se ha aclarado en el sentido de que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria, no sanada por una justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato».

ción fue desapareciendo, sustituido con frecuencia por una más genérica referencia a la frustración del contrato⁶⁶; y la jurisprudencia fue siendo más receptiva a la resolución en casos de retrasos en el cumplimiento⁶⁷. Resultado de todo ello fue una cierta situación intermedia, predominante en las décadas finales del pasado siglo xx, en la que conviven Sentencias que siguen siendo fieles, al menos externamente, a las fórmulas acuñadas por la jurisprudencia anterior, con otras que iban dando pasos hacia su abandono, por más que sin decidirse por una ruptura abrupta con dichos enunciados⁶⁸.

El paso hacia el tercer y por ahora último estadio evolutivo puede situarse a los pocos años de comenzar el presente siglo. La jurisprudencia rompe entonces explícitamente con la línea jurisprudencial iniciada en los años cuarenta, y declara superados los requisitos de la voluntad deliberadamente rebelde o el hecho obstativo –este último, en la medida que aún se diese por vigente–⁶⁹. El Tribunal Supremo manifiesta con rotundidad que la única exigencia para que el incumplimiento pueda considerarse como resolutorio es que «prive sus-

⁶⁶ Alude a la frustración en vez de al hecho obstativo, y como alternativa a «la voluntad deliberadamente rebelde», la Sentencia de Tribunal Supremo 548/1992, de 1 de junio. Hacen radicar la esencia del incumplimiento resolutorio en la frustración del interés del acreedor las Sentencias de Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1988 (RJA 1988/4087), 4 de marzo de 1992 (RJA 1992/2157), 8 de abril de 1992 (RJ 1992/3186), la 888/1994 de 10 de octubre o la de 5 de octubre de 1995 (recurso número 911/1992). Como ejemplos de Sentencias que sitúan como requisito de la resolución la «voluntad deliberadamente rebelde», silenciando toda mención al hecho obstativo, pueden citarse las de 13 de marzo de 1990 (RJA 1990/1693), la 1028/1992 de 12 de noviembre o la 912/1994 de 10 de octubre.

⁶⁷ *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo núm. 562/1992 de 4 de junio o la 460/1996 de 10 de junio.

⁶⁸ En línea con la jurisprudencia más antigua de la voluntad deliberadamente rebelde o el hecho obstativo, *vid.* las Sentencias de Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1983 (RJA 1983/5227), así como la 47/1991 de 25 de enero, la 927/1994 de 14 de octubre o la 1003/1999 de 26 de noviembre –esta última referida ya sólo a la voluntad deliberadamente rebelde, silenciando toda mención al hecho obstativo, tal como se ha señalado–; en una línea mucho más abierta con la resolución, *vid.*, las Sentencias 359/1985, de 31 de mayo, o 401/1994, de 3 de mayo.

⁶⁹ Declaraciones jurisprudenciales rechazando la antigua exigencia de una voluntad rebelde al cumplimiento o un hecho obstativo pueden verse, entre la jurisprudencia más reciente, en las Sentencias de Tribunal Supremo 333/2015, de 15 de junio, 247/2018, de 25 de abril o 347/2020, de 23 de junio. Esta resume esta evolución diciendo que «debe comenzarse por recordar que esta sala, entre otras muchas, en la sentencia de esta sala de 17 de julio de 2007, tiene declarado, que la jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 del Código Civil, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato, o como dice la sentencia de 9 de marzo de 2005: «La doctrina jurisprudencial de esta sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndole por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago puede tener lugar –sentencias de 5 de junio de 1989 y 11 de marzo de 1991– que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde», bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, y no satisfacen el precio que se había acordado para la transmisión dominical».

tancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato», produciendo «la frustración del fin práctico perseguido por el contrato» (Sentencia 736/2015, de 30 de diciembre). Con éstas o parecidas fórmulas, reiteradas en numerosas Sentencias, se consuma el desplazamiento del concepto de incumplimiento resolutorio desde la perspectiva subjetiva que lo vio nacer a la concepción objetiva que parece consolidada en la actual jurisprudencia ⁷⁰.

4.2 El incumplimiento esencial como frustración del interés del acreedor y el problema del cumplimiento parcial, defectuoso o retrasado

Una vez asentado que el incumplimiento resolutorio se debe valorar desde el prisma objetivo de la satisfacción del acreedor, se hace necesario fijar los contornos del grado de insatisfacción exigido para permitir la resolución del contrato. Porque lo cierto es que, como ya se ha dicho, por mucho que se adopte esa perspectiva objetiva, los incumplimientos menores no dan lugar al remedio resolutorio.

El Tribunal Supremo viene abordando esta tarea apoyándose en el concepto de «incumplimiento esencial», entendido, según lo dicho, como aquel que opera la «frustración del fin del contrato» ⁷¹. Para perfilar esos conceptos la jurisprudencia usa diversas fórmulas. Así, la Sentencia 569/2015, de 19 de octubre, describe el incumplimiento esencial como aquel «de entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes», de tal forma que «como consecuencia de él, el contratante perjudicado se vea privado sustancialmente de aquello que tenía derecho a esperar razonablemente de la ejecución correcta del contrato». Por su parte, la Sentencia 333/2014, de 30 de junio, intenta describir ese incumplimiento esencial recogiendo tres fórmulas jurisprudenciales típicas: «la falta de obtención de la finalidad perseguida», «la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones» y «la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico perseguido». Y en cuanto a

⁷⁰ Vid., entre otras muchas, y en la jurisprudencia más reciente, las Sentencias de Tribunal Supremo 788/2013 de 27 de diciembre, 7/2014 de 17 de enero, 8/2014 de 5 de febrero, 87/2014 de 18 de febrero, 569/2015 de 19 de octubre (que reitera además que la calificación de incumplimiento resolutorio es una *questio iuris* recurrible en casación) o 325/2020 de 22 de junio.

⁷¹ Entre las expresiones más empleadas por la jurisprudencia reciente abundan las de «frustración del fin práctico perseguido por el contrato» (Sentencia 198/2014, de 1 de abril), «frustración del interés contractual» (Sentencia 247/2018, de 25 de abril), «frustración de la finalidad del contrato» (Sentencia 455/2019, de 18 de julio), «frustración del fin del contrato» (por ejemplo, entre muchas otras, Sentencia 347/2020 de 23 de junio), y otras similares.

la frustración, la Sentencia 247/2018 de 25 de abril, entiende que ésta se produce cuando «se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte»⁷². Mientras que la Sentencia 325/2017, de 24 de mayo, se dice que en el caso existía «la frustración para la parte compradora del fin del contrato en cuanto no podía dedicar lo adquirido al destino previsto».

Lógicamente, estas expresiones y fórmulas, u otras parecidas, son más fáciles de aplicar en unos casos que en otros. No hay duda, por ejemplo, que el incumplimiento será esencial cuando se produzca imposibilidad o incumplimiento definitivo de la prestación principal y típica del contrato⁷³. Pero, además de ello, la jurisprudencia ha admitido también la resolución cuando la prestación resulte inútil para cumplir la finalidad buscada por la otra parte y conocida por el obligado⁷⁴. Y también, aunque aquí la cuestión es más debatida, cuando ha habido un cumplimiento parcial, y la parte pendiente de cumplimiento tiene entidad suficiente para que se entienda producida la insatisfacción del acreedor⁷⁵.

Más compleja deviene la cuestión de precisar si existe incumplimiento esencial y frustración cuando nos encontramos con un cumplimiento defectuo-

⁷² La misma expresión usan las Sentencias 7/2014, de 17 de enero y 87/2014, de 18 de febrero.

⁷³ En ese sentido, y recogiendo declaraciones jurisprudenciales previas, afirma la Sentencia de Tribunal Supremo 258/2018, de 26 de abril (en un caso de imposibilidad legal de cumplir un contrato de seguro de una empresa pública, por no haberse incluido el pago de la prima en los presupuestos) que «la imposibilidad sobrevenida a que se refiere el art. 1184 Cc lleva inexorablemente al incumplimiento contractual y, en consecuencia, cuando la relación obligatoria sea sinalagmática, a la resolución del contrato o, más propiamente, a la extinción de las obligaciones nacidas del mismo con los efectos que hayan podido prever las partes o, en su caso, los propios de la resolución (devolución de la cosa, con sus frutos, y del precio percibido, con sus intereses)»

⁷⁴ Así, la Sentencia de 973/2002, de 15 de octubre, en el caso de un local arrendado para bar-restaurante y que no cumplía las condiciones para instalar el servicio de cocina; la Sentencia 567/2008, de 12 de junio, tratando de la compraventa de un camión que no se entregó con la documentación adecuada y además se encontraba sujeto a distintos embargos, con lo cual resultaba inhábil para destinarlo a realizar la actividad de transporte para el que lo adquirió el comprador; y en la misma línea de valorar el incumplimiento a la luz de la concreta finalidad buscada por los contratantes, la Sentencia 325/2017, de 24 de mayo, en la que se estima la demanda reconvenzional de la sociedad demandada, que insta la resolución del contrato ante el hecho de que los terrenos adquiridos no resultaban colindantes, y no podía por tanto llevarse a cabo en ellos la edificación prevista;

⁷⁵ La jurisprudencia es muy casuística, pero tiende a aceptar la resolución cuando el incumplimiento es de cierta entidad y parece afectar, efectivamente a la satisfacción del acreedor: en la Sentencia 982/2001, de 25 de octubre, acepta la resolución por la pérdida, debida meramente a una acción interdictal, de una parte de la parcela comprada que hace que no se pueda ya realizar en ella el plan previsto; en la 8/2005, de 19 de enero, por la pérdida significativa (un 19%) de una finca; y en la Sentencia 987/2011, de 11 de enero de 2012, el Tribunal Supremo acepta la resolución por el impago de unos aumentos de obra, de importe relevante respecto al total, que traían causa de un mal planteamiento del comitente;. En cambio, la Sentencia de Tribunal Supremo núm. 12711/2007 de 26 de noviembre entiende que no cabe resolver por el impago de una cantidad mínima, y la Sentencia 85/2014, de 20 de febrero, niega una resolución, probablemente oportunista, instada por un inversor que compró 283 viviendas y ya ha recibido 245 (estando el resto en avanzado estado de construcción).

so o retrasado. En cuanto al primero, hay que estar a la entidad del defecto y a las consecuencias que éste puede tener: y así, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha considerado suficiente para la resolución que la finca no esté libre de cargas, sino sometida a una hipoteca no cancelada que puede hacer surgir por vía del artículo 34 de la ley hipotecaria a un acreedor hipotecario (Sentencia 55/2014, de 7 de febrero), que no exista suministro eléctrico en la vivienda (Sentencias 87/2014, de 18 de febrero, y 658/2016, de 10 de noviembre), que no esté legalizada una piscina publicitada (Sentencia 612/2016, de 7 de octubre), así como otros incumplimientos graves de la información publicitaria (Sentencia 616/2017, de 20 de noviembre, en la que se anunciaba un campo de golf de 18 hoyos que luego resultó de 9 y unos accesos a la autovía que resultaron inexistentes).

Pero es la cuestión del incumplimiento retrasado la que ha dado lugar a más problemas, sobre todo en los años de la crisis inmobiliaria, donde se acumulaban retrasos en las entregas de viviendas, pero también resoluciones oportunistas que buscaban simplemente librarse de un negocio que había dejado de ser interesante para el comprador. Es muy difícil establecer aquí la línea que separa el incumplimiento resolutorio del no resolutorio, más aún porque el Tribunal Supremo no es igual de tolerante con el retraso cuando se alega la regulación general del artículo 1124 que cuando se invoca la legislación protectora del adquirente de vivienda que anticipa cantidades (la antigua Ley 57/1968, cuyas normas están hoy recogidas en buena parte en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación). En cualquier caso, en el marco de la regulación general del artículo 1124 del Código civil, el Tribunal Supremo ha ido aceptando que es causa de resolución un retraso de tres años en la entrega de vivienda (Sentencias 37/2014, de 30 de enero, y 92/2014, de 19 de febrero), también el de 18 meses y el de algo más de un año (Sentencias 743/2014 y 741/2014, ambas de 19 de diciembre), e incluso el de nueve meses (Sentencia 322/2016, de 18 de mayo). Lógicamente, con mucha más razón, es resolutorio un retraso de cinco años (Sentencia 265/2019, de 10 de mayo). Y todo ello porque, como dice la Sentencia 348/2016, de 25 de mayo, «aun a falta de cláusula resolutoria expresa, un retraso en el cumplimiento, aunque en sí mismo no sea esencial, justificará la resolución del contrato cuando, por su duración o sus consecuencias, ya no quepa exigir al acreedor conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato». Razón por la cual, y por entender oportunista la resolución —hecha, la mayoría de las veces, cuando la parte incumplidora ya había ofrecido el cumplimiento— ha rechazado que pueda resolverse por un retraso de pocos meses (Sentencia 24/2014, de 24 de enero), de dos meses (Sentencia

53/2014, de 5 de febrero), de un mes (51/2014, de 4 de febrero), o de 9 días (Sentencia 759/13, de 22 de abril de 2014). Criterios de gravedad que ha trasladado también a otro tipo de contratos⁷⁶.

En cambio, cuando resolución se ha apoyado en la Ley 57/1968, y en su artículo tercero, el Tribunal Supremo ha sido mucho menos tolerante con los retrasos, llegando la Sentencia de Pleno de la Sala Primera 778/2014, de 15 de enero de 2015, a atribuir carácter resolutorio a cualquier retraso, salvo que se inste la resolución cuando ya se ha emplazado al comprador a que otorgue escritura pública⁷⁷. Doctrina reiterada en la Sentencia 218/2015, de 22 de abril. Con ello se acerca el plazo previsto de entrega en estas compraventas con cantidades anticipadas a un término esencial, del que se tratará luego. Sin embargo, el propio Tribunal se ha visto obligado luego a relajar esa perspectiva tan estricta, en casos en que el comprador ha pretendido aprovecharse de un retraso mínimo para librarse de un negocio económicamente insatisfactorio (Sentencias de Tribunal Supremo 237/2015, de 30 de abril, 561/2015, de 14 de diciembre, 732/2015, de 30 de diciembre, y 256/2019, de 7 de mayo).

Una cuestión que plantea ciertos problemas en toda la materia de los incumplimientos resolutorios es la de si el incumplimiento de una obligación accesoria puede dar lugar a un incumplimiento esencial. El Tribunal Supremo lo ha negado en varios casos, pero se trata de declaraciones que son meros *obiter dicta* o que se refieren en realidad a incumplimientos menores de obligaciones principales⁷⁸. Con todo, esa idea parece pesar en la jurisprudencia, que tal vez por ello prefiere afirmar el carácter principal de ciertas obligaciones

⁷⁶ Así, la Sentencia 291/2015, de 3 de junio, ha aceptado la resolución basada en incumplimientos reiterados de obligaciones periódicas, mientras que la 464/2015, de 15 de octubre, la ha rechazado cuando se pretendió fundándola en el retraso de dos mensualidades en un total de trece años.

⁷⁷ En palabras de la Sentencia, «procede declarar ahora que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de mayo de 2014 (rec. 328/2012), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega. Lo anterior significa que el art. 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador».

⁷⁸ Así puede verse en el Auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2000 (recurso 3977/1997: se trataba de una pequeña deficiencia en un vehículo, debido en parte al propio actor), y en las Sentencias de Tribunal Supremo 122/2004 de 27 de febrero (venta de cartera de clientes con obligación de no hacer competencia, en que se incurre en algún incumplimiento menor), 210/2008 de 14 de marzo (donde el problema es que quien pretendía la resolución había incurrido en incumplimientos propios), 518/2010 de 6 de septiembre de 2010 (donde no hubo incumplimiento alguno), 215/2012 de 12 de abril (impago de un mes de un arrendamiento, sucedido además hace tiempo), y 325/2017 de 24 de mayo (mero *obiter dicta* en una resolución por incumplimiento por ineptitud de las fincas para la finalidad prevista).

cuyo incumplimiento considera resolutorio: así, la del promotor de obtener la licencia de primera ocupación, que al fin y al cabo es requisito para el uso de la vivienda adquirida⁷⁹; pero también, y con menor fundamento, la que recogía la Ley 57/1968, y hoy la disposición adicional primera de la LOE, de entregar el promotor aval de las cantidades recibidas a cuenta⁸⁰. Pero más allá de esas declaraciones generales y de ese recurso a elevar a principales ciertas obligaciones, la realidad es que no faltan casos en que el Tribunal Supremo ha aceptado la resolución por incumplimiento de obligaciones que claramente son accesorias: así, con criterio aún discutido, ha aceptado que la negativa a otorgar la escritura de venta o permuta es incumplimiento esencial⁸¹; y ha admitido también como causa de resolución que un abogado mantenga una relación profesional con antiguos empleados de su cliente contra los que éste pleitea o que el concesionario de un contrato de agencia eluda reiteradamente informar y enviar documentación al concedente⁸². Criterio que es compartido por buena parte de la doctrina, que no rechaza *a priori* que se produzca la resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias⁸³.

⁷⁹ Afirman el carácter principal de esa obligación las Sentencias de Tribunal Supremo 434/2014, de 21 de julio y 625/2014, de 4 de noviembre. Sobre resolución por falta de licencia de primera ocupación, o cédula de habitabilidad, existe una amplísima jurisprudencia: básicamente, el Tribunal Supremo considera que su obtención es una obligación del vendedor-promotor que se deriva de la naturaleza del contrato, y de la buena fe, el uso y la ley (art. 1258), ya que permite usar el bien como vivienda; y traslada en cierto modo los criterios ya vistos sobre el incumplimiento retrasado, declarando que no puede exigirse al adquirente que se mantenga indefinidamente en espera de dicha licencia, y que por tanto un retraso de cierta entidad frustra la finalidad del contrato y abre la puerta a la resolución; sin que pueda, a la vez, invocarse con una finalidad oportunista, cuando el retraso es muy menor y no existe obstáculo para su obtención. *Vid.* al respecto, además de las dos Sentencias antes mencionadas, la Sentencia de pleno de la Sala primera del Tribunal Supremo 537/2012, de 10 de septiembre, que fija ese criterio; y aplicándolo en muchos otros casos, Sentencias de Tribunal Supremo 40/2014 de 29 de enero, 52/2014 de 6 de febrero, 87/2014 de 18 de febrero, 198/2014 de 1 de abril, 223/2014 de 28 de abril, 137/2016 de 9 de marzo, y 423/2016, de 24 de junio.

⁸⁰ Declaran esencial esa obligación de entregar el aval por las cantidades entregadas a cuenta, las Sentencias de Tribunal Supremo 242/2014, de 23 de mayo, y 65/2017, de 2 de febrero. Consideran que el incumplimiento de esa obligación constituye en consecuencia un incumplimiento esencial y pueda dar lugar a la resolución del contrato, además de las Sentencias recién citadas, las 501/2015, de 15 de septiembre, 292/2016, de 4 de mayo, y 247/2018, de 25 de abril.

⁸¹ Aceptan la resolución por esa causa las Sentencias 624/2010, de 13 de octubre, y 631/2007, de 31 de mayo. En cambio, declaran lo contrario las Sentencias 724/1999 de 29 de julio, 76/2012 de 28 de febrero y 303/2014 de 16 de septiembre: pero en la primera de ellas es un mero *obiter dicta*, sin importancia para la solución del caso, en la segunda la declaración no tiene trascendencia, pues luego el Supremo estima que en el caso las partes habían establecido expresamente esa obligación como esencial y que, por tanto, sí había lugar a la resolución, y la tercera es un caso peculiar en que los vendedores no tenían culpa alguna en el no otorgamiento de la escritura –a la que se negaba la esposa, en trámite de separación, de uno de los vendedores–.

⁸² Así, en las Sentencias 782/2007 de 10 de julio, y 1147/2008 de 10 de diciembre.

⁸³ Así, DE LA HAZA (1996), p. 39; DíEZ-PICAZO (2005), pp. 94 y ss.; CARRASCO PERERA (2021), pp. 1234 y s.

4.3 Casos típicos: el incumplimiento esencial predeterminado, el término esencial, el incumplimiento intencional y el incumplimiento anticipado

Si en la caracterización del incumplimiento esencial nuestros tribunales se han movido en cierto modo a tuestas, intentando precisar unos perfiles de difícil concreción, hay otros casos donde la jurisprudencia sí ha realizado claros avances y donde ha fijado una tipología de incumplimientos que permiten la resolución sin tener que calibrar la trascendencia del incumplimiento.

Una primera modalidad de estos tipos resolutorios específicos es el que podría llamarse «incumplimiento esencial predeterminado», es decir, aquél en que la esencialidad del incumplimiento no se desprende de un examen *a posteriori* de sus consecuencias, sino de un acuerdo *a priori* entre las partes determinando que dicho incumplimiento tendrá carácter resolutorio. En estos casos, articulados normalmente mediante una cláusula resolutoria expresa, es la previsión y voluntad de los contratantes a la hora de conformar la regla negocial la que atribuye consecuencias resolutorias a un incumplimiento que, de otra forma, podría considerarse que no frustra el interés del perjudicado. Así lo ha recogido el Tribunal Supremo, que se exime por tanto en esos casos de juzgar si el incumplimiento tenía gravedad suficiente para ser considerado como esencial conforme a los parámetros ordinarios⁸⁴.

Muy relacionado con este supuesto, es el del llamado termino esencial. El concepto alude a aquellos casos, llamados de término esencial absoluto o impropio, en que la misma naturaleza de la prestación excluye su realización retasada, y aquellos otros en que, siendo en sí dicha prestación aún posible y quizá satisfactiva, la voluntad de las partes ha elevado a requisito del cumplimiento su realización antes de una fecha⁸⁵. Como bien puede observarse, ésta segunda modalidad, llamada termino esencial relativo o propio, constituye en realidad un subtipo del «incumplimiento esencial predeterminado», en el que las partes atribuyen trascendencia resolutoria a un retraso que, en otro caso,

⁸⁴ Así, con criterio correcto, GREGORACI, (2015), rechazando que incluso en el caso de la cláusula resolutoria expresa del 1504 se deba valorar si el incumplimiento cumple los requisitos de esencialidad del artículo 1124 (pp. 117 y ss.). También, entre otras, la Sentencia de Tribunal Supremo 682/2018, de 4 de diciembre, conforme a la cual «como declara la sentencia de 30 de abril de 2010 (rec. 677 de 2006), el art. 1255 del CC «permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria». En parecido sentido, Sentencia 348/2016, de 25 de mayo. También la Sentencia de Tribunal Supremo 31/2014, de 12 de febrero, en la que se pactó una obligación de recalificar el terreno cuyo incumplimiento se consideraba resolutorio, y los casos, de que se tratará inmediatamente, en que se pactó una cláusula resolutoria expresa en caso de retraso en la entrega.

⁸⁵ Sobre dichos conceptos, SAN MIGUEL PRADERA (2004), pp. 201 y ss.; INFANTE RUIZ (2008), pp. 147 y ss.

quizá no lo tendría. La jurisprudencia ha hecho amplio empleo de estas categorías, en particular del término esencial relativo⁸⁶. Conviene además reseñar que, tras ciertas vacilaciones anteriores, tiende ahora a atribuir este carácter a aquellas cláusulas en que se prevé la resolución del contrato para el caso de que la prestación no se produzca antes de una determinada fecha –rechazando por tanto que haya que examinar en esos casos si el retraso fue grave o no–⁸⁷.

Una tercera modalidad específica de incumplimiento esencial es la que podríamos llamar «incumplimiento intencional», es decir, aquél en que la parte incumplidora expresa su decisión de no cumplir, de forma que no puede exigirse a la otra parte que prorrogue su espera antes de ejercitar la resolución. Empleado como criterio decisorio en varias Sentencias del Tribunal Supremo, la Sentencia 8/2014, de 5 de febrero, no sólo hace empleo de él, sino que lo eleva, junto al incumplimiento grave y al predeterminado, a uno de los tipos básicos de los incumplimientos resolutorios, declarando que «para reconocerle fuerza resolutoria, el incumplimiento, además de no excusable, ha de ser esencial, ya porque la estricta observancia de la obligación forme parte de lo pactado en el contrato –lo que constituye un reconocimiento de la potencialidad normativa creadora de los contratantes y de la fuerza vinculante de la «lex privata» por ellos creada–; ya porque el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente tal resultado; ya porque, siendo intencional el comportamiento del deudor, la parte perjudicada creyese razonablemente que no podía confiar en un cumplimiento futuro»⁸⁸. A mi juicio, ha de estarse más al carácter definitivo de la negativa al cumplimiento que al elemento intencional de esa decisión.

⁸⁶ Un caso de termino esencial absoluto puede verse en la Sentencia de Tribunal Supremo 618/1998, de 26 de junio, referente a la actuación en una cena-festival. Casos de termino esencial relativo –remarcando que no procedía examinar si el incumplimiento era grave– pueden verse en las Sentencias 292/2016 de 4 de mayo, y 637/2017 de 23 de noviembre, con cita de otras anteriores.

⁸⁷ *Vid.* las Sentencias 292/2016, de 4 de mayo, y 637/2017, de 23 de noviembre, ya citadas en la nota anterior.

⁸⁸ Esa división trimembre de los incumplimientos resolutorios tiene gran rigor técnico, en la medida que los casos de termino esencial relativo son en realidad un subtipo del incumplimiento resolutorio predeterminado, los de termino esencial absoluto darían lugar a un incumplimiento grave o sustancial, y los casos de «incumplimiento anticipado», de los que inmediatamente voy a tratar, podrían encuadrarse, con ciertas matizaciones, en los incumplimientos intencionados. Aparece con casi idénticas palabras en la Sentencia 788/2013, de 27 de diciembre, y en la 366/2008, de 19 de mayo, todas de Ferrándiz Gabriel, a mi juicio el magistrado-ponente de las mejores sentencias del Tribunal Supremo sobre resolución por incumplimiento. Con todo, me parece que la individuación de los casos de término esencial absoluto y relativo y de incumplimiento anticipado como causa de resolución ayuda a una mayor concreción y clarificación en la materia. La Sentencia 8/2014, ya referida, trataba de una vendedora que era clara en su intención de no cumplir, hasta el punto de haber puesto en arrendamiento el chalé vendido. Otros casos de resolución por incumplimiento intencional pueden verse en las Sentencias de Tribunal Supremo 397/2004 de 13 de

La última modalidad de incumplimiento esencial que puede individualizarse es el que podría llamarse «incumplimiento anticipado», que trae probablemente causa del *anticipatory breach* inglés, y que allí alude tanto a la manifestación de voluntad de incumplir el contrato como la conducta del que de modo imputable se coloca en imposibilidad de cumplir su prestación. La idea, en su primera versión, ha sido acogida por la Sentencia de Tribunal Supremo 168/2010, de 30 de marzo, que declara que «constituye incumplimiento –intencional– la declaración de la voluntad de no cumplir, emitida cuando la prestación aún no es exigible, si la otra parte no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo»⁸⁹. Y en el segundo sentido, es decir, como hecho del que se desprende la imposibilidad de que el deudor llegue a cumplir con sus obligaciones, en las Sentencias de Tribunal Supremo 69/2013, de 26 de febrero, y 511/2013, de 18 de julio, declarando esta última que, en virtud de ese incumplimiento previsible o anticipado, debe «facultarse al contratante cumplidor a resolver cuando antes del vencimiento del plazo contractual resulta patente que el deudor incurrirá en un incumplimiento esencial»⁹⁰. Parece, en efecto, ajustado a Derecho que se permita la resolución al acreedor ante una declaración o unos hechos del deudor claramente demostrativos de que no tendrá lugar el programa de prestación previsto en el contrato.

5. ALGUNOS PROBLEMAS PARTICULARES DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

No quiero terminar este trabajo sin tratar, así sea muy brevemente, de tres situaciones que pueden dar lugar a particulares problemas o dudas al aplicar el remedio resolutorio, y sobre las que convendrá indicar algunos criterios básicos que puedan orientar su solución.

mayo y 364/2006 de 5 de abril (sobre incumplimiento a todas luces intencional, de una cadena de televisión, y sobre el incumplimiento de un contrato de cesión de crédito hipotecario en que el cesionario manifiesta su intención de no pagar, respectivamente).

⁸⁹ En el caso que dio lugar a la Sentencia, una entidad bancaria declaró de antemano su decisión de incumplir la obligación que había asumido de adquirir ciertas acciones de la otra parte. Ponente de la Sentencia fue Ferrándiz Gabriel. La Sentencia cita en apoyo de esta doctrina un par de Sentencias anteriores, pero la realidad es que no versaban sobre incumplimiento anticipado.

⁹⁰ En ambos casos se trataba de la resolución de contratos de compraventa de apartamentos en construcción en los que las obras se habían paralizado y resultaba evidente la imposibilidad de cumplir en el plazo previsto. Sobre el incumplimiento anticipado NAVARRO CASTRO (2014), pp. 95 y ss.

5.1 La resolución por incumplimiento en casos de pluralidad

Se trata de una situación particularmente compleja, debido en buena parte a la propia dificultad de precisar el concepto de divisibilidad de la obligación⁹¹. En realidad, la existencia de una pluralidad de sujetos en una de las partes contractuales no tendrá trascendencia a efectos de resolución cuando el régimen existente entre ellos sea de parciariedad o de solidaridad, sino sólo en casos de mancomunidad sobre objeto indivisible. En caso de parciariedad –o, si prefiere así decirse, de obligaciones mancomunadas sobre objeto divisible, a las que alude el artículo 1138–, el crédito o la deuda, como dice ese artículo, «se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros». En consecuencia, la facultad resolutoria activa podrá ser ejercida individualmente por cada uno de los acreedores, y el incumplimiento de uno de los deudores no deberá perjudicar al resto, precisamente por esa distinción en créditos y deudas distintos. Y, del mismo modo, en caso de solidaridad activa o pasiva, cada uno de los acreedores podrá ejercitar la resolución por todos, y el incumplimiento de un deudor deberá ser suplido por los demás⁹². En ambos casos pueden surgir problemas en las relaciones internas entre los acreedores o deudores solidarios, que serán sin duda consecuencia del ejercicio de la facultad resolutoria, pero que no afectan propiamente a la resolución realizada.

Los problemas, por tanto, se concentran en casos de mancomunidad sobre obligaciones indivisibles. En estos casos, si la pluralidad se da en la parte facultada a resolver, parece que habrá que ejercitarla por unanimidad, por más que luego sea uno de los acreedores el que demande en juicio basándose en la resolución realizada⁹³. Ahora bien, esta exigencia de unanimidad para producir la

⁹¹ Sobre esas dificultades y los criterios de divisibilidad de la obligación o de la prestación, *vid.* VERDERA SERVER (2013), pp. 1319 y s.

⁹² En el mismo sentido, en la doctrina, CLEMENTE MEORO (1998), p. 161; DÍEZ-PICAZO (2008), p. 821; VERDERA SERVER (2013), p. 1320. También la Sentencia de Tribunal Supremo núm. 470/2000 de 4 de mayo, en un caso de ejercicio de la resolución de una compraventa por una pluralidad de vendedores en régimen de solidaridad. Todos los autores se refieren en realidad al ejercicio de la resolución, pero no veo problema en trasladar el planteamiento al caso de que la solidaridad se dé en la parte incumplidora.

⁹³ Así lo entienden las Sentencias del Tribunal Supremo 78/1980 de 28 de febrero, relativa a una compraventa celebrada por varios condueños, 1006/1994 de 10 de noviembre, por más que aceptó excepcionalmente la resolución sin unanimidad, por entender abusiva la negativa a la resolución de un comprador, adquirente de una participación del 2 por ciento de la finca, que se encontraba además empleado a cargo del vendedor, 603/1999 de 7 de mayo, en que una parte de los vendedores de cosa común intentaban una resolución por el todo de una compraventa, 967/2006 de 10 de octubre, que no acepta la resolución parcial por ciertos vendedores ante el impago del precio y 73/2010 de 22 de febrero relativa a la resolución de un negocio de constitución de servidumbre por el titular del predio dominante que ya había enajenado cuotas a favor de terceros, encontrándose por tanto en copropiedad; la Sentencia de Tribunal Supremo 56/1984, de 6 de febrero, admitió la resolución porque todos los sujetos que integraban la parte con-

resolución contractual por el todo no excluye que pueda plantearse la resolución parcial, efectiva sólo para aquellos titulares que opten por ella. Se trata de una cuestión muy controvertida, hasta el punto de que el Tribunal Supremo, en las dos únicas ocasiones en que se le ha planteado el asunto, ha seguido criterios contrapuestos⁹⁴. A mi juicio, el criterio determinante de la posibilidad de la resolución parcial del contrato vendrá dado por la divisibilidad o no de las prestaciones. Siendo la prestación de los facultados a resolver materialmente indivisible, pero susceptible de división por cuotas, considero lo más correcto admitir la resolución parcial: se trata de una solución que puede perjudicar al contratante incumplidor, haciéndole participe de una situación de comunidad que él no buscaba; pero no parece que quien incumple un contrato sea titular en este caso de un interés jurídicamente atendible. En cambio, cuando la prestación de una cualquiera de las partes sea jurídicamente indivisible, como sucede en general con las prestaciones de hacer referidas a un resultado, y con la constitución de derechos de uso como las servidumbres, considero que la indivisibilidad absoluta de la prestación excluirá la posibilidad del ejercicio *pro parte* de la resolución, pues defraudaría totalmente los intereses del resto de partícipes en la relación contractual. Por su parte, cuando la pluralidad de sujetos se dé en la parte incumplidora, aunque el incumplimiento sólo proceda de uno, el acreedor podrá resolver frente a todos, tal como se deduce del artículo 1150, pues no se le puede obligar siquiera a integrarse en una comunidad por cuotas⁹⁵.

5.2 La resolución y la cesión del contrato o del crédito

La cesión del contrato no representa, en realidad, ningún problema a efectos del ejercicio de la facultad resolutoria. Producida la cesión de un con-

tractual facultada a resolver ejercitaron la resolución, aunque luego fuese sólo uno el que, ante la oposición de la otra parte, accionó para obtener la restitución de la prestación realizada A favor también del criterio de la unanimidad para el ejercicio de la facultad resolutoria. MIQUEL, (1985), pp. 83, 91 y ss.; CLEMENTE MEORO (1998), pp. 161 y ss.; Díez-PICAZO (2008), pp. 820 y s. Otra jurisprudencia anterior, representada por las Sentencias de 27 de febrero de 1959 y 18 de marzo de 1972, admitía la resolución ejercitada por uno sólo de los facultados para ejercitarla, apoyándose en el débil argumento de una actuación «en interés de la comunidad». Conviene recordar a este respecto que el párrafo tercero del antiguo artículo 1252 del Código civil, relativo a la cosa juzgada, que parecía amparar un ejercicio de este tipo de acciones por uno sólo de los titulares, no ha encontrado acogida en la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 (*cf.*: art. 222.3 LEC).

⁹⁴ La Sentencia 967/2006, de 10 de octubre, y parte de la doctrina (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 821; ÁLVAREZ VIGARAY, 2009, p. 226) niegan esa posibilidad, por entender que, aunque exista pluralidad de sujetos, la relación contractual es única, de manera que no pueden resolver sólo algunos. En cambio, la Sentencia de Tribunal Supremo 903/1995, de 24 de octubre, y otro grupo de autores (MIQUEL, 1995, pp. 93 ss.; CLEMENTE MEORO, 1998, pp. 166 s.) no ven el porqué del rechazo a una resolución parcial, y la admiten al menos en ciertos casos, por entender que puede ser mucho más conforme al interés de las partes.

⁹⁵ Así, Sentencia de Tribunal Supremo 744/2016, de 21 de diciembre, en una compraventa en que eran varios los vendedores y uno se negaba a cumplir, y en la que se concede la resolución por el todo.

trato, con el necesario consentimiento no sólo del cedente y del cesionario, sino también de la otra parte contractual, será al cesionario al que corresponda el ejercicio de la facultad resolutoria y frente a quien se ejerza, pues el cedente ha quedado desligado de la relación y no tiene interés merecedor de protección en las vicisitudes que ésta pueda atravesar⁹⁶.

Muchas más dificultades presenta el ejercicio de la facultad resolutoria en caso de que la parte cumplidora haya cedido el crédito nacido de la relación contractual. Parece claro que el cedente no podrá ejercitar la resolución, pues ello provocaría la pérdida por el cesionario del crédito cedido. Pero el problema es que el ejercicio por el cesionario parece carecer de todo sentido y utilidad, pues extingue su crédito liberando al cedente –si aún no cumplió–, o concediendo a este último un derecho a la restitución de la prestación ya cumplida. Con lo cual la cuestión parece conducir a un callejón sin salida, pues el cedente no puede resolver, pues perjudica al cesionario, y a este último no le interesa la resolución, pues no obtiene nada. De él se puede salir, con todo, si se acepta que con la resolución el cesionario se convertirá en acreedor de la pretensión de restitución sobre la prestación llevada a cabo por el cedente, así como de la de daños y perjuicios⁹⁷.

5.3 La resolución en los incumplimientos no culpables: caso fortuito y fuerza mayor

He dejado para el último punto la cuestión, por largo tiempo muy controvertida, relativa a la eficacia que tiene en la relación contractual el incumplimiento del contrato no imputable a ninguna de las partes; es decir, el problema del tradicionalmente llamado caso fortuito o fuerza mayor. Hoy parece estar asentada la idea de que la solución a esos casos de imposibilidad o inexigibilidad no imputable de una cualquiera de las prestaciones debe ser sinalagmática, en el sentido de resolverse en la pervivencia o extinción de ambas obligaciones, excluyendo en general que una parte se libere mientras la otra se mantenga obligada. Únicamente en el ámbito del contrato de compraventa, y por una especialidad histórica de la *emptio venditio* romana que no es el momento de analizar aquí, pervive en la regulación del Código civil –y en concreto, en los

⁹⁶ Así, Sentencia de Tribunal Supremo 369/2011, de 26 de mayo, que niega la facultad de resolver a quien ha cedido su entera posición de optante en un contrato de opción.

⁹⁷ Así, GAVIDIA SÁNCHEZ (1993), p. 230 y CLEMENTE MEORO (1998), p. 151. Por esa solución se ha inclinado el Tribunal Supremo en la Sentencia 587/1984, de 23 de octubre, en la única ocasión en que se ha enfrentado a la cuestión.

artículos 1452 y 1096, ambos en su inciso final— la idea de que la pérdida de la cosa no imputable al vendedor libera a éste de su obligación sin extinguir el deber del pago del precio por el comprador⁹⁸. Pero, salvando ese contrato, la idea que prevalece para el resto de relaciones contractuales es que la suerte de ambas obligaciones debe ser unitaria⁹⁹.

Lo que no está claro, en cambio, es el medio elegido para alcanzar esa solución conjunta. No han faltado autores, ciertamente, y algunas sentencias, que preconizan que la imposibilidad o inexigibilidad no culpable de una prestación produce la extinción automática de ambas obligaciones, sin necesidad siquiera de resolución, por entender que la mutua liberación es la única vía practicable para ese objetivo¹⁰⁰. Sin embargo, aunque es cierto que la imposibilidad y la inexigibilidad no imputable excluyen tanto la acción de cumplimiento como la responsabilidad contractual, eso no significa que la extinción de ambas obligaciones sea la única salida que quede para alcanzar una solución sinalagmática: puede también resultar que el acreedor prefiera optar por el llamado *commodum representationis* del artículo 1186, cumpliendo su prestación y exigiendo los reembolsos e indemnizaciones que traigan causa de la imposibilidad. En consecuencia, no procede imponer al acreedor de la prestación devenida imposible la extinción automática de la relación contractual, pues puede no serle favorable —piénsese en supuestos donde la pérdida pueda dar lugar a una indemnización de tercero mayor que el valor de la prestación misma—, sino que lo adecuado es dejar en sus manos la opción entre la resolución y ese llamado *commodum representationis*¹⁰¹. Caso de que opte por la resolución, deberá hacerlo conforme con lo previsto en el artículo 1124: norma que, como ya vimos, no presenta ningún obstáculo a ser empleada en casos de incumplimiento no imputable, pues la culpabilidad del deudor no constituye requisito de su ejercicio. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia mayorita-

⁹⁸ ALONSO PÉREZ (1972), *passim*, por ejemplo p. 239; CAFFARENA LAPORTA (1982), pp. 291, 338 y ss.; LACRUZ (1986), p. 42 i.f.; LÓPEZ Y LÓPEZ (1993), pp. 895 y ss.; ABRIL CAMPOY (2011), pp. 143 y ss. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 6 de octubre de 1965, 16 de noviembre de 1979, 601/1994 de 20 de junio, y 313/2004 de 22 de abril. Con todo, conviene destacar que, por tratarse de cuestiones nuevas, o de asuntos relacionados con los riesgos sólo indirectamente —frutos, actualización del valor de las prestaciones—, la declaración es en todas ellas *obiter dicta*, y no *ratio decidendi*; y que el Tribunal Supremo, como se deduce de las Sentencias que se recogen en la nota 102, no la aplica en casos en que podría haber sido aplicable.

⁹⁹ *Vid.* el atento resumen de las opiniones de los autores realizada por SAN MIGUEL PRADERA (2004), pp. 98 y ss.

¹⁰⁰ *Vid.* ÁLVAREZ VIGARAY (2009), pp. 159 y ss, 167; OGÁYAR AYLLÓN, (1983), pp. 167 y ss.; JORDANO FRAGA (1987), pp. 313 y ss. Una posición un tanto intermedia mantiene CASTILLA BAREA (2001, pp. 315 y ss.), pues aunque no sostiene que la extinción de la relación opere automáticamente, cree que la extinción de la relación no es alternativa con la exigencia del *commodum representationis* del 1186.

¹⁰¹ *Vid.* PANTALEÓN, (1991), pp. 1047 y s.; SAN MIGUEL PRADERA (2004), pp. 122 y ss., 151 y ss.

ria desde hace años, por más que algunas sentencias aisladas sigan apostando por la extinción automática de ambas obligaciones ¹⁰².

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, *La atribución del riesgo al comprador – La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*, Valencia, 2011.
- ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 2009.
- BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *La renta vitalicia onerosa – Estudio jurisprudencial y breve ensayo doctrinal*, Pamplona, 1995.
- BOURJON, François, *Le droit común de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, I, París, 1747.
- BÉNABENT, Alain, *Droit des obligations*, París, 2019.
- BOYER, Georges, *Recherches Historiques sur la Résolution des Contrats (Origines de l'article 1184 C. Civ.)*, París, 1924.
- BUFFELAN-LANORE, Yvaine/LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *Droit civil – Les obligations*, París, 2018.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Genus nunquam perit», *ADC*, 1982-2, pp. 291-354.
- CAÑIZARES LASO, Ana, *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001.
- CASTILLA BAREA, Margarita, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, 2001.
- CLEMENTE MEORO, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.
- «La resolución del contrato como excepción procesal», en Cavanillas *et al.* (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, II, Madrid, 2003, pp. 1659-1677 (también en *RDPat*, 2003-2, pp. 65-77).
- *La resolución de los contratos por incumplimiento: Presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Barcelona, 2009.

¹⁰² *Vid.*, entre la jurisprudencia más reciente, Sentencias de Tribunal Supremo 300/2011, 4 de mayo, con muy buena fundamentación doctrinal, en un caso de cesión de terrenos para edificar y posterior cambio urbanístico; Sentencia 299/2014, de 13 de junio, en la que se aceptó la resolución de una compraventa ante el hecho de que un cambio de la normativa urbanística impedía la demolición de un edificio a la que se había obligado la vendedora (cuya alegación de que regía la regla *periculum est emptoris* no fue atendida); Sentencia 111/2018, de 5 de marzo, en la que se dio lugar a la resolución porque se derrumbó una nave comprada por vicios que no podían ser apreciados en el momento del contrato; Sentencia 265/2019, de 10 de mayo, en un caso en que el vendedor de un edificio retrasa la entrega por problemas urbanísticos no imputables, aceptando el tribunal la resolución del adquirente; y Sentencia 6/2021, de 18 de enero, tratando de los mismos hechos que la antes citada 299/2014, y que reitera la procedencia de la resolución ante un incumplimiento no culpable. En cambio, la Sentencia 258/2018, de 26 de abril, en un caso de imposibilidad legal de cumplir una prestación, se inclina desde el punto de vista doctrinal por la extinción automática de ambas obligaciones sin necesidad siquiera de resolución.

- COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, II, Madrid, 1996.
- CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Pamplona, 2021.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1952-53.
- D'AFFUSO, Rosalia, «Comentario al artículo 1454», en Caringella/della Valle, *Codice civile, Annotato con la Giurisprudenza*, Milán, 2006, pp. 1676-1681.
- DE LA CÁMARA, Manuel, «Meditaciones sobre la causa», *RCDI*, 1978, pp. 637-694.
- DE LA HAZA DÍAZ, Pilar, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario a la STS de 17 de junio de 1986», *CCJC*, 11 (1986), pp. 3773-3788.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, en Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil*, II-1, *Parte General, Delito y Cuasidelito*, Barcelona, 1985.
- DELL'AQUILA, Enrico, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981.
- DERNBURG, Heinrich, *Pandekten*, II, Obligationenrecht, 7.º ed., 1903, § 41.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Los incumplimientos resolutorios*, Pamplona, 2005.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I y II, Pamplona, 2007, 2008.
- DOMAT, Jean, «Les loix civiles dans leur ordre naturel», livre I, titre I, section VI, n.º 11, en *Oeuvres complètes*, I, París, 1835.
- D'ORS, Álvaro, «Una selección sobre la causa», en *De la guerra y de la paz*, Madrid, 1954, pp. 159-175.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.ª Ángeles, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Madrid, 1998.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, *La cesión de créditos*, Valencia, 1993.
- GHESTIN, Jacques, «La résolution pour inexécution (en droit français)», en Letizia VACCA, *Il contratto inadempito*, Turín, 1999, 109-134.
- GREGORACI, Beatriz, *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*, Madrid, 2015.
- INFANTE RUIZ, Francisco, *Contrato y término esencial*, Madrid, 2008.
- JORDANO BAREA, Juan B., *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.
- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1987», *CCJC*, 15 (1987b), pp. 5183-5207.
- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1990», *CCJC*, 24 (1990), pp. 1097-1114.
- LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munich, 1987.
- LESER, Hans, *Der Rücktritt vom Vertrag*, Tubinga, 1975.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, «Comentario al artículo 1452» en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, II, Madrid, 1993, pp. 895-898.
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel, *Remedios frente al incumplimiento contractual – Derecho español, Derecho inglés y Draft Common Frame of Reference*, Pamplona, 2016.
- MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht*, I, Munich, 2006.

- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Anulabilidad», en *EJB Civitas*, I, Madrid, 1995, pp. 475-481.
- «Comentario al artículo 394», en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo V-2.º, Madrid, 1985, pp. 70-101.
- MOLINAEI, Caroli, *Opera*, 3 tomos, París, 1612.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, «Comentario al artículo 1124», en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XV-1.º, Madrid, 1989, pp. 1171-1255.
- «Comentario a los artículos 81 al 84», en DÍEZ-PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías – Comentarios a la Convención de Viena*, Madrid, 1998, pp. 660-683.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Pamplona, 2006.
- «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, 2012-1, pp. 5-28.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XIX, Madrid, 1902.
- NAVARRO CASTRO, Miguel, «La resolución de los contratos por incumplimiento anticipado», en GONZÁLEZ PACANOWSKA/GARCÍA PÉREZ (Coord.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Pamplona, 2014, pp. 95-117.
- OGÁYAR AYLLÓN, Tomas, *Efectos que produce la obligación bilateral*, Pamplona, 1983.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, 1989-4, pp. 1143-1168.
- «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *ADC*, 1991-3, pp. 1019-1091.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-4, pp. 1719-1745.
- POTHIER, Robert, *Traité des obligations*, en *Oeuvres*, II, París, 1848.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.
- RUBIO TORRANO, Enrique, «El plazo prescriptivo en la resolución de la compraventa», *Aranzadi civil-mercantil*, 01-2011 (abril), pp. 17-20.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, *Resolución del contrato por incumplimientos y modalidades de su ejercicio*, 2004.
- «Comentario a los artículos 1504 y 1505», en Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, pp. 1639-1642.
- SCHERNER, Kart Otto, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung*, Wiesbaden, 1965.
- SCHMIDLIN, Bruno, «Der Rücktritt vom Vertrag – von der Nichtigkeit ex tunc zum vertraglichen Liquidationsverhältnis – ein dogmengeschichtlicher Wandel», en *Iurisprudentia Universalis – Festschrift für Mayer-Maly*, Colonia, 2002, pp. 677-691.
- SECKEL, Emil, «Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts» en *Festgabe für Koch*, Berlin, 1903, pp. 205-222.

- SOLER PRESAS, Ana, «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio», *ADC*, 2018-4, pp. 1227-1275.
- STOLL, Heinrich, «Rücktritt und Schadenersatz», *AcP*, 131 (1929), pp. 141-185.
- TERRÉ, François/SIMLER, Philippe/LEQUETTE, Yves/CHÉNEDÉ, François, *Droit civil – Les obligations*, Paris, 2018.
- TRAVIESAS, Miguel, «Obligaciones recíprocas – conclusión», *RDP*, 1929, pp. 321-339.
- VERDERA SERVER, «Resolución de la compraventa con pluralidad de partes», en *Tratado de la Compraventa – Homenaje a R. Bercovitz*, Pamplona, 2013, pp. 1315-1328.
- WIEGAND, Wolfgang, «Comentario al art. 109 del Código suizo de obligaciones», en HONSELL/VOGT/WIEGAND (ed.) *Basler Kommentar – Obligationenrecht*, I, 4.^a ed., Basel, 2007
- WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, continuada por Theodor KIPP, vol. II, Frankfurt a. M., 1906, reimpresión Darmstadt, 1984.
- ZACCARIA, Alessio, «Comentario al artículo 1454», en Cian/Trabucchi, *Comentario breve al Codice civile*, Padua, 2007, pp. 1503-1505.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of obligations*, Oxford, 1996.

XXXVIII

EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN MEDIANTE PLAZO ADICIONAL (*NACHFRIST*) Y SU PROGRESIVA RECEPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EUROPEO

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. Introducción. El surgimiento histórico del sistema de plazo adicional.-2. La configuración del plazo adicional en el Derecho alemán.-3. El sistema rival del Derecho inglés: el *substantial failure to perform* y el *anticipatory breach*.-4. La recepción del sistema de plazo adicional en el Derecho europeo y uniforme.-5. La incipiente recepción del *Nachfrist* en las leyes especiales españolas y en la normativa autonómica.-6. La recepción del *Nachfrist* por la doctrina española y por la jurisprudencia.-7. Vías e instrumentos para introducir el plazo adicional en nuestro sistema.-8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. EL SURGIMIENTO HISTÓRICO DEL SISTEMA DE PLAZO ADICIONAL

El surgimiento de los Derechos nacionales herederos del *ius commune* es un proceso en cierto modo paralelo con el de la expansión del remedio resolutorio en todo el ámbito contractual. La resolución por incumplimiento, cuyos precedentes en Derecho romano se limitaban fundamentalmente a los contratos innominados, se extendió por obra de los autores prácticos franceses –en particular, Dumoulin– a todo el campo contractual, creando así un remedio

alternativo a la acción de cumplimiento, y compatible como ésta con la acción de daños y perjuicios¹.

El problema que pronto se detectó a la hora de fijar los contornos de la figura fue el de determinar qué tipo de incumplimiento podía dar lugar a su aplicación. Pues se partía de la idea de que la regla era la conservación del contrato y el cumplimiento de las obligaciones, y que, por tanto, no procedía la resolución por un incumplimiento menor. Los juristas franceses de la escuela de la exégesis, al analizar el artículo 1184 del *Code civil*, en el que originariamente se localizaba la figura, exigían que se diese una *inexécution grave*. Pero los intentos de fijar ese concepto no era fácil que pasasen más allá de trazar una descripción general, excesivamente necesitada de concreción judicial.

El legislador alemán del siglo XIX dio un paso fundamental en la fijación de los perfiles del incumplimiento que permitía resolver. El Código mercantil general alemán de 1861 (ADHGB) estableció en su artículo 356 que, en caso de incumplimiento de una parte, la otra pudiese liberarse del contrato notificándolo a la incumplidora y, si eso resultaba conforme con la naturaleza del negocio, concediéndole un plazo para que aún pudiese llevar su prestación. Ese Código tuvo escasa vigencia². Pero el mecanismo de plazo adicional (*Nachfrist*), allí alumbrado, tuvo una suerte del todo singular, pues fue asumida por el BGB alemán, y de allí ha ido expandiéndose hacia otros sistemas, que lo han empleado como herramienta principal para determinar el incumplimiento resolutorio. No parece, por tanto, exagerar Fernando Pantaleón cuando declara que «la figura del *Nachfrist* es la más valiosa contribución de la ciencia jurídica alemana al Derecho del incumplimiento»³.

2. LA CONFIGURACIÓN DEL PLAZO ADICIONAL EN EL DERECHO ALEMÁN

Conforme a los antecedentes mencionados, el BGB recogió el plazo adicional en el § 326, como instrumento fundamental a la hora de fijar cuándo un

¹ Para un detenido análisis histórico de la extensión de la resolución por incumplimiento en el ámbito contractual me remito a las páginas que escribí en Resolución y sinalagma (2013), pp. 38 ss.

² Sobre ese origen histórico en el ADHGB de 1861, HATTENHAUER (2007), marg. 41. El ADHGB estuvo vigente en Alemania hasta el 1 de enero de 1900 –cuando entraron en vigor a la vez el BGB y HGB alemán–, en Austria hasta 1938 –cuando fue derogado tras el *Anschluss*–; pero se mantiene aún en vigor en buena parte en Liechtenstein.

³ PANTALEÓN PRIETO (1993), p. 1733.

incumplimiento podía dar lugar a la resolución⁴. La norma, dividida en dos párrafos, establecía lo siguiente.

«(1) Si en un contrato bilateral una parte incurre en mora, la otra podrá fijarle un plazo adecuado para cumplir su prestación, declarando que rechazará la prestación una vez transcurrido dicho plazo. Pasado dicho plazo sin que se haya cumplido la prestación, estará facultado para exigir los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento o para resolver el contrato; la pretensión de cumplimiento quedará excluida. Si llegado el momento del transcurso del plazo, la prestación no se ha cumplido en parte, será de aplicación la regla del § 325 I 2.

(2) Si a causa de la mora el cumplimiento del contrato ha devenido carente de interés para la otra parte, le corresponderán a éste los derechos enunciados en el párrafo primero, sin que deba entonces fijar un plazo para ello».

Aunque la norma se refería sólo a la mora, su aplicación práctica se extendía también a los casos de cumplimiento defectuoso, pues éstos no eran objeto de tratamiento específico en la versión original del BGB⁵. Fuera de ella sólo quedaban los supuestos de imposibilidad imputable al deudor, recogidos en el § 325, en los que la fijación de un plazo no tiene sentido alguno⁶. En consecuencia, el sistema de plazo adicional funcionaba en el BGB como la herramienta clave para fijar el incumplimiento que da pie a la resolución: el párrafo primero del § 326 lo configura como la regla general, mientras que los casos en que, sin existir imposibilidad, resulta innecesaria la fijación de plazo son tratados con cierto carácter excepcional en el párrafo segundo⁷.

⁴ La primera comisión redactora del BGB no acogió el sistema de plazo adicional, sino que estableció que la parte no incumplidora pudiese optar por la resolución cuando, a causa del incumplimiento, la prestación de la otra parte careciese ya de interés para él. Pero esta propuesta suscitó muchas críticas, ya que en muchas deudas, y típicamente en las de dinero, el retraso no llevaría consigo nunca la falta de utilidad o interés de la prestación. La segunda comisión redactora prefirió por ello acoger el sistema de *Nachfrist* que había resultado exitoso en el § 356 ADHGB (sobre ello, HATTENHAUER, marg. 51).

⁵ Como es sabido, los redactores del BGB contemplaron el incumplimiento como un régimen en alternativa entre mora e imposibilidad; el cumplimiento defectuoso era considerado en su sistema como un cierto tipo de mora, que resultaba subsanable y no anulaba el interés del acreedor. Sobre esta construcción, heredera de la obra de Friedrich Mommsen, *vid.* LARENZ (1987), pp. 367 ff.; sobre la aplicación del § 326 de la redacción originaria del BGB a los casos de cumplimiento defectuoso, HATTENHAUER (2007), marg. 70.

⁶ Sobre la regla de la resolución en casos de imposibilidad en la versión original del BGB, y su actual colocación en el § 326, *vid.* San Miguel Pradera (2004), pp. 264 ss.

⁷ Como se observa en la norma, el Código civil alemán empleaba y sigue empleando el sistema de plazo adicional también a efectos de admitir una reclamación de daños y perjuicios sustitutiva de la prestación *in natura*: *vid.* igualmente el § 283 de la redacción original del BGB, y el actual § 281. Y otro plazo adicional figura también en el § 321 II, en relación con la *exceptio non adimpleti contractus* de quien está obligado a llevar a cabo primero la prestación. Pero en este trabajo no trataré de esas otras funciones del plazo adicional en el sistema del BGB, pues la realidad es que apenas han tenido resonancia en el Derecho comparado.

A pesar de la buena técnica jurídica con que estaba redactado el § 326 del BGB, y del avance que suponía ese sistema del plazo adicional, la realidad es que la norma se convirtió pronto en uno de los preceptos más combatidos del entero texto legal. Básicamente, y con razón, se le criticaban dos puntos: por una parte, que un excesivo dogmatismo, ligado a la concepción de la resolución como una ineficacia originaria del contrato, hubiese llevado a plantear en alternativa el remedio resolutorio y la indemnización de daños y perjuicios; por otra, que una extraña consideración a la necesidad de proteger la situación del deudor hubiese llevado a los autores del Código a excluir la acción de cumplimiento una vez transcurrido el plazo adicional fijado⁸.

Estos problemas provocaron que la práctica jurídica alemana apenas hiciese empleo del remedio resolutorio, y que buscase caminos alternativos que le permitiesen acumular la liberación de la prestación del acreedor con el pago de los daños y perjuicios por el contratante incumplidor⁹. Por su parte, la doctrina alemana comenzó a buscar una explicación de la resolución que permitiese en un futuro revertir la solución adoptada por el Código y compatibilizar el remedio resolutorio con la percepción del interés contractual positivo por el contratante no incumplidor. Y fue Heinrich Stoll quien en 1929, en un trabajo titulado «resolución e indemnización de daños y perjuicios», propuso la explicación que habría de difundirse en la doctrina y que, en cla-

⁸ Una exposición crítica de los diversos problemas que crea el sistema resolutorio inicialmente concebido por el BGB puede verse en LARENZ (1987), pp. 336 ss., 403 ss.; también MEDICUS (1993), pp. 323 ss.

⁹ La construcción que empleó la jurisprudencia para combinar esa liberación de la prestación del acreedor con la percepción de los daños y perjuicios causados por la otra parte fue admitir que los daños contractuales, en caso de que el acreedor optase por el remedio indemnizatorio, se calculasen conforme a un llamado «método de la diferencia» (*Differenzmethode* o *Differenztheorie*). Según la idea inicial de los autores del BGB, la estimación de esos daños y perjuicios debía hacerse según un método subrogatorio (*Surrogationsmethode*), de modo que la indemnización de daños y perjuicios se colocaba en lugar de la prestación no realizada, sin que el acreedor quedase por tanto liberado de realizar la suya. Pero ya desde poco después de la publicación del BGB, el Tribunal Imperial permitió a elección del acreedor aplicar el método de la diferencia para computar los daños: conforme a él, se extinguían las dos prestaciones, y el deudor sólo debía pagar los daños y perjuicios resultantes en el patrimonio del acreedor. Conforme a este sistema, y a través de una aplicación peculiar de la pretensión de daños y perjuicios, se conseguía un resultado muy similar a aquél al que se hubiese llegado mediante la acumulación de resolución e indemnización de daños y perjuicios: liberar al acreedor de la propia prestación sin renunciar a la vez al interés contractual positivo (*vid.* MünchKomm/EMMERICH, § 325 (ed. 2001), marg. 55 ss.; HUBER (1999), pp. 180 ss.). El rechazo a los resultados prácticos a que conducía el remedio resolutorio llevó a que el Tribunal Supremo alemán aceptase incluso la posibilidad de ejercitar una acción de regreso contra un abogado que había ejercitado la resolución, privando así a su cliente de la indemnización de los daños contractuales (*vid.* Sentencia de 20 de octubre de 1994 en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, pp. 449 ss.). Aunque es cuestión debatida, parece que después de la reforma de 2002, que abrió la puerta a la acumulación de resolución y daños y perjuicios, no hay ya lugar para aplicar la *Differenztheorie* en casos de que el acreedor opte por la indemnización de daños y perjuicios (*vid.* MünchKomm/ERNST, § 325, marg 8).

ra contradicción con el texto legal, serviría a partir de entonces de explicación de la figura¹⁰.

Según Stoll, la resolución no supone la extinción retroactiva del contrato, sino una transformación de la relación obligatoria que liga a las partes, en la que se extinguen los deberes primarios de prestación y en la que el contrato se convierte en una relación atípica que obliga a llevar a cabo unas restituciones mutuas («Rückgewährschuldverhältnis»). Esta concepción, que no concibe por tanto la resolución como una forma de ineficacia contractual, sino como lo que podría llamarse «una forma de eficacia contractual alternativa a la prevista», explica coherentemente la conjunción de resolución y daños y perjuicios, ya que entonces ambos nacerían de la misma base contractual.

La reforma operada en el BGB en 2001, tomando ocasión de la trasposición de varias directivas comunitarias, aprovechó para llevar a cabo una nueva regulación de la resolución según esta explicación, superando en consecuencia los problemas mencionados a que daba lugar el inicial § 326. El nuevo § 323, convertido en norma básica en la materia, establece en sus cuatro primeros párrafos, estrechamente relacionados con el *Nachfrist*:

«(I) Si en un contrato bilateral el deudor no cumple la prestación vencida o no lo hace conforme con lo pactado, el acreedor puede resolver si ha fijado sin éxito un plazo adecuado para que el deudor cumpla o subsane el incumplimiento.

(II) La fijación de plazo es innecesaria cuando

- 1) el deudor deniega la prestación seria y definitivamente;
- 2) el deudor no cumple la prestación en el momento fijado en el contrato o dentro del plazo determinado y el acreedor ha vinculado en el contrato el mantenimiento de su interés en la prestación a la puntualidad de ésta;
- 3) cuando concurren especiales circunstancias que, ponderando los intereses de ambas partes, justifican la resolución inmediata.

(III) Si por la naturaleza del incumplimiento no procede la fijación de un plazo, actuará en su lugar un requerimiento.

(IV) El acreedor puede resolver aun antes de que se haya producido el vencimiento de la obligación de la otra parte cuando sea claro que se cumplirán en ese momento los requisitos para declarar la resolución»¹¹.

¹⁰ STOLL (1929), pp. 141-185. La recepción y aceptación de esa explicación de la resolución propuesta por Stoll puede verse en RABEL (1936, pp. 429 ss., 434 s.) quien explica que, por ello, puede ser más correcto hablar de «levantamiento del contrato» (*Aufhebung*), que de resolución (*Rücktritt*). También WOLF (1954), pp. 97 ss.; LESER (1975), pp. 163 ss.

¹¹ Los dos últimos párrafos del precepto, por su parte, establecen:

«(V) Si el deudor ha realizado una prestación parcial, el acreedor solamente puede resolver el entero contrato si no tiene ningún interés en dicha prestación parcial. Si el deudor no ha realizado la prestación conforme con lo pactado, el acreedor no podrá resolver cuando la lesión de la obligación sea irrelevante.

Como bien se ve, el plazo adicional sigue siendo la pieza clave del sistema resolutorio del BGB, pues era casi el único elemento de la anterior regulación de la resolución que había suscitado el consenso unánime de la doctrina. Pero incluso en este campo se introducen algunas variaciones, tendentes a evitar algunas disfunciones que el sistema había creado, y que se pueden observar en los cuatro párrafos transcritos¹². Así, en el párrafo primero, a diferencia de la primitiva regulación del § 326 antes transcrita, se suprime la necesidad de que en la fijación de plazo se haga constar que con posterioridad a él se rechazará la prestación –requisito que, sorprendentemente, había dado lugar a una copiosa casuística sobre cuándo esa declaración se había hecho correctamente–. En el párrafo segundo se sistematizan los casos en que se puede resolver directamente, sin fijar plazo, recogiendo ahí la negativa al cumplimiento y los negocios con término esencial, y dejando un número tercero abierto en el que puedan integrarse otros supuestos (así, según la jurisprudencia, casos muy cercanos al término esencial, como puede ser el suministro de material de temporada). En el párrafo tercero, por su parte, se acoge la posibilidad de que, por el propio tipo de prestación, no proceda la fijación de un plazo, sino un requerimiento o intimación dirigido al deudor para que omita en lo sucesivo actos de incumplimiento: piénsese, por ejemplo, en obligaciones de no hacer. Por último, el párrafo cuarto admite una resolución anticipada cuando, con probabilidad rayana en la seguridad, se observa que llegado el vencimiento se darán los requisitos previstos en el párrafo primero o segundo para permitir la resolución, como sucede cuando el deudor de antemano rechaza el cumplimiento. Aunque no han faltado críticas a la actual regulación de la resolución, lo cierto es que el sistema de plazo adicional se considera hoy una forma lograda y exitosa de tipificar el incumplimiento que abre la puerta a ese remedio¹³.

(VI) La resolución está excluida cuando el acreedor es exclusiva o fundamentalmente responsable del hecho que le justificaría a resolver, o cuando el hecho se produzca, sin responsabilidad del deudor, en un momento en que el acreedor se encontraba en mora respecto a la aceptación».

¹² Sobre los diversos problemas a que había dado lugar la inicial regulación del *Nachfrist* en el § 326 del BGB, HATTENAUER (2007), marg. 68.

¹³ Pese a todo, y como no puede ser de otra manera, hay puntos que el sistema de plazo adicional no logra clarificar del todo. Los problemas fundamentales se presentan en supuestos de cumplimiento defectuoso que, tras el transcurso del plazo, no han sido objeto de corrección. El § 323 V, recogido previamente en la nota 11, declara que sólo cabrá entonces la resolución cuando el defecto sea relevante, remitiendo a un concepto que requiere una cierta concreción judicial. Sobre ello, y sobre las dificultades de precisar el concepto de relevancia en relación con el defecto que permite la resolución *vid.* MünchKomm/ERNST, § 323, marg. 243, quien propone la siguiente fórmula: «se excluye la resolución y el acreedor debe contentarse con la reducción del precio cuando, aunque su interés contractual en la prestación ciertamente se haya visto perjudicada por el carácter defectivo de la prestación de la otra parte, ese perjuicio se considere de menor importancia en comparación con el interés del deudor en el mantenimiento del contrato, pudiéndose además remediarse adecuadamente el perjuicio del acreedor mediante la reducción de la contraprestación que él debe». *Vid.* también KÖTZ (2009), marg. 952 ss.

3. EL SISTEMA RIVAL DEL DERECHO INGLÉS: EL *SUBSTANTIAL FAILURE TO PERFORM* Y EL *ANTICIPATORY BREACH*

Frente al mecanismo alemán de resolución, basado en la alternativa entre *Nachfrist* e imposibilidad, sólo el Derecho inglés ha sido capaz de sistematizar una serie de supuestos con los que tipificar e intentar tornar previsible el incumplimiento grave que da lugar a la resolución. Así, como ya describió hace años con detalle Mario Clemente Meoro, en el sistema jurídico inglés se ha consolidado la idea de que son tres las modalidades de incumplimiento que pueden dar lugar a la resolución: la renuncia o negativa (*renunciation or repudiation*), la imposibilidad imputable al deudor (*impossibility by his own act or default*) y el que podríamos llamar incumplimiento sustancial (*substantial failure to perform*)¹⁴. Este último es el tipo central dentro del Derecho inglés; de hecho, en la medida que los dos primeros concurren una vez que la prestación incumplida está ya vencida, sus requisitos son los mismos que se predicen del incumplimiento sustancial. En realidad, la utilidad de las dos primeras modalidades de incumplimiento citadas es que, cuando se producen antes del vencimiento de la prestación, y siempre que cumplan una serie de requisitos, permiten a la parte acreedora, pese a la falta de vencimiento de su crédito, dar lugar a la resolución del contrato. Son los casos, un tanto residuales, del llamado incumplimiento anticipado, *anticipatory breach*.

El análisis del que he traducido como incumplimiento sustancial, la *substantial failure to perform*, exige algunas indicaciones previas. En su origen, y es una idea que aún continúa vigente, el Derecho inglés distinguía los pactos y cláusulas contractuales precisamente por la posibilidad de que su incumplimiento diese lugar o no a la resolución: las *conditions* son aquellos acuerdos contractuales cuya infracción permitía resolver la relación, mientras que las *warranties* no daban lugar a ese remedio. El problema es que esta teóricamente fácil y nítida distinción se fue demostrando insuficiente, pues presuponía que las partes o la ley hubiesen calificado cada cláusula contractual conforme con esta distinción, cuando la realidad es que, la mayoría de las veces, ni las partes ni la ley han fijado nada sobre ese punto, y ni siquiera existe un precedente judicial al respecto. En consecuencia, fue surgiendo un *tertium genus*, hoy plenamente consolidado, el de los *intermediate* o *innominate terms*, cláusulas contractuales que dan lugar a la resolución cuando produzcan una *substantial failure to perform*, un incumplimiento sustancial. Esta categoría ha

¹⁴ Vid. McKENDRICK (2008), marg. 24-017; TREITEL/PEEL (2011), marg. 18-023; CHEN-WISHART (2015), pp. 477 ss.

ido tendiendo a crecer, pues deja abierta la puerta a que el juez valore la conveniencia de la resolución. Ha de tenerse en cuenta que, calificado un pacto como *condition*, su incumplimiento, así sea mínimo, daría lugar a la resolución; mientras que, si se le conceptúa de *warranty*, no debiera admitirse la resolución sean cuales sean las consecuencias del incumplimiento¹⁵.

El problema, lógicamente, es la dificultad de determinar cuando el incumplimiento de un *intermediate term* ha producido una *substantial failure to perform*. Para intentar determinar esto, la jurisprudencia inglesa ha acuñado ciertas frases que describen el incumplimiento sustancial: la más típica, tal vez, es la que califica por tal al que «priva al acreedor de sustancialmente la totalidad del beneficio que se pretendía que obtuviera» (*deprives the claimant of substantially the whole benefit which it was intended he should obtain*); pero también se usan otras fórmulas, tales como «el que afecta a la raíz del contrato» (*goes to the root of the contract*), es «fundamental» (*fundamental*) o «frustra el propósito comercial de la empresa» (*frustrate the commercial purpose of the venture*).

Por lo que se refiere al otro grupo de causas que puede conducir a la resolución, los *anticipatory breaches*, ya he dicho que engloba dos grupos de casos. En primer lugar, un conjunto de supuestos en que, previamente al vencimiento de la prestación, el deudor, de palabra o mediante actos concluyentes, manifiesta su voluntad de incumplir total o parcialmente el contrato (*renunciation or repudiation*). En los casos en que la negativa al cumplimiento es total, es decir, abarca todas las obligaciones nacidas del contrato, no hay duda de que ésta supone un *anticipatory breach* y abre la puerta a la resolución. La cuestión se torna más compleja cuando la negativa es parcial, de forma que afecta a parte de las obligaciones o de una de ellas; en estos casos es necesario remitirse a la distinción ya vista entre *conditions*, *warranties* e *intermediate terms*, pues si la negativa afecta a las primera puede dar lugar a la resolución, mientras que en el caso de *warranties* no permite resolver y en el caso de *intermediate terms* sólo cuando, de devenir el incumplimiento actual, provoque un incumplimiento sustancial (*substantial failure to perform*)¹⁶.

El segundo grupo de casos que dan lugar al *anticipatory breach* es aquél en que una parte contractual, previamente al vencimiento de su obligación, se coloca de modo imputable en situación de imposibilidad para el cumplimiento, inhabilitándose él mismo para llevar a cabo su prestación (*impossibility of performance or prospective inability*). Lo mismo que sucede en los casos

¹⁵ Vid. este desarrollo en CHEN-WISHART (2015), pp. 487 ss.; KÖTZ (2015), pp. 324 ss.; KÖTZ (2019), pp. 902, 927. También, muy detalladamente, CLEMENTE MEORO (1998), pp. 260 ss.

¹⁶ Sobre todo ello, MCKENDRICK (2008), marg. 24-021; TREITEL/PEEL (2011), 17-085; CHEN-WISHART (2015), pp. 478 ss. Vid. también una exposición muy detallada en CLEMENTE MEORO (1998), pp. 430 ss.

anteriormente vistos de *renunciation*, el hecho de inhabilitarse para cumplir sólo permite a la otra parte resolver anticipadamente cuando el incumplimiento futuro haya de dar lugar a ese remedio; es decir, casos de infracción de una *condition* o de incumplimiento de un *intermediate term* que, producido de presente, entrañe una *substantial failure of performance*¹⁷.

La realidad es que, más allá del acierto en la creación de ese concepto de *anticipatory breach*, el sistema resolutorio inglés sigue pecando del mismo grado de indefinición que lastraba a la doctrina francesa posterior al *Code civil* cuando intentaba precisar el incumplimiento con el concepto de *inexécution grave*: el recurso a la *substantial failure of performance* acaba incurriendo en la misma vaguedad de todas las fórmulas generales. Y sin embargo, como a continuación se expondrá, el concepto ha tenido un particular éxito, y entremezclado con frecuencia con el *Nachfrist*, ha conseguido encontrar acogida en muchos sistemas de nuestro entorno.

4. LA RECEPCIÓN DEL SISTEMA DE PLAZO ADICIONAL EN EL DERECHO EUROPEO Y UNIFORME

El sistema del *Nachfrist* empezó pronto a encontrar aceptación en el entorno europeo. Los primeros ordenamientos que lo recogieron fueron el suizo y el austriaco, muy cercanos a la cultura y tradición jurídica alemana. El Código suizo de obligaciones de 1911, en su artículo 107, titulado «resolución e indemnización de daños en caso de fijación de un plazo», declara que:

«(1) Cuando en un contrato bilateral el deudor se encuentra en mora, el acreedor está facultado para fijar un plazo adecuado para que lleve a cabo el cumplimiento tardío, o a exigir a la autoridad que le fije dicho plazo.

(2) Si transcurrido dicho plazo no se ha producido el cumplimiento, el acreedor puede reclamar todavía el cumplimiento junto a la indemnización de daños y perjuicios, pero puede también optar por declarar inmediatamente su renuncia a la prestación tardía y reclamar la indemnización de los daños provocados por el incumplimiento o resolver el contrato».

Como bien se ve, la regulación sigue siendo muy cercana a la del BGB: ciertamente, se evita ya la exclusión que éste imponía a la acción de cumplimiento pasado el plazo adicional, pero el artículo 109 sigue impidiendo la acumulación de resolución y reclamación del interés contractual positivo

¹⁷ Vid. MCKENDRICK (2008), marg. 24-030; TREITEL/PEEL (2011), 17-086; CHEN-WISHART (2015), pp. 480 s. También la exposición de CLEMENTE MEORO (1998), pp. 434 ss.

–y suscitando por ello las críticas de la doctrina–. En cualquier caso, se acoge según lo visto el mecanismo de plazo adicional y se completa en el 108 con una regulación de los casos en que no se exige su fijación para resolver.

Por su parte, el ABGB introdujo en 1916 la figura de la resolución por incumplimiento –que el texto inicial, muy apegado a la tradición romanista, no había acogido–, evitando los problemas que la inicial regulación del BGB había provocado, pero tomando de éste el sistema de plazo adicional. El § 918 entonces modificado y que continúa en vigor dispone en su párrafo primero que:

«Cuando un contrato oneroso no es cumplido por una de las partes en el tiempo establecido, o en el lugar previsto o en la forma establecida, la otra parte puede, o bien reclamar el cumplimiento y los daños y perjuicios derivados del contrato, o bien declarar la resolución una vez que fijado un plazo adecuado para llevar a cabo el cumplimiento sin que éste se haya producido».

Las normas siguientes se ocupan por su parte de las cláusulas resolutorias expresas y de la imposibilidad definitiva, estableciendo el § 921 la compatibilidad de la resolución con la indemnización de daños y perjuicios. Con ello logra el Código austriaco conjugar el mejor elemento de la regulación originaria alemana, el sistema de plazo adicional, desprendiéndose de su peor defecto, la exclusión entre sí de los remedios resolutorio e indemnizatorio.

El *Codice civile* italiano de 1942 fue el siguiente Código en seguir la estela del sistema de plazo adicional, acoplándose en esto muy de cerca a la práctica regulación austriaca. Después de que el artículo 1453 establezca en caso de incumplimiento la opción entre acción de cumplimiento y resolución, con daños y perjuicios en ambos casos, el 1454 establece el mecanismo de plazo adicional como regla general para la resolución al establecer que

«La parte incumplidora podrá notificar por escrito a la otra parte para que cumpla dentro de un plazo razonable, con la declaración de que, tras la expiración de ese plazo, el contrato se considerará resuelto.

El plazo no podrá ser inferior a quince días, salvo que las partes acuerden otra cosa o que, debido a la naturaleza del contrato o a la costumbre, resulte apropiado un plazo más corto.

Una vez transcurrido el plazo sin que se haya cumplido el contrato, éste se extingue por efecto de la ley».

A partir de ahí, el sistema se ha extendido por otros Códigos europeos. Sin afán de exhaustividad pueden citarse el artículo 383 del Código civil griego de 1946, el artículo 808 del Código civil portugués de 1966 y los artículos 6:82 y 6:265 del Código civil holandés de 1992. Con todo, en este último, el sistema de resolución mediante plazo adicional se limita a los casos de

retraso, permitiéndose una resolución directa ante cualquier otro tipo de incumplimiento.

Esta última solución, en realidad, trae causa de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y constituye un intento de mediar entre los dos esquemas resolutorios antes citados, el de *substantial failure to perform* y el de *Nachfrist*¹⁸. Así, después que el artículo 25 de la Convención establezca que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», los artículos 49 y 64 recogen la alternativa entre uno y otro sistema del modo siguiente:

Art. 49: «(1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

- a) Si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o
- b) En caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado».

Art. 64: «(1) El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

- a) Si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o
- b) Si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1 del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado».

La alternativa «incumplimiento esencial» –traducción del *fundamental breach* de la versión inglesa, tan emparentado con la *substantial failure to perform*– y plazo suplementario (*Nachfrist*) se convierte así en la doble estructura sobre la que hacer pivotar la resolución: si existe el primero, este remedio está abierto desde el incumplimiento, mientras que en caso de retraso en el cumplimiento debe fijarse un plazo adicional y esperar a su transcurso para darle curso; el

¹⁸ Un antecedente de esa solución intermedia que pretende conciliar un sistema de *fundamental breach* y otro de *Nachfrist* se daba ya en los artículos 27 y 44 de la Convención de la Haya de 1964 relativa a la Ley uniforme en la venta internacional de mercaderías. Pero dado el escaso éxito de esa convención, que apenas fue ratificada por unos cuantos países europeos, fue la Convención de Viena de 1980 la que debe considerarse como el efectivo punto de arranque de ese sistema mixto.

cumplimiento defectuoso queda, en esa disyuntiva, en una peligrosa tierra de nadie¹⁹.

A partir del texto de Viena, esa peculiar alternativa entre «incumplimiento esencial», de perfiles muy poco nítidos y conducente directamente a la resolución, e «incumplimiento no esencial o retrasado», que sólo da lugar a la resolución a través de *Nachfrist*, se ha repetido en los textos de Derecho uniforme y los proyectos de unificación europeos (*vid.* el art. 9:301 de los Principios de Derecho Contractual Europeo, los artículos 7.1.5 y 7.3.1 de los Principios Unidroit y los arts. III-3:502 y III-3:503 del DCFR²⁰). A mi juicio, ese sistema mixto constituye ciertamente un avance sobre aquellos otros que sólo abren la puerta a la resolución en caso de un incumplimiento grave de difícil precisión. Sin embargo, creo más beneficioso un sistema como el alemán, en que el mecanismo de plazo adicional ocupa la posición central, quedando la resolución directa para casos muy definidos y limitados, tales como la imposibilidad, el término esencial o la negativa al cumplimiento. Ha de tenerse en cuenta que no sólo en caso de incumplimiento retrasado, sino también en numerosos casos de cumplimiento defectuoso, la fijación de un plazo suplementario puede permitir sanar el incumplimiento y lograr por tanto el cumplimiento específico –compensando, en su caso, el incumplimiento inicial con la indemnización de daños y perjuicios–. Sólo la propensión ecléctica de los textos de Derecho unificado, siempre tendentes al equilibrio entre diversos sistemas, explica su asunción de ese modelo mixto, de contornos mucho menos precisos²¹.

Para concluir esta exposición de la difusión del sistema del *Nachfrist* por el Derecho comparado hay que reseñar que la figura ha sido también asumida por el legislador francés, al menos para la resolución extrajudicial. En efecto, la reforma del Derecho de obligaciones llevada a cabo en 2016 ha servido para dar carta de naturaleza legal a esta forma de ejercitar la resolución, que ya había sido aceptada por la jurisprudencia. El artículo 1226 del *Code civil* establece ahora que, antes de resolver, el acreedor deberá exigir al deudor incumplidor

¹⁹ Sobre el problema del cumplimiento defectuoso por parte del vendedor, y la necesidad o no de concederle un derecho a reparar su incumplimiento antes de resolver, véase, HUBER (2011), marg. 15 ss. También sobre ello ARROYO AMAYUELAS (2019), pp. 202 s., quien se inclina por entender que la existencia de una posibilidad de reparar el defecto de la prestación excluye la esencialidad del incumplimiento en tanto no se haya concedido al deudor esa posibilidad de reparación.

²⁰ En esa línea ecléctica o de compromiso entre el sistema de incumplimiento esencial y el de *Nachfrist* declara el art. 9:301 de los Principios de Derecho Contractual Europeo: «Derecho a resolver el contrato. (1) Una parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte. (2) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato conforme al artículo 8:106 (3)». Sobre el concepto de incumplimiento esencial, *vid.* 8:103; el 8:106 (3) regula la concesión de plazo en caso de demora. Sobre esos textos de derecho unificado y uniforme, FENOY PICÓN (2015), pp. 811 ss.; ARROYO AMAYUELAS (2019), pp. 198 ss.

²¹ RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), p. 230.

que realice su prestación dentro de un plazo razonable. Aunque el texto no es absolutamente claro, parece que esa concesión de plazo adicional no se refiere sólo a los casos de retraso en el cumplimiento, sino que abarca también los de cumplimiento defectuoso²². Será necesario, con todo, esperar a ver cómo interpreta la norma la *Cour de Cassation* para asegurar que el sistema no se desliza hacía ese modelo mixto que hemos visto en los textos de Derecho unificado.

5. LA INCIPIENTE RECEPCIÓN DEL *NACHFRIST* EN LAS LEYES ESPECIALES ESPAÑOLAS Y EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA

El plazo adicional, tan difundido en el Derecho europeo, ha hecho finalmente aparición en textos nacionales, de la mano precisamente de la trasposición de Directivas europeas. En concreto, el primer texto que lo recogió fue el artículo 13 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 1998); la citada Ley quedó derogada, pero su sucesora, la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012), ha recogido una norma idéntica en el artículo 32, titulado «resolución por falta de pago de las cuotas» que en su número 1 establece:

«Salvo pacto en contrario, el propietario tendrá una facultad resolutoria en el caso de que el adquirente titular del derecho de aprovechamiento por turno, una vez requerido, no atienda al pago de las cuotas debidas por razón de los servicios prestados durante, al menos, un año.

El propietario podrá ejercer esta facultad de resolución, a instancia de la empresa de servicios, previo requerimiento fehaciente de pago al deudor en el domicilio registral o, en su defecto, en el que conste a tal fin en el contrato, bajo apercibimiento de proceder a la resolución del mismo si en el plazo de treinta días naturales no se satisfacen íntegramente las cantidades reclamadas».

La norma es de redacción algo compleja, pues parece prever dos requerimientos al deudor, uno primero que da inicio al cómputo del plazo del año de impago, necesario para que éste se considere suficientemente grave, y un segundo inmediatamente previo a la resolución, de treinta días naturales para satisfacer las cantidades debidas. El mecanismo se torna así especialmente garantista para el deudor, pero no cabe duda de que crea un sistema de plazo adicional, que diríamos doble, antes de llegar a la resolución.

²² Así lo manifiesta explícitamente BENABENT (2019), n. 390.

La segunda norma en la que figura un plazo adicional, ahora sí con perfiles más fácilmente reconocibles, es el artículo 66 bis del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ha sido introducido por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014), al trasponer el artículo 18 de la Directiva 83/2011. Dice el citado precepto, en sus dos primeros números, tratando de la entrega al consumidor de los bienes comprados mediante un contrato de venta:

«1. Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor y usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato.

2. Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato.

Lo dispuesto en este apartado no será aplicable cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor y usuario informe al empresario, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el empresario no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor y usuario, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato».

El precepto es de aplicación limitada, pues sólo se refiere a las compraventas con consumidores y restringiendo el incumplimiento a la falta de entrega por parte del empresario²³. Cabe destacar que en las excepciones que el párrafo segundo del número dos establece a la necesidad de fijar un plazo adicional antes de llevar a cabo la resolución, la norma no sólo recoge la negativa al cumplimiento por el deudor, sino que aprovecha para distinguir entre termino esencial absoluto y relativo, tipificando así dos categorías que habían sido acogidas por la doctrina, pero no habían sido objeto de desarrollo legislativo²⁴.

²³ Para un análisis pormenorizado del precepto *vid.* FENOY PICÓN (2015), pp. 873 ss.; CARRASCO PERERA (2015), pp. 165 ss., ambos con críticas a la ubicación sistemática del precepto y el segundo también a su coordinación con el resto de remedios previstos en la ley. Una propuesta dirigida a la mejor trasposición de la norma del artículo 18 de la Directiva 83/2011 puede verse en FENOY PICÓN (2013), pp. 809 ss.

²⁴ Sobre la distinción entre termino esencial absoluto y relativo, refiriéndose respectivamente a aquellos casos en que la esencialidad deriva de las propias características de la prestación o de la voluntad manifestada por el acreedor al celebrar el contrato, *vid.* DÍEZ-PICAZO (2008), pp. 384-385; INFANTE (2008) pp. 98 ss., 205. Sobre el origen del concepto en la doctrina alemana y su recepción en España, SAN MIGUEL PRADERA, (2004), pp. 201 ss.

La tercera y, por ahora, última aparición del plazo adicional en nuestro sistema legislativo es aún reciente, y se produce en el artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019), referido al vencimiento anticipado en los contratos regulados por la ley (y en el paralelo artículo 129 de la Ley hipotecaria, concerniente al ejercicio de la acción hipotecaria). Dice el texto del artículo 24:

«1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario».

El artículo, como ha señalado Ruiz Arranz, aunque lleve por título vencimiento anticipado, regula en realidad un supuesto de resolución por impago de cuotas en el que la norma «nos ahorra realizar la difícil valoración acerca de la esencialidad del incumplimiento en un contrato de préstamo, a los efectos del

artículo 1124 CC»²⁵. La inclusión del *Nachfrist* en la letra c) del número 1 permite asegurar un último periodo de gracia para el prestatario antes de que se produzca la reclamación del monto total del préstamo. Esa finalidad protectora explica la peculiaridad de que la ley fije un periodo mínimo para ese plazo adicional, evitando así dejarlo al albur de las circunstancias.

Más allá de esas normas especiales, el sistema de plazo adicional también ha aflorado en la normativa autonómica. La primera recepción de la figura es ya lejana en el tiempo y se produjo en el Fuero Nuevo de Navarra (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1973) –cuerpo legal caracterizado por su alta calidad técnica–, que en su Ley 486 regula el pacto comisorio o de resolución expresa de la compraventa fijando que, en todo caso, la resolución «sólo tendrá lugar una vez cumplido el término de un mes y un día, o el plazo mayor que se haya pactado, a contar del requerimiento fehaciente que el vendedor hiciera al comprador exigiendo el cumplimiento de la obligación»²⁶. La norma concede con ello un último plazo al comprador para que lleve a cabo el pago, amparándolo así frente a una resolución inmediata del contrato. A la normativa navarra hay que añadir hoy la catalana, que en el libro sexto del Código civil de Cataluña (BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2017), en el artículo 621-41, acoge la resolución por incumplimiento en la compraventa, diseñándola conforme al esquema ya visto en los textos de Derecho unificado, según el cual el incumplimiento esencial da lugar a una facultad de resolver directa, mientras que el retraso en el cumplimiento conduce a la resolución a través de la fijación de un plazo adicional. Se acoge con ello un sistema mixto que, a mi juicio, desperdicia las virtualidades del *Nachfrist* al restringir su aplicación a los casos de retardo en el cumplimiento, anclándose para los demás en un concepto de incumplimiento esencial que resulta sumamente difuso²⁷.

6. LA RECEPCIÓN DEL *NACHFRIST* POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y POR LA JURISPRUDENCIA

Pese a todo lo dicho, pese a la difusión del sistema de plazo adicional en todos los Derechos de nuestro entorno –desde su origen en Alemania, pasando

²⁵ RUIZ ARRANZ (2020), p. 105.

²⁶ Un sistema de resolución mediante requerimiento de pago y concesión de plazo adicional de al menos un mes fija también la Ley 484 del Fuero Nuevo para la venta con reserva de dominio en caso de falta de pago por el comprador.

²⁷ Más acertada resulta, en cambio, la adopción de un sistema de plazo adicional en el artículo 621-54, relativo al pacto de condición resolutoria en la compraventa, que lo fija como periodo de gracia entre el requerimiento de pago y la resolución. El plazo adicional aparece también en los artículos 621-13, referido al momento de entrega de la cosa vendida.

por Suiza, Austria, Italia, Portugal y Holanda, hasta su reciente recepción en Francia–, y pese al hecho de que la figura haya sido recibida en leyes especiales y autonómicas españolas, lo cierto es que el sistema general de nuestro Código civil permanece al margen de ese movimiento. Dado que su artículo 1124 ni siquiera precisa qué tipo de incumplimiento puede dar lugar a la resolución, la jurisprudencia ha tenido que ir actuando con mucho tiento, y no puede negársele el mérito de haber precisado varias formas de contravención de la obligación que abren la puerta al remedio resolutorio²⁸. Pero más allá de esos avances parciales, y de un claro movimiento evolutivo que le ha llevado a prescindir del elemento subjetivo de la voluntariedad del deudor para adoptar una perspectiva objetiva centrada en la frustración del interés del acreedor, lo cierto es que nuestros tribunales no han podido ir mucho más allá de precisar que se exige un incumplimiento grave o, como ahora tienden a decir, con expresión un tanto extranjerizante, esencial²⁹.

Con todo, sí que existen atisbos jurisprudenciales del plazo adicional. Así, por un lado, el Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente que un retraso menor no sería causa de resolución, y ha apuntado al sistema de plazo adicional de otros Derechos como mecanismo para deslindar el retraso no resolutorio del resolutorio³⁰. Y por otro lado, en algunas Sentencias aisladas, ha declarado que promover la resolución del contrato por un incumplimiento o

²⁸ Así, ha precisado tipos de incumplimiento que abren la puerta directa a la resolución, como son los del término esencial, el llamado incumplimiento intencional, el incumplimiento esencial predeterminado y el incumplimiento anticipado. Sobre la tipología de los incumplimientos resolutorios en nuestro Derecho me remito a mi libro *Resolución y sinalagma contractual* (2013), pp. 211 ss.

²⁹ La reciente Sentencia de Tribunal Supremo 347/2020, de 23 de junio, expone el concepto de incumplimiento resolutorio y su evolución declarando que «la jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 del Código Civil, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato, o como dice la sentencia de 9 de marzo de 2005: «la doctrina jurisprudencial de esta sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndole por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago puede tener lugar –sentencias de 5 de junio de 1989 y 11 de marzo de 1991– que es a lo que apunta la frase ‘actitud deliberadamente rebelde’, bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación». También, en sentido semejante, la Sentencia de Tribunal Supremo 254/2020, de 4 de junio.

³⁰ Expone el mecanismo de *Nachfrist* de otros Derechos como particularmente adecuado para deslindar el retraso que no tiene carácter de incumplimiento esencial del que sí lo tiene la Sentencia 348/2016, de 25 de mayo. Entre las más recientes, niegan la resolución por un retraso de escasa gravedad la Sentencia 336/2016, de 20 de mayo, y la 256/2019, de 7 de mayo (que tacha en consecuencia a la resolución de «oportunista»)

retraso menor, sin conceder un periodo adicional para el cumplimiento, resulta contrario a la buena fe e impide considerar bien hecha la resolución³¹.

Por su parte, la doctrina ha sido cada vez más clara en proponer la asunción del sistema de plazo adicional, postulando en su caso la respectiva reforma legal³². Y la propia Comisión General de Codificación, en su Propuesta de Modernización del Libro IV del Código civil, presentada en 2009, ha aceptado ese punto de vista en los artículos 1199 y 1200, regulando el sistema de plazo adicional como forma de concretar el incumplimiento resolutorio en todos los casos en que existe un cumplimiento tardío o un cumplimiento defectuoso³³.

Por mi parte, pienso también que la asunción en Derecho español del sistema de plazo adicional permitiría clarificar el concepto de incumplimiento resolutorio, evitando toda la indefinición que ofrecen los conceptos de incumplimiento grave o esencial. Esa asunción del *Nachfrist* debiera hacerse en su versión más pura, tal como hoy aparece recogida en el texto del BGB y, quizá con algo menos de claridad, en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones elaborada por la Comisión General de Codificación: la fijación de un plazo adicional sólo resultará innecesaria cuando haya un incumplimiento definitivo, materializado en la imposibilidad, el término esencial o la denegación definitiva de la prestación. En los casos de prestación defectuosa o parcial, tal vez sea adecuado, como ha hecho el BGB, exigir para la resolución que el defecto sea de alguna relevancia o que la prestación parcial resulte carente de interés, remitiendo en otro caso a la reducción del precio o a

³¹ Así, la Sentencia 503/2000, de 19 de mayo, en la que el Tribunal Supremo no estimó la resolución de una empresa televisiva por cumplimiento defectuoso del productor por entender que, dado que se podía reparar sin grave perjuicio, la buena fe imponía que el acreedor de la prestación pidiese la reparación antes de resolver. También la Sentencia 366/2008, de 19 de mayo, que desechó la pretensión de resolución por impago instada por una arrendadora por haberla formulado el mismo día del impago «sin conceder un período adicional razonable ni haber intentado un acuerdo de liquidación del importe de la deuda».

³² ÁLVAREZ VIGARAY (2009), p. 210; SAN PANTALEÓN PRIETO (1993), p. 1733; DíEZ-PICAZO (2005), pp. 97 ss.; SAN MIGUEL PRADERA (2004), pp. 478-480; FENOY PICÓN (2015), p. 1066; ARROYO AMAYUELAS (2019), p. 216. También, más limitadamente, GREGORACI (2015), pp. 114 s.

³³ El texto de esos artículos es el siguiente:

1199: «Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial.

La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte»

1200: «En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad.

También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.

La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones.»

otro remedio³⁴. Además, ha de aceptarse la resolución en caso de incumplimiento anticipado por negativa e imposibilidad, sin necesidad de plazo alguno. En cambio, el sistema que he llamado mixto, muy difundido en los textos de Derecho unificado, y en el que el plazo adicional sólo se aplica si existe retraso en la prestación, resulta mucho menos clarificador: los casos de cumplimiento defectuoso subsanable quedarían en clara indefinición, ya que no se les aplicaría el *Nachfrist*, pero tampoco parecerían casos de verdadero incumplimiento esencial, con lo cual se tornarían especialmente problemáticos.

7. VÍAS E INSTRUMENTOS PARA INTRODUCIR EL PLAZO ADICIONAL EN NUESTRO SISTEMA

Una vez postulada la asunción del *Nachfrist* y planteada su forma concreta de adopción, hay que preguntarse por cómo llevarla a cabo.

Una vía en cierto modo obvia, pero no exenta de problemas, es la de la reforma legislativa. Esto permitiría diseñar el mecanismo según los parámetros expuestos, elaborando un texto legal que pueda encauzar la práctica y resolver previsiblemente los problemas del cumplimiento contractual. La experiencia acumulada por tantos sistemas jurídicos de nuestro entorno habría de convertirse en una ventaja para nuestra propia actividad legislativa.

Pero mientras esta vía no resulte transitable o conveniente –y no deben ignorarse los riesgos que entraña un cambio legislativo, siempre de inciertas consecuencias–, no debe desdeñarse la posibilidad de que el mecanismo de plazo adicional se vaya introduciendo mediante una praxis progresiva. Así, Fenoy Picón ha apuntado la posibilidad de que la práctica contractual vaya incidiendo en la redacción de cláusulas resolutorias que contemplen la concesión de un periodo adicional para el cumplimiento antes de proceder a la resolución³⁵; y lo cierto es que al Tribunal Supremo ya ha llegado alguna fórmula de este tipo³⁶.

Esta vía podría además apoyarse en algunas normas del Código civil, que fácilmente prestarían apoyo a este sistema. Así, por una parte, el párrafo tercero del 1124 del Código civil, para el que Díez-Picazo ha postulado una interpretación teleológica en ese sentido, ya que esta norma, al declarar que «el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas

³⁴ En el mismo sentido ARROYO AMAYUELAS (2019), p. 217.

³⁵ FENOY PICÓN (2013), 827.

³⁶ Así, el caso enjuiciado en la Sentencia 675/2007, de 18 de junio, en la que el demandado dejó pasar el plazo adicional para el pago del precio que le concedió en su requerimiento el demandante.

que le autoricen para señalar plazo», contiene en germen la idea de conceder una última oportunidad al obligado cuando su incumplimiento no es definitivo³⁷. Y con más claridad aun, el artículo 1504, referido a un ámbito particular pero de enorme importancia, la resolución por impago del precio en la compraventa, donde basta con que la norma vuelva a interpretarse conforme a su sentido originario, es decir, estableciendo un requerimiento dirigido al pago y no a la resolución, para que se vea que el artículo contiene un sistema de plazo adicional. El ejemplo del párrafo cuarto del artículo 27 de la Ley de arrendamientos urbanos, redactado en 2013 en claro paralelismo con el artículo 1504, y en el que el legislador ha dejado clara su voluntad de que el requerimiento sea de pago, puede servir para reorientar la norma y revertir una doctrina jurisprudencial que le priva de sus mejores virtualidades³⁸.

Si la tendencia a incluir una cláusula resolutoria con un mecanismo de plazo adicional se va extendiendo en la práctica cautelar, y esos apoyos legislativos son empleados con inteligencia, una jurisprudencia decidida podría ir consolidando un sistema resolutorio que tenga el plazo adicional como pieza central.

8. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 2009.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «El derecho del acreedor a resolver el contrato: entre la esencialidad del incumplimiento y el plazo adicional razonable», en Ataz López/García Pérez (Coord.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Pamplona, 2019, pp. 191-222.

BÉNABENT, Alain, *Droit des obligations*, París, 2019.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (art. 66 bis TR LGDCU)», *Revista CESCO*, 14/2015, pp. 165-179.

CHEN-WISHART, Mindy, *Contract Law*, Oxford, 2015.

CLEMENTE MEORO, Mario, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Los incumplimientos resolutorios*, Pamplona, 2005.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Pamplona, 2008.

³⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO (2008), Pamplona, p. 867.

³⁸ A favor de la interpretación del requerimiento del 1504 como dirigido al pago se manifestó ya, entre los primeros comentaristas de la norma, Q. MUCIUS SCAEVOLA (1906), pp. 732 s.; entre los autores más recientes, MAGARIÑOS BLANCO (1992), pp. 63, 130 ss.; ROVIRA JAEN, (1996), pp. 253 ss.

- EMMERICH, Volker, «Comentario al § 325 BGB», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo 2, 4.^a ed., Munich, 2001, pp. 1377-1416.
- ERNST, Wolfgang, «Introducción a los §§ 323 y siguientes, y comentario al § 323 BGB», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo 2, 5.^a ed., Munich, 2007, pp. 1913-1986.
- «Comentario a los §§ 325-326 BGB», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo 2, 5.^a ed., Munich, 2007, pp. 1990-2028.
- FENOY PICÓN, Nieves, «La compraventa del Texto refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *ADC*, 66-2 (2013), pp. 717-836.
- «La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la propuesta de modernización del Código civil y el Anteproyecto de Ley de Código mercantil, y en el Proyecto de Ley del libro sexto del Código civil de Cataluña», *ADC*, 68-3 (2015), pp. 801-1082.
- GREGORACI, Beatriz, *Clausula resolutoria y control de incumplimiento*, Madrid, 2015.
- HATTENHAUER, Christian, «Comentario a los §§ 323-325 BGB», en *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. Teilband, §§ 305-432, editado por Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tubinga, 2007, pp. 1813-1899.
- HUBER, Peter, «Comentario al artículo 49», en Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Munich, 2011, pp.722-747.
- HUBER, Ulrich, *Leistungsstörungen*, tomos I y II, Tubinga, 1999.
- INFANTE RUIZ, Francisco, *Contrato y término esencial*, Madrid, 2008.
- KÖTZ, Hein, *Vertragsrecht*, Tubinga, 2009.
- *Europäisches Vertragsrecht*, Tubinga, 2015.
- «Comparative Contract Law», en Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2019, pp. 902-932.
- LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munich, 1987.
- LESER, Hans, *Der Rücktritt vom Vertrag*, Tubinga, 1975.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, «Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de inmuebles», *RCDI*, 1992, pp. 63-142.
- MCKENDRICK, Ewan G., «Discharge by Breach», en la trigésima edición de Beale, Hugh (ed.), *Chitty on Contracts*, I, Londres, 2008, pp. 1537-1577.
- MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht*, I, Munich, 1993.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XXIII, Madrid, 1906.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-4, pp. 1719-1745.
- RABEL, Ernst, *Das Recht des Warenkaufs*, tomo I, Berlín-Leipzig, 1936.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.

■ ESTUDIOS DE DERECHO DE CONTRATOS

ROVIRA JAEN, Francisco Javier, *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, Madrid, 1996.

RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael, «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores - Una necesaria reordenación dogmática», *InDret*, 1/2020, pp. 56-141.

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004.

STOLL, Heinrich, «Rücktritt und Schadenersatz», *AcP*, 131 (1929), pp. 141-185.

TREITEL, Günther/PEEL, Edwin, *The law of contract*, Londres, 2011.

WOLF, Ernst, «Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden», *AcP*, 153 (1954), pp. 97-144.

XXXIX

**COMMODUM REPRESENTATIONIS Y COMMODUM EX
NEGOTIATIONE
O ¿DE QUÉ HABLAMOS, CUANDO HABLAMOS
DE SUBROGADOS?**

ANTONIO RUIZ ARRANZ*
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Apuntes históricos. 2.1 *Commodum representationis*. a) Derecho romano. b) Francia, Pothier y la codificación. c) La pandectística. d) La codificación española. 2.2 El *commodum ex negotiatione* en D. 18,4,21 (*Paul. 16 Quaest.*). a) Parte primera. b) Parte segunda. c) Parte tercera. d) Recapitulación.–3. El *commodum representationis* en Derecho francés.–4. El *common law* y el *commodum ex negotiatione*.–5. El *commodum representationis* en Derecho ale-

* Contacto: antonio.ruiz@uam.es. Orcid ID: 0000-0001-7352-1753.

Las líneas principales del trabajo fueron sometidas a discusión en dos seminarios. En el *Jour-Fixe* (el 11.11.2020) que el Prof. Nils Jansen organiza regularmente en el *Institut für Rechtsgeschichte* de la Universidad de Münster; en este sentido, agradezco al Prof. Jansen, a la Dra. Kristin Boosfeld, al Dr. David Kästle-Lamparter y al resto de participantes en el seminario sus comentarios críticos, las aportaciones y las sugerencias. Después en el *Seminario de investigadores en formación* (el 20.1.2021) que organiza la Escuela de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, siendo comentarista de mi ponencia la Profa. Gregoraci Fernández, de cuyos aportes este trabajo también se ha beneficiado.

El Prof. Massaguer Fuentes y Emilio Blanco han leído diferentes versiones, advirtiéndome tras hacerlo de valiosas cuestiones que debo agradecer. Como fuere, los errores que el manuscrito todavía contiene son solo míos.

El Prof. Basozabal Arrue tuvo la gentileza de compartir en verano conmigo su artículo «Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiatione* en el artículo 1186 CC», publicado en el último fascículo de 2020 del *Anuario de Derecho Civil*. Gracias a su generosidad pude contrastar sus tesis con las mías propias, enriqueciendo el presente estudio. Porque al final se trata siempre de lo mismo: de subirse a los hombros de gigantes.

mán. 5.1 Líneas básicas y supuesto de aplicación. 5.2 Fundamento. 5.3 Requisitos. a) Causalidad. b) Identidad. c) Identidad y *commodum ex negotiatione*. d) Identidad, *commodum ex negotiatione* y doble arrendamiento. 5.4 Consecuencias de su aplicación.–6. Recapitulación: la referencia a futuro del modelo alemán.–7. El *commodum representationis* del artículo 1186 CC. 7.1 La acción. a) Supuesto de aplicación. b) Ámbito de aplicación. c) Obligaciones de hacer. d) La atribución de acciones al acreedor. e) Compatibilidad con otras acciones. f) El subrogado como valor en la restitución. 7.2 Condiciones para la entrega del subrogado. a) Causalidad. b) Identidad. c) Los restos de la cosa debida. 7.3 Conclusión parcial: las limitaciones intrínsecas del artículo 1186 CC.–8. ¿El *Commodum ex negotiatione* del artículo 1186? 8.1 Un difícil encaje. a) La comparativa con el remedio indemnizatorio. b) La comparativa con el § 285 BGB. c) Las carencias del artículo 1186 CC: cosas genéricas y doble arrendamiento. 8.2 ¿*Condictio* por intromisión en el Derecho de contratos?. a) La transmisión de la propiedad y el *ius ad rem*. b) La atribución de frutos al acreedor c) El peligroso paralelismo con el Derecho alemán. d) El derecho de crédito no tiene contenido de atribución. e) El objeto de la *condictio* por intromisión. f) Doble arrendamiento. g) El retraso en la entrega. h) ¿Obligaciones de no hacer y *condictio* por intromisión?. i) Recapitulación. 8.3 ¿La voluntad hipotética de las partes como argumento para la entrega del *c. ex n.*? 8.4 ¿Una solución coherente con la restitución del precio en el Código civil?. a) El heredero del depositario de buena fe y el *accipiens* de buena fe. b) La venta de un bien perteneciente a la herencia.–9. Entre el Derecho de enriquecimiento y el incumplimiento eficiente. 9.1 El incumplimiento eficiente. 9.2 Crítica al análisis económico del Derecho. 9.3 ¿En la encrucijada?.–10. Contrato y subrogado: la «identidad prestacional». 10.1 Planteamiento: la perspectiva contractual. 10.2 La identidad prestacional: a) Funcionamiento. b) Identidad prestacional como identidad causal. 10.3 Algunos grupos de casos. a) Compraventas comerciales. b) Bienes exclusivos. c) Doble arrendamiento. d) Ocupación ilegítima de terrenos. 10.4 La proximidad con la indemnización. El caso «Pryca». 10.5 La reducción de la contraprestación del acreedor. 10.6 Propuesta de regulación. 10.7 Recapitulación.–11. *C. ex n.* en obligaciones de hacer y no hacer. 11.1 Obligaciones de hacer. 11.2 Obligaciones de no hacer. 11.3 El difícil caso del subarrendamiento prohibido.–12. Conclusiones.–13. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

«*This is a subject on which there is a surprising dearth of judicial decision*». Son palabras de Lord Nicholls en *Attorney General v. Blake*¹; y son verdad. La restitución de aquello que el deudor obtiene gracias a su incumplimiento no es un terreno que se haya prestado a la exuberancia jurisprudencial. No es una anomalía española, si bien entre nosotros el debate académico es reciente y poco tratado. Es el contexto en que se sitúa la frase de L. Díez-Picazo al inicio de su «*commodum ex negotiatione*»: «*ha sido esta una idea intro-*

¹ [2001] 1 AC 268, 277. Sobre este caso, *infra* 4.

ducida no hace mucho tiempo entre nosotros por F. Pantaleón que tal vez requiera algún comentario»². Catorce años después los sigue requiriendo.

El interrogante jurídico es de evidente interés práctico, sencillo de plantear, no tanto de resolver. Supongamos que A y B celebran un contrato privado de compraventa por el que el primero vende al segundo un bien específico –digamos, un cuadro– por un precio de 100. Tras el perfeccionamiento y antes de la entrega, A encuentra un mejor postor, C, que le ofrece 150, y decide venderle el mismo bien, incumpliendo con ello el contrato de compraventa que le ligaba a A. ¿Puede A exigir que B le entregue las 150 en sustitución del bien cuya adquisición se frustra? Es decir, ¿puede exigir el conocido *commodum ex negotiatione* (en adelante, «*c. ex n.*»).

La escasa invocación de esta pretensión por parte de los abogados, así como su testimonial presencia en los repertorios de jurisprudencia bien puede deberse al escaso –cuando no, superficial– tratamiento de esta cuestión a nivel doctrinal. En España, la discusión sobre el particular ha basculado entre quienes responden afirmativamente a la pregunta antes planteada y quienes lo hacen a la inversa, siempre sobre la base del artículo 1186 CC³, que recoge una pretensión sobre el llamado *commodum representationis* o cómodo representativo.

La voz «*commodum*» significa, en latín, «provecho» o «beneficio» patrimonial. En Derecho de obligaciones, la noción «*commodum representationis*» (en adelante, «*c. repre.*») indica que, bajo determinadas circunstancias, un beneficio patrimonial puede situarse en el lugar de la cosa debida y que el acreedor dispone de una pretensión para reclamar ese *commodum*, como reemplazo. Por eso, no es inhabitual hablar en esta sede también del «subrogado» de la cosa debida. El *c. repre.* obliga a preguntarse ante qué clase de incumplimientos tiene el acreedor una pretensión restitutoria de esta clase. Nunca han planteado excesivos problemas aquellas constelaciones donde, todavía en manos del deudor, la cosa debida se destruye merced a un acontecimiento fortuito, percibiendo el deudor algún beneficio de esa eventualidad. Aquí se cuentan, entre otras, la compensación del seguro, el justiprecio de la expropiación o la indemnización extracontractual que un tercero hubiera de prestar como consecuencia de la destrucción de la cosa. Estos ejemplos se explican con la fórmula del *commodum ex re* (en adelante, «*c. ex re*»), según la cual la suma obtenida lo es por razón de la cosa (*ex re*) y, por eso, corresponde a su acreedor. Mayores dudas han aflorado históricamente ante el *c. ex n.* en ejemplos como el arriba propuesto. Aquí, lo que el deudor obtiene no obedece a un hecho for-

² 2007, p. 1601.

³ Un resumen en *Ibid.* (pp. 1601-1603).

tuito ni es una compensación a tal efecto, sino que responde a su propia decisión de especular con el derecho de crédito de su acreedor y realizar la prestación al «mejor postor».

Este estudio pretende desentrañar bajo qué presupuestos dogmáticos y normativos aquello que el deudor obtiene como consecuencia de su incumplimiento contractual corresponde al acreedor y admite considerarse, en general, un cómodo representativo restituible al acreedor. El enfoque partirá de una primera aproximación sobre el *c. repre* para, desde ahí, tratar de ofrecer una respuesta dogmáticamente coherente al enigma de si el precio obtenido por el deudor con su incumplimiento puede corresponder de algún modo al acreedor defraudado (*c. ex n.*)⁴. En el Derecho español actual, la problemática inherente al *c. repre.*, en general, y al *c. ex n.*, en particular, se conecta con el artículo 1186 CC. Esto me llevará a diseccionar el precepto, a fin de averiguar si una pretensión a la restitución del *c. ex n.* tiene cabida dentro de sus márgenes. Adelanto que la respuesta a esta pregunta ha de ser negativa; al menos *de lege lata*.

El estudio no se detendrá en dar luz verde o roja a la entrega del *c. ex n.* dentro del artículo 1186 CC ni en los diferentes argumentos en uno u otro sentido, pues casi todo aquí está dicho ya. Que el *c. ex n.* no encuentre cabida en esa norma no significa que no tenga sentido incorporar una pretensión así a nuestro Derecho civil. Con el trabajo se pretenden proporcionar las bases dogmáticas para un reconocimiento futuro y amplio de esta pretensión en el marco de una futura modernización del derecho de obligaciones español contenido en un Código civil cuyo ciento treinta aniversario celebramos en esta entrega. En este empeño he dado con un criterio que acaso pueda sernos de ayuda: la llamada «identidad prestacional», la cual se explicará en su momento (apdo. 10).

2. APUNTES HISTÓRICOS

Resulta preciso estudiar el proceso mediante el cual se llegó a reconocer una pretensión a la entrega al acreedor del *c. repre.* en las codificaciones francesa y española, de resultado distinto al de la codificación alemana. El análisis

⁴ En paralelo a la problemática sobre el *c. ex n.* discurre otra, parecida, pero que no conviene confundir, pues no alude a si el precio constituye un o un sustituto de la cosa objeto de entrega: la restitución de ganancias obtenidas por el deudor con su incumplimiento. ¿Tiene el acreedor derecho a detraer del deudor todo o parte de la ganancia que le haya reportado incumplir? Esta cuestión, cuyos contornos están muy cercanos a la pregunta del *c. ex n.*, no se abordará en este trabajo, sin perjuicio de realizar algunas menciones a la misma.

histórico ayudará a entender mejor el sentido actual de una norma como el artículo 1186 CC. Como complemento a esta parte, se abordará la restitución del *c. ex n.* en un famoso y complicado texto de Paulo (D. 18,4,21) que nos ofrece algunas claves acerca de la problemática del *c. repre.* y del enfoque contractual que se le debe dispensar para abordar la cuestión particular del *c. ex n.*

2.1 *Commodum representationis*

a) DERECHO ROMANO

Las fuentes romanas sobre la compraventa tratan el problema del riesgo de pérdida de la cosa vendida y, en particular, si el comprador seguía obligado a pagar el precio cuando la cosa se destruía o se deterioraba. Durante el periodo clásico, operaba la regla de que ese riesgo se transmitía al comprador desde el momento de la perfección del contrato (*perfecta emptio*, *periculum est emptoris*⁵) o, lo que es lo mismo, el comprador debía pagar el precio, aunque la cosa se perdiese fortuitamente antes de la entrega⁶. La transmisión del riesgo al comprador tenía una segunda consecuencia, como era que desde ese momento correspondían al comprador los provechos de la cosa, así como el resto de las ventajas que la mejorasen, es decir, las *accessiones*. Los textos hablan aquí del «*commodum*», pero lo hacen asépticamente, como término omnicomprendivo de todas esas ventajas contrapuestas a las desventajas que la cosa pudiese sufrir y que eran de riesgo del comprador⁷. El escenario en el que se producía esta asignación de los cómodos al comprador era siempre el de pérdida o deterioro de la cosa por un *hecho fortuito*, del que nadie, ni siquiera un tercero, resultaba responsable. Por eso, es necesario matizar aquello que algunas fuentes denominan como «*commodum*». Al parecer, este término solo habría englobado las accesiones naturales de la cosa. Estas accesiones se atribuían al comprador, junto a los frutos, porque este pechaba con el riesgo de pérdida fortuita.

⁵ Así se aprecia, sobre todo, al inicio de D. 18,6,8 pr. (*Paul. 33 ed.*). KNÜTEL/LOHSSE (2017, pp. 258-259) advierte que, desde la perfección del contrato, no es que el vendedor se obligase a entregar, sino que ya la entregaba. Por eso, aunque la cosa siguiese en manos de quien la vendía, se hacía ver que ya había pasado a integrar el patrimonio del comprador; y, por eso también, la responsabilidad del vendedor desde ese momento era por *custodia*, como si hubiera tomado prestada la cosa del mismo comprador.

⁶ KASER (1971, p. 552).

⁷ Los textos clave a este respecto se encuentran en Ins. 3,23,3 y en D. 18,6,7 (*Paul. 5 Sab*). La idea principal en ellos contenida se encuentra en la *regula iuris* de D. 50,17,10: «*secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*».

Que lo que hoy conocemos como *c. repre.* participase en Roma de esa misma lógica resulta más dudoso⁸. El caso paradigmático sobre *c. repre.* es el de robo de la cosa vendida antes de la entrega⁹. En este escenario, el comprador habría podido siempre ejercer la *actio furti* directamente contra el ladrón o reclamar al vendedor la transmisión de lo que este obtuviese de esa acción (gracias a la *condictio*), si la cosa (vendida y robada) ya no se podía recobrar. Esta operación sí se refiere a lo que hoy llamamos *c. repre.* Pero, atiéndase, la obtención del *c. repre.* habría estado siempre a disposición del comprador, con independencia de la cuestión sobre el traspaso del riesgo. Por eso, el comprador podía reclamar el *c. repre.* también cuando la pérdida (por robo) de la cosa no era fortuita¹⁰, por haber incumplido el vendedor su deber de *custodia*¹¹. En este segundo caso, el comprador dejaba de pechar con el riesgo de pérdida, que se asignaba al vendedor. El comprador podía optar entre el *c. repre.* o la *actio empti* por el valor de la cosa. ¿Qué sentido tenía entonces el *c. repre.*? La disposición de la acción sobre el *c. repre.* habría servido a facilitar la satisfacción del interés del acreedor y, también, a conjurar el riesgo de insolvencia del propio vendedor tras el robo¹².

Llegados a este punto hay que destacar una idea: la entrega al comprador del *c. repre.* no tenía nada que ver, en el Derecho romano clásico, con la distribución de los riesgos, pues al comprador le correspondía este tanto si la pérdida era fortuita como si no. A pesar de ello, el desarrollo del Derecho posterior

⁸ Véase, sobre todo, HARDER (1976, pp. 362-372). También, BOLLENBERGER (1999, pp. 32-34).

⁹ Las referencias en las fuentes no son directas. Bastante clara es D. 47,2,14, pr. (*Ulpianus libro 29 ad Sabinum*). En este pasaje Ulpiano alude a la opinión de Celso, confirmada por Juliano. Según esta, el comprador no tiene, si no se le entregó la cosa, la acción de hurto (*actio furti*) contra el ladrón, sino que esta es todavía del vendedor. A ello se añade que convendrá («*mandare*») que (i) el vendedor ceda al comprador la *actio furti*, la *condictio* y la reivindicación (se entiende: contra el ladrón); y (ii) que, si en virtud de estas acciones el vendedor hubiera conseguido alguna cosa, también convendrá que esta se entregue al comprador. En ningún momento el pasaje habla de «*commodum*», como tal.

Al final del texto, entre corchetes, se indica que ciertamente el riesgo de la cosa corresponde al comprador, siempre que el vendedor responda por custodia antes de la entrega (*traditio*). Es decir, que esta cesión de acciones o entrega de lo obtenido al comprador en este caso se aplicaba si el vendedor incumplía su deber de custodia (convirtiendo la pérdida, por robo en este caso, en no fortuita). A pesar de ello, el comprador tenía derecho a reclamar la cesión de acciones o lo obtenido; lo que da cuenta de que la entrega de lo que hoy llamamos *c. repre.* no seguía una lógica de atribución de riesgos similar a la de los frutos o las accesiones. Este derecho del comprador a reclamar la cesión de las acciones lo habría tenido también cuando el robo de la cosa hubiese acaecido por caso fortuito, como se advierte en D. 47,2,81, pr. (*Papinianus libro 12 Quaestionum*).

¹⁰ Entiéndase, si la cosa fue robada al vendedor, a pesar de haber actuado este con la diligencia debida, eliminándose su responsabilidad por custodia. Así, por ejemplo, en D. 18,1,35,4 (*Gai. 10. Ed prov.*). Véase, por lo demás, KNÜTEL/LOHSSE (2017, pp. 259-260).

¹¹ Así en el inciso final de D. 47,2,14, pr., explicado en nota 9. Compárese con D. 47,2,81, pr. (*Papinianus libro 12 Quaestionum*), también referenciado en la misma nota.

¹² Véase, HARDER (1976, p. 371).

realizó una translación menos afinada de las fuentes romanas, equiparando todos los cómodos y situándolos, junto con los frutos, en el plano de la asignación del riesgo.

b) FRANCIA, POTHIER Y LA CODIFICACIÓN

Pothier analiza, en su *Traité des Obligations*, el problema de la pérdida de la cosa debida y la extinción de la obligación. Considera que la extinción de la cosa elimina la deuda siempre que la cosa se pierda por completo¹³. No obstante, para que la extinción de la cosa elimine la deuda estima necesario que aquella se produzca por un *caso fortuito*¹⁴. A partir de aquí se pregunta si en ese caso la obligación subsistía en lo que pudiese quedar de ella (sus restos)¹⁵. Por ejemplo, si el buey vendido moría sin culpa del vendedor, ¿tenía derecho el acreedor a su piel? A ello respondía que sí, porque sería inequitativo que el vendedor retuviera en perjuicio del comprador la piel del buey que debía entregar y que el comprador además ya había pagado; y porque, igual que el *ius in re* del propietario subsistía en lo que restaba de la cosa, lo mismo era predicable respecto del derecho que se tiene por relación a una cosa (*ius ad rem*), en lo que de ella quedase¹⁶. El mismo razonamiento empleaba, acto seguido, para los derechos y acciones que el deudor conservase por relación al perecimiento de la cosa *sin culpa suya*, debiendo subrogar a su acreedor en esos derechos y acciones¹⁷.

Por influencia de Pothier, el *Code civil* de 1804 mantuvo la idea de que al comprador corresponden los restos, los cómodos y las accesiones de la cosa, cuando esta se perdiese sin culpa del deudor y la obligación se extinguiese por ello. Lo hizo en el artículo 1303 CCfr 1804¹⁸. La doctrina francesa posterior al *Code* no tardó en señalar que los codificadores bien podían haberse ahorrado este precepto, si hubieran reparado que Pothier escribió en un contexto en que la transmisión de la propiedad exigía *traditio*, y que el nuevo sistema de con-

¹³ POTHIER (1761, núm. 624).

¹⁴ *Ibid.* (núm. 624). Y lo mismo sucede cuando el deudor se encontraba en mora (núm. 627).

¹⁵ *Ibid.* (núm. 633).

¹⁶ *Ibid.* (núm. 633).

¹⁷ *Ibid.* (núm. 634). Se servía de dos ejemplos. Uno era el de la venta de un caballo que, antes de la entrega y sin culpa del vendedor, recibiera muerte a manos de un tercero o fuese arrebatado al deudor con violencia, desconociéndose su paradero; este hecho había de liberar al vendedor, pero obligaba al tiempo a subrogar al comprador en las acciones frente a estos terceros responsables. Otro, para inmuebles, versaba sobre la expropiación del terreno vendido no entregado, que obligaba al vendedor a subrogar al comprador en la indemnización debida, siendo de cuenta del segundo los gastos necesarios para beneficiarse de ella.

¹⁸ «*Lorsque la chose est perie, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier*».

sensual de transmisión reconocido por el *Code* hacía innecesaria la regla¹⁹ (*cf.* art. 1138 CCfr 1804). Esto explica su irrelevancia práctica²⁰.

c) LA PANDECTÍSTICA

Siguiendo una lectura literal de las fuentes romanas sobre la atribución del riesgo en la compraventa, la pandectística alemana –y, en especial, Friedrich Mommsen²¹– mantuvo la explicación de la entrega del *c. repre.* a partir de una idea según la cual los beneficios se distribuyen a la vez que los riesgos («*commodum eius esse debet cuius periculum est*») que extrajeron de la compraventa y extendieron al resto de relaciones obligatorias. A pesar de su influencia, la codificación alemana nunca llegó a incorporar como tal esa regla de ascendencia romana que vinculaba los cómodos (realmente, solo los derivados de la accesión) a los riesgos en caso de pérdida fortuita o deterioro de la cosa. Antes bien, optó incorporar una regla inicialmente basada en la equidad que no se constreñía a la pérdida o imposibilidad no imputable²²; lo que después de todo se compadecía mejor con las fuentes romanas.

d) LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

El artículo 1163 P. 1851²³, antecedente del actual 1186 CC, siguió a la codificación francesa. De él, explicaba García Goyena, que todo «*pertenece de derecho al acreedor, como le pertenecería la cosa misma que no es posible ya devolverle*», y que «*nada debe quedar de la cosa en poder del deudor, pues este no debe enriquecerse en manera alguna con detrimento de su acreedor*»²⁴. La inspiración francesa se completaba aquí con la no poco relevante asunción

¹⁹ AUBRY / RAU (1902, p. 407); COLIN /CAPITANT (1928, p. 130); PLANIOL /RIPERT (1932, p. 223). La inclusión en Francia de la regla traslativa del artículo 1138 CCfr respondió, en parte, a la necesidad de equilibrar la aparente contradicción entre el *res perit domino* con el *periculum est emptoris* a que el sistema causal parecía conducir. Pero no habría hecho realmente falta esta operación para alcanzar coherencia, bastando con decir que el que «*la cosa se pierde para su dueño*» no rige en el contexto de contrato bilateral y obligación de entrega (en este sentido, ROCA JUAN, 1976, p. 532).

²⁰ Más allá del caso extraño en que se pacte una transmisión de la propiedad posterior a la celebración del contrato (PLANIOL / RIPERT, 1932, p. 223).

²¹ Su trabajo clave es «*Erörterungen über die Regel: Commodum eius esse debet, cuius periculum est*», en *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, 1, Braunschweig, 1859. En él, pone por primera vez de relieve la diferencia entre el cómodo representativo y el accesorio (pp. 2-3), siendo este segundo por efecto de la naturaleza.

²² HARDER (1976, pp. 351-352). Véase también, SCHERMEIER (2007, párr. 79-80).

²³ «*El deudor de una cosa perdida sin culpa del mismo está obligado á ceder al acreedor, cuantos, derechos y acciones le asistieren para reclamar su indemnización*».

²⁴ 1852, p. 176.

del sistema traslativo consensual²⁵. Para García Goyena, al no ser necesaria la entrega real para que el acreedor fuese considerado propietario tras la perfección del contrato, desde ese momento asistía al acreedor –no ya un *ius ad rem*– sino directamente un derecho de dominio, un *ius in re*, en cuya virtud correspondían a este todos los riesgos y beneficios²⁶. El sistema se cerraba, coherentemente, con un artículo 1006 I según el cual «*desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, el riesgo de la cosa corre a cargo del acreedor*»²⁷. Al igual que sucedía en Francia, en un cuerpo normativo como el del proyecto, la regla del artículo 1163 tenía poco sentido práctico, como no fuera para recalcar la idea –distinta de la del subrogado– de que al acreedor corresponde también todo aquello que *reste* de la cosa debida: el enriquecimiento²⁸.

El Código civil no adoptó finalmente la «*innovación contraria al Derecho romano y patrio*»²⁹ que suponía el sistema consensual y volvió a considerar los contratos «*como meros títulos de adquirir*» (Base 20.^a). Esta idea se reflejó en los artículos 609 y 1095, 2.^a pr., CC, al tiempo que se mantuvo, en el artículo 1186 CC, casi intacta la norma del 1163 P. 1851. Al recuperar el sistema causal de transmisión derivativa de la propiedad, el artículo 1186 CC recuperó el sentido del que carecía en un sistema consensual; y acaso fuera lo que los redactores tuvieron en cuenta. En cualquier caso, la norma del artículo 1186 CC no perdió su carácter de ser un reflejo del sistema de atribución de riesgos derivados del caso fortuito, como muestra su ubicación sistemática.

2.2 El *commodum ex negotiatione* en D. 18,4,21 (Paul. 16 Quaest.)

Hasta ahora me he ocupado del *c. repre.* y de sus bases históricas en general, aludiendo a su aplicación al supuesto de caso fortuito, aunque de las fuentes romanas no se pueda extraer precisamente esa lógica. En cualquier caso, la idea del *c. repre.* solía estar vinculada, como hemos visto, a aquello que se obtenía de modo «*ex re*» (por razón de la cosa debida). De las fuentes romanas se ha extraído a su vez la existencia de otro *commodum* denominado *ex negotiatione* para el

²⁵ El artículo 981 P. 1851 establecía (i) que la entrega de la cosa no era necesaria para la translación de la propiedad; (ii) que la propiedad pasaba al acreedor, y la cosa quedaba a su riesgo desde que el deudor quedaba obligado a su entrega; y (iii) que quien tiene a su cargo el riesgo de la cosa, debe sufrir su pérdida o deterioro, pero aprovechando a la vez su aumento o mejora

²⁶ *Ibid.*, p. 12.

²⁷ Lo que para las mejoras y la condición suspensiva o resolutoria encontraba igualmente su reflejo en el artículo 1040 («*si la cosa se mejora por su naturaleza ó por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor*») (*ibid.*, p. 12).

²⁸ Sobre el particular, BARRIENTOS GRANDON (2017, pp. 96-97).

²⁹ GARCÍA GOYENA (1852, p. 43).

caso de doble venta de la cosa ya vendida. El texto clave es uno de Paulo en D. 18,4,21 (*Paul. 16 Quaest.*). De él se ha arrancado la distinción entre los cómodos que con *ex re* y aquellos otros que son *ex negotiatione*. Sobre estos últimos, se ha dicho que no eran entregables al acreedor, porque el vendedor seguía obligado a la entrega a pesar de esta segunda venta³⁰. Aun así, de las disquisiciones de Paulo se pueden extraer algunas enseñanzas para el problema de la restitución del *c. repre.* en el Derecho moderno y, por eso, conviene detenerse en su exégesis. El texto nos señala que la vía adecuada para abordar el problema del subrogado está en el contrato celebrado. La interpretación de D. 18,4,21 se divide normalmente en tres partes³¹; orden que he creído conveniente mantener.

a) PARTE PRIMERA

La primera parte del fragmento versa sobre (*i*) la venta de una herencia cuyos bienes no estaban aún en poder del heredero-vendedor (y tiene que perseguir), incluyéndose además una *stipulatio* de responsabilidad por incumplimiento del vendedor; y (*ii*) la venta posterior de un bien de esa misma herencia a un tercero. El fragmento se pregunta de qué deberá responderse (el vendedor) en virtud de esa *stipulatio* y, en particular, si la venta a un tercero de una cosa perteneciente a esa herencia obliga al heredero vendedor a responder frente al primer comprador por la cosa o por el precio obtenido; porque «por las dos» –dice– no se puede responder a la vez. La respuesta a esta *quaestio* se hace depender de dos momentos. Primero, del momento temporal en el que se recuperan los bienes de la herencia por el vendedor; segundo, del momento en que se incluyó la *stipulatio* sobre su responsabilidad por incumplimiento en el contrato. Tenemos pues, a un heredero-vendedor de la herencia, a un comprador de esta y a un tercero que compra después del mismo heredero-vendedor un bien individual perteneciente a esa masa hereditaria.

(*i*) Si la estipulación resulto ser *anterior* a la recuperación de la cosa (y, a su venta a un segundo comprador), el derecho del comprador solo alcanza a la cosa en sí, pero no al precio de la segunda venta. (*ii*) Sin embargo, si la estipulación sobre la responsabilidad del vendedor se introdujo *después* de

³⁰ KNÜTEL/LOHSE (2017, p. 261). Véase también el repaso en castellano de BASOZABAL ARRUE (2020a, pp. 6-7).

³¹ Así lo hace el, a mi juicio, mejor comentario del texto: JAKOBS (1993, pp. 10-13). No se reproduce la versión latina o traducida por falta de espacio. Me remito en este sentido al Digesto y a las versiones traducidas al castellano de este.

que el heredero recuperase la cosa y la vendiese a otro, la responsabilidad frente al primer comprador alcanza al precio («*credimus, pretium in stipulationem venisse*») ³². En uno y otro caso, el vendedor responde; la única diferencia es sobre qué o, por mejor decir, qué es lo que tiene derecho a reclamarle el comprador de la herencia. En el primer caso, el comprador tiene derecho a que se le entregue la cosa, mientras que en el segundo tiene derecho a que el vendedor le restituya el precio obtenido con la segunda venta. La diferencia está en la presencia de la *stipulatio* como medida de la responsabilidad del vendedor. De algún modo, la *stipulatio* aludía a lo garantizado por el vendedor con la venta de la herencia. Por eso, si era anterior a la venta de un bien a ella perteneciente, respondía directamente por ese bien, y no por el precio.

En lo que más interesa, Paulo explica el fundamento de esta solución —que tanto concede la cosa como el precio, dependiendo de cuándo se incluyese la estipulación— a partir de la idea de que la segunda venta no sería sino una gestión de los negocios (*negotiorum gestio*) de la herencia vendida y, por tanto, de los negocios de su comprador. El jurista establece aquí una interesante similitud con el vendedor de un fundo que debe entregar los frutos percibidos por razón de la buena fe. La percepción de los frutos, en el caso del fundo, y la venta de una cosa de la herencia representan una suerte de administración del patrimonio debido para quien lo adquiere; los frutos se obtienen en beneficio del fundo y la cosa se vende en interés de la herencia. Por eso, corresponden en ambos casos precio y frutos al comprador o, con otras palabras, el vendedor debe ser tratado aquí como un gestor de negocios ajenos ³³.

b) PARTE SEGUNDA

La segunda parte del texto deja a un lado el problema de la venta de una cosa de la herencia y se centra en la doble venta de un esclavo, que —atiéndase— se *pierde* fortuitamente en manos el vendedor, sin estar este en mora, y antes de la entrega posible a cualquiera de sus dos candidatos a comprar. Es la parte más famosa. En ella, se pregunta si quien vendió dos veces una cosa «singular» debe entregar al primer comprador, por medio de la *actio empti* (es decir, la acción de buena fe que el comprador tenía sobre el vendedor por incumpli-

³² Para una exégesis en profundidad de la primera parte del texto, la cuestión de la persecución de los bienes y las razones para que el vendedor en el caso de una cosa perteneciente a la herencia sí deba el precio, *Ibid.* (pp. 13-52).

³³ *Ibid.* (pp. 80-82, 86).

miento), el precio obtenido con la segunda venta. De ella ha trascendido, porque lo dice el fragmento, la siguiente idea: el vendedor no debe ese precio, porque este no se percibe por la cosa (*ex re*), sino por la negociación (*propter negotiationem*). Como adelanté, esta idea se ha empleado históricamente para rechazar la inclusión del precio dentro de la categoría de los cómodos. No obstante, un estudio minucioso del texto refleja que el problema en el que estaba pensando Paulo para distinguir entre lo que es *ex negotiatione* y lo que no era algo distinto.

¿Debe el vendedor el precio del esclavo al primer comprador? En principio, el segundo comprador ya había pagado el precio del esclavo, sin que el esclavo se hubiera entregado todavía³⁴. En ese contexto, Paulo opina que el vendedor puede retener el *pretium* obtenido con la venta del esclavo al segundo comprador; es decir, que no tiene que entregárselo al primer comprador. O, mejor dicho, que la *actio empti* del primer comprador frente al vendedor, por incumplir, no alcanza al precio pagado por el segundo comprador. La cuestión es por qué Paulo se inclina por esta solución; por qué considera que este precio obedece a la negociación y no a la cosa debida. El texto no se comprende sin el hecho de la pérdida fortuita del esclavo doblemente vendido y la situación que esta genera. Tras este evento, el vendedor no puede cumplir frente a ninguno de sus dos compradores, no hay esclavo. Esto obliga a dividir el análisis en dos –digámoslo así– relaciones obligatorias: (i) la que liga al vendedor con el primer comprador (*relación 1*) y (ii) la que liga al vendedor con el segundo (*relación 2*).

En la *relación 2*, el vendedor podía retener el precio que el comprador le abonó por adelantado, a pesar de la muerte del esclavo; de lo contrario no se le plantearía la pregunta de si el vendedor debe o no ese mismo precio en la *relación 1*³⁵. Que el vendedor tuviera derecho al precio o a la acción de venta frente al segundo comprador se explica porque la cosa vendida se perdió antes de la entrega como consecuencia de un caso fortuito, sin que el vendedor estuviese en mora. En ambas relaciones, produciéndose la pérdida por caso fortuito y sin estar el vendedor en mora, se pierde el esclavo para cada comprador, que asume ese riesgo. La diferencia es que en una de ellas el comprador anticipó ese pago. Podría pensarse que, si en la *relación 1* el comprador también asumía el riesgo de pérdida fortuita del esclavo antes de la mora, el vendedor podría reclamar igualmente el precio a este primer comprador. Pero esto no es posible porque la segunda relación neutraliza la primera, por ser incompatibles; por eso, el vendedor carece en la *relación 1* de una acción de venta frente al comprador para

³⁴ *Ibid.* (pp. 57-62).

³⁵ *Ibid.* (p. 68).

cobrar de este también y no puede cobrar de sus dos compradores³⁶. Tras la muerte fortuita del esclavo vendido en manos del vendedor y antes de la mora lo más que puede el vendedor es retener el precio que se le anticipó en la *relación 2*. Así pues, es el pago anticipado del segundo comprador el que plantea el problema y lo que conduce a la solución.

El estudio del juego entre *relación 1* y *relación 2* nos explica el sentido de la expresión *ex negotiatione* en el fragmento. «*Propter negotiationem*» significa que el vendedor consigue el precio *por anticipado*, gracias a su habilidad o, si se quiere, gracias a la torpeza del segundo comprador. Su torpeza consiste en pagar antes de la entrega de la cosa³⁷. El vendedor que obtuvo así el precio lo puede retener (no lo debe al primer comprador), como consecuencia (adicional) de la pérdida de la cosa (fallecimiento del esclavo), pues queda liberado. El vendedor puede retener el precio recibido por anticipado en la *relación 2* sin tener que entregar *nada* a cambio en ella, porque, el riesgo de pérdida del esclavo lo soportaba también el comprador. Esta relación está separada de la primera. De otro lado, la *relación 1* se extingue y nadie se debe nada. Por eso, dice Paulo que, una vez muerto el esclavo, poco importa que este se hubiera vendido a otro. En este sentido, tampoco el comprador de la *relación 1* tenía a su disposición la acción de compra —la *actio emptionis*— frente al vendedor por el precio o ventaja que el vendedor obtuvo de esa manera³⁸. Esta acción no alcanzaría ese precio. Y, por eso también, termina añadiendo que «*te debía la cosa, no la acción*»³⁹.

c) PARTE TERCERA

La tercera parte del fragmento aborda la pregunta de qué sucede cuando la cosa vendida no se encuentra todavía en poder del vendedor, disponiendo este, como en la primera parte, de una acción para obtenerla. Así, (*i*) A, propietario, reclama a T la cosa que este posee (mediante la *actio furti*, por ejemplo,

³⁶ *Ibid.* (pp. 70-72).

³⁷ *Ibid.* (pp. 68-70).

³⁸ *Ibid.* (pp. 74-79).

³⁹ Así resulta «*como si no se lo hubiese vendido a otro, porque te debía la cosa no la acción*» («*et sic fit, quasi alii non vendissem; tibi enim rem debebam, non actionem*»). Esta referencia a la acción se explica a partir de la primera parte del fragmento, donde se vendía por segunda vez una cosa que ya se había vendido como integrante de la herencia, con *stipulatio* sobre la responsabilidad del vendedor, aun cuando los bienes podían no estar aún en manos del vendedor. Ante una cosa singular, se debe simplemente la cosa; mientras que, en este segundo supuesto, se habría debido en primer lugar la acción frente al tenedor de la herencia y, desde ella, también la cosa o el precio, como hemos visto (*Ibid.*, pp. 79-80).

si esta hubiera sido robada; o mediante la *condictio furtiva*); (ii) A vende, como propietario, al mismo tiempo la cosa reivindicada a B y cobra su precio; y (iii) A no recibe la cosa que ha perseguido, sino su valor (la *litis estimatio*).

En Roma, podía darse el caso en que el propietario (en nuestro caso, el vendedor A) que perseguía a la cosa, recibiese la estimación del *doble de la cosa* en esa acción recuperatoria (y no la cosa en sí). Así podía suceder tratándose de una cosa robada, mediante la *actio furti* o la *condictio furtiva*; también mediante la *condictio* si el propietario había sido expulsado violentamente de su fundo. Es el escenario en el que se mueve el texto y lo que lo hace diferente a los dos anteriores. Nuestro vendedor A podía no recibir la cosa que vendía sin poseer, pero sí el doble de su valor, en forma de *litis estimatio*. Así lo dice el propio Paulo en el texto. Y la pregunta es si ese mayor valor corresponde al comprador.

Con estos ingredientes el fragmento se pregunta: entonces, ¿se debe el precio (valor) o la cosa? Y se responde que este mayor valor no pertenece al comprador. Jakobs⁴⁰ explica que la razón de ser de este razonamiento y de la (no) responsabilidad del vendedor por el valor doble se encuentra en el propio contrato: quien vende una cosa que no se encontraba en su poder solo responde por la cosa (y por nada más). Al igual que el vendedor no responde por nada en el caso fortuito, tampoco lo hace si se obtiene el doble de su valor. La idea es, de nuevo, que el objeto de la prestación era *la cosa* que todavía no estaba en poder del comprador; nada menos, pero nada más. Era preciso que el vendedor, primero, la recuperase. Si no lo hacía, pero obtenía el doble de su valor, eso no pertenecía al comprador, pues el contrato no se lo garantizaba.

La tercera parte del fragmento se comprende mejor con lo siguiente. Y es que continúa diciendo que no sucedería lo mismo cuando el vendedor perdió sin culpa la posesión de la cosa. Repárese en que aquí el vendedor no es que tenga que recuperar la cosa que vende como no poseída, sino que la pierde fortuitamente antes de la entrega. En ese caso, sí debe ceder las acciones, así como en su caso la *litis aestimatio*. Ello porque —termina diciendo Paulo— también se debe entregar el solar que reste, si se incendió el edificio vendido (y se destruyó). En esta última hipótesis, el montante o la acción que el vendedor obtiene se identifican con la cosa que era debida y de la cual respondía el vendedor según el contrato; son *ex re*⁴¹.

⁴⁰ *Ibid.* (pp. 93-94).

⁴¹ *Ibid.* (p. 100). Esto se corresponde con la idea de que, en Derecho romano clásico, la entrega al deudor del *c. repre.* no tenía nada que ver con el problema del reparto del riesgo (*supra* 2.1. a).

d) RECAPITULACIÓN

De D. 18,4,21 acaso se haya sobredimensionado la explicación de que el precio no se restituye porque es producto de la negociación del vendedor. En realidad, la no restitución del precio se enmarca en un supuesto de pérdida fortuita del esclavo vendido y de atribución del riesgo al comprador que presta antes⁴². Del fragmento no se puede extraer la idea de que el Derecho romano excluyese, en todo caso, la entrega al primer comprador del precio obtenido por el vendedor en caso de doble venta. Lo que sí se desprende es que la entrega del precio (o del valor) podía tener lugar bajo determinadas circunstancias⁴³. Prueba de ello es (i) en la venta de un bien perteneciente a un patrimonio (*universalias*), como con la herencia ya vendida (parte primera), y (ii) también en la entrega del valor de la cosa, cuando el vendedor dejaba de retener sin culpa (parte tercera). El texto concede al comprador el *pretium* o el doble del valor, allí donde el contrato ciertamente *garantizaba* al comprador este resultado, más allá de la prestación debida o, si se quiere, como continuación de ella (venta de la herencia donde y la entrega de las acciones y la *litis aestimatio*). En fin, de Paulo se puede extraer una idea valiosa para este trabajo: que la respuesta al interrogante sobre la entrega al acreedor del *c. ex n.* –así como del *c. repre.* en general– se encuentra en el propio contrato incumplido. Guardémosla, por lo pronto.

3. EL COMMODUM REPRESENTATIONIS EN DERECHO FRANCÉS

Sorprendentemente, la antigua regla del artículo 1303 CCfr se ha mantenido intacta en Francia tras la modernización, ahora en sede de imposibilidad de ejecución de la prestación de entrega (artículo 1351-1 II CCfr)⁴⁴. Pero la nueva norma corre la misma suerte que el antiguo artículo 1303 CCfr: la irrelevancia⁴⁵. La modernización simplemente ha venido a extender el an-

⁴² Esta última conclusión se corresponde con lo ya explicado (*supra* 2.1.a).

⁴³ En este sentido, no parece que la idea «*pretium succediit in locum rei*» (el precio se coloca en lugar de la cosa) se reservase exclusivamente para ciertos casos de *condictio*. Así sucedía en la llamada *condictio pretii* donde la restitución del precio se hacía por ser este una estimación del valor de la cosa (*certa res*) imposible de devolver *in natura*. Se trata de casos, eso sí, de venta de cosa ajena; por todos, D. 12,1,23. Véase, también, en este sentido, BOOSFELD (2015, pp. 221-222).

⁴⁴ «*Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose*».

⁴⁵ Ello teniendo en cuenta que el Derecho francés sigue asociando la transmisión de la propiedad con la del riesgo (ahora en el nuevo artículo 1196 CCfr).

tiguo régimen de la extinción de la obligación por pérdida de la cosa al resto de obligaciones, mediante la incorporación de la imposibilidad de ejecución (arts. 1351 y 1351-1)⁴⁶. El artículo 1351 CCfr dispone que el deudor queda liberado, si la imposibilidad procede de fuerza mayor definitiva (*force majeure*), salvo que (i) estuviera en mora o (ii), pactase asumir la responsabilidad en el contrato. A continuación, el artículo 1351-1 I establece que, cuando la imposibilidad de ejecutar la prestación procede de la *pérdida de la cosa debida*, aun estando en mora, se puede liberar del riesgo, si prueba que la cosa se habría perdido igual en poder del acreedor⁴⁷. Cuando el acreedor corre con el riesgo de pérdida de la cosa, el deudor debe ceder el subrogado (art. 1351-1 II CCfr)⁴⁸.

Esta entrega del *c. repre.* al acreedor que el Derecho francés ha mantenido adolece de una contradicción. Y es que la imposibilidad de ejecución por fuerza mayor –dentro de la cual se enmarca ahora la entrega del *commodum*– constituye siempre una causa de resolución automática y de pleno Derecho del contrato (art. 1218 II CCfr)⁴⁹. Por eso, se ha señalado el defecto de que, por un lado, el Derecho francés proclama la terminación del contrato en todos los casos de fuerza mayor (también en el de pérdida de la cosa debida) y, por el otro, establece que el deudor está obligado a restituir el subrogado y el acreedor a cumplir con su prestación, pues corre con el riesgo⁵⁰.

Sea de ello lo que fuere, no deja de resultar chocante que, incluso tras la modernización, el Derecho francés siga limitando la entrega del *c. repre.* a la pérdida de la cosa debida, que acaso sea el campo –el de los negocios transmisivos de la propiedad– donde menos le hace falta mantener una pretensión de esta clase. Hasta donde se me alcanza, el problema del *c. ex n.* no ha tenido demasiado recorrido en el Derecho francés⁵¹.

⁴⁶ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE/CHÉNÉDÉ (2019, párt. 758).

⁴⁷ FRANÇOIS (2016).

⁴⁸ La irrelevancia de la norma es evidente en los manuales franceses al uso que, como mucho, la mencionan de pasada; sin preocuparse por su contenido.

⁴⁹ Véase, MALAURIE / AYNES / STOFFEL-MUNCK (2016, pp. 515-518).

⁵⁰ CAUVIN (2020, pp. 292-293).

⁵¹ En el Derecho francés, por su particular sistema de transmisión de la propiedad, existen constelaciones de casos similares al del *c. ex n.* Así sucede en la venta de cosa ajena de buena fe y para cuando ha transcurrido el plazo que permitiría al propietario reivindicar del poseedor. En este caso, solo se produce una restitución del precio en caso de mala fe del vendedor, mediante la indemnización al propietario en esa cuantía. En otro orden, aparecen los casos de cobro de lo indebido, en que el *accipiens* de buena fe tiene que restituir (solo) el precio obtenido por la venta de la cosa recibida. En su estudio de derecho comparado, da cuenta de estos casos, BOOSFELD (2015, pp. 17-24). Refiriéndose a la autora, los trata como ejemplo de la necesidad de encontrar coherencia valorativa entre la restitución del *c. ex n.* y otras normas del Código civil donde se restituye el precio (*infra* 8.4), BASOZABAL ARRUE (2020b, pp. 1521-1523).

4. EL COMMON LAW Y EL COMMODUM EX NEGOTIATIONE

En el Derecho inglés, la entrega del *c. ex n.* está estrechamente vinculada a la restitución de ganancias (*account for profits*). Por eso, se presenta como excepcional. El *leading case* en esta materia es *Attorney General v. Blake*, caso referido al incumplimiento de deberes de confidencialidad y que he mencionado en la introducción. Sus hechos son de sobra conocidos⁵², así como el fallo final de la *House of Lords*⁵³: condenar al espía *Blake* a una restitución de ganancias por incumplir el pacto de confidencialidad al que estaba sometido. Si bien la corte presentó esta solución como excepcional —habida cuenta de lo delicado del caso a nivel político⁵⁴—, su sentido se ha ido extendiendo al incumplimiento de deberes de no hacer en contextos comerciales⁵⁵. Esta extensión adolece quizás de una

⁵² ([2001] 1 AC 268, 277). *George Blake* había trabajado como agente del servicio de inteligencia británico entre 1944 y 1961. Al menos desde 1951, pasó a ser espía de la Unión Soviética, revelando, como agente doble, secretos oficiales de la corona británica hasta 1960. Al ser descubierto, fue condenado a 42 años de prisión por traición, logrando huir hacia Moscú en 1966 a través de Berlín. Allí escribió su autobiografía, que incluía muchas de sus andanzas como agente de la corona británica, y la publicó en 1989. Por eso, a la fecha de publicación, algunas de las informaciones vertidas en el libro ya habían sido desclasificadas. La venta de sus derechos de autor y la publicación del libro le procuraron una serie de beneficios. Sobre los que no llegó a cobrar giraba el caso, pues el Estado británico reclamaba su entrega por incumplimiento de deber de confidencialidad que le vinculaba mientras desempeñó su labor como agente de la Reina. En efecto, uno de los compromisos adquiridos por *Blake* para con la corona británica fue el de no divulgar cualquier información oficial obtenida por el hecho de su empleo, ni en prensa ni en un libro; compromiso que no solo cubría sus años de servicio, sino también los posteriores al de su cese. Para la resolución del caso —y tras analizar supuestos, distintos, de restitución de ganancias en casos de infracción de derechos de propiedad— Lord Nicholls se preguntaba por qué el incumplimiento de derechos contractuales debería implicar un menor nivel de remedios que la violación de derechos de propiedad. Tras considerar que, en principio, no acompañan razones para la restitución de beneficios como remedio frente al incumplimiento, estimó que en casos excepcionales el tribunal debe autorizarlo con carácter discrecional, si el resto de los remedios no se antojan suficientes; se deben medir en ese caso los daños a partir de las ganancias obtenidas por el incumplidor. A juicio del ponente, el caso estaba patrocinado por las notas de excepcionalidad que aconsejaban evitar que el incumplidor se lucrara con su incumplimiento, por los incentivos perniciosos frente a la seguridad nacional que el preceder podría crear. La mayoría de los miembros de la *House of Lords* enmendaron la plana a la *Court of Appeal* y condenaron a la restitución de los restantes beneficios a obtener por *Blake*.

⁵³ Solo *Lord Hobhouse* criticó el sentido del fallo, por considerar que se estaban aplicando principios propios de la infracción del derecho de propiedad a un escenario donde no existía ningún derecho subjetivo de contenido absoluto en disputa y que lo realmente procedente habría consistido en indemnizar a la Corona el coste del consentimiento.

⁵⁴ Del que la propia *House of Lords* se impregna. Por eso, no es de extrañar que Lord Nicholls comenzase su exposición del caso con esta sentencia: «*My Lords, George Blake is a notorious, self-confessed traitor.*».

⁵⁵ Se deben mencionar dos casos:

(i) *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc and Another* ([2003] EWCA Civ 323), donde se aplicó la doctrina de *Blake* por primera vez al incumplimiento de una obligación de no hacer en un pleito «comercial», si bien subrayándose lo excepcional de algunas de sus circunstancias. La sociedad administradora del patrimonio de Jimi Hendrix, *Experience Hendrix*, demandó a *PPX*, por incumplimiento del acuerdo que había puesto fin al pleito años atrás entre el artista, ya fallecido, y la productora. Según tal acuerdo, *PPX* podía comercializar determinados temas del cantante, listados en el contrato, a cambio

sólida fundamentación dogmática y hace depender la solución de las circunstancias particulares del caso⁵⁶. Así la restitución de ganancias ha derivado en una suerte de remedio subsidiario; lo que no ha contribuido a paliar el grado de incerteza que, en general, rodea a la institución en el Derecho inglés⁵⁷.

En escenarios distintos al del incumplimiento de deberes de no hacer, el Derecho inglés se inclina, en principio, también por la excepcionalidad de la restitución de ganancias. Así sucede en contratos de doble venta de inmuebles⁵⁸, donde la restitución de ganancias se hace depender de que la posición del vendedor incumplidor sea asimilable a la de un fideicomisario. Se trata de supuestos en los que el bien en cuestión es, por hipótesis, único o específico. Hasta donde me consta, el *leading case* es *Lake v. Bayliss*⁵⁹. Repasemos brevemente sus hechos.

M vendió a D una parcela el 27.12.1969. El contrato tenía una causa («*consideration*») particular, pues la venta se realizaba a cambio de que D retirara dos escritos contra M. A pesar de ello, M terminó vendiendo la finca a un tercero por 50.000 libras. D reclamó la entrega de esa cantidad, por incumplimiento del contrato, como remedio extraordinario. El juzgado admitió esta pretensión y condenó a una restitución de ganancias. Según la doctrina de este caso, en la compraventa de un *inmueble*, el vendedor se convierte en fideicomisario («*trustee*») frente al comprador. Por eso, si decide vender la propiedad a un tercero antes del cumplimiento del primer contrato, responde frente a él por el pre-

del pago de *royalties* a *Experience Hendrix*. Sin embargo, *PPX*, concedió licencias por canciones no incluidas en el acuerdo. La *Court of Appeal* consideró injustificado que *PPX* pudiera incumplir el contrato y ahorrarse el pago de *royalties* que habría tenido que pagar si se tratase de canciones incluidas en el listado del contrato. Por ello, concedió un *account for profits* que, no obstante, limitó, al no ser circunstancias tan graves como las de *Blake*. Esto condujo al pago de una suma razonable por el uso del material musical, una suerte de licencia hipotética.

(ii) *Esso Petroleum Co Ltd v Niad Ltd* ([2001] EWHC Ch 458, donde la *High Court* condenó a una restitución de ganancias por incumplimiento del procedimiento contractual «*Pricewatch*», por el cual los distribuidores de la petrolera *Esso* se comprometían a suministrarle información de los precios de los competidores y a establecer sus precios según las instrucciones de *Esso*, a fin de adaptarse a la competencia. A cambio, *Esso* les prestaba apoyo financiero. Uno de los distribuidores (*Niad*) se separó repetidas veces de esta práctica y mantuvo precios superiores en su gasolinera. El tribunal tuvo en cuenta (i) que el remedio de la indemnización se estimaba inadecuado para satisfacer el interés de *Esso*, pues no podía demostrar ni achacar la pérdida de ventas al incumplimiento de uno de sus distribuidores y (ii) que la obligación incumplida era elemental para sus operaciones y el incumplimiento de *Niad* desacreditó la propia publicidad de precios de la petrolera. Con estos mimbres, y no sin un toque preventivo, se condenó a la restitución de las ganancias obtenidas por *Niad* con el incumplimiento del *Pricewatch*. Para su decisión, la corte se basó en *Attorney General. v. Blake*.

⁵⁶ Es el caso *WWF -World Wide Fund for Nature (Formerly World Wildlife Fund), World Wildlife Fund Inc v World Wrestling Federation Entertainment Inc ChD*: tras una serie de disputas judiciales en torno al uso de las siglas *WWF*, la ONG llegó a un acuerdo con la Federación de lucha libre americana por el cual la primera se comprometía a no utilizar dichas siglas; pacto que incumplió. En esta ocasión se consideró injustificado que un pacto como ese, restrictivo del comercio, debiera permitir una *restitution*.

⁵⁷ BEALE (2008, párr. 26-028).

⁵⁸ VIRGO (2008, párr. 29-151). También ante la ruptura del deber de confidencialidad, incumplimiento de deberes fiduciarios o si el incumplimiento representa una intromisión en la propiedad del acreedor.

⁵⁹ [1974] 1 WLR 1073.

cio obtenido con la segunda venta. Es decir, desde la perfección de la venta, la propiedad del fundo se convierte en un fideicomiso a favor del comprador, pudiendo este reiperseguirla y obtener el precio de la venta con la que el vendedor-fideicomisario incumplió. Este remedio, añade la sentencia, interesará particularmente al comprador –en lugar de los daños– cuando el vendedor sea insolvente.

Lake v. Bayliss da buena cuenta de la flexibilidad del *common law* para dar respuesta a supuestos en los que la *specific performance* ocupa un lugar central; también de cómo el *account for profits*, como sustituto del cumplimiento es, excepcional y solo se concede allí donde existe un fuerte interés del acreedor en el cumplimiento específico del contrato, como sucedía en este caso. El problema es la discrecionalidad con la que se suele conceder esta clase de solución, que se excluye tan pronto como los *damages* ofrecen una compensación adecuada⁶⁰. En cualquier caso –y con independencia de la valoración que nos merezca la vía teórica del *constructive trust* inglés– hay que destacar que este sistema jurídico se incline por conceder lo que llamamos *c. ex n.* en casos donde el bien vendido puede considerarse único en su especie.

5. EL COMMODUM REPRESENTATIONIS EN DERECHO ALEMÁN

Con frecuencia se alude al § 285.1 BGB (antiguo § 281 BGB⁶¹) como modelo de comparación y se afirma que este juega el mismo papel que nuestro artículo 1186 CC⁶². Esto hace imprescindible centrarse en explicar bien su contenido y fundamento.

5.1 Líneas básicas y supuesto de aplicación

Dice el § 285.1 BGB (traducción propia): «Si como consecuencia de la circunstancia que impidió la ejecución de la prestación según el § 275.1 a 3,

⁶⁰ Véase, BEALE (2008, p. 26-003).

⁶¹ Salvo por lo que después se dirá, el contenido del § 285 BGB actual es idéntico al del antiguo § 281 BGB. Tras la modernización, únicamente se ha adaptado el precepto a la nueva estructura del § 275 BGB, que antes se refería simplemente a la imposibilidad de la prestación y ahora comprende también los casos en que el cumplimiento no resulta exigible al deudor (véase, el borrador de la discusión elaborado por el Ministerio de Justicia, la versión consolidada, la comparada y la justificación del Gobierno, en CANARIS, 2002, pp. 161-162, 360, 444, 688). Por este motivo, y en aras de la claridad, me referiré indistintamente al § 285 BGB, aun cuando la referencia sea anterior a la modernización.

⁶² BASOZABAL ARRUE (2020a, pp. 1-33) y (2020b, p. 1515). Este autor ofrece una excelente panorámica en castellano del § 285 BGB en el contexto del sistema alemán (2020a, pp. 3-26).

obtiene el deudor algún reemplazo o alguna pretensión de reemplazo por razón de la cosa debida, puede el acreedor reclamar la restitución del reemplazo o la cesión de la pretensión» Y, continúa, en el segundo párrafo: «Cuando el acreedor puede reclamar la indemnización de daños en lugar de la prestación, esta se reduce siempre que haga uso del derecho reconocido en el párrafo primero sobre el valor del reemplazo o la acción sobre él».

El § 285 BGB permite la restitución del subrogado por razón de la cosa (*cum re*)⁶³ en lugar de la prestación inicialmente debida. No es un precepto orientado a la restitución de ganancias por incumplimiento, sino que solo asiste al acreedor para obtener el subrogado (*c. repre.*) de la cosa debida. La norma presenta una relación estrecha con la exclusión del deber de prestación del deudor en el moderno Derecho de obligaciones. Por este motivo, es imprescindible leer el § 285.1 BGB con la mirada puesta en el § 275.1 a 3 BGB.

Los tres primeros párrafos de este parágrafo rezan: (1) La pretensión de cumplimiento se excluye cuando esta es imposible para el deudor o para cualquiera; (2) el deudor puede excepcionar el cumplimiento si este supone un esfuerzo gravemente desproporcionado al interés del acreedor en la prestación, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y la buena fe; y (3) el deudor puede excepcionar además el cumplimiento, cuando la prestación es personal y no le puede resultar exigible, a la vista de la dificultad que supone la ejecución de esta. Los tres casos aluden a la *excepción* del cumplimiento por el deudor y, por ende, a la asignación del riesgo prestacional al acreedor.

Es preciso detenerse en las bases del moderno Derecho de obligaciones para comprender bien esta norma; lo que en España no nos es desconocido. En principio, dentro de este paradigma, el deudor corre con el riesgo de incumplimiento en general, pues cualquier insatisfacción del acreedor se considera incumplimiento. No obstante, el § 275 BGB muestra que hay escenarios excepcionales donde el deudor puede liberarse de ese «riesgo general del incumplimiento», trasladándolo al acreedor. La entrega del *commodum* al acreedor que permite el § 285.1 BGB representa una suerte de alteración de ese sistema, permitiendo volver a satisfacer el interés del acreedor allí donde el deudor puede, sin embargo, liberarse. El § 285.1 BGB constituye así un remedio ubicado en un contexto,

⁶³ JAKOBS (1993, pp. 109-110); WIECZOREK (1995, pp. 135-151); HELMS (2007, pp. 339 y ss.).

el de la modernización, donde ni la satisfacción del interés del acreedor ni la relación obligatoria se agotan en el deber de prestación⁶⁴.

El campo de juego del § 285 BGB explicado nos aclara que la norma no se refiera simplemente a la cuestión del riesgo de pérdida *de la cosa debida* en contratos de intercambio⁶⁵, como sucede en derecho francés y español. No en vano, ninguna de las explicaciones que se le han dado desde su codificación se adentra en este terreno. Como se adelantó, la inclusión de la norma en la codificación alemana respondió en sus inicios a una idea de equidad⁶⁶. También por este motivo, la aplicación del § 285.1 BGB no depende de si el incumplimiento es o no imputable al deudor⁶⁷.

En Derecho alemán –hay que subrayar– el subrogado se coloca *en la misma posición* que la prestación inicialmente debida⁶⁸. Es decir, la entrega del subrogado representa, si se quiere decir así, una continuación de la prestación, por otra vía. Esta particular conexión entre la excepción del deber de prestación y el subrogado se aprecia en que la entrega de este dependa, en primer término, de que el deudor haga uso de la excepción de cumplimiento que le concede el § 275 BGB, sin que el acreedor pueda decidir directamente si quiere el *commodum*; una vez el deudor ha hecho uso de esta excepción, puede el acreedor optar –entonces sí– por que se le entregue el subrogado o se le cedan las acciones para conseguirlo; con ello se diferencia la restitución del subrogado de la indemnización por incumplimiento⁶⁹.

El supuesto de aplicación del § 285 BGB no presenta demasiados problemas. Si bien el § 285.1 BGB se refiere textualmente a la prestación sobre un objeto («*Gegenstand*»), existe cierto consenso en una interpretación amplia del término que incluya derechos o cesiones de uso⁷⁰, unida a un rechazo casi gene-

⁶⁴ Sobre estas cuestiones a propósito del § 285 BGB véase, EMMERICH (2019, párr. 1); LORENZ (2020, párr. 1); GRÜNEBERG (2018, párr. 1).

⁶⁵ EMMERICH (2019, párr. 27). En este sentido va la crítica a la pandectística que hace SCHERMEIER (2007, párr. 79-80).

⁶⁶ Véase, SCHERMEIER (2007, párr. 80-81) y *supra* 2.1. c).

⁶⁷ EMMERICH (2019, párr. 14); GRÜNEBERG (2018, párr. 6); DORNIS (2020, párr. 67).

⁶⁸ CANARIS (2002, pp. 162, 688).

⁶⁹ Es decir, el deudor tiene que decidir primer si cumple o si excepciona, pues de lo contrario la decisión del acreedor excluiría la eventual prestación. De este modo, se confiere al deudor la posibilidad de reservarse el subrogado, cuando este sea excepcionalmente superior al valor de la prestación. En la indemnización, el acreedor no ve depender la posibilidad de reclamar indemnización del hecho de que el deudor decida excepcionar el cumplimiento; en este caso, el acreedor puede reclamar la indemnización desde el incumplimiento, siempre que conceda un plazo adicional para el cumplimiento al deudor (§§ 280, 281 BGB). Con la indemnización, y a diferencia del subrogado, el deudor queda liberado del deber de prestación inicial. Véanse las consideraciones del Gobierno alemán en CANARIS (2002, pp. 688-689).

⁷⁰ LEHMANN (2007, p. 527); LORENZ (2020, párr. 7).

ral de su aplicación a obligaciones de hacer o de no hacer⁷¹. Además, tratándose de bienes genéricos, se rechaza su aplicación en tanto no haya especificación⁷².

5.2 Fundamento

Mucho más se ha discutido en Alemania sobre cuál sea el fundamento último que explica la pretensión del § 285.1 BGB⁷³.

(i) Inicialmente, la jurisprudencia estimó que el § 285 BGB cumplía una función de integración de la relación obligatoria⁷⁴. Semejante aproximación se basaba en los antecedentes del precepto, en los que a duras penas se justificaba su ratio más allá de aludir al sentido común⁷⁵. La restitución del *commodum* se explicaba a partir de un mandato de «equidad» que, sin embargo, no había de operar ilimitadamente. Solo era equitativo atribuir el subrogado al acreedor, si la voluntad hipotética de las partes hubiese sido esa, de haber previsto la pérdida de la cosa. Parte de la doctrina continúa explicando hoy la consecuencia del § 285.1 como una subrogación obligacional deudora de una interpretación integradora legal⁷⁶, pero es mayoritariamente rechazado⁷⁷.

(ii) Otros sectores explican la norma echando mano de la teoría de la intromisión («*Eingriffserwerb*»), formulada en su día por Schulz⁷⁸ para explicar, por primera vez, el Derecho de enriquecimiento de manera tipológica, a partir del de la *condictio* por intromisión.

Este autor describe la *condictio* como una pretensión orientada a absorber las ventajas patrimoniales que el deudor obtiene como consecuencia de una intro-

⁷¹ BOLLENBERGER (1999, pp. 157-160, 176-179); HELMS (2007, pp. 322-329); EMMERICH (2019, párr. 5-6). Solo se manifiesta totalmente a favor desde una particular y amplia concepción del § 285 BGB desde el enriquecimiento injustificado HARTMANN (2007, pp. 96-128). Para las obligaciones de hacer, cierto sector se muestra favorable a la aplicación del § 285.1 BGB, con los argumentos de que el § 275 (al que se refiere el § 285) no excluye estas obligaciones para el incumplimiento; que el Derecho procesal permite una sustitución de la prestación o su ejecución dineraria (§ 888 ZPO); que el orden económico moderno comercializa estandarizadamente esta clase de prestaciones, convirtiéndolas prácticamente en fungibles salvo que se trate de una actividad muy cualificada (véase, CASPERS, 2014, párr. 24; DORNIS, 2020, párr. 53-58, quien sí rechaza la extensión a las obligaciones de no hacer).

⁷² BOLLENBERGER (1999, pp. 163-164); HARTMANN (2007, pp. 217-224); GRÜNEBERG (2018, párr. 5); EMMERICH (2019, párr. 10).

⁷³ Véase, BASOZABAL ARRUE (2020a, pp. 9-11).

⁷⁴ Así la SBGB 19.6.1957 (NJW 1957, 1514) afirmaba que, tratándose de relaciones obligatorias «el precepto representa interpretación integradora regulada legalmente».

⁷⁵ WIECKZOREK (1995, pp. 58-60).

⁷⁶ GRÜNEBERG (2018, párr. 2).

⁷⁷ HARTMANN (2007, pp. 49-56); DORNIS (2020, párr. 13).

⁷⁸ SCHULZ (1909, pp. 1 y ss.), para quien no existían razones para tratar casos similares de modo distinto (p. 3).

misión ilegítima en derechos subjetivos ajenos. Para él, el § 281 BGB no era sino un instrumento para alcanzar la misma reintegración que permitía la *condictio*, cuando la intromisión tenía lugar en *derechos de crédito*. La concepción del enriquecimiento de Schulz consistía en recuperar las ganancias que alguien obtenía a costa de otro (pp. 7-15); lo que expresaba través del principio de que nadie puede obtener provecho de un derecho ajeno. Esta comprensión del enriquecimiento ponía el foco en la posición del deudor –no en la del acreedor–; por eso, la restitución del *commodum* permitía recuperar la situación que habría tenido lugar si la intromisión no se hubiera producido, constituyendo el § 281 un reverso del principio indemnizatorio, bien que sin exigir culpa. Explicada de esta manera, la restitución del *commodum* quedaba extraña a cualquier idea de subrogación (pp. 15-30, 310, 443-446).

La teoría de Schulz, y en particular su inversión del principio indemnizatorio, centrándose en la posición del deudor, ha resultado muy sugestiva para quienes, después, han profundizado en una aclaración del § 285 BGB a partir del Derecho de enriquecimiento⁷⁹ y de la idea de que esta norma proporciona una protección integral a las posiciones relativas, como hace la *condictio* por intromisión⁸⁰.

(iii) Todavía dentro del Derecho de enriquecimiento, otro sector ha preferido fundamentar el § 285 BGB a partir de la *condictio* por intromisión, pero mediante la idea de una «atribución *inter partes*». Los defensores de esta propuesta se apoyan en que debe haber una protección de los derechos de crédito paralela a la de los derechos absolutos, en los cuales sería la relación obligatoria –y no el ordenamiento– la encargada de asignar las posiciones contractuales de contenido patrimonial entre las partes⁸¹. De esta manera, el acreedor contaría con una acción de reintegración de su derecho subjetivo frente a su deudor (una *condictio* por intromisión).

⁷⁹ HARTMANN (2007, pp. 12-16); autor que estima muy ilustrativo el paralelismo que Schulz establece entre el Derecho de enriquecimiento y la responsabilidad civil, pues ambos tendrían en común una idea de antijuricidad en la conducta de un sujeto, que o bien causa daños, o bien se entromete en una posición ajena. Por ello le parecen muy poco determinantes las críticas a Schulz (p. 15). Sobre la teoría de Hartmann y su uso en derecho español, *infra* 8.2 c).

⁸⁰ *Ibid.* (pp. 21-40, 60-83).

⁸¹ BOLLENBERGER (1999, pp. 103-109, 111-130, 162, 344), quien se apoya en una suerte de ejecución del cumplimiento *in natura* a la que la restitución del *commodum* respondería en todo caso. Crítico con esta posición HELMS (2007, pp. 353-359), quien rechaza que del derecho al cumplimiento específico se pueda deducir una atribución *inter partes*, así como que dogmáticamente pueda hablarse de un contenido de atribución para los derechos de crédito, por las propias incoherencias que esto conlleva en el sistema de responsabilidad contractual por incumplimiento. También crítico, si bien desde la impugnación general a la tesis del contenido de atribución para los derechos, HARTMANN (2007, pp. 31-39).

El origen de esta aproximación se suele encontrar en una breve nota al pie de *Ernst v. Caemmerer* de la que acaso se haya extraído demasiado⁸²; en ella describía el § 285 como norma paralela al § 816 BGB⁸³, para la venta de cosa ajena; el § 285 sería una consecuencia de que la cosa debida correspondiera al acreedor, reproduciéndose *inter partes* la misma situación que existiría si el Derecho alemán hubiera adoptado el principio consensual de transmisión de la propiedad, donde la cosa pertenece al comprador desde la perfección del contrato⁸⁴. No obstante, la perspectiva de este autor no se centraba realmente en el Derecho de enriquecimiento y la tesis del contenido de atribución. Antes bien, respondía a su vocación *iuscomparatista* que advertía de un acercamiento entre los sistemas consensuales de transmisión de la propiedad (como el francés) y el sistema abstracto alemán, a la luz de los mecanismos de distribución del riesgo de pérdida de la cosa⁸⁵. Es en este contexto en el que considera que la restitución del *commodum* se debe a que la cosa ya corresponde *inter partes* –desde una perspectiva obligatoria– al comprador, lo que traería consigo una especie de alteración del Derecho alemán de transmisión de la propiedad en caso de enajenación, en lo relativo a la transmisión del riesgo⁸⁶. Por tanto, el tratamiento práctico de ciertos problemas no diferiría demasiado en un sistema o en otro⁸⁷. Tampoco se debe perder de vista que *v. Caemmerer* menciona esta cuestión al ocuparse del *Waiver of tort* y la venta de cosa ajena; no al estudiar la *condictio* por intromisión. Por eso, resulta complicado encontrar en él una acabada fundamentación de la restitución del *commodum* en el enriquecimiento injustificado⁸⁸.

(iv) Un tercer grupo ve en el § 285.1 BGB cierta semejanza con la compensación de beneficios en la indemnización de daños, en la medida en que permite compensar la insatisfacción del acreedor, debida a la recepción del *commodum* al deudor⁸⁹. La aproximación no ha sido del todo bien recibida. Se ha criticado vincular la restitución *ex* § 285.1 BGB a la indemnización, pues el precepto no requiere culpabilidad, y porque no parece que pretenda compensar daños y beneficios⁹⁰.

⁸² Por ejemplo, ROTH (1991, n. 48) la tilda directamente de «contradictoria».

⁸³ Lo que tampoco es tan evidente, incluso aunque el Derecho alemán siguiese un sistema consensual de transmisión de la propiedad: HELMS (2007, pp. 355-356).

⁸⁴ V. CAEMMERER (1954, p. 389, n. 211).

⁸⁵ Lo que llevaba preocupando al autor desde finales de la década de los años treinta: v. CAEMMERER (1938/1939, pp. 675-713).

⁸⁶ Se le ha achacado a este respecto carecer de una mayor perspectiva sobre el sistema consensual francés, donde se obligaría al comprador a pagar el precio desde el momento de la perfección del contrato, lo que explica mejor su derecho de propiedad sobre subrogado (WIECZOREK, 1995, p. 61). Pero esta crítica tampoco parece demasiado meditada (HARTMANN, 2007, p. 20, n. 84).

⁸⁷ V. CAEMMERER (1965, pp. 260-263). Al autor no se le escapa que se trata simplemente de una aproximación y que, en el Derecho francés, la posición absoluta de propietario del comprador le otorgaba otras prerrogativas, como la posibilidad de accionar directa y extracontractualmente frente a terceros.

⁸⁸ HARTMANN (2007, p. 20).

⁸⁹ STOLL (2003, pp. 686-688). Le sigue en este punto, SCHWARZE (2017, párr. 2).

⁹⁰ DORNIS (2020, párr. 19).

5.3 Requisitos

A partir de la jurisprudencia del BGH, la doctrina advierte de dos requisitos para la aplicación del § 285 BGB: la causalidad y la identidad.

a) CAUSALIDAD

El § 285.1 BGB requiere que exista una *relación de causalidad* entre la circunstancia que produce la liberación del deudor y la obtención por este del *c. repre.*⁹¹. Esta causalidad no es jurídica; no exige adecuación como requisito adicional, ni tiene sentido que lo haga⁹²; y, por si sola, no basta para calificar a una determinada suma como subrogado⁹³.

b) IDENTIDAD

Junto a la relación de causalidad, la restitución del *c. repre.* depende del requisito de la *identidad económica*. El subrogado obtenido por el deudor se tiene que haber obtenido «por la cosa debida» y no por otra distinta⁹⁴. La identidad se erige en el requisito central de la norma⁹⁵ y sirve para dosificar su aplicación a diferentes supuestos. Podemos repasar algunos grupos de casos.

(i) El § 285.1 BGB se aplica sin dificultad al denominado *commodum ex re*. Se emplea esta denominación para señalar aquellos cómodos que se derivan de eventos fortuitos, aunque no tiene por qué. La doctrina coincide en que se incluyen aquí las prestaciones derivadas de los *seguros* que el deudor recibe por la destrucción de la cosa; el valor de la cosa producto de una *subasta*; el producto de su *embargo*; el justiprecio de la *expropiación*; o las pretensiones indemnizatorias frente a terceros por *responsabilidad civil*⁹⁶.

⁹¹ EMMERICH (2019, párr. 17); LORENZ (2020, párr. 9-10); GRÜNEBERG (2018, párr. 7).

⁹² HARTMANN (2007, pp. 202-206); DORNIS (2020, párr. 70).

⁹³ SCHWARZE (2017, párr. 2).

⁹⁴ LORENZ (2020, párr. 12); EMMERICH (2019, párr. 24); GRÜNEBERG (2018, párr. 8); DORNIS (2020, párr. 92).

⁹⁵ HARTMANN (2007, pp. 207 y 210).

⁹⁶ SCHWARZE (2017, párr. 10); DORNIS (2020, párr. 82-86); EMMERICH (2019, párr. 20-21); LORENZ (2020, párr. 10). Particularmente incluyen también la pretensión restitutoria según la ley de patrimonio que permite que el fiduciario que vio nacionalizada la propiedad del fideicomiso en la antigua RDA ceda al fiduciante la restitución; o la retribución del impuesto a la leche que percibe un agricultor de los fondos del Estado si renuncia a la cuota de leche

(ii) De acuerdo con el criterio de la identidad, el § 285.1 BGB se aplica también en casos de deterioro del objeto debido, si el deudor percibe una compensación –de la aseguradora, por ejemplo– como consecuencia de defectos en la cosa. Es decir, no solo a los casos en que la prestación resulta imposible, sino a aquellos otros en que existe una «imposibilidad parcial»⁹⁷. Igualmente parece moneda habitual la aplicación del § 285 BGB a los supuestos de entrega de una cosa con vicios, de tal manera que el comprador pueda exigir a vendedor las acciones que este tenga contra el proveedor o el fabricante⁹⁸.

(iii) Siguiendo por esta vía, tiene interés preguntarse por la aplicación del párrafo a los *restos* y escombros de la cosa debida. En principio, los restos no se incluyen, pues el subrogado presupone una identidad distinta de la prestación original; si el acreedor quiere quedarse con ellos, tendrá que ser a través de la prestación originaria, y no por medio de esta pretensión⁹⁹.

(iv) Los contratos orientados a la cesión del uso de un bien plantean mayores dudas desde el punto de vista de la identidad. Por ejemplo, la jurisprudencia ha denegado la restitución del *commodum* a favor del arrendatario, cuando se destruye la cosa arrendada y el propietario percibe alguna compensación. En ese caso, se dice que no existe identidad entre «lo obtenido» (indemnización por la destrucción del bien) y el objeto de la prestación (cesión del uso del bien)¹⁰⁰. Abundando en esta dirección, la doctrina no ha tardado en puntualizar que otra cosa sería si la compensación incluyese una partida destinada a compensar al arrendador por la pérdida del arriendo; por eso, lo correcto pasa por determinar si lo obtenido se refiere solo a la sustancia de la cosa o

⁹⁷ GRÜNEBERG (2018, párr. 6). Fue el caso resuelto por la SBGH 31.10.2007 (NJW 2008, 989). Se había producido la terminación anticipada de un contrato de leasing sobre un vehículo por deterioro de este por accidente. Tras la terminación anticipada –y la adquisición del coche por el arrendatario– el arrendador financiero obtuvo una compensación del seguro del leasing que superaba lo que habría percibido en concepto de cuotas (financieras y de uso, incluido su propia ganancia) de haberse cumplido el contrato hasta el final. Por esta razón, y a pesar de tratarse de un incumplimiento parcial, se valió el BGH, entre otros, del § 285 BGB para obligar al arrendador a la restitución de la cantidad completa cobrada de la aseguradora.

⁹⁸ Véase, GRÜNEBERG, 2018, párr. 3.

⁹⁹ EMMERICH (2019, párr. 3); DORNIS (2020, párr. 90); en contra, HIMMELMANN (1965, pp. 107-108).

¹⁰⁰ Fue lo sucedido en la SBGH 19.6.1957 (NJW 1957, 1514). Tras la muerte del testador, A y B acordaron que B obtuviera de manera vitalicia el derecho de uso (dominio útil) sobre todos los inmuebles integrantes de la herencia; y que a cambio B renunciaba al resto de pretensiones derivadas del testamento o al reclamo de la legítima. Una parte de los terrenos cuyo uso se cedió fue expropiada, recibiendo A una indemnización. Basándose en la supuesta vinculación entre la restitución del subrogado y la interpretación integradora del contrato, el BGH consideró improcedente la pretensión restitutoria de B basada en el antiguo § 281 BGB (actual § 285), porque esa norma solo resultaba de aplicación cuando la prestación debida y el objeto del que se obtiene la compensación es la misma. No era el caso, pues el arrendador no se obliga a transmitir la propiedad.

si engloba parcialmente el uso de esta¹⁰¹. Así sucede cuando, por ejemplo, el arrendatario tenía el bien subarrendado y recibe una compensación del arrendador a cambio de desistir del contrato y dejar libre la cosa, terminando con ello a su vez el derecho de uso del subarrendatario¹⁰². En fin, la identidad económica se rechazó en un caso de derecho de uso o habitación sobre una casa destruida en 1943, durante la guerra, y en cuyo solar el propietario edificó después, con sus propios medios, un hotel¹⁰³.

(v) Las constelaciones anteriores aluden a prestaciones de entrega o a cesiones de uso. Tratándose de una prestación de hacer, el sector que defiende la inclusión de las obligaciones de hacer dentro del § 285.1 BGB estima que se debe también el cómodo si el deudor no realiza el servicio objeto de su prestación para realizar otro más lucrativo¹⁰⁴.

c) IDENTIDAD Y *COMMODUM EX NEGOTIATIONE*

Por su importancia dogmática, los supuestos de *c. ex n.* merecen una mención independiente dentro de la explicación de la identidad. Si bien el § 285.1 BGB no lo dice expresamente, existe práctica unanimidad doctrinal en reconocer su aplicación a la *doble venta de la cosa debida*¹⁰⁵. Desde bien temprano se entendió que la redacción del parágrafo era lo suficientemente *amplia* como para no ser puntillosos a la hora de aplicarlo al incumplimiento por negociación¹⁰⁶. El principal problema para la inclusión del *c. ex n.* dentro del § 285.1 BGB se ha identificado en la inexistencia de *identidad* entre la cosa y el precio, cuando la venta obedeció a una especial habilidad del deudor¹⁰⁷. Esto explica que hubiera voces que abogasen por reducir la restitución al valor

¹⁰¹ DORNIS (2020, párr. 99-100).

¹⁰² Es el caso resuelto por la SBGH 19.11.1984 (NJW-RR 1986, 234) en que se apreció la existencia de *identidad* económica, en la medida en que la compensación que obtuvo el arrendatario la terminación representaba el subrogado de la posibilidad de uso del subarrendatario

¹⁰³ SBGH 21.11.1952, NJW 1953, 140.

¹⁰⁴ CASPERS (2014, párr. 40); DORNIS (2020, párr. 88); SCHWARZE (2017, párr. 13).

¹⁰⁵ SCHULZ (1909, pp. 11-13), si bien desde la teoría de la intromisión. En general, hoy, EMMERICH (2019, párr. 22); LORENZ (2020, párr. 11); GRÜNEBERG (2018, párr. 7); SCHWARZE (2017, párr. 11). En contra, ELLGER, 2002, p. 864; JAKOBS (1993, pp. 108-109). Este último consideraba la inclusión del *c. ex n.* en el § 281 BGB un producto de la jurisprudencia de conceptos, pues el legislador alemán nunca tuvo en mente considerar el precio como subrogado. En efecto, el legislador alemán nunca se ha llegado a plantear seriamente la inclusión del *c. ex n.* en el § 285 BGB, acaso por las razones que le impulsaron a codificar esta regla, primero, y a mantenerla tras la modernización, después; puede decirse que la inserción del *c. ex n.* en el § 285 BGB es, sobre todo, fruto del esfuerzo doctrinal (en este sentido, DORNIS, 2020, párr. 75) y, en últimas, un fruto del desarrollo del derecho por los tribunales (JAKOBS, 1993, p. 106).

¹⁰⁶ LEHMANN (2007, p. 527).

¹⁰⁷ HELMS (2007, p. 358); DORNIS (2020, párr. 81).

ex re (u objetivo) de la cosa¹⁰⁸, descontándose el tramo de precio atribuible a la habilidad negociadora del deudor. Desde esta óptica, el *c. ex n.* solo se restituiría en su totalidad cuando el incumplimiento es doloso¹⁰⁹. Con todo, el supuesto teórico de doble venta que da pie al *c. ex n.* tampoco ha tenido excesiva relevancia práctica en Alemania¹¹⁰.

Lo que en cualquier caso hay que destacar (pues ayudará a comprender mejor después la diferencia con el Derecho español) es que –debido a la amplitud con la que está configurado– la discusión sobre el § 285.1 BGB no se refiere a si la norma es aplicable o no a los incumplimientos «culpables» y, por tanto, si abarca el *c. ex n.* como tal, sino a si el precio obtenido por el deudor incumplidor constituye o no un subrogado de la cosa debida a efectos de este parágrafo. La diferencia es axial.

d) IDENTIDAD, *COMMODUM EX NEGOTIATIONE* Y DOBLE ARRENDAMIENTO

Dentro de la problemática del *c. ex n.* y el requisito de la identidad, los casos de doble arrendamiento merecen también un tratamiento autónomo. Se trata del caso en que el arrendador realiza un segundo contrato de arrendamiento sobre parte de la cosa que había arrendado con anterioridad. ¿Dispone el arrendatario de una acción para que el arrendador le entregue la renta del segundo contrato? La jurisprudencia solo responde afirmativamente a esta pregunta para el caso en que el primer arrendatario hubiese podido subarrendar él mismo el bien.

Es el caso resuelto por SBGH 10.5.2006¹¹¹. Se habría arrendado una superficie de 8000 m² como aparcamiento durante un año a cambio de 48.000 marcos. Más tarde y sin consentimiento del arrendatario, el propietario arrendó de nuevo parte de la finca a una empresa dedicada a la organización de mercados ambulantes, para el establecimiento de puestos de venta. El primer arrendatario reclamó al arrendador, entre otras cosas, la restitución de las ganancias del propietario con el segundo contrato. En lo que interesa, el BGH rechazó esta pretensión al considerar que no existía identidad entre la cesión del uso del primer contrato (para aparcamiento) y la del segundo (para mercado). A juicio del tribunal, el uso de la finca por la primera arrendataria era de mucho menos valor que el uso que de parte de ese

¹⁰⁸ HECK (1929; p. 105); ROTH (1991, pp. 370-371).

¹⁰⁹ KÖNDGEN (1992, pp. 742-744).

¹¹⁰ Eso sí, en la única oportunidad que, hasta donde sé, ha tenido el BGH para pronunciarse al respecto, lo ha hecho afirmativamente (al menos a modo de *obiter*): un caso en que un sujeto vende, muchos años después, la misma finca que había transmitido a su mujer en la liquidación matrimonial para que pasase a sus hijos, sin que la madre llegase a inscribir su derecho de propiedad en el registro (ni adquirir) (SBGH 15.10.2004; NJW-RR 2005, 241).

¹¹¹ NJW 2006, 2323.

terreno pretendía hacer la segunda arrendadora y al que estaba autorizado; ello se reflejaba en la diferencia significativa entre una renta y la otra. Asimismo, el primer arrendatario no habría podido obtener por sí mismo la renta del segundo arrendamiento para mercado, ya que (i) el contrato excluía la posibilidad de subarrendar y (ii) el contrato solo le autorizaba usar la finca para aparcamiento.

El caso presentado es interesante y permite sacar algunas conclusiones generales sobre la incidencia del criterio de la identidad como requisito para la restitución del *c. ex n.* en Derecho alemán. Según el BGH, la segunda renta obtenida por el propietario no guardaba identidad con la prestación que hizo parcialmente imposible: la cesión del uso del terreno para parking en toda su extensión. Podemos preguntarnos por qué. Para haber cumplido con este requisito, el primer arrendatario habría tenido que poder celebrar por sí mismo un contrato similar y, en consecuencia, haber estado en situación de alcanzar una cantidad similar a la reclamada. No era el caso, pues el contrato restringía la posibilidad de subarrendar y, por lo tanto, no podía afirmarse –siempre en línea con la exposición del tribunal– que lo obtenido por el arrendador con el segundo contrato constituyese un subrogado efectivo de la prestación contractual incumplida: *no existía identidad* entre la prestación debida y no cumplida con la segunda renta.

El fallo del BGH en este caso no ha merecido la mejor de las críticas. Un importante sector se inclina por una identidad al menos *parcial* entre lo obtenido por el arrendador y la prestación incumplida, ya que lo decisivo no sería si el arrendatario podía o no subarrendar, sino si el arrendador hizo uso de la posición contractual que le correspondía¹¹². Esta aproximación es propia del derecho del enriquecimiento injustificado y de la idea del contenido de atribución; y como veremos, no resulta del todo aconsejable¹¹³. Por eso, la observación a mi juicio más convincente contra esta sentencia es aquella que critica la aplicación del criterio de identidad por el BGH y que señala que el uso del bien que el segundo arrendatario haga o pueda hacer nos debe ser indiferente para apreciar aquí un subrogado restituible¹¹⁴.

5.4 Consecuencias de su aplicación

(i) El § 285 BGB otorga al deudor una pretensión facultativa («*kann*») que puede ejercer o no. Es un *ius variandi*. Por eso, de ningún modo tiene

¹¹² CASPERS (2014, párr. 46); DORNIS (2020, párr. 104); HARTMANN (2007, p. 213).

¹¹³ *Infra* 8.2. c) y d).

¹¹⁴ LEHMANN (2007, pp. 526-527).

lugar una subrogación automática o legal¹¹⁵. Si el acreedor hace uso de esta facultad, el *commodum* se compensa, en su caso, con la indemnización que perciba el acreedor (siempre que el incumplimiento sea imputable, claro¹¹⁶) (§ 285.2 BGB). Con ello se evita que el acreedor obtenga más de lo que le corresponde¹¹⁷.

(ii) La lógica aplicativa del § 285 BGB guarda cuidado de que se mantenga siempre la estructura sinalagmática del contrato¹¹⁸, porque la relación obligatoria no se extingue. Cobra todo el sentido entonces el § 326.3 BGB, cuando dispone que «si el acreedor hace uso de la facultad que le otorga el § 285 BGB y pide el *commodum* o su cesión, sigue obligado a cumplir con su prestación; la prestación del acreedor se reduce cuando el valor del *commodum* resulte inferior al valor de la prestación debida»¹¹⁹. La reducción de la prestación del acreedor tiene lugar de manera *proporcional* a la reducción que haya experimentado el cómodo, según se indica en el § 441.3 BGB¹²⁰. Es decir, se trata de una reducción proporcional y no solo de valor¹²¹. Este proceder puede resultar algo chocante, pues no se produce en los dos sentidos. Si el valor del *commodum* es superior al valor de la prestación, el acreedor no está obligado a incrementar proporcionalmente la suya propia. La razón está en que el acreedor solo puede reclamar aquello que el deudor conserva en lugar del objeto de la prestación inicialmente debido, sin que el § 326.3 BGB permita una mejora de la posición del deudor en relación con el contrato que inicialmente este debía cumplir¹²². Además, la reducción solo tiene lugar, cuando el incumplimiento no ha sido imputable al deudor, ya que en ese caso las opciones del acreedor se constriñen al subrogado como equivalente de la

¹¹⁵ GRÜNEBERG (2018, párr. 9).

¹¹⁶ No resulta posible analizar este aspecto. Sobre la concurrencia entre subrogado y daños, cuando el incumplimiento es imputable al deudor: ERNST (2019, párr. 98-102).

¹¹⁷ Ahora bien, esto no significa que el acreedor tenga que pechar con el riesgo de insolvencia del tercero, cuando se le cede la pretensión sobre el subrogado de la cosa: LORENZ (2020, párr. 18); GRÜNEBERG (2018, párr. 11).

¹¹⁸ EMMERICH (2019, párr. 29).

¹¹⁹ ERNST (2019, párr. 95-96).

¹²⁰ Esta norma regula la reducción del precio (*quantum minoris*) en caso de vicios ocultos en la compraventa. En ese caso, «el precio se reduce en la misma medida en que lo ha hecho el valor de la cosa respecto al valor que esta habría tenido sin defectos, al momento de celebrarse el contrato».

¹²¹ Se trata del método preferible, pues salvaguarda la equivalencia de las prestaciones mejor que una mera reducción de los valores (así, BOOSFELD, 2019, pp. 974 y ss.). Así, por ejemplo, si se vende una bicicleta con defectos por 200 euros, siendo su valor sin defectos de 150 y su valor con el defecto de 100, una reducción proporcional implica que el precio a pagar por el comprador se reduce a 133,33 euros (y no a 150 euros). El resultado procede de construir una regla de tres entre el precio a reducir (a); el precio original del contrato (b); el valor real sin defectos (c); y el valor de la cosa con el defecto (d). De este modo: $a/b = c/d$; y entonces: $a = (cxb)/d$. El ejemplo es tomado de la misma autora.

¹²² HERRESTHAL (2019, párr. 310).

prestación. Cuando el incumplimiento es imputable, el acreedor tiene a su disposición la indemnización de daños, de la cual se descuenta el *commodum*, si lo reclama (§ 285.2 BGB), y no tiene lugar esta reducción de la prestación a su cargo ¹²³.

(iii) El *ius variandi* del acreedor puede generar una situación de incertidumbre en el deudor, sobre si el acreedor terminará haciendo uso de esta facultad. Por eso, durante esta situación «de pendencia», el deudor debe abstenerse de cualquier actividad que pueda poner en peligro el *commodum* recibido o la pretensión de hacerlo efectivo, informando puntualmente al acreedor sobre el particular. Para paliar esta situación un tanto injusta, la doctrina es partidaria de conceder al deudor la posibilidad de fijar un *plazo* de decisión sobre el subrogado al acreedor ¹²⁴, cuyo trascurso debe minorar la responsabilidad del primero a aquello que todavía reste en su patrimonio ¹²⁵. Y si el acreedor finalmente se decide por el *commodum*, su contraprestación no se ve alterada, si este es de mayor valor que la prestación inicial ¹²⁶.

(iv) En este contexto, se explica que el cumplimiento de la restitución del subrogado se considere *una obligación más*, cuyo incumplimiento puede originar incluso responsabilidad indemnizatoria del deudor ¹²⁷. Esto refuerza la idea de que la restitución del *commodum* constituye un derivado del cumplimiento en el marco de la relación obligatoria inicial (y que no constituye ni una acción indemnizatoria ni una de enriquecimiento ¹²⁸). Al acreedor se le entrega lo obtenido (la cantidad), se le cede la acción o, como se trata de una relación obligatoria más, se le puede restituir el valor del propio subrogado, cuando este ya no puede entregarse ¹²⁹.

¹²³ Véase, ERNST (2019, párr. 98). Sobre esta cuestión vuelvo después, para el Derecho español en *infra* 10.5.

¹²⁴ ERNST (2019, párr. 95-96).

¹²⁵ EMMERICH (2019, párr. 34).

¹²⁶ ERNST (2019, párr. 97); EMMERICH (2019, párr. 30); GRÜNEBERG (2018, párr. 9); DORNIS (2020, párr. 114).

¹²⁷ EMMERICH (2019, párr. 32); LORENZ (2020, párr. 16); DORNIS (2020, párr. 119-120).

¹²⁸ GRÜNEBERG (2018, párr. 9).

¹²⁹ En efecto, en ciertos casos puede requerirse una restitución del valor; así sucede con la liberación de una obligación del deudor: si la cosa debida es ejecutada por razón de un derecho de prenda, la liberación del deudor gracias a ella representa también un *commodum* que se restituye, no en especie, sino su valor (EMMERICH, 2019, párr. 27-28; GRÜNEBERG, 2018, párr. 7; CASPERS, 2014, párr. 38; DORNIS, 2020, párr. 89).

Es pacífico también que la restitución del subrogado incluye la de los provechos que el deudor reciba de «lo obtenido», siempre que al acreedor le hubiesen correspondido los provechos de la cosa debida; así como que el deudor tiene derecho a recuperar los gastos en que haya incurrido en la consecución del subrogado, con base en la acción de gestión de negocios ajenos, de enriquecimiento o de recuperación de gastos necesarios por el poseedor (LORENZ, 2020, párr. 15; EMMERICH, 2019, párr. 31; GRÜNEBERG, 2018, párr. 9; DORNIS, 2020, párr. 118).

(v) En fin, la carga de la prueba sobre la obtención por el deudor del subrogado o de la acción para hacerlo efectivo corresponde al acreedor; demostrado este hecho, queda expedita la acción¹³⁰.

6. RECAPITULACIÓN: LA REFERENCIA A FUTURO DEL MODELO ALEMÁN

(i) La atribución al acreedor del *c. repre.* no se identifica realmente con la atribución de riesgos. El estudio de las fuentes romanas da buena cuenta de ello. Sin embargo, las codificaciones francesa y española incorporaron reglas para la reclamación de este *commodum* a partir de esa idea del reparto de los riesgos para la pérdida fortuita de la cosa debida, cuando se extingue la obligación.

(ii) La aplicación del actual artículo 1351-1 II CCfr solo funciona en un contexto de resolución de la obligación por fuerza mayor; y no en el marco general del incumplimiento, como sucede ante la pretensión del § 285 BGB, con independencia de la culpa del deudor; lo que ha sido lamentado¹³¹. Además, y a pesar del nuevo contexto, la norma francesa sigue limitando su ámbito de aplicación a la pérdida de la cosa debida.

(iii) El § 285 BGB acogió una construcción diferente –alejada de la idea del reparto de riesgos– para la entrega del *c. repre.* al acreedor, aunque ello no fuera acaso lo inicialmente pretendido¹³². El § 285 BGB reconoce un remedio que el acreedor tiene su disposición frente al incumplimiento o a la no exigibilidad de este (§ 275 BGB). Su ejercicio permite satisfacer el interés de prestación del acreedor por medio de una suerte de «continuación» de la pretensión de cumplimiento. La confección particular del § 285 BGB ha permitido extender su ámbito de aplicación sin demasiada dificultad a supuestos donde el incumplimiento es imputable al deudor. Esto explica que el *c. ex n.* tenga cabida en ella.

(iv) El enfoque del Derecho inglés para la eventual entrega al acreedor del *c. ex n.* se vincula a la restitución de ganancias y se hace depender en exceso de las circunstancias del caso. En este sentido, la construcción dogmática amplia que ofrece el Derecho alemán a partir del § 285 BGB es capaz de ofrecer respuestas más predecibles y estables a casos similares. Aun con todo, de la aproximación inglesa –y, en particular, de la idea del fideicomiso– se puede extraer la conclusión de que conviene restituir el *c. ex n.* en supuestos de compraventa

¹³⁰ GRÜNEBERG (2018, párr. 12); EMMERICH (2019, párr. 39).

¹³¹ CAUVIN (2020, p. 294).

¹³² HIMMELMANN (1965, pp. 2-9); BOLLENBERGER (1999, pp. 35-37); SCHERMEIER (2007, párr. 79-80); HARTMANN (2007, pp. 42-45)

de cosas únicas, que carecen de sustituto en el mercado, como continuación de la pretensión de cumplimiento.

(v) No cabe duda del interés que un precepto como el § 285 BGB representa para el Derecho español. La cuestión es si resulta posible trasplantar el sentido del § 285 BGB al ordenamiento español. Un muy autorizado sector de la doctrina española responde afirmativamente y equipara el sentido del § 285 BGB al artículo 1186 CC, calificando el primero de «*correlato*» del segundo¹³³. Pero no se puede compartir esta posición; no al menos *de lege lata*, como veremos. El artículo 1186 CC es todavía hoy una regla paralela al artículo 1351-1 II CCfr –si bien con un mayor sentido práctico, por nuestro sistema de transmisión de la propiedad, basado en la tradición–. Más allá del supuesto de pérdida de la cosa fortuita, nada en él se asemeja a la norma alemana, como también ocurre con el precepto francés¹³⁴. Por esta razón, lo más que del § 285 BGB puede extraerse para el Derecho español actualmente vigente es la idea del criterio de *identidad* para fundamentar mejor la entrega (o el rechazo) de ciertos subrogados al acreedor.

(vi) Cosa distinta es que el Derecho alemán represente un mejor modelo de cara a una reconstrucción futura de la norma que autoriza la restitución del subrogado en nuestro ordenamiento. En este sentido, cualquier intento de actualización de la regla del artículo 1186 CC debe huir, en la medida de lo posible, de reproducir esa construcción de la atribución del *c. repre.* al acreedor sobre la base del reparto de riesgos y solo para el caso fortuito. Se precisa de una norma amplia que supere el actual artículo 1186 CC.

7. EL COMMODUM REPRESENTATIONIS DEL ARTÍCULO 1186 CC

Dentro de la sección dedicada a la «pérdida de la cosa debida», dice el artículo 1186 CC que «extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de esta». Es palmaria la carestía de pronunciamientos jurisprudenciales sobre el precepto, lo que oscurece las respuestas prácticas¹³⁵.

¹³³ BASOZABAL ARRUE (2020a, pp. 27-31) y (2020b, p. 1515).

¹³⁴ En este sentido, incluso aquellos autores alemanes más proclives a una interpretación extensiva del § 285 BGB a la luz del Derecho de enriquecimiento injustificado rechazan abiertamente que el artículo 1351-1 II *Code* (antiguo 1303) guarde algún parecido con su norma, más allá de que sirva como objeto de comparación (HARTMANN, 2007, p. 37).

¹³⁵ CASTILLA BAREA (2001, p. 315).

7.1 La acción

a) SUPUESTO DE APLICACIÓN

La aplicación del artículo 1186 CC requiere un percimiento sobrevenido de la cosa debida. El artículo parece querer distinguir entre «*pérdida*», por un lado, y «*destrucción*», por el otro, atribuyendo sentidos distintos a ambas palabras; esta diferenciación carece, sin embargo, de efectos prácticos¹³⁶. El concepto de pérdida es, en sí, amplio y esta puede ser tanto física como jurídica (*cf.* art. 1122 CC)¹³⁷. No obstante, alguna resolución ha considerado que no entra dentro de la categoría de pérdida sobrevenida la ejecución de una garantía real sobre una finca adquirida por compraventa en la que el comprador se subroga en el pago del préstamo hipotecario cuya devolución garantizaba la finca vendida¹³⁸.

Como fuere, es evidente que el artículo 1186 CC requiere que la pérdida de la cosa sea fortuita. Así lo ha entendido buena parte de la doctrina española¹³⁹ y la jurisprudencia que lo ha aplicado¹⁴⁰. Ciertamente es lo que se desprende de su primera proposición («*extinguida la obligación por la pérdida de la cosa*»), tan pronto como se conecta esta norma con el artículo 1182 CC. Sin embargo, no es una posición unánime. Desde otro sector –no minoritario– se ha criticado la diferencia de trato que supone atribuir el *commodum* al acreedor solo en caso de pérdida fortuita o no imputable al deudor¹⁴¹. Consideran que, si la resolución del contrato libera al acreedor del *periculum obligationis*, no habría motivo para discriminar al que se enfrenta a una imposibilidad culpable de la posibilidad de optar por el cómodo. Por esta vía, el artículo 1186 CC se aplicaría también a casos donde la pérdida de la cosa debida –el incumplimiento– es imputable al deudor. Los defensores de esta orientación tienen en mente la introducción del *c. ex n.* en el artículo 1186 CC. De momento, solo me centraré en el argumento presentado, dejando las consideraciones acerca del *c. ex n.* para más adelante.

Extender el artículo 1186 CC al incumplimiento imputable resulta contrario al espíritu de la norma y fuerza en exceso su sentido. Merece la pena diferenciar dos aspectos.

¹³⁶ ROCA JUAN (1976, pp. 527-528).

¹³⁷ Refiriéndose al artículo 1182 CC y al concepto de pérdida, MANRESA Y NAVARRO (1907, p. 336)

¹³⁸ SAP Madrid, 1.ª, 13.7.2002, recurso núm. 177/2000 (ECLI:ES:APM:2002:9324).

¹³⁹ ROCA JUAN (1976, p. 540); CARRASCO PERERA (1988, pp. 143-144); CASTILLA BAREA (2001, p. 318).

¹⁴⁰ SAP Madrid, Sec. 19.ª, 141/2018, de 11 de abril (ECLI:ES:APM:2018:3645).

¹⁴¹ PANTALEÓN PRIETO (1991, pp. 1021-1022) (1993a, p. 1737); SAN MIGUEL PRADERA (2004, p. 151); RUDA GONZÁLEZ (2010, p. 1319); BASOZABAL ARRUE (2020b, pp. 1509-1516).

Por un lado, la opinión que se critica hace una lectura del artículo 1186 CC en el contexto de la modernización del Derecho de obligaciones. No se discute que la imposibilidad –imputable o no– tiene como efecto la extinción de la pretensión de cumplimiento, no la de la relación obligatoria en su totalidad, y que la satisfacción del interés del acreedor se puede obtener por otras vías, como es el remedio resolutorio, el indemnizatorio o la reducción del precio. En este sentido, la entrega del cómodo según el artículo 1186 CC se erige también como una posibilidad dentro de la lógica de la no extinción de la relación obligatoria; es un instrumento más a favor del acreedor¹⁴². Ahora bien –y este es el segundo aspecto– que esto sea así, no autoriza a desconocer el sentido y la literalidad del artículo 1186 CC, extendiendo *contra legem* su supuesto de aplicación. Dicho de otro modo: una cosa es adaptar la acción prevista en el artículo 1186 CC al paradigma de la modernización –aplicándolo en el contexto de extinción de la pretensión de cumplimiento, como remedio– y otra, bien distinta, transformar su sentido para hacerle decir lo que no dice. En la arquitectura del Código, el artículo 1186 CC cumple una función mitigadora del *periculum obligationis* que el artículo 1182 CC atribuye al acreedor en caso de pérdida fortuita de la cosa; su idea es corregir la injusticia de que el deudor retenga el cómodo y, al mismo tiempo, quede liberado¹⁴³. Este hecho, guste o no, restringe su supuesto de aplicación a los casos fortuitos; pues no se reconoce, como en Alemania, un remedio aplicable con carácter general.

Esta confección explica también que el artículo no reconozca una acción puramente *ex re*, sino que el efecto *ex re* venga modulado por el hecho de la propia pérdida fortuita o –por mejor decir– lo que el artículo 1186 contiene es un efecto *ex re perdita*¹⁴⁴. Ocurre que la lectura del artículo 1186 CC ha sufrido casi siempre el error de entender que la remisión final («por razón de esta») es a la cosa y no al hecho de la pérdida fortuita¹⁴⁵; lo que en parte ha llevado hasta el *c. ex n.* Pero tiene sentido que lo primero que exija el artículo 1186 CC sea que la pérdida acontezca de modo fortuito, pues restringe así su campo de aplicación a este contexto, requiriendo una particular relación de causalidad.

¹⁴² Que además da cuenta de la relación que existe entre la entrega del cómodo ex artículo 1186 CC y la pretensión de cumplimiento. Sobre ello *infra* 7.1. e).

¹⁴³ CRISTÓBAL MONTES (1987, pp. 601-602); CARRASCO PERERA (1988, p. 143); BADOSA COLL (1993, p. 263); JORDANO FRAGA (1994, pp. 330 y ss.); GONZÁLEZ PORRAS (2004, sec. II). La idea de la injusticia se apreciaba ya en POTHIER (1761, núm. 634).

¹⁴⁴ En este sentido, ROCA JUAN (1976, pp. 539-540).

¹⁴⁵ Lo que ya advertiera DÍEZ-PICAZO (2007, p. 1607). Cometan este error: CRISTOBAL MONTES (1987, p. 613); PANTALEÓN PRIETO (1991, p. 1023); BASOZABAL ARRUE (2020b, p. 1516).

b) ÁMBITO DE APLICACIÓN

La relación intrínseca entre los artículos 1182 y 1186 CC impone que el ámbito de aplicación del precepto sea estrecho, como ya he dicho. Y es que, además de limitarse a la *pérdida fortuita*, el artículo 1186 CC presupone una obligación de entrega de *cosa determinada*.

(i) La primera pregunta que surge es si admite extenderse a cosas genéricas. Que el artículo 1186 CC se refiera asépticamente a la «pérdida de la cosa» sin aclarar si esta es determinada o no (como hace el artículo 1182 CC) no parece argumento suficiente como para sostener que la inteligencia de esta norma se extiende a la obligación de entrega de una cosa genérica. A mi juicio, hay que distinguir entre si se ha producido o no especificación del género, a la hora de decidir si el artículo 1186 CC resulta aplicable. Antes de la especificación, rige el principio *genus nunquam perit* y el precepto no puede encontrar aplicación (*cf.* art. 1452 CC). ¿Qué sucede después? Se ha de partir de que el artículo 1186 CC es una regla de atribución de riesgos en caso de pérdida fortuita de la cosa a entregar. La especificación de las cosas genéricas sirve también a resolver la cuestión sobre el reparto de riesgos, haciendo determinada la obligación que antes no lo era. Por eso, perdiéndose la cosa después de este momento (i) tiene que poder aplicarse también el artículo 1182 CC; y (ii) en consecuencia, recurrirse al artículo 1186 CC cuando se dan sus requisitos en el caso concreto. Acaso esta sea la única concesión extensiva que quepa hacer.

(ii) Histórico ha sido el debate sobre si el artículo 1186 CC alcanza a aquellas obligaciones de restituir, no basadas en una transmisión de la cosa, sino en la cesión del uso (arrendatario, comodatario o depositario). Se ha considerado que su literalidad no permite excluir esta conclusión y que en los casos de entrega con función traslativa la regla del artículo 1186 CC sería superflua, ya que las acciones se ceden automáticamente¹⁴⁶. También, recientemente, se ha defendido que, de no permitirse la extensión, una disposición de cosa ajena de buena fe podría dejar al propietario sin la reivindicatoria contra el tercero y sin la acción de daños contra el disponente no culpable¹⁴⁷. Ninguna de estas aproximaciones es demasiado satisfactoria. La primera, porque parte de una cesión automática de las acciones que no es correcta (*infra* 7.1.d). La segunda, porque soslaya que, en caso de disposición de la cosa ajena –culpable o no–,

¹⁴⁶ CRISTÓBAL MONTÉS (1987, pp. 604-605).

¹⁴⁷ BASOZABAL ARRUE (2020b, p. 1505).

al propietario le quedaría todavía la *condictio* por intromisión. Sobre el particular, la postura más acertada sigue siendo la de Roca Juan, quien rechazaba la extensión¹⁴⁸. Tiene sentido que esto sea así. Cuando el Código civil ordena la restitución del precio en algunos supuestos (arts. 1778, para el heredero del depositario, y 1897, para el *accipiens* de buena fe) lo hace, bien pensando en que no se ha producido un traslado de la propiedad ni se ha celebrado un contrato con finalidad traslativa, bien teniendo en cuenta la existencia de una relación fiduciaria, que es en últimas la que explica la restitución de ganancias (arts. 1533 y 1683 CC).

c) OBLIGACIONES DE HACER

La doctrina está también dividida sobre si el ámbito de aplicación del artículo 1186 CC se circunscribe a las obligaciones de dar, o si cabe extenderlo a las de hacer. Un autorizado sector doctrinal aboga por extender la aplicación del artículo 1186 CC a las obligaciones de hacer, valiéndose de diferentes argumentos. El primero alude a que, si la lesión de un derecho de crédito por un tercero alcanza también a obligaciones de hacer, de ello cabe inferir la cesión del *c. repre.* a favor del acreedor de la actividad¹⁴⁹. En segundo término, se ha entendido que el empleo del término «cosa» en el artículo 1186 es poco técnico y que engloba toda clase de prestaciones¹⁵⁰. Finalmente, se recurre a que la sección en que se ubica también se refiere a la liberación del deudor en las obligaciones de hacer, cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible (art. 1184 CC); y al hecho de que el contenido de una prestación de hacer no es en, realidad, tan distinto como para negar al acreedor de un servicio la posibilidad de reclamar de su deudor las acciones¹⁵¹. Ninguna de estas razones es del todo convincente.

(i) El deber de respeto del derecho de crédito ajeno a cargo de los terceros es algo que, en su caso, se someterá al expediente de la responsabilidad aquiliana (art. 1902 CC) y que se debe interpretar siempre de manera restrictiva, so pena de ensanchar en exceso la responsabilidad civil. Pero tiene poco sentido afirmar que aquella indemnización o compensación que pueda recibir el deudor que es impedido *fortuitamente* de prestar el servicio debido pueda

¹⁴⁸ 1976, pp. 534-537.

¹⁴⁹ MORENO QUESADA (1976, pp. 488 y ss.)

¹⁵⁰ GONZÁLEZ PORRAS (2004, sec. II).

¹⁵¹ Sobre todo, CRISTÓBAL MONTES (1987, pp. 606-607).

funcionar como un subrogado de la cosa incardinarle en la pretensión que ofrece el artículo 1186 CC. Este precepto es un mecanismo de atribución del riesgo de pérdida fortuita de la cosa debida, no de aseguramiento del acreedor frente a los riesgos personales en la figura del acreedor cuyo hacer contrata.

En realidad, el razonamiento es muy similar a aquel que rechaza la inclusión de la indemnización por responsabilidad civil en el ámbito del artículo 1186 CC, por nacer «*en cabeza del acreedor*»¹⁵². Piénsese, por ejemplo, en el pintor que es atropellado por un automóvil cuando cruzaba la calle el mismo día en que tenía comprometido pintar las paredes de una casa. Si como consecuencia del atropello, obtiene una indemnización a cargo del seguro de su dañante o de su propio seguro de daños por los días que no puede trabajar, sería desafortunado sostener que el cliente del pintor que ve frustrada la expectativa de ver pintado su salón tendría derecho a percibir parte de la indemnización del pintor atropellado, como subrogado de su prestación¹⁵³. Difícilmente podría sostenerse que lo que obtiene el pintor por incumplir (la indemnización) se corresponde con la prestación debida al acreedor. Siguiendo por esta línea, el argumento más potente para rechazar la extensión del artículo 1186 CC a las obligaciones de hacer se refiere a la propia naturaleza de la prestación de hacer. Cuando lo debido es un servicio, la actividad es distinta en cada caso; depende del contenido del pacto, así como de otras circunstancias externas de tiempo y lugar. Resulta entonces muy difícil establecer una correlación entre la prestación debida y lo que en cada caso se obtenga el deudor como compensación por la imposibilidad. Semejante compensación se percibe en atención a su integridad física¹⁵⁴ y a la fuerza del trabajo que es capaz de desarrollar gracias a dicha integridad. Por eso, no habrá identidad entre lo obtenido y el servicio que no se llega a atender (*infra* 7.2 b)).

(ii) De otro lado, el empleo del término «cosa» puede servir, en su caso, para extender la aplicación del artículo a derechos incorporales o a cesiones de uso (y en estos últimos acabo de defender que el precepto no se aplica), pero no parece buen argumento sostener que el artículo 1186 no se está refiriendo en realidad a una cosa específica por el simple hecho de no expresarlo.

(iii) El recurso al artículo 1184 CC corre la misma suerte. Que esa norma se refiera específicamente a las obligaciones de hacer, aun ubicada en la sección dedicada a la pérdida de la cosa debida, significa que es excepcional respecto de las de dar cosa determinada (y que el legislador las tuvo en cuenta).

¹⁵² PANTALEÓN PRIETO (1993b, sec. I.4 y V.1).

¹⁵³ Véase, BASOZABAL ARRUE (2020a, pp. 14-15).

¹⁵⁴ CASTILLA BAREA (2001, p. 328).

Pero de ahí no se puede extraer que el artículo 1186 esté pensando en otra cosa que no sea la obligación a que se refiere el artículo 1182 CC.

Cuando la obligación de hacer es «personalísima» podría pensarse en una aplicación extensiva del artículo 1186 CC al *c. repre.* que el deudor pueda obtener (por ejemplo, la indemnización de un tercero o el seguro de accidentes)¹⁵⁵. Si bien esto podría tener más sentido¹⁵⁶, el problema sigue estando en las estrechas costuras del artículo 1186 CC y en que la restitución del *commodum* histórica que recoge no se proyecta sobre obligaciones distintas de las de dar¹⁵⁷.

d) LA ATRIBUCIÓN DE ACCIONES AL ACREEDOR

Uno de los puntos más controvertidos sobre el artículo 1186 CC y se pregunta si las acciones que el deudor tuviere por razón de la pérdida de la cosa se trasladan automáticamente al acreedor, si este tiene que cederlas o si el acreedor adquiere una legitimación excepcional para su ejercicio. Es decir, qué sentido debe atribuirse al «*corresponderán*». La doctrina no es unánime. Desde posiciones que se apoyan en la letra del artículo y priman lo operativo, varios autores se han manifestado, desde antiguo, a favor de una cesión *automática y por mandato de la ley* de las acciones al acreedor desde que se dan las condiciones para la aplicación del artículo 1186 CC¹⁵⁸. En esta misma línea pragmática hay quienes, incluso, entienden que ni siquiera tiene lugar una cesión *ope legis* automática en favor del acreedor, sino que las acciones se atribuyen a este *directamente* sin necesidad de arbitrar un mecanismo de transmisión¹⁵⁹. Ninguno de estos argumentos se antoja definitivo.

La literalidad del artículo 1186 CC –y, en particular, el «*corresponderán*»– son de poca ayuda exegética y no permiten presumir con *claridad* que se establezca una cesión automática de acciones (*cf.* art. 1209 II CC). Al contrario, pocas conclusiones se pueden extraer de esta fórmula; máxime si se tiene en cuenta que el artículo 1163 P. 1851 sí empleaba el verbo «*ceder*» y que fue sustituido por «*corresponderán*». La relación del artículo 1186 CC con el sistema traslativo causal y la atribución de riesgos de la cosa induce a pensar que la cesión no se puede producir de manera automática en nuestro sistema, habi-

¹⁵⁵ En este sentido, BADOSA COLL (1993, p. 264); CECCHINI ROSELL (2004, pp. 1056-1059).

¹⁵⁶ *Infra*, 11.1

¹⁵⁷ ROCA JUAN (1976, p. 526).

¹⁵⁸ MANRESA Y NAVARRO (1907, p. 353); GONZÁLEZ PORRAS (2004, sec. III); BADOSA COLL (1993, p. 264); DÍEZ-PICAZO (2008, p. 796).

¹⁵⁹ CRISTOBAL MONTÉS (1987, pp. 610-613).

da cuenta de las contradicciones valorativas que supondría legitimar a un sujeto que todavía no ha visto nacer el derecho en su esfera patrimonial (que no ha adquirido). Como mucho, obtiene una posición *ad rem* que es incompatible con todo automatismo. Extramuros de un sistema traslativo consensual¹⁶⁰ se hace difícil sostener que el acreedor obtiene automáticamente y por ministerio de la ley –¿por imposición?– unas acciones sin saber exactamente cuáles o qué contenido presentan. Una cesión automática dejaría al deudor en una situación fiduciaria extraña respecto del acreedor, respecto de las acciones o lo obtenido, no demasiado segura. Da la sensación de que los defensores de la atribución automática buscan imprimir velocidad, pero no necesariamente una mejor práctica. Por ello, tiene más sentido hablar de un derecho del acreedor, bien a subrogarse, bien a exigir al deudor la entrega o cesión del *commodum*¹⁶¹.

e) COMPATIBILIDAD CON OTRAS ACCIONES

La acción que emana del artículo 1186 CC puede estudiarse a propósito de su relación con otras acciones o remedios frente al incumplimiento, en el marco del paradigma de modernización.

(i) En primer lugar, la acción sobre el cómodo se puede equiparar a la pretensión de cumplimiento en el caso de pérdida fortuita¹⁶². El acreedor seguiría estando obligado a cumplir su prestación –de pago del precio, por lo general– y recibiría a cambio el subrogado de la cosa. A esta conclusión empuja la propia lógica con la que se construyó el precepto, como correlativo del artículo 1182 CC. La interpretación tradicional del artículo 1186 CC no consideraba que este obligase al acreedor a cumplir por su parte lo que como obligación recíproca debía llevar a cabo, ya que la obligación quedaba extinguida; ahora bien, sí reconocía una especie de «renacimiento» de esa obligación extinguida desde el momento en que el acreedor obtenía el cómodo del tercero, debiendo cumplir con el equivalente a que viniese obligado¹⁶³. A este mismo resultado es posible llegar hoy desde la óptica del moderno Derecho de obligaciones: la pretensión actualmente contenida en el artículo 1186 CC (que piensa en un caso fortuito y en una cosa específica) no es sino una forma alternativa de la pretensión de cumplimiento. El cumplimiento del contrato por la vía

¹⁶⁰ Véase, ROCA JUAN (1976, p. 544).

¹⁶¹ ROCA JUAN (1976, pp. 543-548); PANTALEÓN PRIETO (1993a, p. 1737).

¹⁶² SAP Asturias, Sec. 4.ª, 368/2000, de 10 de julio (ECLI:ES:APO:2000:2885).

¹⁶³ MANRESA Y NAVARRO (1907, p. 354).

del artículo 1186 CC dependerá del éxito del acreedor en hacer efectivo el *commodum* frente al tercero de que se trate.

(ii) En la constelación que dibuja el artículo 1186 CC, la entrega al acreedor del *commodum* es incompatible con la resolución, ya que se estimaba terminada la relación obligatoria a partir de ese punto¹⁶⁴. Esta misma incompatibilidad debe mantenerse desde la perspectiva del moderno derecho de obligaciones, precisamente por esa relación que acabo de exponer entre el artículo 1186 y la pretensión de cumplimiento¹⁶⁵. No parece posible hablar aquí de un «ajuste restitutorio»¹⁶⁶.

(iii) En tercer lugar, la acción del actual artículo 1186 CC no resulta compatible con la indemnización de daños y perjuicios, en la medida en que la sustitución por el subrogado tiene como presupuesto la pérdida fortuita de la cosa y, por tanto, un incumplimiento no imputable.

f) EL SUBROGADO COMO VALOR DE LA RESTITUCIÓN

El *c. repre.* también puede ser de ayuda en sede restitutoria, cuando la cosa que fue objeto de la prestación no puede restituirse por haberse perdido (arts. 1307). Nada obsta a ello, siempre que lo obtenido por el deudor restitutorio represente el «valor» objetivo del bien¹⁶⁷.

7.2 Condiciones para la entrega del subrogado

La doctrina que se ha ocupado del artículo 1186 CC apenas ha hecho el esfuerzo de explicar bajo qué requisitos una determinada suma admite ser considerada como *commodum* (ello con independencia de lo que se considere que es el supuesto de aplicación de la norma; lo que hemos visto que no es unánime). Los esfuerzos han ido dirigidos al ámbito de aplicación y a las relaciones obligatorias que pueden tener cabida en él. Para cubrir esta laguna doctrinal pueden sernos de ayuda los criterios de causalidad e identidad empleados en

¹⁶⁴ ROCA JUAN (1976, p. 539); en la misma línea, SAP Asturias, Sec. 4.ª, 368/2000, de 10 de julio (ECLI:ES:APO:2000:2885).

¹⁶⁵ En el mismo sentido, BASOZABAL ARRUE (2020b, p. 1526).

¹⁶⁶ No obstante, véase, SAN MIGUEL PRADERA (2004, pp. 156-157).

¹⁶⁷ Un estudio de la restitución del valor lo realizo en mi tesis doctoral (La estructura de la restitución contractual, Universidad Autónoma de Madrid, 2022, pp. 361-366). *La estructura de la restitución contractual*.

Derecho alemán¹⁶⁸. En este sentido hay que advertir de dos planos diferenciados. Uno es el del ámbito de la acción del artículo 1186 ya analizado (cosas específicas o especificadas y pérdida fortuita); otro el de si una determinada suma puede considerarse cómodo restituible. En este apartado me dedico a este segundo. Aun así, ambos planos están relacionados, porque la aplicación del artículo 1186 CC no solo exige que una suma admita ser considerada asépticamente como subrogado, sino además que lo sea dentro del estrecho margen aplicativo del precepto.

a) CAUSALIDAD

La dicción del artículo 1186 CC requiere que exista una *relación de causalidad* entre la circunstancia que provoca la pérdida fortuita de la cosa y aquello que el deudor obtiene por este hecho. En el precepto, la causalidad se aprecia hacia el final, cuando dice que corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros «*por razón de ésta*». Esta remisión, como ya adelanté, se refiere al hecho de la pérdida fortuita (art. 1182 CC). La causalidad informa que el artículo 1186 CC no coloca al acreedor en una posición privilegiada sobre el patrimonio del deudor ni le otorga un derecho a atacar cualquier liquidez que este pueda percibir. Al igual que en el Derecho alemán, la causalidad se debe entender en sentido no técnico, esto es, alejada de valoraciones propias de la imputación objetiva.

La causalidad no plantea excesivos problemas ante todo aquello que el deudor obtiene directamente de terceros en compensación por la pérdida de la cosa (*c. ex r.*). Aquí se incluye el justiprecio frente a la Administración expropiante¹⁶⁹, así como la acción que el deudor tuviere contra una compañía aseguradora, en virtud de un contrato de seguro preconcertado¹⁷⁰. No obstante, puede pensarse en otros casos donde la causalidad funcione bien como filtro para permitir al comprador reclamar. Así, en cadenas de fabricación-venta –fuera del Derecho de consumo–, la causalidad puede permitir al comprador reclamar la cesión de las acciones que el vendedor tuviera contra el proveedor/fabrican-

¹⁶⁸ *Supra* 5.3 a) y b).

¹⁶⁹ Véase, sobre todo, SAP Madrid, Sec. 12.ª, 163/1998, de 9 de marzo (ECLI:ES:APM:1998:2667). También, SAP Asturias, Sec. 4.ª, 368/2000, de 10 de julio (ECLI:ES:APO:2000:2885). Y la jurisprudencia de la Sala 1.ª es pacífica a la hora de atribuir al legatario de cosa específica y determinada el importe del justiprecio, cuando la cosa era una finca que fue expropiada total o parcialmente por la Administración, en una lógica que es idéntica a la del *c. repre*, aunque no se menciona. Véase, por todas, la STS 532/2008, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2008:2594).

¹⁷⁰ CRISTÓBAL MONTES (1987, p. 602); GONZÁLEZ PORRAS (2004, sec. II); DÍEZ-PICAZO (2008, p. 797).

te, si la cosa se destruye sin culpa del vendedor como consecuencia de defectos de fabricación o por hecho del proveedor. Esta opción se desprende también del artículo 1186 CC y no es incoherente con el principio de relatividad de los contratos¹⁷¹, pues no se activaría en todo caso, sino solo si la pérdida es imputable al deudor del deudor-vendedor (al fabricante, por ejemplo). Es una mecánica similar, bien que sin efecto *ope legis*, a la del artículo 43 LCS¹⁷².

b) IDENTIDAD

De la literalidad del artículo 1186 CC puede extraerse también la concurrencia de un requisito de identidad. Si bien la remisión que realiza el artículo es al hecho de la pérdida, dicha pérdida se conecta a su vez, en el primer inciso, con la cosa misma. Cabe afirmar entonces que el subrogado del artículo 1186 CC debe exigir *identidad* entre lo obtenido o las acciones y la cosa perdida: lo obtenido ha de ser económicamente un *subrogado* de la cosa; esto es, el deudor tiene que haber recibido el *commodum* por la cosa debida, no por otra distinta. Veámoslo a partir de algunos grupos de casos.

(i) La identidad explica que, en los casos de expropiación forzosa, sea también un *commodum* restituible el derecho de reversión del dueño o sus causahabientes sobre la cosa expropiada en caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera una parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciese la afectación (*cf.*, art. 44.1 LEF). Este derecho se deriva propiamente de la cosa expropiada.

(ii) A su vez, cuando se trata de prestaciones abonadas por las aseguradoras, la identidad permite desechar aquellas partidas de la compensación que reparan daños personales del deudor asegurado, así como otras sumas desvinculadas de la cosa objeto de prestación; lo que depende del tipo de seguro. Así, en un seguro de incendios la cobertura de la póliza se puede extender a objetos distintos del debido contractualmente (*cf.* arts. 45 y 46 LCS).

Todavía en sede de compensaciones por seguros, el criterio de la identidad impide considerar *commodum* restituible la compensación que recibe el deudor de la aseguradora por el siniestro del vehículo en el que transportaba la cosa debida; por más que exista relación de causalidad entre la compensación y la pérdida del bien. Esa suma no se obtiene de la cosa y no es un subrogado.

¹⁷¹ No obstante, CASTILLA BAREA (2001, p. 318).

¹⁷² Véase, GONZÁLEZ PORRAS (2004, sec. IV).

(iii) Se ha objetado que la pretensión indemnizatoria contra el tercero responsable de la pérdida de la cosa no encaja con el artículo 1186 CC, porque esta nace directamente «*en cabeza del acreedor*», que es el verdadero dañado¹⁷³. Tiene buen sentido esta objeción, precisamente por el criterio de identidad. La indemnización puede cubrir tantas partidas como intereses patrimoniales (o extrapatrimoniales) hayan quedado dañados; lo que dificulta que se le pueda calificar como subrogado *de la cosa*. En esta lógica, la aplicación del artículo 1186 CC a estos casos solo tendría sentido respecto a conceptos indemnizatorios que reflejasen el valor de aquella¹⁷⁴, excluyéndose en lo sobrante.

(iv) Cabe preguntarse qué sucede ante escenarios de *intromisión* de un tercero en la cosa debida en relación con el criterio de identidad. Tradicionalmente se ha dicho que en supuestos que no suponen una pérdida de la cosa, sino solo una perturbación, las acciones pertinentes (reivindicatoria, declarativa del dominio, etc.) tienen que ejercitarse por el deudor de entrega, en cumplimiento de su deber de conservación de la cosa (art. 1094 CC)¹⁷⁵. O, lo que es lo mismo, que el acreedor de entrega no puede reclamar su cesión vía artículo 1186 CC. La pregunta es si, en un caso que puede justificar el recurso a una *condictio* por intromisión, el acreedor tendría derecho a la cesión, bien de la *condictio* frente al tercero, bien de la restitución de la compensación del valor que se obtenga.

Piénsese, por ejemplo, en la transmisión de un derecho de patente (*cfr.*, art. 82 LP) que, antes de la venta, estaba siendo objeto de intromisión ilegítima de un competidor del vendedor. Entre otros instrumentos, el vendedor podría, como titular, recurrir a una *condictio* por intromisión. La cuestión es si, el adquirente del derecho de patente puede reclamar del transmisor una cesión de la *condictio* frente al intromisor o de la suma que el transmitente haya obtenido gracias a la reintegración de su derecho.

No hay que perder de vista que en estos casos no se produce una pérdida de la cosa debida, sino que tiene lugar un aprovechamiento indebido por parte de un tercero de un derecho absoluto que es objeto de comercialización. El éxito de la *condictio* por intromisión justifica la restitución del valor de uso (licencia hipotética) al propietario; no es una mera *recuperación* posesoria. A mi juicio, la resolución del interrogante obliga a distinguir dos escenarios.

Volvamos al ejemplo de la transmisión de una patente. (i) Imaginemos, además, que antes del contrato ya se había producido la intromisión ilegítima del

¹⁷³ PANTALEÓN PRIETO (1993b, Sec. I.4 y V.1).

¹⁷⁴ Véase, ROCA JUAN (1976, pp. 540-541).

¹⁷⁵ ROCA JUAN (1976, p. 541).

tercero competidor del transmisor del derecho. En este escenario, nada apunta a que la *condictio* –como acción reintegradora del derecho subjetivo del titular de la patente– o la eventual licencia hipotética que obtenga –como reintegración– constituyan un subrogado que quien adquiera la titularidad pueda reclamar para sí. Este adquirente no ha visto todavía mermadas las facultades de uso o explotación del derecho, que ya ha sido reintegrado y no habría identidad entre la *condictio* (o su resultado: licencia hipotética) y el derecho que el contrato transmitía al adquirente-acreedor¹⁷⁶. Aun así, habría que estar a la ordenación de intereses del contrato de cesión para ver si puede considerarse a la licencia hipotética o a la *condictio* como integrantes de la prestación debida. Si el contrato reflejaba el hecho de la intromisión y, por ello, se abonó un menor precio, no parece plausible considerar a la compensación o a la *condictio* un subrogado de la prestación. Pero si el contrato no recogía el hecho de la intromisión ilegítima de un tercero en el bien, ni esta circunstancia repercutió en el precio pagado, sí puede tener sentido permitir al acreedor reclamar la cesión de la *condictio* o su resultado. (ii) Si la intromisión tuviera lugar en el momento de la celebración del contrato, sí podría pensarse en una aplicación del artículo 1186 CC que permitiese al adquirente reclamar para sí también a la *condictio* que se pudiese ejercitar o a la licencia hipotética. A fin de cuentas, la intromisión del tercero afecta más al futuro titular que al transmitente y no tendría sentido permitir al transmitente ejercitar la *condictio*.

(v) La eventual aplicación del artículo 1186 CC a la *condictio* por intromisión conduce a plantear su posible empleo en los casos de ocupación ilegítima de terrenos vendidos; ello a la luz del criterio de identidad. Se trata de casos donde existió una ocupación ilegítima parcial de la finca por parte de la Administración y, posteriormente, una venta de esa misma finca. En el caso que habitualmente resuelve la jurisprudencia¹⁷⁷, los terrenos ocupados no se incluyen por el propietario-vendedor en la compraventa. Por esta razón, se considera que el comprador no puede retener *ni reclamar* para sí la indemnización (*rectius*, compensación) derivada de la intromisión que la Administración abone con posterioridad a la compra. Dado que la parte ilegítimamente ocupada no formó parte de la venta ni era una prestación debida, la Sala 1.^a estima que el comprador solo tendría esta posibilidad si, además, el vendedor le hubiera cedido las acciones frente a la Administración ocupante (arts. 1526 y ss. CC). En realidad, la razón dogmática que explica que al comprador no le corresponda la indemnización se halla en el artículo 1186 CC explicado a la

¹⁷⁶ En ese caso, al igual que en la responsabilidad civil, el crédito por la *condictio* nacería, si se quiere, «en la cabeza» de quien padeció la intromisión; CARRASCO (2020).

¹⁷⁷ Es el caso de las SSTs 417/2019, de 15 de julio [ECLI:ES:TS:2019:2339] y 244/2020, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1484). Véase, sobre el criterio de la identidad prestacional, *infra* 10.3 d).

luz del criterio de identidad: lo que el vendedor-deudor percibe como compensación no se corresponde económicamente con el inmueble enajenado.

(vii) En los casos en que no se produce una pérdida sino un deterioro fortuito de la cosa debida, podemos plantear el recurso al artículo 1186 CC, de acuerdo con el criterio de la identidad¹⁷⁸. En principio, no debería haber obstáculo en permitir al acreedor la cesión de las acciones o del cómodo, cuando el evento fortuito no destruye la cosa, sino que simplemente la deteriora. Abundando en esta dirección, puede pensarse en aplicar el artículo 1186 CC a los casos de vicios ocultos que no son imputables al vendedor, sino al fabricante o proveedor (y que resultan fortuitos también para la relación entre comprador y vendedor).

(viii) Cumplirían también el requisito de la identidad (a) la compensación que recibe el arrendatario principal a cambio de liberar la cosa arrendada y expulsar al subarrendatario que tenía contratado, respecto de la prestación de «subcesión» de la cosa (aunque este supuesto no entre dentro de la estrecha aplicación del artículo 1186 CC); y (b) la liberación del deudor que pierde la cosa debida para satisfacer una deuda vencida y exigible frente a otro acreedor o en un procedimiento de ejecución¹⁷⁹.

(ix) En último lugar, la identidad impide al arrendatario reclamar total o parcialmente aquello que el arrendador perciba como consecuencia de la destrucción fortuita o la expropiación de la cosa arrendada (aunque este supuesto tampoco se contenga en el artículo 1186 CC). En estos casos, no existe identidad entre lo que al arrendatario le es debido (la cesión del uso del bien) y la cantidad sustitutiva que el propietario logra. Por tanto, que la pérdida fortuita del bien libere al arrendatario de la obligación de pagar las rentas no vencidas, y al arrendador de su obligación de ceder el uso (arts. 1453, 1554 1.º y 1555 1.º CC) no significa que la compensación que el segundo pueda obtener corresponda al arrendatario, a no ser que una parte de ella estuviese destinada a resarcirle por la pérdida del contrato de arrendamiento¹⁸⁰.

c) LOS RESTOS DE LA COSA DEBIDA

Podemos preguntarnos si el artículo 1186 CC permite al acreedor de entrega quedarse con los restos de la cosa debida. Una interpretación extensiva, basa-

¹⁷⁸ Vimos que el Derecho alemán sí reconoce un derecho a la restitución del *commodum*. Véase, *supra* nota 97 el caso del *leasing* y la «imposibilidad parcial».

¹⁷⁹ En ese caso, la entrega del *commodum*, atiéndose, se refiere a la restitución del *valor de la cosa*, tal y como se proponen los comentaristas del § 285 BGB. Véase, EMMERICH (2019, párr. 32).

¹⁸⁰ Véase, a modo de *obiter*, la SAP Madrid, Sec. 19.ª, 141/2018, de 11 de abril (ECLI:ES:APM:2018:3645).

da en los orígenes del precepto, da una respuesta afirmativa. Aun así, se ha de tener en cuenta que los restos o escombros posibilitan una restitución *en la medida del enriquecimiento* que es diferente a la entrega del subrogado¹⁸¹. El artículo 1186 CC deja espacio a que el acreedor, si quiere, reclame también aquello que quede de la cosa perdida fortuitamente¹⁸². Pero esto no significa que la pretensión originaria del artículo 1186 CC esté dirigida al enriquecimiento restante en el patrimonio del deudor¹⁸³. Se trata de una restitución o entrega de una cantidad que representa a la cosa, cualquiera que sea después su fundamento.

7.3 Conclusión parcial: las limitaciones intrínsecas del artículo 1186 CC

El criterio de identidad constituye una buena aproximación dogmática para decidir si una determinada suma admite ser considerada como cómodo restituible a los efectos del artículo 1186 CC. Sin embargo, que una determinada compensación admita ser considerada subrogado, según los criterios indicados, no significa que encaje siempre como partida dentro del 1186 CC. No se olvide que (i) su aplicación se restringe a los supuestos de pérdida fortuita de la cosa; y (ii) solo tiene en mente la obligación de entrega de cosa específica (o especificada). Por eso, y a pesar de que la identidad sirva como ayuda exegética, la remora principal del artículo 1186 CC es la estrechez del supuesto de hecho de aplicación de sus premisas.

Acabamos de ver muchos subrogados «imaginables» que podrían tener cabida dentro del artículo 1186 CC, pero que quedan excluidos por no corresponderse el incumplimiento con una pérdida fortuita de la cosa; o por basarse en prestaciones distintas de las de dar. La norma requiere una revisión profunda que supere la concepción del precepto como un simple mecanismo de atribución del riesgo de pérdida de la cosa (vendida), para convertirse en un remedio frente al incumplimiento, coherente con las actuales bases dogmáticas del Derecho privado. Da la sensación de que una interpretación amplia del artículo 1186 CC no

¹⁸¹ Véase, BARRIENTOS GRANDON (2017, pp. 107-108).

¹⁸² Apunta levemente en este sentido, JORDANO FRAGA (1994, p. 330).

¹⁸³ Como la gran mayoría de la doctrina española ha considerado, probablemente debido a la confusión producida por las anotaciones de GARCÍA GOYENA (1852, p. 179: «*nada debe quedar de la cosa en poder del deudor; pues este no debe enriquecerse en manera alguna con detrimento de su acreedor*»), quien tomaba el ejemplo francés sin miramiento y sin tener en cuenta la distinción entre restituciones que planteaba Pothier (*supra* 2.1. b)). Consideran que el artículo 1186 CC es corrector del enriquecimiento: ROCA JUAN (1976, p. 529); CRISTOBAL MONTES (1987, p. 601); BADOSA COLL (1993, p. 264); PANTALEÓN PRIETO (1993a, pp. 1731-1732, 1736-1737); SAN MIGUEL PRADERA (2004, pp. 151-152); CARRASCO PERERA (2017, p. 934); DÍEZ-PICAZO (2007, p. 1608); BARRIENTOS GRANDÓN (2017, pp. 107-108). En Chile, ALCALDE SILVA (2008, pp. 80 y ss.).

ofrece soluciones satisfactorias, ni siquiera bajo el paradigma del reparto de riesgos de la modernización del Derecho de obligaciones¹⁸⁴. La problemática acerca de la inclusión del *c. ex n.* en el artículo 1186 CC nos da algunas claves.

8. ¿EL *COMMODUM EX NEGOTIATIONE* DEL ARTÍCULO 1186 CC?

En este apartado trataré de aportar los motivos que –a mi juicio y *de lege lata*– desaconsejan extraer de esta norma que el acreedor de cosa determinada dispone de una acción para obtener el *c. ex n.* Antes de todo, se debe aclarar que la entrega del *c. ex n.*, como subrogado, no equivale en puridad a una restitución de ganancias¹⁸⁵.

8.1 Un difícil encaje

La doctrina española se ha mostrado históricamente favorable a extender el artículo 1186 CC al mayor elenco de «subrogados» posibles y no solo a la destrucción de la cosa por un tercero, superando la ya de por sí estrecha redacción de la norma. Esta aproximación no plantea excesivos problemas, siempre y cuando se respete la lógica misma del precepto: su aplicación al caso de la pérdida fortuita de una cosa específica. Por eso no parece que de esa tendencia expansiva de la norma quepa hacer partícipe a los casos de *c. ex n.* Al referirme al supuesto de aplicación del artículo 1186 CC (*supra* 7.1 a) he defendido una interpretación de

¹⁸⁴ Si el riesgo es ahora del deudor-vendedor, ¿habría que invertir la aplicación de la regla del artículo 1186 CC? No parece que tenga mucho sentido.

¹⁸⁵ No obstante, en España se tiende a confundir una y otra acción: así DÍEZ-PICAZO (2007, *passim*); PRADO LÓPEZ (2018, *passim*). Advierte acertadamente de la distinción (BASOZABAL ARRUE, 2020b, pp. 1513, 1517, 1525). Tampoco es infrecuente encontrar mezclada la restitución de ganancias contractual con la *condictio* por intromisión: GARCÍA RUBIO (2017, sec. 2 [7]). La restitución de ganancias tiene otros fundamentos dogmáticos y se explica bien merced a la estructura propia de las relaciones fiduciarias; lo que ha tenido desarrollo en el Derecho inglés y en el alemán. Apuntan en este sentido, KÖNDGEN (1992, pp. 750-751); JAKOBS (1993, 39-40, 80-82); BOOSFELD (2015, pp. 256-269); JANSSEN (2016, pp. 200-203). Fuera de la estructura de una relación fiduciaria, la restitución de ganancias puede terminar cumpliendo una finalidad sancionadora. En Derecho español, son muestra de la restitución de ganancias sobre la base de la relación fiduciaria que vincula a las partes del contrato los artículos 1533, 1683 y 1720 CC, 136 II, 138 y 288 II CCo, y 227.2 LSC. En particular, parece necesaria una explicación dogmática distinta para los incumplimientos societarios basados en el deber de lealtad –que son, en últimas, obligaciones de no hacer– extramuros la idea de prevención y que profundice en esa relación fiduciaria que se genera; lo mismo sería aconsejable para los casos de infracción de deberes de confidencialidad, hoy al amparo de la legislación sobre secretos empresariales (*cfr.* arts. 3.2 y 10.1 I LSE). Y es que normas como el artículo 227.2 LSC no cumplen, a mi entender, una misión sancionadora o de «decomiso privado de ganancias» (no obstante, COCA VILA/PANTALEÓN DÍAZ, 2021, pp. 121, 147, 192-193, y la doctrina que citan). Un estudio de la restitución de ganancias excede del propósito de este trabajo.

la norma en un sentido estricto, teniendo en cuenta su posición sistemática y la historia que la precede. También expuse la corriente doctrinal contraria que defiende expandir el artículo 1186 CC al incumplimiento imputable y al *c. ex n.* Es momento de ocuparse de los argumentos que se han ofrecido específicamente en esta dirección.

Pueden listarse de la siguiente manera: (i) La comparación con el remedio indemnizatorio; (ii) la comparativa con el § 285 BGB (iii) la teoría del contenido de atribución y la existencia de una *condictio* por intromisión para los derechos de crédito; (iv) la voluntad hipotética de las partes; y (v) la coherencia valorativa con otros preceptos del Código civil. Comenzaré refiriéndome a los dos primeros argumentos.

a) LA COMPARATIVA CON EL REMEDIO INDEMNIZATORIO Y LA RESOLUCIÓN

Un muy autorizado sector doctrinal ha defendido la inclusión del *c. ex n.* en el artículo 1186 CC¹⁸⁶. Su punto de partida pasa por criticar que se excluya la entrega del *commodum* en los supuestos de pérdida imputable con el argumento de que el acreedor ya tiene a su disposición la indemnización. En este sentido, se advierte que la pretensión indemnizatoria que nace para el acreedor en ese caso es independiente –no constituye una perpetuación de la obligación inicial, lo que es impecable– y, por eso, no permite afirmar que la restitución del subrogado desaparece si se dispone de la indemnización; porque además en la indemnización se puede comprender el valor de la cosa. Ambas acciones (indemnización y entrega del *commodum*) deberían, desde esta óptica, convivir. A propósito de lo anterior, la argumentación continúa, indicando que –respecto al cómodo– no hay razón para tratar mejor al acreedor frente al incumplimiento fortuito que frente al culpable. Por lo tanto, se debería permitir que ambas acciones cohabitasen, ajustándose en su caso la cantidad a percibir por el acreedor. Desde este enfoque se argumenta también con el remedio resolutorio y se señala que, si el acreedor siempre puede resolver (sea o no imputable la pérdida), no se alcanza a ver por qué solo el acreedor en el incumplimiento no imputable tiene derecho al *commodum*¹⁸⁷.

Los argumentos expuestos cometen, a mi juicio, el error de buscar conclusiones lógicas (y contradicciones valorativas) en el funcionamiento del sistema de remedios frente al incumplimiento (que, por definición, son dis-

¹⁸⁶ Encabezado por PANTALEÓN PRIETO (1991, p. 1022; 1993a, pp. 1736-1737), quien establecía un paralelismo con el antiguo § 281 BGB. Le siguen, desarrollando de alguna manera sus postulados, CLEMENTE MEORO (2000, p. 172); BASOZABAL ARRUE (2020a, pp. 27-31) (2020b, pp. 1525 y ss.).

¹⁸⁷ Se habla de una «*incongruencia valorativa insoportable*» (PANTALEÓN PRIETO, 1991, n. 45 y n. 62).

tintos) para afirmar la procedencia de la restitución del *commodum* en cualquier caso de incumplimiento sobre la base de una norma muy escueta: la del artículo 1186 CC.

(i) La advertencia acerca de la independencia de la pretensión indemnizatoria, que es correcta, no esclarece demasiado acerca de la inserción del *c. ex n.* en el artículo 1186 CC. Que el acreedor tenga derecho a la indemnización –y que esta no represente una *perpetuatio obligationis*– en caso de pérdida imputable no es argumento para descartar su derecho al *commodum*; pero tampoco es motivo suficiente para afirmar lo contrario, con base en el artículo 1186 CC. Como bien se advierte desde esta posición la pretensión indemnizatoria y la pretensión al *commodum* son distintas y, como tal, con sus requisitos, han de ser tratadas. Llamar la atención sobre la diferencia entre ambas no puede conducir a una extensión de la regla del artículo 1186 CC; y la contradicción valorativa tampoco es un argumento. Es más, con las mismas, podría darse la vuelta a la tesis y concluir absurdamente que no existe motivo alguno para tratar peor al acreedor frente a la pérdida no imputable, impidiéndose su derecho a la indemnización, por el hecho de que en cualquier caso se le reconozca el *commodum* (y que por eso tiene derecho a ser indemnizado). A esta falsa conclusión se debe responder lo mismo que a la primera: indemnización y *commodum* son remedios distintos. Del mismo modo que la indemnización no es etérea, sino que tiene sus postulados, la entrega del *commodum* en un Derecho no vulgar, debe manejar los suyos.

(ii) Al argumento relativo a la compatibilidad con la resolución se le puede hacer el mismo reproche. Que la resolución permita al acreedor resolver en todo caso no genera una incongruencia valorativa con que el artículo 1186 CC solo reconozca el *c. repre.* para el incumplimiento fortuito. La resolución permite al acreedor convertir la relación original en otra tendente a la restitución de las prestaciones cuando el incumplimiento es esencial. Además, la entrega al acreedor del *commodum* se debe vincular a la pretensión de cumplimiento (y no a la resolución)¹⁸⁸.

Las vías expositivas presentadas son, en general, más fruto del deseo de ver en el artículo 1186 CC una base para la restitución del *c. ex n.* que de otra cosa; y parecen demasiado influenciadas por un sistema –el alemán– que cuenta con un párrafo (§ 285 BGB) más amplio, mejor redactado y más dogmáticamente trabajado que nuestro humilde artículo 1186 CC.

¹⁸⁸ *Supra* 7.1. e).

b) LA COMPARATIVA CON EL § 285 BGB

La comparativa con el § 285 BGB para sacar la conclusión de que el artículo 1186 CC incluye el *c. ex n.* no es una empresa exitosa¹⁸⁹. Existen diferencias sustanciales entre ambas normas¹⁹⁰, que eliminan toda posibilidad de considerar nuestra regla un precepto «homólogo» al parágrafo alemán. Inspirada en el antiguo artículo 1303 CCfr, nuestra norma parte de la tradición propia de reparto de riesgos que el Derecho común toma de algunos textos romanos («*commodum eius esse debet, cuius periculum est*») y que liberaba al deudor de su prestación inicial sin que el acreedor tuviera demasiado que decir al respecto. Esta regla no incluía el *c. ex n.*¹⁹¹. Por el contrario, el parágrafo alemán consagra un remedio que reemplaza, pero no sustituye, el deber de prestación original y que depende de que el acreedor ejerza la pretensión; lo que explica que lo obtenido por el deudor no aparezca automáticamente como sustituto de la cosa o pretensión debida¹⁹². Esta construcción de la restitución del subrogado a partir de la responsabilidad del deudor les ha permitido extender doctrinalmente y sin demasiados esfuerzos el ámbito de aplicación del § 285 BGB al *c. ex n.* Pero porque, a diferencia de los preceptos español y francés, el § 285 BGB se separa de la tradición del Derecho común –basada en los riesgos– y consagra con amplitud una pretensión general de entrega para todos los casos de incumplimiento del deudor, rebasando con ello las costuras históricas de la entrega del *commodum*¹⁹³.

La amplitud del § 285 BGB explica que en Alemania la discusión en torno a esta norma siempre haya versado sobre si el precio constituye un *commodum* (si existe conexión entre la frustración del cumplimiento y el precio obtenido), y *no* sobre la clase de incumplimiento que permite obtener el subrogado; para ellos, es evidente que el deudor culposo restituye igualmente los subrogados que obtenga. Este hecho acaso haya sido pasado por alto desde las posiciones que defienden una interpretación amplia del artículo 1186 CC sobre la base del peor trato al acreedor en casos no fortuitos. Nuestra norma no configura –en sí misma¹⁹⁴– un remedio o pretensión a disposición del acreedor ni

¹⁸⁹ Por más que constantemente se haya aludido a la norma alemana indirectamente como argumento: PANTALEÓN PRIETO (1991, p. 1023); SAN MIGUEL PRADERA (2004, p. 151); BASOZABAL ARRUE (2020a, *passim*); (2020b, p. 1528 y *passim*).

¹⁹⁰ En el mismo sentido, VENDRELL CERVANTES (2012, p. 1186).

¹⁹¹ KÖNDGEN (1992, pp. 737-738).

¹⁹² Por todos, EMMERICH (2019, párt. 29).

¹⁹³ Por todos, HELMS (2007, pp. 314-318).

¹⁹⁴ Otra cosa es que quepa reinterpretar el artículo 1186 CC, dentro de sus contornos, a la luz del moderno derecho de obligaciones, donde la pérdida de la cosa solo extingue el deber inicial de prestación.

se ocupa de la responsabilidad del deudor, sino que se limita al reparto de riesgos entre acreedor y deudor de cosa específica, en lo que representa una suerte de «mitigación» de la asunción del riesgo de *caso fortuito* por parte del acreedor. Con independencia de si el precio conseguido por el deudor es o no un subrogado efectivo de la cosa debida, la aplicación del artículo 1186 CC requiere que la pérdida sea *fortuita*¹⁹⁵; y eso no lo cumple el *c. ex n.*

Así las cosas, los estrechos márgenes del artículo 1186 CC convierten en fútiles cualesquiera argumentos limitados a establecer una conexión con el § 285 BGB y la opinión de la doctrina dominante en Alemania¹⁹⁶. Se trata de un espejismo y no queda más remedio que reconocer que el § 285 BGB y el artículo 1186 CC reconocen pretensiones sustancialmente diferentes. Con todo, el esfuerzo resulta –hay que decirlo– muy admirable y, sobre todo, entendible, dada la pasividad de nuestro legislador en materia de legislación civil.

c) LAS CARENCIAS DEL ARTÍCULO 1186: COSAS GENÉRICAS Y DOBLE ARRENDAMIENTO

El estrecho margen aplicativo del artículo 1186 CC explica que la norma no sea aplicable al *c. ex n.* No es una apreciación que celebrar. Antes bien, las estrechas costuras del artículo 1186 CC impiden dar una respuesta adecuada a casos donde puede tener sentido una restitución de este. Se trata de los supuestos de doble venta de cosas genéricas y de doble arrendamiento.

(i) Antes me he inclinado a favor de aplicar el artículo 1186 CC a los supuestos de pérdida de cosas genéricas, una vez tenga lugar la especificación. Pero, por los motivos expuestos, la respuesta a la misma cuestión para el *c. ex n.* debe seguir el mismo camino que ante las cosas específicas: su rechazo.

La escasez de precedentes en el terreno práctico obliga a mencionar el caso *Adras Chmorey Binyan v. Harlow & Jones GmbH*, resuelto por el Tribunal Supremo de Israel¹⁹⁷. Se trataba de un caso de doble venta de la cosa debida entre un

Así, véase, *supra* 7.1 a) y e).

¹⁹⁵ CARRASCO PERERA (1988, pp. 143-144); JORDANO FRAGA (1994, pp. 330 y ss.); DÍEZ-PICAZO (2007, pp. 1606-1608), autor, este último, que también insiste en la diferencia con el § 285 BGB (pp. 1608-1609).

¹⁹⁶ BASOZABAL ARRUE (2020b, p. 1528-1530). Este mismo autor llega a plantear la hipótesis de una segunda venta no imputable, si el deudor creyó que la primera venta era nula o que no se había concluido. Sin embargo: (i) no parece ni siquiera en ese caso una conducta así del vendedor fuera realmente excusable; y (ii) por no hablar de que la imputabilidad al deudor no descansa en la buena fe subjetiva ni en la creencia interna de este.

¹⁹⁷ ([1988] 42(1) P. D.). Han comentado esta resolución, FRIEDMANN (1988, pp. 383-388); HARTMANN (2007, pp. 218-219), KÖHLER (2021, pp. 223-225).

comprador (*Harlow*) y un vendedor (*Adras*) de piezas de acero¹⁹⁸. La mayoría de los jueces que conocieron el caso estimaron la demanda de *Harlow* y condenaron a *Adras* a la restitución del *enriquecimiento*. Entendieron innecesario restringir la «*restitution*» a la sola violación de estrictos «property rights», toda vez que el principio general de prohibición del enriquecimiento injustificado autorizaría la restitución de las ganancias que se obtienen a costa de otro (con o sin derechos absolutos en la ecuación). Una de las cuestiones a las que se tuvieron que enfrentar los jueces israelíes –y sobre la que no hubo unidad de criterio– fue la especificación del acero objeto del contrato. La mayoría del tribunal se inclinó porque la restitución del enriquecimiento no dependiese de si la venta era o no de bienes específicos, siempre que existiese una conexión causal entre el incumplimiento del contrato y la ganancia alcanzada por el demandado. Por ello, consideraron que la mercancía correspondía al demandante.

En *Adras* no se llegó a una especificación del acero vendido y finalmente entregado a otra empresa. Los comentaristas alemanes que han tratado este caso estiman que, según su Derecho, el acreedor habría podido ejercitar con éxito una pretensión restitutoria del enriquecimiento a partir de que el § 285 BGB autoriza a este resultado directamente, *con o sin especificación*¹⁹⁹. Pero hay que recordar que este precepto opera, como remedio frente al incumplimiento, con independencia de la culpa del deudor; que es abiertamente neutral y que no resuelve –ni pretende resolver– quien corre con el riesgo de caso fortuito. La demanda del comprador del acero no habría corrido la misma suerte conforme al Derecho español. El artículo 1186 CC habría debido conducir a un rechazo de la pretensión²⁰⁰.

¹⁹⁸ En 1973, la sociedad alemana *Harlow & Jones GmbH* adquirió de la compañía israelí *Adras* 7.000 toneladas de acero «*c.i.f. Haifa*» a un precio de 570 marcos alemanes por tonelada. Entremedias se desencadenó la guerra del *Yom Kipur* (6-25 de octubre de 1973) que produjo un retraso en el envío de acero. Aun así, la vendedora logró enviar unas 5.025 toneladas a la compradora entre enero y abril de 1974. El 8 de abril de 1974 *Adras* notificó a *Harlow* que debido al incremento de los costes de almacenaje se veía obligada a vender el resto del pedido de acero (1.925 toneladas) a otro comprador alemán y que, en consecuencia, no cumpliría con toda la prestación acordada. La compradora, *Harlow*, demandó en 1976 a la vendedora por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no llegó a probar la existencia de un daño; y tampoco se le concedió la indemnización sobre la base del artículo 84 de la Convención de la Haya de Derecho uniforme en la venta de mercaderías –según el cual, en caso de resolución contractual, los daños han de corresponderse con la diferencia entre el precio fijado en el contrato y el precio corriente a la fecha de resolución (regla del mercado), pues en su demanda nunca sostuvo o argumentó haber resuelto el contrato–. Así pues, en una primera sentencia, la Corte Suprema de Israel desestimó la pretensión indemnizatoria del comprador del acero (C. A. 815/80 *Harlow v. Adras* P. D. 37(4)225). En un segundo intento, *Harlow* demandó a *Adras*, reclamando esta vez la restitución de la ganancia que le había reportado la venta del acero restante a un tercer comprador (enriquecimiento injustificado). Este segundo pleito fue el caso resuelto por la sentencia de 1988.

¹⁹⁹ HARTMANN (2007, p. 220); no obstante, sin referirse al caso, DORNIS (2020, párr. 107).

²⁰⁰ Con el añadido de que la no especificación del acero habría impedido cualquier aplicación del artículo 1186 CC para un hipotético *c. ex r.*, si parte del acero –en vez de venderse a otro comprador– se hubiera destruido fortuitamente.

Adress da cuenta tanto de la estrechez del artículo 1186 CC para un supuesto de *c. ex n.* no referido a cosas específicas como de la conveniencia de incorporar una norma amplia que permita su restitución al acreedor en casos similares. Ello en contradicción con la aproximación alemana o la inglesa²⁰¹.

(ii) El artículo 1186 CC tampoco ampara una entrega del *c. ex n.* en casos de doble arrendamiento. Ello no tanto porque, en su caso, la renta que obtiene el arrendador por arrendar por segunda vez todo o parte de la cosa arrendada no constituya o pueda constituir un subrogado. El problema no es ese, sino que la estrechez de la norma no permite dar respuesta adecuada a casos que podrían necesitarla²⁰². Hay autores que consideran oportuno extender el artículo 1186

²⁰¹ *Supra* 4 y 5.3 c).

²⁰² El examen jurisprudencial en España arroja también casos de doble arrendamiento. Un ejemplo es el resuelto por la STS 22/1944, de 19 de octubre, de la que fue ponente José Castán (ECLI:ES:TS:1944:167). En 1934, don Basilio había instalado un café (Café Niza) en los bajos de una casa ubicada en la calle Liria, de Oviedo. Para ello, concertó un contrato de arrendamiento con los propietarios del edificio a cambio de 1500 pesetas mensuales. El arrendamiento se extendía a toda la planta baja del edificio. Tras la instalación del café, este prestó servicio hasta que, en octubre de 1934, tuvieron lugar los sucesos revolucionarios de Asturias, durante los cuales el edificio quedó destruido y con él el café de don Basilio. Para la reparación de los daños derivados de los disturbios se promulgaron distintas leyes que concedieron créditos extraordinarios e indemnizaron a los propietarios del edificio, así como a don Basilio. Los propietarios procedieron después a reconstruir el edificio y, entre tanto, se produjo el estallido de la guerra civil, que determinó la paralización total de las obras hasta 1938, terminándose la reconstrucción en 1940. Sin embargo, don Basilio había fallecido al comienzo de la contienda, en octubre de 1936, permaneciendo su esposa e hijos en Madrid hasta el final de la guerra. En ese momento, pudo su esposa trasladarse a Oviedo a interesarse por el estado de los negocios de su difunto esposo, advirtiéndole que en los bajos del edificio (reconstruido) donde otrora se hallase el café habían sido divididos en otros locales más pequeños, todavía no ocupados. La viuda de don Basilio interpuso demanda frente a los propietarios del edificio y los nuevos titulares de los locales. En lo que interesa, demandaba la declaración de nulidad de los nuevos contratos de arrendamiento, a fin de que se entregase a la demandante la totalidad de la planta baja objeto del arrendamiento a don Basilio. Se amparaba, para ello, en el incumplimiento de la *Ley relativa a los contratos de arrendamientos de locales destinados a fines mercantiles e industriales que formaron o forman parte de edificios destruidos o perjudicados en los sucesos revolucionarios producidos en Asturias y zonas limítrofes en Octubre de 1934, de 12 de julio de 1935* (Gaceta de Madrid núm. 215, de 3 de agosto de 1935, p. 1127); así como en el antiguo art. 4 CC. El artículo 1 de la Ley no consideraba extinguidos los arrendamientos sobre locales cuyos edificios se hubieran destruido como consecuencia de la revolución de Asturias y cuyos dueños hubieran percibido el socorro del Estado para su reconstrucción o reparación, aunque el plazo de duración pactado o prorrogado hubiera vencido entre la fecha de destrucción y la de reconstrucción; el artículo 2 disponía que, terminadas las obras de reconstrucción o reparación de los edificios, los propietarios estaban obligados a comunicar a los arrendatarios que aquellos estaban a su disposición para utilizarlos. En todas las instancias se desestimó la pretensión de nulidad de los contratos de arrendamiento con base en esos preceptos; lo que confirmó el TS. La Sala 1.^a consideró que no podía aplicarse la sanción de la nulidad al caso en que se ha arrendado sucesivamente la misma cosa, por más que los segundos arrendamientos fueran contrarios a la Ley antedicha. Para ello se amparaba en una interpretación flexible de la sanción de nulidad y, sobre todo, en que lo que se le planteaba al TS no era un problema de nulidad sino de doble arrendamiento, cuya solución no explica. Interesa destacar que en ningún momento se hizo mención al artículo 1186 CC; pero, de haberse mencionado, la pretensión habría debido ser desestimada, por la estrechez de esta norma.

CC al doble arrendamiento. Para ello se apoyan la idea del contenido de atribución del derecho de crédito y la *condictio* por intromisión²⁰³.

8.2 ¿*Condictio* por intromisión en el Derecho de contratos?

Desarrollando ideas de Pantaleón Prieto²⁰⁴, Basozabal Arrue ha propuesto un entendimiento del artículo 1186 CC a partir de la idea de «usurpación» por el deudor de la posición contractual de su contraparte y, por tanto, de la idea de intromisión²⁰⁵. Según esta postura, el derecho de crédito del acreedor de entrega se equipararía a un derecho subjetivo con contenido absoluto, el cual resulta protegible mediante la *condictio* por intromisión en el seno del Derecho del enriquecimiento injustificado²⁰⁶. Así entendida, la acción del artículo 1186 CC sería una acción de enriquecimiento injustificado²⁰⁷ —una *condictio* por intromisión— que permitiría al acreedor obtener de su deudor (vendedor) también el precio de la segunda venta: el *c. ex n.*²⁰⁸. Esta aproximación es, sin lugar a duda, la más solvente técnicamente de aquellas que buscan introducir el *c. ex n.* dentro del artículo 1186 CC. Por eso, se le debe dedicar más espacio.

Los defensores de que el derecho de crédito del acreedor de cosa cierta presenta contenido de atribución se han apoyado conjuntamente en los siguientes argumentos: (a) la transmisión de la propiedad; (b) el *ius ad rem*; y (c) la atribución de frutos al acreedor de entrega. Estos argumentos se completan en ocasiones con la referencia al Derecho alemán y, en particular, a aquellas tesis que explican el § 285 BGB desde el punto de vista del enriquecimiento injustificado (d). A continuación, me referiré a estos argumentos y trataré de

²⁰³ BASOZABAL ARRUE (2020b, pp. 1529-1530).

²⁰⁴ (1991, pp. 1021-1022) (1993a, p. 1737).

²⁰⁵ (2020a, pp. 28-31); (2020b, pp. 1537 y *passim*); (1998, p. 181).

²⁰⁶ En el Derecho de enriquecimiento, la *condictio* por intromisión permite reintegrar al patrimonio de un sujeto aquello que el ordenamiento le asigna, gracias a la posición jurídica de titularidad que ostenta sobre un derecho subjetivo. Lo imprescindible para que esta acción prospere es que el derecho usurpado tenga «contenido de atribución» («*Zuweisungsgehalt*»), lo que en principio solo se predica de los derechos subjetivos absolutos, y no sobre los de crédito.

²⁰⁷ En este punto, no sobra advertir que la acción de enriquecimiento —y en especial la *condictio* por intromisión— nada tiene que ver con la restitución de las ganancias o con la restitución del enriquecimiento injusto. Se trata de pretensiones dogmáticamente distintas, por más habitualmente se confundan y se traten como acciones sinónimas (Por ejemplo, GIMENO RIBES, 2020, *passim*).

²⁰⁸ Recientemente adoptan también esta posición, COCA VILA/PANTALEÓN DÍAZ (2021, pp. 145-146). Se trata de un monumental trabajo actualmente en prensa para su publicación en *Anuario de Derecho civil* y al que tuve acceso gracias a un enriquecedor seminario de discusión sobre el mismo en el que participaron los autores, a quienes agradezco su generosidad.

demostrar lo desaconsejable de su uso, porque el derecho de crédito no tiene contenido de atribución protegible mediante *condictio* (*e*); y porque, de tenerlo, el objeto de la restitución no sería el precio (*f*). Asimismo, explicaré lo inconveniente de pretender solucionar por medio de la *condictio* por intromisión los problemas del doble arrendamiento (*g*), los de retraso en la entrega de la cosa (*h*), y los inherentes al incumplimiento «por negociación» de obligaciones de no hacer (*i*).

a) LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y *EL IUS AD REM*

Uno de los argumentos empleados por Pantaleón Prieto para sostener la admisibilidad de la entrega al del *c. ex n.* al acreedor sobre la base del artículo 1186 CC aludía a la posición de «cuasi propietario» que la perfección del contrato conferiría al comprador de cosa cierta²⁰⁹. A su juicio, el artículo 1186 CC formaría cuerpo con el artículo 1095 CC, configurando así un *ius ad rem* del acreedor de cosa determinada, «*con el cometido de que nuestro Derecho no se diferencie sensiblemente, en las relaciones interpartes, de aquellos en que la propiedad se transmite entre vicos por el mero consentimiento, sin necesidad de tradición*». Basozabal Arrue²¹⁰ ha seguido, después, esta línea argumental, añadiendo que este *ius ad rem* tendría como vocación conferir «*una mayor protección al acreedor al derecho a la entrega de la cosa cierta ampliando el círculo de personas frente a las cuales resultase eficaz*». Esta aproximación no resulta satisfactoria.

(*i*) Desde el punto de vista de la transmisión de la propiedad, porque nuestro Derecho no reconoce (ni quiso reconocer²¹¹) un sistema puramente consensual en la transmisión *inter vivos* de la propiedad, sino uno causal basado en la *traditio* o entrega *jurídica* de la cosa (arts. 609 y 1095, 2.^a pr. CC). Si el ordenamiento español conservó una regla como la del artículo 1186 CC, no puede decirse que fuera para no diferenciarse en exceso de un sistema consensualista de transmisión de la propiedad como el francés. Si se hizo así es porque una regla como esa solo tiene sentido en sistemas causalistas, descartado el sistema consensual.

A propósito de esto último, acaso se haya exagerado la relación de la restitución del subrogado con el sistema traslativo de la propiedad a nivel

²⁰⁹ (1993, pp. 1736-1737; 1991, n. 11).

²¹⁰ (2020b, p. 1527).

²¹¹ *Supra* 2.1. d).

comparado. En Francia, la no derogación del antiguo artículo 1303 CCfr tras la modernización sigue representando una reiteración innecesaria²¹². Por su parte, en los ordenamientos que no adoptaron este sistema –el español o el alemán– la inclusión de un precepto de estas características no se deja explicar bien mediante un deseo de convergencia hacia el sistema francés. Que estos sistemas presenten normas de restitución del subrogado –cada una con su alcance– se explica a partir de razonamientos más ajenos al sistema de traslativo de lo que cabe pensar. En efecto, parece difícil sostener que el precepto que mejor ajusta la restitución del subrogado (el § 285 BGB, explicado) tenga como cometido que el sistema alemán no se diferencie demasiado del francés en este punto. Como vimos, no se debe sobredimensionar la afirmación de v. Caemmerer²¹³, cuando indicó que la regla del antiguo § 281 BGB recreaba *inter partes* la situación que existiría si en aquel sistema rigiese el principio consensualista de transmisión²¹⁴.

(ii) Examinemos ahora *ius ad rem* que se ha querido ver en este precepto. No parece acertada la aseveración de que el cometido de esta figura era proteger el derecho a la entrega del acreedor frente a un elenco mayor de personas. La noción del *ius ad rem*, que debe considerarse excepcionalmente asumida en nuestro Derecho en varios preceptos²¹⁵, resuelve el problema de la atribución de la *propiedad* en casos de doble venta, según la buena fe de los implicados (art. 1473 CC); también se utiliza para decidir sobre el mantenimiento en la adquisición del tercer adquirente, cuando este es de buena fe²¹⁶. Es decir, la noción del *ius ad rem* se ocupa de un problema previo al que nos concierne, como es el de la ordenación y atribución del bien en una doble venta; o, dicho de otro modo, cuál sea la eficacia del derecho del comprador antes de la entrega y si este tiene o puede tener efectos frente a terceros adquiren-

²¹² *Supra* 2.1.b) y 3.

²¹³ (1954, n. 211) y *supra* 5.2.

²¹⁴ Los trabajos anteriores y posteriores del autor indican que, sobre el particular, le preocupaba más el acercamiento entre los distintos sistemas traslativos de la propiedad que extraer conclusiones particulares sobre el *commodum* y su significado: v. CAEMMERER (1938/1939, pp. 675 y ss.), (1965, pp. 260-263). Y tampoco se puede soslayar que el autor hace esta observación para la venta de cosa ajena y el *waiver of tort* (§ 816 BGB), no para la *condictio* por intromisión, indicando que el propietario podía siempre elegir entre la reivindicatoria y la restitución del precio como expresión de su valor; lo que extiende a la venta de la cosa no entregada. El ejercicio de la acción sobre el precio de venta cumplía, para él, la función de evitar la restitución reivindicatoria del objeto (v. CAEMMERER, 1954, pp. 389-393).

²¹⁵ Ello frente al devenir de la misma institución en otros derechos europeos. En este sentido, MICHAELS (2002, pp. 189-190); RODRÍGUEZ-ROSADO (2009, p. 1712).

²¹⁶ Sobre el *ius ad rem* en el Derecho medieval me remito, en castellano, a RODRÍGUEZ-ROSADO (2004, pp. 1008-1009; 1026); (2009, 1705-1710) (2019; pp. 437 y ss.); también a lo indicado por Díez-PICAZO (2007, p. 1616). En alemán es imprescindible el trabajo de MICHAELS (2002, pp. 107-118); para el desarrollo posterior de la institución en Europa: MICHAELS (2002, pp. 148-171).

tes²¹⁷. Gracias al *ius ad rem* del primer comprador, su posición jurídica será preferida a la del segundo, cuando el segundo es de mala fe. Siendo esto así, huelgan cualesquiera valoraciones inherentes al precio obtenido por el vendedor, porque gracias al *ius ad rem* el derecho de crédito del primero a la entrega tiene preferencia sobre la eventual adquisición del segundo comprador. Por eso esta institución no se ocupa del destino del precio en la doble venta ni de ella se puede extraer que el acreedor de entrega goza de una posición jurídica «como si ya fuese propietario» en relación con el precio. El *ius ad rem*, no se olvide, tiene muy presente la valoración de la buena o mala fe de los intervinientes; un juicio que resulta extraño al artículo 1186 CC. Apelar al *ius ad rem* en esta sede constituye una trampa terminológica: porque decir que la posición del acreedor de entrega empieza a parecerse a la de un propietario no es sino reconocer una obviedad²¹⁸.

b) LA ATRIBUCIÓN DE FRUTOS AL ACREEDOR DE ENTREGA

La aproximación que anticipa en el acreedor de cosa específica una posición similar a la del propietario antes de la entrega, se complementa con la idea de que el artículo 1186 CC «forma cuerpo» con el artículo 1095 1.ª pr. CC²¹⁹. Esta última norma atribuye al acreedor los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. La atribución de frutos al acreedor significaría –para la corriente defendida por Pantaleón y Basozabal– que el Código civil le asigna desde entonces «*el monopolio de las utilidades de la misma*», quedando su posición asimilada a la del propietario. Siguiendo esta lógica, el artículo 1186 CC garantizaría también el precio que el deudor obtuviese por vender una cosa que el ordenamiento ya le atribuía. Desde esta postura, el incumplimiento del deudor que vende la cosa a un tercero se consideraría una intromisión en la posición cuasi absoluta del acreedor, la cual resulta defendible mediante una *condictio* por intromisión. A mi parecer, tampoco este razonamiento permite sostener que el acreedor de entrega de cosa específica goce de una posición tutelable vía *condictio* y que esta esté amparada en el artículo 1186 CC.

²¹⁷ Véase, MICHAELS (2002, pp. 51-56, 122-124, 276-281).

²¹⁸ Otra cosa sería recurrir a una especie de noción «atécnica» del *ius ad rem* para explicar el funcionamiento de una norma como el artículo 1186 CC; de que al acreedor corresponde todo aquello que se derive de la cosa que se pierde fortuitamente, incluidos los restos de esta. Esta idea ya estaba presente en POTHIER (1761, núm. 634), pero no tiene demasiado que ver con el propósito de quienes defienden una posición jurídica de contenido absoluto en el derecho del acreedor a la entrega de la cosa.

²¹⁹ BASOZABAL ARRUE (1998, p. 181; 2020b, pp. 1528, 1536 y ss.), quien se apoya en PANTALEÓN PRIETO (1993a, pp. 1736-1737). Recientemente comparte esta posición, GIMENO RIBES (2020, sec. II.3).

(i) En lo que al artículo 1186 CC se refiere, se parte de una petición de principio. Y es que para justificar que el derecho de crédito del acreedor de cosa específica goza de contenido de atribución se señala que el artículo 1186 CC reconoce al acreedor «*la restitución, no solo del c. repre., sino también del commodum ex negotiatione*». Pero esto es precisamente lo que se debe demostrar. Enseguida volveré sobre esta idea.

(ii) En cuanto a la regla que atribuye los frutos al acreedor desde la perfección, hay varios motivos para dudar de que sirva para construir una genuina posición absoluta en el acreedor.

(a) La atribución de frutos al acreedor desde que nace la obligación de entrega (art. 1095 1.ª pr. CC) responde a que este asume el riesgo de pérdida *fortuita* de la cosa, desde la perfección del contrato. Por eso, le corresponden los frutos. A este embalaje, el Código añade la entrega de los cómodos (art. 1186 CC), siempre que se deriven de una pérdida fortuita. La construcción del Código piensa en el problema de los riesgos y, por eso, de ella no resulta posible extraer la idea de que el derecho del acreedor se equipara al del propietario *en términos generales*. Lo más que puede decirse es que el Código reconoce al acreedor una posición de cuasi propietario –si se quiere, un *ius ad rem*–, pero solamente en atención al caso fortuito. Pero esto no es lo mismo a decir que su posición es a todos los efectos la de un propietario; incluido a efectos de percibir el precio de la segunda venta.

(b) Abundando en la dirección anterior, sostener que el derecho del acreedor a los frutos antes de la entrega confiere el monopolio de utilidades de la cosa representa una equiparación entre frutos y ganancias. Esta equiparación no es del todo precisa²²⁰. Primero, porque el precio obtenido por la venta de la cosa no es un fruto en sí mismo –ni siquiera uno civil; cfr. art. 355 III CC– sino como mucho un subrogado de esta. Y segundo, porque el hecho de que al acreedor le correspondan los frutos antes de la entrega (art. 1095 1.ª pr. CC) no significa que le correspondan las ganancias en esa misma proporción, toda vez que fruto y ganancia no son lo mismo. Los frutos se vinculan, en el Código, a la propiedad de las cosas (art. 354 CC), mientras que la ganancia es algo que se debe computar después y que, como noción, piensa en una acumulación de factores (inversiones, gastos y actividades de quien la obtiene). La ganancia no sigue necesariamente a la propiedad y nuestro Código no es ajeno a esta distinción (cfr. art. 356 CC). Por eso, de la atribución de frutos al propietario no puede extraerse directamente una atribución de ganancias o

²²⁰ Véase, también, la respuesta de Díez-PICAZO (2007, pp. 1615-1616).

las utilidades, las cuales corresponderán muchas veces a un sujeto distinto del propietario²²¹.

Con los anteriores puntos he tratado de poner de manifiesto la siguiente idea: que de los artículos 1095 1.ª pr. CC y 1186 CC no puede colegirse que el acreedor de entrega goza de una posición absolutamente equiparable a la del propietario en nuestro sistema de Derecho privado.

c) EL PELIGROSO PARALELISMO CON EL DERECHO ALEMÁN

Antes he advertido en general de la inconveniencia de extraer conclusiones para nuestro artículo 1186 CC a partir del § 285 BGB. Esta misma advertencia sirve respecto a aquellas construcciones doctrinales alemanas que han tratado de explicar el § 285 BGB desde la óptica del Derecho de enriquecimiento. Sobre el particular en este sistema jurídico conviven, al menos, dos grandes orientaciones sobre el fundamento del enriquecimiento injustificado en relación con la *condictio* por intromisión.

En muy apretada síntesis: el § 812.1 S. 1 BGB recoge el supuesto principal de la restitución del enriquecimiento en Derecho alemán (la *condictio*). Según esta norma, «*quien mediante la prestación de otro o de cualquier otra forma obtiene algo a su costa sin causa que lo justifique está obligado a restituir*». La codificación de este precepto hunde sus raíces en la teoría de Savigny, quien trató de ofrecer un esquema unitario de restitución del enriquecimiento, como instrumento corrector de cualquier desplazamiento patrimonial que se produjera sin causa justificativa. La concepción de este autor, que pasó al BGB, tenía en mente desplazamientos patrimoniales que se producían por medio de una prestación (*condictio indebiti*); lo que dejaba ciertamente sin cubrir los casos en que un tercero, obtenía algo del «empobrecido» sin tener relación con él. La tesis de Savigny y del BGB obedecía a una concepción unitaria del enriquecimiento, que no diferenciaba entre supuestos (o mejor, que los abordaba todos desde la idea de una prestación). Era además una tesis orientada al patrimonio y al incremento o decremento que en este se producía. No extraña que, por eso, desde principios del S. XX surgiesen intentos de dar respuesta a esos otros enriquecimientos que se producían por intromisión en derecho ajeno. El primero fue el decisivo trabajo de Schulz²²², según el cual el fundamento del enriquecimiento es el *desplazamiento patrimonial* («*Vermögensverschiebung*») que se producía *ilícitamente* del patrimonio del empobrecido (a su costa) al del enriquecido; este desplazamiento resultaría independiente de la procedencia del enriquecimiento (de una prestación o de una intromisión), pues en ambos casos la idea es la misma: que nadie debe

²²¹ Véase, al respecto, BOOSFELD (2015, pp. 211-218).

²²² (1909, pp. 1 y ss.).

obtener un lucro o una ganancia de una injerencia ilegítima en un derecho ajeno. De este modo, se podían abarcar también, por medio de la *condictio*, supuestos de intromisión; eso sí, desde una perspectiva que consideraba cualquier enriquecimiento como un acto ilícito, aunque procediese de una prestación. La segunda de las aproximaciones es deudora de las aportaciones de *Wilburg* y v. *Caemmerer*²²³. Estos autores propusieron romper con esa construcción unitaria del Derecho enriquecimiento y dividirla en tipos, creando con ello un supuesto independiente para los casos (extracontractuales) de intromisión en derecho ajeno: la *condictio* por intromisión. Desde estos postulados, la *condictio* por intromisión se explica merced a la función de ordenación de bienes que la propiedad y el resto de los derechos absolutos ostentan en un ordenamiento²²⁴; es decir, desde la noción del «contenido de atribución» («*Zuweisungsgehalt*»)²²⁵ de los derechos subjetivos: solo aquellos derechos de los que pueda predicarse esta característica serán tutelables mediante *condictio* por intromisión. Esta perspectiva considera que el objeto de la acción es el *valor* (objetivo) de lo obtenido (licencia hipotética) y no la ganancia patrimonial conseguida por el intromisor, pues de lo que se trata es de reintegrar al acreedor en la posición usurpada²²⁶.

Si bien la teoría tipológica ha sido ampliamente aceptada como dominante²²⁷, no sucedió lo mismo con el fundamento de esta, es decir, con la explicación de cuáles derechos están o no bajo la protección de la *condictio* por intromisión. Junto a la dominante doctrina del contenido de atribución, convive otra que ancla sus raíces en el trabajo de Schulz. Se trata de la *teoría de la antijuricidad*, que realmente puede a su vez bifurcarse en tantas como autores la han acogido²²⁸. Esta teoría pone el foco en la antijuricidad del comportamiento del intromisor para decidir si tiene lugar o no la acción de enriquecimiento. Dentro de las teorías de la antijuricidad, algunas han defendido, a su vez, una concepción del enriquecimiento a partir del desplazamiento patrimonial y un regreso a los postulados unitarios; de entre ellas la más importante, por lo que después se dirá, fue la teoría del «haber ilícito» («*rechtswidriges Haben*») de Wilhelm²²⁹.

En Derecho alemán, no es lo mismo explicar el § 285 BGB desde teorías unitarias y/o basadas en el desplazamiento patrimonial a hacerlo desde las tipológicas²³⁰ que reconocen la autonomía de la *condictio* por intromisión y supeditan el éxito de esta acción al contenido de atribución del dere-

²²³ El primero (1934, pp. 46 y ss.); el segundo (1954, pp. 352-360).

²²⁴ Un buen resumen en SCHWAB (2020, párr. 287-296).

²²⁵ Teoría esta que, para dar sentido a la *condictio* por intromisión, es la dominante: SCHWAB (2020, párr. 287).

²²⁶ Véase, VENDRELL CERVANTES (2012, pp. 1120-1124).

²²⁷ En Alemania, por todos, JANSEN (2016, pp. 148-149); en España, por todos, BASOZABAL ARRUE, 1998, pp. 81-87; 113-128.

²²⁸ Véase, CANARIS (1994, p. 169) y la doctrina que allí se cita. Más recientemente, puede consultarse, en general, SCHWAB (2020, párr. 281-286). En España se hacen eco, BASOZABAL ARRUE (1998, 54-67) y VENDRELL CERVANTES (2012, p. 1130).

²²⁹ (1973, *passim*), JAKOBS (1993, pp. 101 y ss.).

²³⁰ Dominantes, aunque no exentas de problemas: JANSEN (2016, pp. 151-158).

cho usurpado. Pues bien, los autores alemanes que han querido extender el ámbito de protección de la *condictio* por intromisión a los derechos de crédito lo han hecho casi siempre desde posiciones alejadas a la doctrina del contenido de atribución y alineadas con las teorías de la antijuridicidad²³¹. El último gran ejemplo de este proceder ha sido *Hartmann*, como enseguida se verá. De otro lado, los representantes de la teoría del contenido de atribución han rechazado que la acción sobre el *commodum* pertenezca al Derecho de enriquecimiento, por no afectar a un derecho absoluto²³²; o han reconocido una protección limitada al derecho a la prestación solo en la medida del § 816.2 BGB²³³, que contempla el caso de pago a un acreedor aparente con el que se libera el deudor, pero sin llegar a pronunciarse sobre si la posición del acreedor es defendible vía *condictio* por intromisión²³⁴. Idéntico camino ha seguido, hasta ahora, la jurisprudencia, que rechaza que el contrato proporcione una posición susceptible de intromisión tanto de terceros como de la contraparte contractual (caso del subarrendamiento prohibido por el contrato)²³⁵.

La postura española que defiende que el derecho del acreedor de cosa cierta resulta tutelable (también) mediante la *condictio* por intromisión es deudora de aquellas posiciones que han tratado de explicar el § 285 BGB como una manifestación del Derecho de enriquecimiento en sede contractual²³⁶. El problema de esta argumentación es que soslaya que esas teorías alemanas rechazan expresamente el planteamiento del contenido de atribución y abrazan las teorías de la antijuridicidad.

En Alemania, quien mejor y más convincentemente ha defendido la tesis de que el § 285 BGB cumple en el Derecho de obligaciones una función sustancialmente idéntica a la de los §§ 812, 816 y 818 BGB ha sido *Hartmann* (es decir, que es una regla de enriquecimiento)²³⁷. A este autor no se le escapa que leer el parágrafo a la luz del Derecho de enriquecimiento depende de la propia funda-

²³¹ Un resumen en ELLGER (2002, p. 857-858). Así se entiende que el propio Canaris admita que las «intromisiones» en derechos relativos puedan dar lugar a *condictio* por intromisión (1994, pp. 174-175). Para él, el contenido de atribución de la *condictio* se otorga a aquellos derechos que sean igualmente protegibles por la responsabilidad civil extracontractual (1994, pp. 169-170), en un intento de unificar la doctrina del contenido de atribución con las de la antijuridicidad.

²³² WILBURG (1934, pp. 46-47).

²³³ V. CAEMMERER (1954, pp. 355-356).

²³⁴ ELLGER (2002, p. 858). Sobre el pago al acreedor aparente y el contenido de atribución de determinadas posiciones obligatorias al hilo del § 816.2 BGB y el deber de restitución del tercero frente al acreedor, SCHWAB (2017, párr. 319). Es el caso de quien utiliza un poder para actuar en cuenta corriente en contra de las indicaciones del titular para su beneficio: tiene que restituir el dinero obtenido.

²³⁵ ELLGER (2002, pp. 859-861).

²³⁶ BASOZABAL ARRUE (2020a, p. 28); (2020b, pp. 1525 y ss.).

²³⁷ (2007, *passim*).

mentación que sobre esta acción se maneje; y él tiene muy claro cuál le conviene. En su concepción, Hartmann rechaza abiertamente, y despacha en pocas páginas²³⁸, la tesis que explica la *condictio* por intromisión a partir del contenido de atribución y se muestra partidario de la mencionada tesis del «haber ilícito» («*widderrechtliches Haben*») de Wilhelm, en la cual apoya toda su crítica. Wilhelm explicó la *condictio* por intromisión a partir de la antijuridicidad de la acción del deudor-intromisor y, con ello, la acción de enriquecimiento sobre este como una corrección del desplazamiento patrimonial ilícito que incrementa su patrimonio²³⁹; esto le lleva a defender, no solo una orientación patrimonial respecto a la restitución del enriquecimiento, sino también una vuelta a las tesis unitarias frente a las concepciones modernas²⁴⁰. Esto es clave para entender la postura de Hartmann quien, a su vez, describe el § 285 BGB como una pieza dentro del sistema de protección de los derechos subjetivos relativos, que deben gozar del mismo favor que los absolutos²⁴¹. Sobre esta base construye el autor su tesis de que el § 285 BGB representa una pretensión general de enriquecimiento frente a la intromisión en una posición jurídico-contractual del acreedor: cada prestación obligacional constituye una asignación *inter partes* y, por obra del § 285 BGB, también una posición jurídica tutelable vía *condictio*²⁴². Esta radiografía del § 285 BGB le permite extender su ámbito de aplicación a las obligaciones de hacer y de no hacer²⁴³. En este sentido –y dado que el criterio decisivo es, para Hartmann, la antijuridicidad del incremento patrimonial– estima que el elemento constituyente del § 285 BGB, «*por razón de la cosa debida*», ha de interpretarse extensivamente y que la norma se aplica siempre que el deudor obtiene una ventaja patrimonial a propósito de la posición asignada *inter partes* al acreedor²⁴⁴. Esta interpretación del criterio de identidad tiene unos efectos muy claros sobre el contenido y la extensión de la restitución *ex* § 285 BGB. Para él, la extensión restitutoria depende, en última instancia, del incremento patrimonial obtenido. Ello presenta una consecuencia inmediata sobre el objeto de la restitución, pues en casos de incumplimiento de obligaciones de no hacer la restitución solo será por el ahorro de gastos, mientras que en el tan debatido caso del doble arrendamiento se limitará al suplemento por poder subarrendar que habría tenido que pagar el arrendatario²⁴⁵. No es entonces de extrañar la crítica que se le ha hecho de que, con su teoría, parece vincular el § 285 BGB con la simple restitución de ganancias²⁴⁶. Con todo, Hartmann lleva con congruencia sus postulados hasta las últimas consecuencias. Así, al analizar, casi al final, el alcance de la restitución en la doble venta²⁴⁷ apunta que el deudor solo debe reintegrar aquello que haya incrementa-

²³⁸ (2007, pp. 16-21).

²³⁹ (1973, pp. 90-100).

²⁴⁰ (*Ibid.*, pp. 173 y ss.).

²⁴¹ (2007, pp. 21-40).

²⁴² (*Ibid.*, pp. 39-40, 86).

²⁴³ (*Ibid.*, pp. 96-128).

²⁴⁴ (*Ibid.*, pp. 207-222).

²⁴⁵ (*Ibid.*, p. 116).

²⁴⁶ HELMS (2010, p. 758).

²⁴⁷ (2007, pp. 279-302).

do ilícitamente su patrimonio, es decir, aquellas ventajas que le hayan aprovechado como consecuencia de la intromisión en la posición del acreedor. Leído en clave de restitución de ganancias, el precepto queda entonces algo restringido en el alcance de la restitución, toda vez que lo obtenido no representa –para Hartmann– el producto de un derecho con contenido de atribución; por esta razón, al final se restituirá solo una ganancia parcial en función de la contribución del deudor a su obtención, y probablemente del juego de otras variables. Así es como levanta Hartmann su sugerente teoría sobre la relación entre el § 285 BGB y el Derecho de enriquecimiento que, por definición, se aleja de la propia lógica del subrogado; lo que, de manera igualmente coherente, rechaza²⁴⁸.

En su cuidadoso análisis del § 285 BGB, Basozabal Arrue se hace eco del planteamiento de Hartmann²⁴⁹. Sin embargo, da la sensación de que este autor no valora la construcción completa del alemán²⁵⁰, sino solo su conclusión, para resumir que, según el autor alemán, «*lo decisivo para conceder el derecho al reemplazo es comprobar si el deudor ha hecho uso de la posición jurídica del acreedor para enriquecerse, es decir, si puede decirse que ha usurpado su posición*». El problema es que Hartmann no se refiere al contenido de atribución cuando habla de la usurpación de una posición jurídica, sino a una actuación ilícita del deudor. Así las cosas –y ello queda muy claro a partir de Hartmann y la coherencia de sus postulados– parece imposible defender a la vez (i) que el derecho de crédito del acreedor de entrega tiene contenido de atribución (que es una posición jurídica absoluta) y (ii) que el § 285 BGB constituya una suerte de *condictio* por intromisión en sede de obligaciones contractuales. Tratar un precepto como el § 285 BGB (o el artículo 1186 CC, con sus salvedades) sobre la base del Derecho de enriquecimiento exige renunciar a la teoría del contenido de atribución, como fundamentadora de la *condictio* por intromisión.

d) EL DERECHO DE CRÉDITO NO TIENE CONTENIDO DE ATRIBUCIÓN
(NI JUSTIFICA UNA *CONDICTIO*)

La aplicación de la *condictio* por intromisión a los derechos de crédito basada en la teoría del contenido de atribución no se justifica con el contenido

²⁴⁸ (*Ibid.*, pp. 56-60).

²⁴⁹ (2020a, pp. 10-11, 25).

²⁵⁰ Pese a ser un excelente conocedor de las teorías de la antijuricidad: BASOZABAL ARRUE (1998, pp. 54-67).

y alcance que pretenden los defensores de esta postura²⁵¹. Antes indiqué (*supra* 8.2. b) que el artículo 1095 CC no prueba la existencia un contenido de atribución en el derecho del acreedor de cosa cierta (de una posición prácticamente idéntica a la de un propietario, que sea tutelable como tal); y que si esta idea se quiere anclar en el artículo 1186 CC se debe demostrar y no partir de que ello es así. No hay ninguna opinión doctrinal en Alemania que sostenga *a la vez* la doctrina del contenido de atribución y una aclaración de la restitución del *commodum* en términos de enriquecimiento²⁵². Esto ya neutralizaría los argumentos que, desde España, se han ofrecido para explicar dogmáticamente el artículo 1186 CC (e incluir en él el *c. ex n.*) a partir del contenido de atribución del derecho del acreedor de cosa cierta²⁵³. Con todo, resulta conveniente explicar las razones que dogmáticamente desaconsejan equipar al derecho de crédito del acreedor con contenido de atribución.

La idea de que el derecho del acreedor-comprador de cosa cierta posee contenido de atribución soslaya que el derecho de este pende de la propia contraprestación frente al deudor, en el marco del contrato que liga a ambos; es decir, soslaya la configuración sinalagmática de las relaciones obligatorias. La obtención de un *commodum* –y, desde luego, la de un *c. ex n.*– no refleja ni responde a una intromisión en la ordenación económica de los bienes en un ordenamiento, sino que lo hace a la frustración de un intercambio de prestaciones entre acreedor y deudor²⁵⁴. Contra el deudor, acompaña al acreedor el derecho a exigir la prestación (deuda) y, en caso de incumplimiento de la prestación, la opción de defender su interés (responsabilidad). El derecho del acreedor a recibir la prestación se tiene *contra el deudor*, no frente a la totalidad. Alterar la comprensión del derecho relativo del acreedor para justificar un contenido de atribución según el cual se le restituye el *c. ex n.* en caso de incumplimiento genera distorsiones. Tales distorsiones se refieren a la posición de los terceros frente al derecho de crédito, así como al principio de relatividad de los contratos (arts. 1091 y 1257 CC).

²⁵¹ Al igual que en Derecho alemán se alude a la excepción del § 816.2 BGB (pago a un acreedor aparente que libera al deudor) como contenido de atribución en el derecho de crédito, sí podría decirse que el artículo 1164 CC contiene esa misma idea (BASOZABAL, 1998, pp. 178 y ss.; Díez-PICAZO, 2007, p. 1616-1617). Un estudio al respecto requeriría otro trabajo.

²⁵² Que me conste, la única es la de BOLLENBERGER (1999, pp. 257 y ss.), quien se topa con el problema que señalo en el apartado siguiente.

²⁵³ Acaso no se haya reparado lo suficiente en que el español es un sistema jurídico que ha llegado a reconocer en una norma de rango legal la doctrina del contenido de atribución: el artículo 32 6.º Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Ningún sistema jurídico ha ido tan lejos en su apuesta por la teoría del contenido de atribución como explicativa del enriquecimiento; lo que generaría enormes tensiones de asumirse una explicación distinta del enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno.

²⁵⁴ En similar sentido, HELMS (2007, p. 355).

El sentido del «contenido de atribución» de los derechos absolutos es defender mediante la *condictio* la posición del titular frente a la intromisión *de terceros*, reintegrando su patrimonio. En contraposición, el derecho de crédito («solo») confiere al acreedor un derecho a la prestación del deudor; pero no a ser reintegrado patrimonialmente. Ese derecho a la prestación significa que esta le corresponde (solamente) a su acreedor en relación con: el deudor. Semejante derecho no se proyecta sobre nadie más porque, en tanto no sea propietario, su posición es relativa²⁵⁵. Equipar el derecho de crédito con el arma del contenido de atribución implicaría proclamar una eficacia frente a terceros del derecho del acreedor (y no solo frente al deudor) que nos situaría ante una importante contradicción valorativa respecto a la tutela aquiliana del derecho de crédito.

La protección del derecho de crédito frente a terceros, que en nuestro ordenamiento resulta posible a través del artículo 1902 CC, precisa de una interpretación restrictiva pues, de lo contrario, los deberes objetivos de cuidado a observar en el tráfico serían inasumibles económicamente²⁵⁶. Pues bien, otorgar al acreedor una acción como la *condictio* por intromisión –que además es independiente de la culpa– ampliaría indebidamente la tutela de esta posición, salvo se diga que la *condictio* por intromisión del acreedor solo rige *inter partes*, lo que vuelve a ser contradictorio.

La teoría del contenido de atribución de los derechos absolutos responde a la diferenciación que un ordenamiento jurídico establece entre posiciones jurídicas absolutas y relativas. Cada una de ellas encuentra una tutela específica de parte del ordenamiento. Como posiciones relativas, los derechos de crédito se protegen con arreglo al sistema de remedios frente al incumplimiento, en el marco del derecho de obligaciones; pero no, convirtiéndolos en posiciones absolutas²⁵⁷. Tampoco creando prohibiciones de disponer sobre el objeto de los contratos. Sostener que existe una suerte de «atribución» *inter partes* rasga las costuras del sistema jurídico privado, que ya cuenta con resortes particulares para cada esfera²⁵⁸. Por este motivo, tampoco resultan convincentes los argumentos que consideran que las posiciones relativas merecen una protección sustancialmente idéntica a las absolutas²⁵⁹. Una aproximación de este tipo choca con el sentido económico del propio derecho de obligaciones y contratos como garante de un sistema basado en la autonomía privada y en la –cada vez mayor– agilidad del tráfico jurídico de bienes.

²⁵⁵ Véase LARENZ (1987, pp. 15-21)

²⁵⁶ Desarrollo mi posición en RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1460-1463).

²⁵⁷ ELLGER, 2002, p. 864. También, JANSEN (2016, p. 222).

²⁵⁸ DORNIS (2020, párr. 18); KÖNDGEN (1992, p. 741).

²⁵⁹ Que es, de algún modo, la tesis última que preside el trabajo de HARTMANN (2007, *passim*).

e) EL OBJETO DE LA *CONDICTIO* POR INTROMISIÓN

Defender que la entrega al acreedor del *c. ex n.* se explica a partir de la teoría del contenido de atribución *inter partes* no resuelve el problema, simplemente lo posterga. Una vez aquí, la cuestión vuelve a ser cuál es la extensión de la responsabilidad por enriquecimiento en casos de venta²⁶⁰. La función reintegradora de derechos subjetivos que cumple esta pretensión determina que el objeto de la restitución se corresponda con el valor objetivo (de uso o de enajenación), excluyendo la restitución de ganancias²⁶¹. Es decir, el objeto de la *condictio* –y situemos aquí por un momento al acreedor de entrega– se concretaría en la restitución al titular del derecho o posición jurídica-subjetiva infringidos: su valor de uso (licencia) o el objetivo²⁶²; no el precio o valor subjetivo.

La restitución del *c. ex n.* vía artículo 1186 CC –explicado este con la idea de contenido de atribución y la reintegración al acreedor– obligaría a asumir que el *precio* sea siempre fiel reflejo del *valor objetivo* de la cosa. Esto podrá ser así en ocasiones, pero no siempre. Surgen aquí las típicas preguntas de la restitución de ganancias:

Piénsese en (*i*) una cosa específica que, valiendo objetivamente 10 y siendo contratada por ese precio, el vendedor termina enajenando a un tercero desesperado por su adquisición que le ofrece 50; (*ii*) en el vendedor que realiza una mejor negociación e incumple; (*iii*) en el vendedor que aprovecha un holgado plazo de entrega para mejorar la cosa por una pequeña inversión y revenderla por más precio; o (*iv*) en el vendedor que compadecido de la necesidad o la ilusión de un familiar vende la cosa por debajo de su valor. En ninguno de estos casos se corresponde el precio con el valor de la cosa. Siempre puede decirse que lo que restituye al final es el valor (lo que será muy atractivo al menos para el acreedor de entrega que ve como el deudor vende la cosa a «precio de amigo») o que se trata de una suerte de reducción teleológica para anuar los postulados del Derecho del enriquecimiento con la restitución del *c. ex n.*²⁶³. Pero entonces lo que se está haciendo es construir un supuesto adicional e independiente para la *condictio* por intromisión, ale-

²⁶⁰ Lo señala incluso el máximo defensor de la atribución *inter partes*, BOLLENBERGER (1999, pp. 257-258). Igualmente, Helms apunta, con razón, que si ya existen serias dudas de que la reintegración de los derechos subjetivos alcance a una completa restitución de ganancias, peor aún sería el caso en el que esta extensión restitutoria se plantease en un estadio previo, en el que la posición del acreedor fuera meramente contractual (2007, p. 341).

²⁶¹ V. CAEMMERER (1954, pp. 357, 389); KÖNDGEN (1992, pp. 742-743).

²⁶² BASOZABAL ARRUE (1998 pp. 85, 88-93); VENDRELL CERVANTES (2012, pp. 1191-1201) (2017, p. 316).

²⁶³ En este sentido, desde la crítica, HELMS (2007, pp. 357-358).

jado de los contornos del artículo 1186 CC, sobre la base de que el derecho de crédito tiene contenido de atribución.

Da la sensación de que –en las prisas por incluir el *c. ex n.* en la órbita del artículo 1186 CC; con el argumento del contenido de atribución del derecho de crédito–, olvidan los autores que de lo que se trata es de restituir un *subrogado* de cosa. Llevado a sus últimas consecuencias, el empleo de la vía de la usurpación de la posición del acreedor y de la *condictio* por intromisión no hace sino despertar viejos fantasmas –ya superados sobre– si el objeto de la *condictio* por intromisión se proyecta sobre el valor objetivo o si contempla también la posibilidad de restituir ganancias dentro de un planteamiento preventivo²⁶⁴.

f) DOBLE ARRENDAMIENTO

Las consideraciones anteriores hacen que resulte inadecuado afirmar que, en un doble arrendamiento, el primer contrato conceda al arrendatario el monopolio de uso de la cosa, asumiendo que lo es «*en los términos pactados con el arrendador y de manera excluyente frente a cualquier otro*»²⁶⁵. Ciertamente, la posición contractual del arrendatario le otorga, si se quiere decir así, un monopolio de uso sobre la cosa, pero siempre mediatizado por el contrato en cuestión; este hecho limita al arrendador el elenco de sujetos pasivos de cualquier pretensión que sobre el uso de la cosa el arrendatario pueda tener (art. 1554 3.º CC).

En coherencia con el reconocimiento de una *condictio* por intromisión al primer arrendatario que le permita obtener el *c. ex n.* de su arrendador con el segundo negocio, Basozabal Arrue²⁶⁶ sostiene que este puede acudir también a la misma *condictio* frente al segundo arrendatario. Pero ya hemos visto los problemas que esto supone desde el punto de vista de la relatividad de los contratos y las relaciones entre terceros y derechos de crédito. Además, la única acción directa que se permite al arrendatario es ante perturbaciones de *mero hecho* (art. 1560 CC), pero no porque el derecho del arrendatario haya sido objeto de intromisión; y ante perturbaciones que pongan en cuestión el derecho (absoluto) del arrendador, la defensa (y la *condictio*) le corresponde a él (art. 1559 I CC)²⁶⁷. En últimas, esta orientación convertiría al derecho del arrendador en un usufructo.

²⁶⁴ A respecto, sobre Derecho alemán y español, VENDRELL CERVANTES (2012, pp. 1178-1191).

²⁶⁵ BASOZABAL ARRUE (2020b, p. 1529).

²⁶⁶ (2020b, p. 1530).

²⁶⁷ En distinto sentido, DÍEZ-PICAZO (2007, p. 1617).

g) EL RETRASO EN LA ENTREGA DE LA COSA DEBIDA

Con un ejemplo traído de la doctrina alemana, Basozabal se pregunta si los casos en que el vendedor retrasa la entrega de la cosa comprada darían lugar a una restitución del valor de uso, como reemplazo²⁶⁸. El autor responde afirmativamente a esta cuestión para el caso en que el vendedor realmente se sirva del bien que debió entregar (no si el retraso en la entrega no es aprovechado por el vendedor); se basa en la usurpación del derecho de uso del comprador y, por tanto, en la *condictio* por intromisión, toda vez que el valor de dicha intromisión se lo atribuirían al comprador los artículos 1186 y 1095 2.ª pr. CC²⁶⁹. Este planteamiento genera algunos problemas.

Basozabal distingue entre si el deudor ha hecho uso o no de la cosa objeto del contrato durante la mora. Para el primer escenario (un vendedor que retrasa la entrega y aprovecha el uso de las cosas) estima que existe intromisión y, por tanto, la obligación de devolver su valor de uso. Para el segundo, entiende que el solo incumplimiento por retraso no concede derecho al subrogado, si el deudor no aprovechó las cosas, por más que esté en mora. Pero este enfoque arroja una contradicción valorativa con la propia construcción de la *condictio* por intromisión desde la teoría del contenido de atribución²⁷⁰. Si se dice que hay intromisión, la hay en los dos casos. Es decir, en los dos casos habría que decir que el vendedor usurpa una posición contractual del comprador y que, en consecuencia, debe restituir su valor. Esta conclusión llevaría las cosas demasiado lejos para el escenario segundo en que el deudor no se aprovechó de la cosa retenida. Por eso, Basozabal la descarta para este ejemplo.

La solución propuesta para el primer escenario le parece conveniente ante la dificultad de probar que el daño (lucro cesante) asciende a la renta por el uso de la cosa comprada, pues ello implicaría probar que el comprador hubiese arrendado el bien y que el retraso se lo impidió²⁷¹. Pero no se entiende que el autor rechace la doctrina del daño *in re ipsa* o abstracto, que no necesi-

²⁶⁸ No son infrecuentes estos casos, ni las referencias a la *condictio* por intromisión. Por ejemplo, la STS 482/2011, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2011:4284), resolvía sobre el incumplimiento por retraso en la entrega de unos locales de negocio; resultó que la vendedora, no solo se había retrasado, sino que además había continuado utilizando en provecho propio los locales vendidos y que habían pasado a ser propiedad de la compradora, por formalizarse el contrato en escritura pública. Al resolver sobre la pretensión indemnizatoria por incumplimiento ejercitada por el Tribunal Supremo partió de la posición de propietaria que ostentaba la compradora para advertir «*intromisión antijurídica en un derecho subjetivo ajeno*» que fundamentaba la «*reintegración del bien usurpado*» a través de la restitución de la licencia hipotética que habrían tenido que pagar las vendedoras por usar los locales durante ese tiempo.

²⁶⁹ BASOZABAL ARRUE (2020a, pp. 11-13), (2020b, p. 1537).

²⁷⁰ Lo que el autor, dicho sea de paso, maneja a la perfección: BASOZABAL ARRUE (1998, pp. 68, 113-128).

²⁷¹ BASOZABAL ARRUE (2020a, p. 12).

ta probarse, y se incline al mismo tiempo por una aplicación selectiva de la *condictio* por intromisión al derecho de crédito, para evitar esa carga de la prueba²⁷². Una cosa es la prueba del lucro cesante, de carácter procesal, y otra distinta es si un determinado lucro admite ser indemnizado²⁷³. El retraso en la entrega de un bien puede ocasionar un daño (lucro cesante) al acreedor, sin que para ello sea necesario acreditar una pérdida de provechos²⁷⁴. Solo un concepto muy estrecho del lucro cesante impide llegar a esta conclusión y reconocer que las ventajas derivadas del uso de la cosa representan un lucro²⁷⁵. No es necesario, pues, recurrir a la dudosa doctrina del daño *in re ipsa* en el incumplimiento de contrato²⁷⁶ (como tampoco lo es acudir a la *condictio* por intromisión).

h) ¿OBLIGACIONES DE NO HACER Y *CONDICTIO* POR INTROMISIÓN?

Se ha dicho que el ordenamiento reconoce el contenido de atribución propio del enriquecimiento y la *condictio* por intromisión ante obligaciones de no hacer que garantizan al acreedor un ámbito de actividad empresarial que excluye la participación del deudor en las ganancias²⁷⁷. Se trata del artículo 1683 CC para el socio industrial y otros artículos de análogo contenido. Pero esta aproximación confunde la acción de enriquecimiento injustificado (en forma de *condictio* por intromisión) con la posibilidad de restituir ganancias en los casos puntuales que el ordenamiento avala para el incumplimiento de obligaciones de no hacer. Tampoco resulta procedente estimar

²⁷² Es más, el dudoso reconocimiento de los daños *in re ipsa* para la responsabilidad contractual (más allá de los casos de daño no patrimonial) se produce a veces con el expediente de entrecruzamiento entre la acción indemnizatoria y la *condictio* por intromisión, inspirándose en la teoría del triple cómputo del daño. A este respecto, VENDRELL CERVANTES, 2017, p. 290.

²⁷³ Otra cosa es que con excesiva frecuencia nuestros tribunales prefieran ampararse en cuestiones de prueba del lucro cesante, antes que en justificar dogmáticamente por qué sí o por qué no consideran que un daño es indemnizable en cada caso; lo que muchas veces parece tender a la justicia de equidad. Véase, ESTEVE PARDO (2015, pp. 618-624).

²⁷⁴ Además de estos daños, la realización de operaciones de reemplazo del uso por el acreedor que sufre la demora será otra fuente de daños claramente indemnizables. Y para estos casos cobra todo el sentido que la operación de reemplazo se refiera al interés en el cumplimiento del contrato en sí mismo considerado, con independencia de su calificación como daño emergente o como lucro cesante (VARGAS BRAND (2019, pp. 281-283).

²⁷⁵ MORALES MORENO (2010, pp. 62-63); ESTEVE PARDO (2015, pp. 612-615).

²⁷⁶ La aplicación de esta doctrina, que exime de acreditar el daño, requiere en mi opinión de reconocimiento legal expreso, como ha sucedido para la propiedad intelectual con la Directiva 2004/48/CE (véase, MASSAGUER FUENTES, 2014, pp. 742-747).

²⁷⁷ BARROS BOURIE (2009, pp. 54-55); GARCÍA RUBIO (2009, p. 105).

una *condictio* por intromisión en otros supuestos de incumplimiento de obligaciones de no hacer, como en el subarriendo²⁷⁸.

i) RECAPITULACIÓN

Lo expuesto en este apartado debe servir para descartar la entrega del subrogado *ex* artículo 1186 CC basada en la *condictio* por intromisión y, en particular, en la idea de que el derecho de crédito del acreedor puede tener contenido de atribución. Este planteamiento genera más problemas de los que resuelve, salvo que se asuma por completo la tesis de *Hartman*, contraria a la doctrina del contenido de atribución de los derechos subjetivos como explicación de la *condictio* por intromisión. Por eso, se debe reconocer que la *condictio* por intromisión no tiene cabida en el incumplimiento²⁷⁹.

8.3 ¿La voluntad hipotética de las partes como argumento para la concesión del *c. ex n.*?

Vimos que la doctrina jurisprudencial alemana consideró inicialmente que el antiguo § 285 BGB cumplía una función de integración de la relación obligatoria de corte legal. No obstante, hoy se rechaza fundamentar la entrega del subrogado en una suerte de voluntad hipotética de las partes²⁸⁰. Entre nosotros se ha sugerido también que las normas para las distintas obligaciones de no competir en los artículos 1683 CC y 136 II, 138, 288 II y 613 CCo (este último derogado) responderían a una interpretación integradora que «*el legislador nos ha ahorrado el trabajo de realizar*»²⁸¹. Sin decirlo, detrás de cualquier argumento que base la restitución del *c. ex n.* (o de la ganancia) en la voluntad hipotética de las

²⁷⁸ *Infra* 11.3.

²⁷⁹ Fuera de los casos en que, por ejemplo, una parte continúe poseyendo indebidamente el bien cedido por el contrato (*cf.* art. 455 CC). Junto a ello, la *condictio* siempre tendrá cabida en los supuestos de venta de cosa ajena, como ha reconocido el Tribunal Supremo. Es el caso «*Terrenos Renfe*», STS 24/2012, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:911).

²⁸⁰ Así, HELMS (2007, p. 342). En este sentido, JAKOBS apunta que «*el hecho de que el deudor que promete entregar una cosa tenga que prestar después el precio, puede ser de agrado del acreedor, pero eso no significa que el deudor así lo quisiera, y decir que el así lo querría si fuera de buena fe, no permite justificar la restitución en la voluntad de las partes, sino en la honestidad*» (1993, p. 108). Otra cosa es que, en ejercicio de su autonomía, las partes acuerden que una determinada y eventual compensación será entregada al acreedor en caso de imposibilidad de cumplimiento inicial; lo que no debería encontrar ningún obstáculo. En este sentido, SCHWARZE (2014, párr. 8).

²⁸¹ PANTALEÓN PRIETO (1993a, p. 1737).

partes no subyace sino una defensa de una «atribución» *inter partes*, a través del contrato, del beneficio de la negociación²⁸². Es, si se quiere, un alegato encubridor de la tesis del contenido de atribución para los derechos de crédito, que debe rechazarse²⁸³.

8.4 ¿Una solución coherente con la restitución del precio en el Código civil?

a) EL HEREDERO DEL DEPOSITARIO DE BUENA FE Y EL ACCIPIENS DE BUENA FE

Un argumento a favor de incluir el *c. ex. n.* en el artículo 1186 CC sería aquel que apela a la coherencia valorativa del Código y que se apoya en los artículos 1778 y 1897 CC (heredero del depositario y *accipiens*, ambos de buena fe). Según esta tesis²⁸⁴, en ambos casos el Código permitiría una reintegración del patrimonio del acreedor en la medida del precio (enriquecimiento) por el que el heredero del depositario o el *accipiens* vendieron la cosa; y no existiría motivo relevante para distinguir según la buena o mala fe del deudor. No puede compartirse esta aproximación, que indirectamente se apoya en la necesidad de reintegrar el patrimonio del deudor y, además, soslaya la axial distinción entre buena y mala fe de estos obligados a restituir. Lo que tales artículos contienen son reglas de protección al deudor restitutorio, por ser de *buena fe*, autorizándole a restituir en la medida de su enriquecimiento y no en la del valor²⁸⁵. Es decir, basta con que devuelvan el precio o cedan la acción sobre él, sin que su responsabilidad alcance a la cosa en sí²⁸⁶.

²⁸² Es algo que se aprecia muy bien en las valoraciones de ALFARO ÁGUILA-REAL (2016), cuando se manifiesta a favor de la restitución por la arrendataria de las rentas derivadas de un subarriendo prohibido por el contrato. Véase, nota 353.

²⁸³ Además, si se recurre a la voluntad de las partes para explicar la entrega del subrogado, es contradictorio seguir explicando al mismo tiempo esta consecuencia desde una equiparación con la *condictio*.

²⁸⁴ BASOZABAL (2020b, pp. 1518-1521).

²⁸⁵ Y, para el heredero del depositario, la restitución del precio representa, todavía, una aplicación del principio de que la cosa se pierde para el propietario fuera en contratos no traslativos del dominio: es un incumplimiento del contrato de depósito que impide la restitución de la cosa *in natura* al acreedor deponente, que era propietario, y a quien corresponde obtener el precio en sustitución (ROCA JUAN, 1976, p. 536; PANTALEÓN PRIETO, 1991, n. 11).

²⁸⁶ Para el depósito se aprecia muy bien en D. 16.3.1.47 (*Ulp. 30 ed.*) y D. 16.3.2 (*Paul. 31 ed.*). En esos pasajes se aborda el problema de la extensión de la *actio depositi*, que en principio solo cabía en caso de dolo del depositario. Así, se pregunta si debe algo el heredero que vendió una cosa dada en depósito o comodato al testador, ignorando que estaba depositada o comodada. Y se responde que, al no cometerse dolo, no se obliga al heredero respecto de la cosa, pero sí en cuanto al precio percibido, porque de lo contrario cometería dolo. Si aún no tuviera el precio o si vendió por menos del valor de la cosa, se indica que

En cierto modo, son reglas de limitación de la responsabilidad restitutoria al enriquecimiento. Cada una de ellas lo hace en un contexto distinto. El artículo 1778 CC como sustitución de la obligación accesoria de restitución de la cosa al término del depósito (lo que no es la prestación principal del depositario), por haberse vendido por el heredero; lo que, en cualquier caso, da lugar a una venta de cosa ajena que sí sería tutelable por *condictio*²⁸⁷. El artículo 1897 CC representa una sustitución de la obligación de restituir la cosa indebidamente recibida, que bajo ciertos postulados podría considerarse venta de cosa ajena²⁸⁸. Ninguna de estas acciones se compadece con la restitución de un subrogado, sino con la del enriquecimiento. Constituyen, como mucho, acciones de reintegración del derecho del acreedor (si se quiere, una medida específica de la *condictio* por intromisión), que –hemos visto– no sirve para explicar el derecho del acreedor de cosa cierta²⁸⁹.

El artículo 1186 CC no es partícipe de esta misma lógica, por cuanto solo se ocupa de la restitución del subrogado de la cosa bajo ciertos presupuestos. En el esquema del Código civil, no representa una regla de protección del deudor que limite su responsabilidad restitutoria en la medida del enriquecimiento (lo que reste de la cosa), sin perjuicio de que así pueda funcionar²⁹⁰. Antes bien, el artículo 1186 CC es una regla de mitigación de la asunción del riesgo de pérdida fortuita de la cosa por parte del acreedor.

b) LA VENTA DE UN BIEN PERTENECIENTE A LA HERENCIA

Resulta llamativo que los argumentos que han buscado en la coherencia sistemática del Código civil una razón para la inclusión del *c. ex n.* en caso de doble venta no se hayan detenido en el artículo 1533 CC. Dice esta norma que «si el vendedor hubiese aprovechado de algunos frutos o hubiese percibido alguna cosa de la herencia que vendiere, deberá abonarlos al comprador si no se hubiese pactado lo contrario». El lector atento rápidamente establecerá el paralelismo con D. 18.4.21²⁹¹. El precepto coloca en paralelo la percepción de

únicamente cede sus acciones. Que para el caso de ausencia de dolo la acción se proyectaba sobre el enriquecimiento del depositario, se advierte en D. 16.3.1.15, sin excesiva dificultad.

²⁸⁷ Díez-PICAZO (2007, p. 1616).

²⁸⁸ Considerando la hipótesis del título putativo: RODRÍGUEZ-ROSADO (2004, pp. 1049-1055).

²⁸⁹ No obstante, la postura doctrinal que ensambla los artículos 1778 y 1897 CC con el 1186 CC sí estima que la acción para solicitar el cómodo actúa como una *condictio* por intromisión; lo que, como hemos visto, es cuestionable.

²⁹⁰ Véase, *supra* 7.2. c). También, en contraste, el texto que acompaña a la nota 183.

²⁹¹ *Supra* 2.2. a).

los frutos de la herencia vendida con la obtención de algún emolumento por ella, y concluye que ambos se deben al comprador. El heredero que vende la herencia actúa como administrador de un negocio ajeno, desde el momento del contrato. Siendo la herencia un patrimonio con activos y deudas, la venta de una de sus cosas bien puede deberse a la necesidad de abonar alguna deuda vencida. Por eso, el precio que se obtenga regresa a la herencia, y por eso le corresponde al comprador. La idea de que el vendedor heredero actúa como un gestor de negocios ajenos se aprecia sin dificultad en el artículo 1534 CC. Según este último el comprador debe, «por su parte», satisfacer al vendedor todo lo que este haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tenga contra la misma, salvo pacto en contrario. Visto así, el artículo 1533 CC es la única norma que establece la entrega al comprador del *c. ex n.* en un supuesto de compraventa, si bien su supuesto no sea generalizable al artículo 1186 CC, por los motivos que permiten la restitución del *c. ex n.* en este particular caso.

9. ENTRE EL DERECHO DE ENRIQUECIMIENTO Y EL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE

A partir de la «*option theory of contract law*» –según la cual el contrato es una opción que confiere al deudor de la prestación la posibilidad de optar entre cumplirla o indemnizar daños– la doctrina del análisis económico del Derecho rechaza reconocer un *property right* sobre el cumplimiento del contrato que, a su vez, condujese a una *restitution*. Se dice que ello supondría generalizar la pretensión de cumplimiento, creándose un problema de monopolio bilateral que obligaría al deudor a tener que negociar con su acreedor la posibilidad de vender a un mejor postor. Y un derecho general a la pretensión del cumplimiento frustraría los incumplimientos eficientes²⁹². Traducido a lenguaje continental europeo, el análisis económico del derecho necesita rechazar cualquier atisbo de contenido de atribución en el derecho de crédito para neutralizar a su vez una posible restitución de aquello que se obtiene por incumplir (*efficient breach*). En este apartado trataré de explicar que rechazar que la regla del artículo 1186 CC otorgue contenido de atribución al acreedor de entrega de cosa específica (así como que el *c. ex n.* se restituya conforme a ella) *no debe conducir a* asumir los postulados del incumplimiento eficiente²⁹³.

²⁹² POSNER (2011, pp. 170-174).

²⁹³ Que es lo que parece desprenderse de CARRASCO PERERA (1988, pp. 142-144), cuando primero afirma que el contratante lesionado en su derecho de crédito «*no puede waive su responsabilidad contractual para confirmando la lesión, exigir del contratante incumplidor la restitución de los provechos obte-*

9.1 El incumplimiento eficiente

Para el análisis económico del derecho, un incumplimiento es eficiente cuando produce resultados socialmente deseables que el sistema jurídico no debe desincentivar; frente a la opción de incumplir, la de cumplir empeora la posición conjunta de las partes, debido al coste que les termina suponiendo la prestación y cuyo montante final era incierto al contratar²⁹⁴. A la idea de incumplimiento eficiente subyace una incertidumbre que no se refiere siempre al coste del cumplimiento, sino a la valoración de la prestación debida *en el momento* de cumplirla²⁹⁵. El análisis económico del Derecho considera que esta clase de incumplimientos eficientes son no imputables²⁹⁶ e incluye en ellos la venta de la cosa a un tercero por un mayor precio²⁹⁷.

9.2 Crítica

El análisis económico del Derecho y la idea del incumplimiento eficiente plantea problemas cuando se trata de la venta de la cosa debida a un tercero. El resultado al que llega *Posner* es tentador, pero solo es correcto a primera vista y, siempre, desde una serie de presupuestos de partida que ni siquiera tienen por qué darse empíricamente²⁹⁸. Además, tampoco el supuesto mayor bienestar social del incumplimiento eficiente y el ahorro de costes de transac-

nidos por el incumplimiento», basándose en los argumentos del análisis económico del Derecho; y después rechaza categóricamente, en otro apartado siguiente, que el artículo 1186 CC dé derecho al *c. ex n.*

²⁹⁴ POSNER (2011, pp. 149-150); GÓMEZ POMAR (2002, pp. 32-38).

²⁹⁵ GÓMEZ POMAR (2002, p. 33, n. 15).

²⁹⁶ POSNER (2011, p. 149): «[...] *which from an economic standpoint is the same case as that of an involuntary breach*». Así es que, bien miradas las cosas, muchos de los casos de incumplimiento eficiente que el análisis económico describe, admiten subsumirse dogmáticamente bajo la inexigibilidad de la pretensión de cumplimiento, para una parte o la otra. Pero esto sería otra cuestión para analizar que excede de este estudio.

²⁹⁷ POSNER (2011, p. 151) lo explica con este ejemplo: yo celebro con A un contrato de suministro de 100.000 dispositivos a 10 céntimos la pieza, para que este los incorpore a su fábrica de calderas; tras haber enviado los primeros 10.000, aparece B, quien le comunica su necesidad acuciante de 25.000 piezas para su fábrica de pianolas, pues de lo contrario se verá obligado a cerrar, y le ofrece 15 céntimos por pieza. Si acepto y no logro cumplir a tiempo con A, le causaré un lucro cesante de 1.000 dólares; pero, con la segunda venta, obtendré un beneficio adicional de 1.250 dólares, colocándome en una mejor posición, incluso tras indemnizar a A. El autor sugiere que se alcanza así un óptimo de Pareto, pues si B se hubiera tenido que dirigir a A para comprar las piezas (y no a mí), el paso adicional introduciría costes de transacción adicionales. Véase también, PRADO LÓPEZ (2018, p. 339).

²⁹⁸ En este sentido, resulta cuestionable la fórmula de que es mejor que B le compre directamente al vendedor y no después a A; esta visión solo se sostiene desde una particular concepción del mercado y la cadena de distribución, en la cual A actuaría también como vendedor. A su vez, *Posner* plantea el ejemplo con piezas fungibles, en las que la indemnización funciona muy bien como remedio reparador del daño; no se plantea el mismo caso con un bien exclusivo, lo que resta potencia a la tesis, a mi juicio.

ción es un argumento determinante para rechazar la restitución del *c. ex n.* Desde luego que no será así si con ello se genera un perverso incentivo a incumplir generalizada aunque «eficientemente» los contratos mediante segundas ventas más provechosas²⁹⁹. En efecto, asumir esta posición generaría costes sistémicos nada desdeñables, como los que tendrían que asumir los acreedores a fin de cubrirse en privado frente a la contingencia de que sus deudores les «dejen tirados» o los procesales derivados de los litigios. Más allá de su significado jurídico, el principio *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC) juega un importante papel económico cuyo incumplimiento no puede justificar una teórica mejor asignación de los recursos. Digo teórica, porque que el segundo contratante esté dispuesto a «pagar más» bien puede deberse a que el primero haya negociado mejor³⁰⁰.

El excesivo economicismo del análisis deja asimismo mal cubiertos casos donde la determinación del daño no está tan clara. Pensemos en una compraventa de una obra de arte única, cuyo comprador simplemente deseaba adquirir para decorar su jardín y deleitarse con ella. Si el primer comprador pagaba 100 y el vendedor la vende a un segundo que ofrecía 140, la determinación del daño se antoja complicada; el análisis económico del derecho podría verse tentado a afirmar que los *expectation damages* del primer comprador son de 40 o más, pues es lo que le costaría ahora recuperar la obra; pero esta conclusión es inadmisibile. Lo más sensato es afirmar que, en el caso, no hay daño *patrimonial* alguno. Ocurre, sin embargo, que este ejemplo no puede emplearse como munición para defender la necesidad de que el artículo 1186 CC venga al socorro del primer comprador, que se queda sin el cuadro, y le restituya el precio pagado por el segundo³⁰¹. Descartada la inclusión del *c. ex n.* en esta norma, solo un expediente de equidad podría conducir a la entrega de esa cantidad. En el escenario planteado, el incumplimiento del vendedor genera un estado de cosas que, por definición, impide que el comprador obtenga contractualmente lo que quería: la obra de arte para su deleite personal. Para él la obra física está «perdida», salvo que consiga recomprarla al segundo comprador. La satisfacción contractual de su interés solo se alcanzará —de acuerdo con el actual estado de nuestro Derecho privado— por la vía del daño moral. Si la intención del primer comprador

²⁹⁹ En similar sentido, KÖNDGEN/V RANDOW (1989, p. 131); PANTALEÓN PRIETO, (1991, n. 9); DORNIS (2020, párr. 79-80).

³⁰⁰ LEHMANN (2007, p. 527). En distinto sentido, desde el análisis económico del Derecho civil alemán, SCHÄFER/OTT (2012, p. 499) consideran que el *pacta sunt servanda* inflaría el cumplimiento y la confianza con excesivos costes.

³⁰¹ No obstante, BARROS BOURIE (2009, pp. 38-39); GARCÍA RUBIO (2009, p. 106).

era adquirir la obra para su contemplación, y esos motivos se incorporaron a la causa, nada debe impedir que el comprador ejercite una acción indemnizatoria contractual por el daño moral, pues ese era el interés extrapatrimonial del acreedor garantizado y protegido por el contrato. Se trata de un *pretium doloris* que, en este caso, entra dentro del fin de protección o la regla de la pre-visibility (art. 1107 I CC); otra cosa es su prueba y cuantificación final.

Hay quienes dirían –ya basándose en la dificultad de calcular ese daño moral, siempre impredecible y dependiente de la misericordia del juzgador; ya en la insuficiente reparación– que, *por eso*, lo más adecuado en estos casos sería conceder al primer comprador el *c. ex n.* Y tendrían razón. En estos –y en otros muchos³⁰²– casos, solo una restitución del *c. ex n.* permite una adecuada satisfacción del interés del acreedor, en consonancia con la crítica anterior al incumplimiento eficiente³⁰³.

9.3 ¿En la encrucijada?

Nos situamos en la encrucijada de elegir entre la restitución del *c. ex n.* en el artículo 1186 CC, tal y como está redactado, o en asumir los postulados del análisis económico del Derecho³⁰⁴. En ella, creo preferible inclinarse por el recono-

³⁰² Es paradigmático el caso resuelto por la SAP Murcia, 4.^a, núm. 408/2010, de 15 de julio (ECLI:ES:APMU:2010:1697). En lo que interesa, mediante oferta irrevocable, una sociedad española había vendido a otra alemana una grúa por 512.000 euros; a pesar de entenderse formalizado el contrato, la vendedora terminó vendiendo la grúa a un tercero, por 660.000 euros (la compraventa estaba sometida a la CISG). La Audiencia Provincial y el Juzgado condenaron a una indemnización por el lucro cesante calculado mediante la diferencia entre, por un lado, el precio de la venta de la grúa al tercero (660.000) y, por el otro, el precio del contrato (512.000) y los gastos en que incurrió la compradora (25.150 euros), por el otro. Resulta muy cuestionable esta resolución y el razonamiento de la sentencia respecto a los daños concedidos, pues se limita a señalar someramente que (i) la demandada vendedora no acreditó que los daños indemnizables no fueran los previstos o podidos prever al tiempo del contrato; (ii) no se ha acreditó la posibilidad de una compra de reemplazo por la compradora; y (iii) ampo se acreditó que la compradora no hubiera adoptado las medidas que fueran razonables, atendidas las circunstancias, para reducir el perjuicio. En realidad, da la sensación de que la Audiencia se inclinó más por un expediente de justicia material, vía indemnización de un lucro cesante poco demostrado; y que si el caso se hubiera resuelto conforme al Derecho alemán (del que procedía la compradora) nada hubiera impedido, en buen Derecho, la entrega a la compradora de la diferencia entre el precio a pagar por la grúa y el precio obtenido por la vendedora, con el incumplimiento (148.000 euros). Y no es descabellado pensar que, si algún abogado alemán hubiese asesorado a la propia demandante, no habría dejado de preguntar por la posibilidad de obtener el *c. ex n.* (que no habría encontrado fácilmente en el artículo 1186 CC).

³⁰³ Es el punto del Derecho alemán: LEHMANN (2007, p. 526); KÖNDGEN/V. RANDOW (1989, pp. 131-132); DORNIS (2020, párr. 79).

³⁰⁴ La encrucijada no se soluciona calificando al incumplimiento eficiente como «doloso» a los efectos del artículo 1107 II CC y extendiendo su responsabilidad indemnizatoria. El incumplidor «eficiente» no representa un deudor de «mala fe» a los efectos de esta norma. En este sentido, CARRASCO PERERA (1988, pp. 142-143); GÓMEZ POMAR (2002, pp. 222-232); MORALES MORENO (2010, p. 175); en contra,

cimiento de una restitución del *c. ex n.* en el Derecho privado español, si bien no a cualquier precio. Si se quiere hacer, es necesario incorporar a nuestro Derecho una norma *sui generis*, similar a la prevista en el § 285 BGB. La cuestión es cómo y con qué contenido. Y es que de eso es de lo que se trata: de ser capaces de construir una base sólida para la restitución del subrogado en Derecho español, que supere los estrechos márgenes del artículo 1186 CC³⁰⁵.

Para no ser malentendido: no digo que no resulte conveniente disponer en nuestro Derecho de un remedio que permita la restitución amplia del *commodum*, incluido el precio de la negociación; solo que, si se quiere hacer, habrá de ser mediante desarrollo legislativo³⁰⁶. La escasa invocación –cuando no, el escaso conocimiento por los profesionales– de la pretensión de entrega del *c. repre.* (y, en particular, del *c. ex n.*) mencionada al principio de este trabajo representa también un potente argumento en favor de su regulación³⁰⁷.

10. CONTRATO Y SUBROGADO: LA «IDENTIDAD PRESTACIONAL»

La crítica más puntillosa a la restitución del *c. ex n.* por incumplimiento se apoya en la distinción histórica entre el provecho *ex re* y *ex negotiatione*: lo que obtiene el vendedor con el segundo negocio no es por razón de la cosa, sino por razón del contrato de compraventa celebrado; por lo tanto, no existe relación de causalidad entre lo obtenido y el incumplimiento³⁰⁸. Que esta ob-

PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1032-1037. Tal como lo veo, la mala fe de ese precepto no se corresponde con el carácter «voluntario» del incumplimiento en sí mismo considerado, sino con la intención de causar un daño adicional en el deudor y su patrimonio o en no poder ignorar que el incumplimiento va a producir este resultado. En cualquier caso, el incumplimiento doloso plantea un problema indemnizatorio que no tiene que ver en sí con la entrega al acreedor del *c. ex n.*, sino con la cuestión de la *restitución de ganancias*. Si el artículo 1107 II CC permite o no una restitución de ganancias se estudiará en otro trabajo. La respuesta a esa cuestión parece, de entrada, negativa: en este sentido, Díez-PICAZO (2007, p. 1615); BARRROS BOURIE (2009, pp. 42-43); GARCÍA RUBIO (2009, p. 116).

³⁰⁵ Que es lo que en su momento no dejó de proponer PANTALEÓN PRIETO (1993a, p. 1737) al considerar deseable otra redacción para el artículo 1186 CC que «*dejase claro [...] que la norma puede entrar en juego para cualquier clase de incumplimiento*» (si bien sobre el convencimiento de que el artículo 1186 CC ya comprendía el incumplimiento imputable).

³⁰⁶ O, en palabras de Díez-PICAZO (2007, p. 1607), sobre la restitución del *c. ex n.* vía artículo 1186 CC: «*Quizás habría que decir, abruptamente, que en el estado actual de nuestra legislación ello es imposible*».

³⁰⁷ Y es que no puede decirse que no existan casos en los que una pretensión de entrega del *c. ex n.*, al menos, hubiera podido explorarse; destacan la SAP Murcia, 4.ª, núm. 408/2010, de 15 de julio (ECLI:ES:APMU:2010:1697); la STS 232/2010, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2010:1901); y la STS 506/2013, de 17 septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4812), todas sobre la venta de la cosa debida a un tercero; pero donde no se hizo ninguna alegación en términos de *c. ex n.* en el marco del artículo 1186 CC. Ello da cuenta del que acaso sea el principal problema práctico de esta pretensión: su desconocimiento generalizado por los abogados.

³⁰⁸ En este sentido, CARRASCO PERERA (1988, p. 81).

servación se tenga por demasiado rigorista y superada³⁰⁹ no significa que resulte incorrecta. En la doble venta participan *dos contratos* con sus respectivas prestaciones, que no pueden ser soslayados si se quiere ofrecer una explicación dogmáticamente coherente a la restitución del *commodum* (y del *c. ex n.*) en la responsabilidad por incumplimiento. Por esta razón, la respuesta debe darse desde el Derecho de los contratos.

10.1 Planteamiento: la perspectiva contractual

Aquellas normas que ampliamente amparan la entrega del *commodum* ante cualquier incumplimiento contractual (§ 285 BGB) son un reflejo de la función de ordenación y protección de intereses del acreedor que cumple la relación obligatoria³¹⁰. Si la entrega del subrogado está conectada con el incumplimiento, también debe estarlo con el contrato que no llega a ejecutarse de la manera prevista. Por eso, no es desatinado decir que una determinada suma sirve como cómodo representativo porque el *contrato* garantizaba al acreedor este resultado.

Esta aproximación significa que cualquier estudio de la restitución del *c. repre.* tiene que partir de un enfoque contractual, porque la entrega de este permite satisfacer, por una vía distinta, la satisfacción del interés del acreedor³¹¹. En efecto, que el acreedor reciba el *commodum* equivale a que obtiene la consecuencia de una de las muchas opciones asociadas al objeto de la prestación³¹²: su destrucción, su expropiación, su realización en el mercado, entre otras. Darle al acreedor el *c. repre.* en cada caso es darle aquello que el contrato le garantizaba desde el principio; lo que le correspondía, *según la relación obligatoria* de que se trate y que se ha incumplido³¹³.

10.2 La identidad prestacional

El enfoque contractual para la entrega del *c. repre.* que acabo de presentar debe relacionarse con el criterio de la *identidad económica*, explicado al hilo del

³⁰⁹ ELLGER (2002, p. 852); HELMS (2007, p. 315); EMMERICH (2019, párt. 22); BASOZABAL ARRUE (2020a, p. 17).

³¹⁰ HECK (1929, p. 103).

³¹¹ Pues el derecho de crédito no se agota en el deber de prestación: MORALES MORENO (2012, pp. 9-10).

³¹² DORNIS (2020, párt. 24).

³¹³ Se ha dicho que el objeto de la prestación se sustituye por el subrogado, como si el acreedor lo obtuviese por sí mismo: LARENZ (1987, p. 309).

Derecho alemán³¹⁴ (y que he explicado también para el artículo 1186 CC³¹⁵). La vinculación de la entrega del *c. repre.* con el Derecho de contratos exige dar un paso más en esta dirección y utilizar la identidad en un sentido similar, pero distinto. Tal como lo veo, la identidad no debe ser solo económica entre la cosa y el *commodum*; no basta con que lo obtenido se derive de la cosa que tenía que entregarse (y no de otra). También tiene que existir una identidad entre la *prestación* incumplida y aquello que permite la obtención de un subrogado (que en el caso del *c. ex n.* es el cumplimiento de otra prestación en otro contrato). Este criterio puede denominarse «identidad prestacional». Trataré de explicar su funcionamiento.

a) FUNCIONAMIENTO

La identidad prestacional se aprecia bien en los casos de *c. ex re* (por ejemplo, el justiprecio de la expropiación). Si en ellos no hay mucho lugar a la discusión es porque presuponen una identidad entre lo que se obtiene y la prestación debida³¹⁶. Al tratarse de casos de pérdidas normalmente fortuitas, se entregan al acreedor porque se asume que el contrato le garantizaba este resultado. Se trata de ventajas patrimoniales que el acreedor de entrega habría podido capitalizar también, al estar *en relación con la prestación contractual de entrega* incumplida.

Esta misma lógica se puede trasladar al *c. ex n.*, si bien con alguna adaptación. Cuando se trata del *c. ex n.* la ventaja patrimonial que obtiene el deudor (el vendedor, en la compraventa) *procede de otra relación obligatoria* (y no de un evento externo). Esto es, el incumplimiento se produce gracias al cumplimiento de una segunda prestación, en el marco de una obligación del deudor para con otro acreedor. La identidad prestacional se construye aquí mediante una comparativa de ambas prestaciones. De lo que se tratará es de determinar, si existe identidad entre la prestación incumplida y la prestación que posibilita alcanzar el *c. ex n.* que se quiere hacer restituir. O, por mejor decir, si el contrato incumplido *garantizaba* a su acreedor una prestación sustancialmente idéntica a aquella mediante la cual se ha obtenido el *commodum*. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, el *c. ex n.* será restituible. Por consiguiente, no

³¹⁴ *Supra* 5.3. b).

³¹⁵ *Supra* 7.2. b).

³¹⁶ Así en la STS 532/2008, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2008:2594), que resolvía un caso de expropiación parcial por la Administración de una finca legada, la Sala 1.ª, para argumentar que el justiprecio corresponde directamente al legatario (art. 882 CC), afirma (FD 2.º) que el justiprecio va unido directamente a la cosa expropiada que, en todo caso, hace surgir un derecho de crédito frente a la administración expropiante.

cualquier precio que el acreedor pueda alcanzar gracias a su incumplimiento –o la acción para hacerlo efectivo– admitirá ser considerado un subrogado prestacional de la cosa debida³¹⁷. En la respuesta a esa pregunta se debe acudir al contrato celebrado y al resto de circunstancias que lo rodearon (la posición económica de ambos contratantes u otros actos coetáneos o posteriores, susceptibles de interpretación).

b) IDENTIDAD PRESTACIONAL COMO IDENTIDAD CAUSAL

Por referirse al contrato, la identidad prestacional debe ser igualmente *causal*. Esto significa que, para que exista identidad, la prestación contractual de la que procede el *c. ex n.* debe derivarse de un contrato cuya causa sea la misma que la del contrato incumplido. Esta añadidura permite rechazar la entrega del *c. repre.* en casos donde, por ejemplo, el contrato incumplido sea una compraventa y el que provoca el incumplimiento una permuta, o viceversa. Ante ellos, no parece que se deba apreciar identidad prestacional.

Imaginemos que A celebra un contrato de venta de un vehículo industrial con B, un integrante del mismo mercado que A, por un precio de 100. Antes de la entrega, A advierte de un «chollo» inmejorable y permuta a C ese mismo vehículo a cambio de una máquina para su negocio. C era otra empresa del mismo mercado en que opera A, que necesitaba cuanto antes un coche de esas características. El valor de la máquina era de 300. Suponiendo que a B le interesase también adquirir una máquina de ese estilo, ¿podría reclamar su entrega, como subrogado? No, porque no existe identidad prestacional. La permuta que provoca el incumplimiento no tiene la misma causa que la compraventa incumplida.

El ejemplo de la permuta ilustra muy bien el criterio de la «identidad prestacional», así como el funcionamiento del *c. repre.* como remedio en casos de incumplimiento. La entrega del subrogado al acreedor no es una dación en pago (*cf.* art. 1166 CC); tampoco un cumplimiento por equivalente. La entrega del *c. repre.* al acreedor debe ser un remedio frente al incumplimiento que, si se concede, es porque el contrato garantizaba al acreedor ese resultado. Este remedio supone una continuación de la pretensión de cumplimiento. Enseguida se

³¹⁷ Repárese aquí en que no se trata simplemente de cuestionarse si, en perspectiva, el acreedor habría sido capaz de negociar igual de bien que el deudor, y obtener ese precio. La cuestión no pasa porque el deudor que obtiene un precio elevado con incumplir no deba poner su habilidad negociadora al servicio del acreedor. Véase, en este sentido, HECK (1929, p. 105); en castellano, BASOZABAL ARRUE (2020a, p. 17). Se trata de determinar si el contrato garantizaba al acreedor ese precio obtenido para el caso del incumplimiento.

podría decir: «entonces, un *c. ex n.* muy elevado (que no cumple la identidad prestacional) ¿no satisface el interés del acreedor? Al acreedor le interesará el *c. ex n.* cuanto más elevado sea este»³¹⁸. Pero no se trata de si el acreedor puede estar más o menos interesado en el *c. ex n.* –no es una dación en pago–, sino en las características que haya de reunir este remedio. Después vendrá la pregunta de si al acreedor le conviene o no ejercitar una acción. Como fuere, aquella hipotética observación pasaría por alto (*i*) que los remedios frente al incumplimiento cumplen una función compensadora y no preventivo-punitiva; y (*ii*) que codificar una devolución del *c. ex n.* en cualquier caso o sin excesiva distinción nos sacaría de la lógica de los subrogados contractuales (tal como yo la he planteado ahora) y nos empujaría hacia la restitución de ganancias, que en muchos casos sí puede tener un cariz sancionador³¹⁹.

10.3 Algunos grupos de casos

A partir de la teoría planteada y del criterio de la identidad prestacional se pueden abordar mejor algunos de los casos que la problemática del *c. ex n.* plantea.

a) COMPRAVENTAS «COMERCIALES»

. Supongamos que A vende a B un bien específico, siendo ambos comerciantes, y siendo la intención de B, incorporada al contrato, revenderlo en el mismo mercado en el que A se lo termina vendiendo a C antes de la entrega. En ese caso, hay buenos motivos para apreciar una identidad prestacional entre *c. ex n.* y contrato incumplido, ya que el contrato incumplido garantizaba a B celebrar un contrato como el que permitió a A obtener el *commodum*³²⁰.

Pero no sucedería lo mismo si: (*i*) A –contratante económicamente más fuerte– antes de la entrega, lo termina revendiendo a C por un mayor precio en un mercado distinto, en el que B ni operaba ni tenía pensado operar. (*ii*) El mismo A,

³¹⁸ Se trata de un reproche hipotético a partir de una idea que convenientemente han resaltado EMMERICH (2019, párr. 22); o PANTALEÓN PRIETO (1991, p. 1022).

³¹⁹ Este es el principal problema que, a mi juicio, plantea una entrega del *c. ex n.* que no mate en exceso su aplicación o que conceda el reemplazo del segundo precio, cuando este sea mayor, sin entrar en mayores distinciones, como plantea BASOZABAL ARRUE (2020a, p. 30). Creo que resulta posible reconocer una restitución del *c. ex n.* amplia, sin perder por ello ningún matiz técnico (allí donde exista precepto legal que lo permita, lo que no es el caso del artículo 1186 CC).

³²⁰ En este sentido recientemente se ha propuesto una pretensión a la restitución del *commodum ex negotiatione* en el marco de la CISG fundamentalmente a partir de la pretensión de cumplimiento (art. 46.1 CISG); KÖHLER (2021, pp. 208 y ss.). Sobre la aproximación de este autor, véase nota 333.

mediante una inversión, mejora sustancialmente y con posterioridad el bien inicialmente vendido a B, de tal suerte que es capaz de cobrarle a C un mayor precio³²¹. En estos casos el precio no funciona bien como subrogado, porque no existe identidad entre la prestación incumplida y la finalmente realizada.

Las mismas consideraciones servirían para la venta de bienes fungibles, cuando A –mayorista y proveedor de B– revende la(s) cosa(s) a C –competidor de B– por un precio mayor, debido a una apreciación de su valor en el mercado de abastecimiento. Tanto si B quisiera los bienes para incorporarlos a su proceso de producción, como si los quisiese para revenderlos en el mercado minorista, el precio obtenido por A sería restituible, pues existe identidad entre la prestación incumplida y la realizada.

b) BIENES EXCLUSIVOS

La identidad prestacional da respuesta a casos en los que el bien comprado es único, como era el supuesto de la obra de arte que el comprador solo deseaba para mirarla cada tarde en su jardín³²². Al tratarse de un bien exclusivo, existe una identidad entre la prestación incumplida y el precio derivado del contrato con el que se incumple. Expresado de otro modo, el contrato de venta incumplido garantizaba al acreedor realizar una prestación como la que ha dado lugar al incumplimiento. La razón se encuentra en la unicidad del bien objeto de prestación de entrega. Mediante esta aproximación se solucionan, pues, casos de venta de bienes exclusivos –obras de arte, un violín antiguo o un fundo inmobiliario–, sin necesidad de acudir al criterio anglosajón de la gestión de negocios ajenos, que es excepcional y deja fuera supuestos en los que el bien contratado no reúne esas características de lujo o exclusividad³²³.

En esta misma lógica, la identidad prestacional daría adecuada respuesta a aquellos casos donde, sin tratarse de bienes exclusivos, el comprador tenía un *interés en el cumplimiento específico del contrato*, lo que encontrará reflejo precisamente en el hecho mismo de que el contrato garantizaba al acreedor el resultado finalmente insatisfecho. El ejemplo práctico más evidente nos lo mostraba el caso *Adrass*, resuelto por el Tribunal Supremo de Israel³²⁴.

³²¹ En este sentido, véase, SAN MIGUEL PRADERA (2004, pp. 154-155, n. 260).

³²² Ejemplo utilizado para criticar la aproximación propia del análisis económico del Derecho: *supra* 9.2.

³²³ *Supra* 4.

³²⁴ *Supra* nota 198. No obstante, se muestra contrario a restituir el *commodum* en este caso, por ser posible la pretensión de cumplimiento todavía, KÖHLER (2021, pp. 223-225).

c) DOBLE ARRENDAMIENTO

El enfoque que aquí se propone permite dar cobertura los casos de *doble arrendamiento*. Lo relevante será si hay identidad entre los contratos, es decir, si el contrato celebrado en primer lugar e incumplido debido al segundo arrendamiento garantizaba al arrendatario defraudado la obtención de unos ingresos como los que el arrendador ha percibido con el segundo contrato. En tal caso, podrá decirse que existe identidad entre la cesión de uso incumplida por el arrendador y el *c. ex n.* obtenido en forma de segunda renta. Pensemos en un arrendador que aprovecha la ausencia vacacional del arrendatario para alquilar el piso a través de *Air Bnb* y obtener una renta adicional. Salvo que el contrato permitiese al arrendatario celebrar un subarriendo de esas características, parece difícil sostener que entre el arrendamiento incumplido y la cesión de esporádica por alquiler vacacional exista una identidad prestacional. Por esta razón, el *c. ex n.* no sería, a mi juicio, restituible. El *c. ex n.* solo sería restituible al arrendatario defraudado cuando el contrato le garantizase expresamente esas rentas; en tal caso, existiría identidad prestacional entre la cesión de uso parcialmente incumplida y la que permite al arrendador lucrarse de nuevo³²⁵.

d) OCUPACIÓN ILEGÍTIMA DE TERRENOS

Los casos de ocupación ilegítima de terrenos con venta posterior pueden resolverse con la identidad prestacional³²⁶. Es el caso de la STS 244/2020, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1484). Se había vendido un inmueble integrado dentro de una urbanización; parte de los terrenos de la urbanización habían sido ocupados ilegítimamente por la Comunidad de Madrid con anterioridad a la venta, resultando los compradores beneficiados por la compensación derivada de la ocupación (y no los vendedores que habían sufrido la privación del disfrute de tales terrenos y que, en consecuencia, no habían sido incluidos en la operación de venta). Los vendedores demandaron a los compradores solicitando la reintegración de las cantidades percibidas por estos como consecuencia de la ocupación sobre la base del enriquecimiento injustificado. El Tribunal Supremo dio la razón a los vendedores. Consideró que, al estar estos privados irregularmente de una parte de los bienes comunes en los que tenían participación, solo podían transmitir la expectativa creada por el litigio, pues esta no constituía un accesorio

³²⁵ En el caso expuesto en nota 202, parece difícil sostener que el contrato de arrendamiento inicial de don Basilio le garantizaba la obtención de las rentas derivadas de una posterior división de la planta baja, al término de la guerra civil.

³²⁶ Véase, *supra* 7.2 b).

del inmueble (art. 1097 CC); esto es, las acciones contra la administración por la ocupación solo eran transmisibles por cesión. La Sala 1.^a se apoyó también en la conjetura de que, probablemente, el hecho de la ocupación habría influido en la determinación del precio. Se ha sugerido que, en estos casos, la compensación por el valor se subroga en el lugar de la porción de finca transmitida³²⁷. A mi juicio, la razón de ser del fallo descansa, más bien, en que el contrato celebrado no garantizaba al acreedor comprador la obtención de esa compensación; no hay identidad (prestacional) entre el contrato de compraventa celebrado y el expediente administrativo de compensación por la ocupación.

10.4 La proximidad con la indemnización. El caso «Pryca»

La base del criterio de la identidad prestacional que he anunciado es el contrato efectivamente celebrado y lo garantizado por este. El lector atento advertirá enseguida que esta aproximación para la restitución del *c. ex n.* no está lejos de valoraciones que atienden, de algún modo, a la extensión indemnizatoria en la responsabilidad contractual (arts. 1101 y 1107 I CC). Que esto sea así no plantea, sin embargo, demasiados problemas. Veámoslo al hilo de los hechos que dieron lugar al caso «Pryca».

La STS 232/2010, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2010:1901) resolvió el caso «Pryca» contra «Emasa». El objeto de la discusión era si se había perfeccionado un contrato de compraventa entre ambas sobre el «cajón hipermercado» que iba a ubicarse dentro del centro comercial construido por *Emasa*, que actuaba como vendedora. El precio de la venta era de 2.700 millones de pesetas. Asumamos que realmente había existido una compraventa perfecta, como reconoció la Sala 1.^a, y centrémonos en la cuestión del *c. ex n.* *Emasa* había vendido el cajón hipermercado, no a *Pryca*, sino a un tercero, *Alcampo*, por 3.800 millones. Al parecer, la diferencia tan enorme de precio se debió a un cúmulo de circunstancias entre el inicio y el final de la construcción del centro comercial (permisos, doble licencia municipal y autonómica, etc.). *Pryca* demandó a *Emasa* y solicitó la indemnización de la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el de la segunda operación concertada con *Alcampo* (1.100 millones), como daño emergente. También interesó la indemnización de un lucro cesante derivado de la pérdida del negocio que comportaba la adquisición del local, estimado en 1.000 millones de pesetas. La Sala 1.^a concedió la indemnización por el daño emergente. Para fundamentar su razonamiento apuntó que «*de haberse adquirido [el cajón] en el precio convenido, [Pryca] habría obtenido las ganancias que la demandada logró a resultas de la operación efectuada poco después, bien mediante su reventa a un tercero, o bien incremen-*

³²⁷ CARRASCO PERERA (2020).

tando el valor de su patrimonio». La indemnización del lucro cesante la rechaza, por ser dudosa. Podemos preguntarnos si el criterio de la identidad prestacional habría ayudado a resolver igual o de otro modo el caso.

En «*Pryca*», lo primero que sorprende es que en ninguna fase del procedimiento se hiciese valer la pretensión de entrega del *c. ex n.* Técnicamente, la Sala 1.^a concede a *Pryca* una indemnización por daño emergente, no el *c. ex n.* obtenido por *Emasa*, su deudora. Para conceder la diferencia entre el precio de la primera venta y el precio de la segunda (los 1.100 millones de pesetas), la Sala consideró que el contrato incumplido por *Emasa* garantizaba a *Pryca* este resultado porque (i) *Pryca* podría haber realizado la misma operación de (re)venta, lucrándose en similares condiciones; o (ii) porque el patrimonio de *Pryca* se habría revalorizado en la misma cuantía, produciéndose un incremento en el activo de su balance. ¿Cuál habría sido la solución con la identidad prestacional para el *c. ex n.*? A bote pronto podría pensarse en que este criterio conduciría a rechazar la entrega a *Pryca* de los 1.100 millones, ya que la operación de reventa finalmente celebrada no estaba cubierta por el contrato: *Pryca* no pretendía especular con el inmueble y, por eso, no había identidad entre la prestación incumplida y la que permitió a la deudora obtener esa diferencia de valores tan enorme. Sin embargo, el conjunto de circunstancias que rodearon el caso apunta en la dirección opuesta y confirma el fallo de la Sala 1.^a desde este criterio.

De los hechos se desprende que *Pryca*, como compradora, se había involucrado financiera y operativamente en la construcción de ese cajón hipermercado. En particular, la sentencia nos dice que en el diseño había intervenido la ingeniera de *Pryca*, así como que esta había entregado 800 millones en forma de préstamo como anticipo del precio a la vendedora. Gracias a dicho anticipo se cubría el importe total de las diversas etapas constructivas señaladas en el calendario de plazos de ejecución de la obra. El relato de hechos apunta a que, como acreedora, *Pryca* tenía un interés muy particular en el cumplimiento específico. En este sentido puede decirse que existía *identidad* entre la prestación insatisfecha –la entrega del cajón para hipermercado– y la prestación de reventa a través de la cual se canalizó el incumplimiento de contrato por *Emasa*. Por eso, *Pryca* tenía derecho a reclamar los 1.100 millones con arreglo al criterio de la identidad prestacional.

El caso «*Pryca*» y su solución da buena cuenta de la proximidad entre el remedio indemnizatorio y la entrega del *c. ex n.* Que los resultados mediante uno u otro remedio puedan ser equivalentes no debe emplearse como una crítica a reconocer la entrega del *c. ex n.* Ello porque existirán casos donde uno y otro remedio no se pronuncien en la misma dirección. En efecto, si en el mismo caso la venta hubiese sido de un cajón hipermercado totalmente construido

y financiado por *Emasa*, quizás no habría sido procedente reconocer la existencia de identidad prestacional. Otra cosa es si la indemnización del daño emergente habría sido o no procedente en ese escenario. En principio sí, o al menos es lo que se deduce del razonamiento del Tribunal Supremo. La sentencia identifica un daño emergente en el patrimonio de *Pryca* estimado en 1.100 millones, «puesto que de haberse adquirido en el precio convenido habría obtenido las ganancias que la demandada logró a resultas de la operación efectuada poco después». Pero que esto sea realmente un daño (emergente) es dudoso. El problema es que *Pryca* no tenía intención de revender el local y, por eso, la demandante no planteó la cuestión desde la óptica del lucro cesante. En realidad, lo que se desprende de la fundamentación es que la Sala 1.^a consideraba oportuno conceder una indemnización por la diferencia entre ambos precios (1.100 millones); y que, para ello echó mano de la idea del daño emergente, como recurso teórico. Pero no podemos saber a ciencia cierta qué habría resuelto la Sala ante otro supuesto. Esto nos da la clave. La identidad prestacional ofrece un recurso teórico dogmáticamente más sólido para conceder o rechazar la entrega del *c. ex n.* Desde luego, mucho más que el remedio de la indemnización de daños, ya que nos ahorra tener que identificar un daño indemnizable, como hace la Sala, o que recurrir a ficciones jurídicas algo simplistas, como la doctrina de los daños *ex re ipsa*.

Por otro lado, la eventual concurrencia de la indemnización de daños con la entrega del subrogado solo se produce en incumplimientos imputables, como era el caso «*Pryca*». Para ese contexto, lo procedente es tener a disposición un mecanismo de compensación entre la indemnización y la entrega del *commodum*, como el § 285.2 BGB. Se habla aquí de una «concurrencia efectiva» de pretensiones. El reconocimiento de esta concurrencia (y de la compensación que, en su caso, le sigue), además de un potente indicio de la relación de la entrega del *commodum* con la indemnización, es también una salvaguarda. La compensación evita resarcir al acreedor por partida doble y el valor del *c. repre.* se deduce del importe de la indemnización. Por eso, en un supuesto como «*Pryca*», la entrega al acreedor del *commodum* no solo es dogmáticamente más adecuada, sino que su estructura permite conjurar a su vez una duplicidad resarcitoria.

10.5 La reducción de la contraprestación del acreedor

Si se recuerda, una de las particularidades del Derecho alemán consistía en la reducción de la contraprestación del acreedor, cuando (*i*) el subrogado

caía por debajo del valor de la prestación inicialmente pactada y (ii) la pérdida era fortuita. De darse ambas circunstancias, tenía lugar una reducción *proporcional* a la del valor del *commodum*³²⁸. Existen buenas razones para incorporar esta solución a la entrega del *commodum* en Derecho español. Y es que, si la suma que el deudor obtiene como *commodum* resulta inferior al valor del contrato, el acreedor no debe mantener intacta su contraprestación ni asumir ese riesgo. En tal caso, la equivalencia prestacional se vería comprometida. La modificación de la contraprestación del acreedor no opera cuando el valor del *commodum* es superior al precio del contrato. En ese caso, no resulta conveniente adaptar la contraprestación que a su vez debe el acreedor. Esto puede resultar contraintuitivo, pero tiene sentido. Cuando el valor del *commodum* supera el valor (precio) del contrato, el subrogado corresponde al acreedor porque el contrato le garantizaba este resultado (identidad prestacional). Bastará entonces con que dé a cambio aquello que inicialmente se había comprometido a prestar.

No obstante, cuando el valor del *commodum* resulta menor al precio del contrato no se puede cumplir con el criterio de la identidad prestacional sin reducir proporcionalmente la prestación que el acreedor debía. El acreedor había valorado la cosa a recibir en una suma concreta, la cual se correspondía con el importe de su contraprestación, pero no en menos. Por eso, para que la solución del subrogado actúe como continuación de la pretensión de cumplimiento es preciso ajustar la obligación del acreedor. Para mantener equilibrado el sinalagma, la reducción ha de ser *proporcional* y no simplemente de valor. Quiere esto decir que el cálculo de la reducción proporcional del «precio a pagar por el subrogado» exige tener en cuenta: (a) el precio pactado; (b) el valor de la cosa en el momento de contratar; y (c) el valor del *commodum*. El mantenimiento de la equivalencia prestacional tiene en cuenta si el acreedor hizo o no un «buen negocio»:

(i) El comprador no hizo una buena compra: Se pactó un precio de 200 por un bien cuyo valor era de 150 y, tras el caso fortuito, el deudor obtiene un *commodum* por 100. En ese caso, la contraprestación del acreedor se reduce proporcionalmente a 133,33 (y no a 100, valor del subrogado). La lógica es que, si pagó 200 por algo que valía 150, ahora debe contraprestar 133,33 por el valor de su subrogado.

(ii) El comprador hizo una buena compra: Se pactó un precio de 100 por un bien cuyo valor era de 150 y, tras el caso fortuito, el deudor obtiene un *commodum* de 50. En ese caso, el deudor tiene que realizar su prestación por valor de 33,33 (y no a 50, valor de su subrogado).

³²⁸ *Supra* 5.4 y nota 121.

En los dos casos presentados se aprecia cómo la reducción proporcional mantiene intacta la equivalencia. Y es que no sería justo ni que (i) el acreedor siguiera obligado a prestar en la misma proporción, pues entonces el remedio le terminaría trasladando el riesgo de pérdida fortuita, del que se le quiere proteger; ni (ii) que aquel viese reducida su contraprestación en la misma medida en que se reduce el *commodum*, pues entonces no se recuperaría el equilibrio del contrato inicialmente celebrado.

La reducción proporcional del deber de contraprestación del acreedor se debe reconocer solo para el caso fortuito. En esas situaciones –piénsese en el justiprecio de la expropiación o en la compensación del seguro–, se reduce el elenco de opciones que permiten satisfacer el interés del acreedor. Además, no sería inhabitual que lo que el deudor obtiene por incumplir en esos casos resulte inferior al valor que el contrato había asignado a la misma prestación.

10.6 Propuesta de regulación

Con las reflexiones vertidas en este apartado se puede intentar proponer el aspecto legislativo de una futura restitución del *c. repre.* en el marco de la modernización del Derecho de obligaciones español. Para ello, se hace imprescindible superar las estrechas costuras del artículo 1186 CC respecto al *c. ex n.* A estos efectos, contamos con los antecedentes del artículo 1196 PMCC 2009 (y del 518-4 PAPDC, que reproduce la estructura del primero), dentro de la sección dedicada a la acción de cumplimiento (arts. 1192 a 1196). Repase-mos su dicción:

«Si resultare imposible la obligación de dar cosa determinada, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta. Si las ejercitare, de la indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder se deducirá el valor de lo percibido».

Esta regla adolece de un problema principal: que representa una acción híbrida entre el actual artículo 1186 CC y el § 285 BGB, del que parecen haberse tomado algunas características. De la norma alemana se ha tomado el que el precepto ya no se refiera solo a la pérdida fortuita de la cosa, sino que para su aplicación baste con que la obligación resulte imposible, física o jurídicamente (*cfr.* art. 1192 PMCC). Este aspecto debe celebrarse, pues además es congruente con la deducción del importe del valor de la indemnización de daños y perjuicios³²⁹, que también parece importado de Alemania. Con todo,

³²⁹ En distinto sentido, FENOY PICÓN (2011, pp. 1553-1554).

el artículo 1196 PMCC aún mantiene un perfil demasiado continuista con el artículo 1186 CC que debería ser revisado.

A diferencia del § 285.1 BGB, la norma de la Comisión no se remite al artículo 1192 PMCC y, por tanto, circunscribe su aplicación a la imposibilidad de cumplimiento. Es decir, no parece preverse su aplicación a supuestos donde el incumplimiento es posible pero inexigible, por ejemplo. Asimismo, el artículo 1196 PMCC sigue refiriéndose exclusivamente a la «cosa determinada», lo que –salvo interpretación extensiva– le resta capacidad de aplicarse a las cosas genéricas, así como a otros supuestos que involucren prestaciones distintas de la obligación de dar cosa determinada (piénsese en la transmisión de derechos o en las cesiones de uso como el arrendamiento).

Del continuismo respecto del artículo 1186 CC habla también el mantenimiento del giro «*corresponderán*» que trae consigo los mismos problemas interpretativos respecto de la cesión de acciones. Esta expresión denota un automatismo en la aplicación de la norma que no casa bien con que se trate de un remedio facultativo para el acreedor. Esto genera además una cierta inconsistencia con la segunda proposición del artículo 1196 PMCC, redactada en términos de posibilidad («*si las ejercitare*»), por haber sido probablemente copiada del Derecho alemán. Para ganar coherencia, la norma debería venir redactada en términos de facultad del acreedor.

Por otro lado, el artículo 1196 PMCC sigue aludiendo a «*las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta*»; refiriéndose el adjetivo demostrativo «*ésta*» a la cosa y no a la pérdida fortuita, como hacía el artículo 1186 CC. Se reproduce con ello el criterio de la doctrina que veía en el «*por razón de ésta*», del artículo 1186 CC, una remisión a la cosa y no al acontecimiento que provocó la pérdida³³⁰.

Los intérpretes de esta norma estiman que permite al acreedor obtener el *c. ex n.*, deduciéndose esta cantidad de la indemnización³³¹. No obstante, la herencia del artículo 1186 CC, que aún se percibe, podría llegar a poner en duda esta afirmación. Por eso, en línea con lo expuesto, se debería apostar por una redacción más ambiciosa que tuviera en cuenta el criterio de la identidad prestacional. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de sacar la restitución del *c. repre.* de la lógica de la mera atribución clásica de riesgos (art. 1186 CC), y convertir su entrega en un remedio posible y amplio para el caso de incumpli-

³³⁰ Ya dijimos que la remisión correcta debe ser al hecho de la pérdida (relación de causalidad); lo que no quita que después deba existir identidad entre la compensación obtenida (o la acción) y la cosa perdida.

³³¹ FENOY PICÓN (2011, pp. 1554-1555).

miento. Una futura confección de esta regla puede aprovechar el artículo 1196 PMCC para construir un precepto del siguiente tenor:

«Si resultare imposible el cumplimiento de la obligación o este no fuere exigible y, por razón de esta circunstancia, obtuviere el deudor alguna compensación, sustituto³³² o pretensión a cambio de la prestación debida, podrá el acreedor, en un plazo razonable, reclamar la restitución de lo obtenido por el deudor o la cesión de las acciones que el deudor tuviere contra terceros. Si el acreedor optare por esta solución, de la indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder se deducirá el valor de lo percibido».

Junto a ello, se tendría que incluir, bien en un cuarto párrafo en el artículo 1202 PMCC sobre los efectos de la resolución, bien en el mismo artículo 1196 PMCC, un párrafo con el siguiente tenor:

«En todo caso, la reclamación por el acreedor de la restitución del subrogado o la cesión de pretensión para hacerlo efectivo contra terceros no le exime de su deber de prestación, al que sigue obligado. Cuando el subrogado sea inferior al valor de la prestación inicial del acreedor, esta se reducirá proporcionalmente en la misma cuantía, de conformidad con el artículo 1197 II»³³³.

Por medio de este cuarto párrafo del artículo 1202 PMCC (i) se superaría del todo la vinculación de la restitución del subrogado a la extinción de la obligación –cosa que el legislador francés ha omitido– y (ii) se evitaría el empeoramiento indiscriminado de la posición del acreedor.

En últimas, el reconocimiento de una pretensión en estos términos dotaría de carácter netamente contractual, como remedio, a la entrega del *commodum*; lo que –a diferencia de las aproximaciones basadas en el Derecho de enriquecimiento– facilita también las cosas en el nivel europeo del Derecho uniforme, que carece de referencias claras al *c. repre*.³³⁴

³³² En relación con el *commodum ex negotiatione*, propone el uso de la expresión «sustituto», BASOZABAL ARRUE (2020b, p. 1516).

³³³ Artículo 1197 PMCC: «La parte que tenga derecho a reducir el precio y que haya pagado una suma mayor, tendrá derecho a reclamar el reembolso del exceso».

³³⁴ Los textos de Derecho uniforme internacionales no contienen referencias al *commodum* en casos de incumplimiento. Se responsabiliza de ello, no sin razón, a las diferencias insalvables con el Derecho inglés. En este sentido, puede verse HARTMANN (2007, pp. 328-332), quien se muestra partidario de una lectura algo extensiva de los artículos 79 y 84.2 b) CISG, para reconocer la restitución del *c. ex n.*; senda que sigue algún comentarista de este instrumento. Sin embargo, no parece que la razón principal de esta omisión se deba simplemente a la incompatibilidad con el Derecho inglés (véase, KLEINSCHMIDT, 2018, párr. 16). A mi juicio, la razón que explica la ausencia de la entrega del *c. repre*. (y el *c. ex n.*, sobre todo) en los textos internacionales es que no se ha alcanzado una adecuada justificación contractual de este remedio, habida cuenta de las voces –muchas de ellas alemanas– que lo sitúan en el Derecho de enriquecimiento. Esta lectura dificulta, sin duda, la armonización; y hace aconsejable, a su vez, abandonar cualesquiera justificaciones de la entrega del *c. repre*. alejadas de la órbita contractual.

10.7 Recapitulación

Se ha tratado de perfilar un modelo de restitución del *c. repre.*, en general, y del *c. ex n.*, en particular, a partir de lo que he denominado criterio de la «identidad prestacional». Este requisito parte de observar lo que sucede en los casos de *c. ex re*, abstrayendo lo que en últimas explica su restitución: que el contrato celebrado garantiza este resultado al acreedor. A partir del mismo contrato se puede ofrecer una solución satisfactoria para el *c. ex n.*, preguntándonos si existía identidad entre la prestación incumplida y la que conduce a la suma obtenida por el deudor. Mi postura es favorable a la restitución amplia del *c. repre.*, que incluya el *c. ex n.*, pues su entrega al acreedor ofrece un remedio adecuado a múltiples casos de insatisfacción. Ahora bien, este reconocimiento exige que exista una norma que permita esto ampliamente; lo que no puede predicarse del art. 1186 CC. La práctica refleja que no son infrecuentes los casos en que una acción así se antoja adecuada³³⁵; al Derecho compete entonces ofrecer soluciones coherentes y, sobre todo, equilibradas.

11. C. EX N. EN OBLIGACIONES DE HACER Y DE NO HACER

El análisis de la entrega al acreedor del *c. repre.* desde la perspectiva de la identidad prestacional se completa con el estudio de los casos en que el

Muy recientemente, KÖHLER (2021, pp. 170-232) se ha mostrado favorable a reconocer una restitución del *commodum representationis* (y *ex negotiatione*) contractual en el marco de la CISG a partir de la integración de la propia Convención (art. 7.2 CISG), la pretensión general de cumplimiento (art. 46.1 CISG) y el derecho del comprador –cuyo vendedor realiza una venta de reemplazo por incumplimiento según el artículo 88.1 CISG– a que el vendedor le abone el saldo que quede de la venta de las mercancías, una vez descontados los gastos razonables para su conservación y venta (art. 88.3 CISG). El autor rechaza una restitución generalizada de ganancias en el marco de la CISG (pp. 311-328), fuera de los casos de relaciones fiduciarias (pp. 329-337). Esta interesante tesis –según su autor– se corresponde con el lógico desarrollo de la convención para dar respuesta a los nuevos desafíos (pp. 342-343). Sin duda, las aproximaciones de KÖHLER son mucho más convincentes que las de HARTMANN en lo que respecta a la inserción de una pretensión a la entrega del *commodum* en el marco de la CISG; y hay que celebrarlas, pues la práctica demuestra que también en la compraventa internacional de mercaderías se echa en falta un remedio que permita al acreedor reclamar el *commodum* al deudor. La razón para preferir el análisis de KÖHLER es sus tesis se apoyan en la pretensión de cumplimiento y la satisfacción del interés del acreedor a partir del contrato –como en este trabajo se defiende con la identidad prestacional– y no en una pretensión de restitución general de ganancias, que el autor rechaza correctamente, a mi entender. La crítica que a mi juicio puede hacerse a KÖHLER es la visión excesivamente alemana de la pretensión de entrega del *commodum* y que le lleva a apoyarse complementariamente en el artículo 88.3 CISG, cuando no tendría necesidad de hacerlo. A mi juicio, esta norma no contiene una idea de subrogación como tal, sino que lo que hace es impedir –incomprendiblemente– la satisfacción efectiva del acreedor que realiza una venta de reemplazo, al imponer el abono del saldo a la otra parte.

³³⁵ Véase, en este sentido, la jurisprudencia citada en las notas 299 y 304.

incumplimiento se produce en el seno de una obligación de prestar un servicio o de omitir una acción.

11.1 Obligaciones de hacer

Se ha defendido la extensión del ámbito de aplicación del artículo 1186 CC a las obligaciones de hacer y no hacer, que incluyese la restitución del *c. ex n.*³³⁶. Ya hemos visto las dificultades que presentaba la extensión, sin más, de esta norma a obligaciones distintas de las de dar cosa determinada o especificada; unido al hecho de que se tiene que tratar de una pérdida fortuita. Las mismas razones neutralizan el empleo del artículo 1186 CC como vía de restitución del *c. ex n.* para las obligaciones de prestar algún servicio. La cuestión es si *de lege ferenda* (identidad prestacional) se pueden alcanzar otras soluciones. Veámoslo con un ejemplo³³⁷.

El profesor de tenis T no acude a dar su clase al alumno A para impartirla al alumno B, que le paga más. ¿Puede A reclamar lo ganado por el profesor con la clase impartida a B?

Casos como este exigen tener en cuenta que una prestación se incumple porque se cumple otra. De nuevo nos encontramos con dos relaciones obligatorias y la pregunta vuelve a ser la misma: si el contrato garantizaba al acreedor del servicio la obtención de un resultado como el obtenido por el deudor que incumple. Es decir, si existe identidad entre la obligación incumplida y la que canaliza el incumplimiento. Tal como lo veo, se antoja complicado responder afirmativamente para prestaciones de servicios. En un ejemplo como el de la clase de tenis, las prestaciones que el profesor de tenis debe a cada alumno difícilmente serán idénticas (por el nivel de cada alumno, el esfuerzo requerido al profesor o las habilidades a trabajar en cada tenista). Este hecho ya actúa en contra de conceder al alumno defraudado la restitución del *c. ex n.* Aun así, siempre podría objetarse que, entonces, si los alumnos acreedores fueran hipotéticamente iguales, sí estaríamos ante un supuesto de identidad. La respuesta me parece que debe seguir siendo negativa. La clase impartida y

³³⁶ PANTALEÓN PRIETO (1993a, p. 1737); lo que BASOZABAL ARRUE (2020b, pp. 1537-1539) rechaza.

³³⁷ Citado por BASOZABAL ARRUE (2020a, p. 15) desde SCHWARZE (2017, párr. 13). Este último se muestra favorable a la restitución del *c. ex n.* en este supuesto a cambio del pago de la propia prestación, es decir, la clase. El mismo autor rechaza, sin embargo, una restitución de lo obtenido, cuando el profesor de tenis sufre un accidente y su seguro privado le compensa por la pérdida de ingresos. No deja de resultar llamativo que el autor defienda dos soluciones tan opuestas ante casos que, en abstracto, no resultan tan diferentes el uno del otro.

la no cumplida no guardan identidad prestacional entre ellas, porque el contrato garantizaba al primer alumno *una clase de tenis*, pero no *la clase* de tenis que impartió al otro alumno. La restitución del *c. ex n.* se descarta, porque el contrato no garantizaba al acreedor la fuerza del trabajo del deudor, como tal, ni se proyectaba sobre esta, sino que simplemente le otorgaba el derecho a una prestación de ese deudor, de acuerdo con las características y cualidades (*lex artis*) expresadas en el mismo contrato³³⁸. Por esta razón, la entrega del *c. repre.* en obligaciones de hacer no parece un remedio del todo satisfactorio³³⁹.

En Alemania se ha defendido una relajación del requisito de la identidad ante prestaciones laborales más corrientes o, si se quiere, más «alienantes». El argumento empleado es que –dado que el deudor dispone solo una vez de su fuerza del trabajo– al menos una parte de lo que obtenga por incumplir se corresponde con la prestación no ejecutada³⁴⁰. No obstante, solo desde una concepción estrictamente homogénea de la fuerza del trabajo parece poder defenderse la existencia de un subrogado en estos ejemplos, y ni siquiera³⁴¹.

En general, no parece que la solución a los incumplimientos «al mejor postor» en obligaciones de hacer pase por la entrega al acreedor del *c. ex n.*; ni siquiera desde el requisito de la identidad prestacional. A mi juicio, estos casos se pueden solucionar más fácilmente mediante la indemnización de daños y, en concreto, mediante el *mayor coste de la operación de reemplazo* (cfr. art. 706 LEC). Así, por ejemplo, si el alumno que se quedó sin la clase tuvo que contratar los servicios de otro profesor de tenis de las mismas características, pero a un mayor precio –debido a la inmediatez–, el *mayor coste* de esa clase de reempla-

³³⁸ En este sentido, KÖNDGEN (1992, pp. 744-745).

³³⁹ Las mismas consideraciones tendentes a rechazar la restitución del *c. ex n.* se pueden extender a otras obligaciones de hacer debidas por profesionales más o menos liberales (médico, abogado, arquitecto...) o por trabajadores autónomos que prestan servicios. Piénsese, en este último sentido, en un pintor «de brocha gorda» que incumple su obligación de pintar las paredes del salón de A, para atender un encargo de última hora de B, que le remunera mejor.

³⁴⁰ HARTMANN (2007, p. 108); DORNIS (2020, párr. 54-57).

³⁴¹ Piénsese, por ejemplo, en el dependiente de la cadena de moda X que decide aprovechar los días de vacaciones pagadas para trabajar para la cadena de moda Y, también como dependiente. Aun tratándose del mismo trabajo en abstracto existen serias dudas de que el primer empleador pueda reclamar el salario recibido como subrogado, por incumplimiento de la relación laboral. Es decir, de que exista una identidad entre la relación laboral incumplida y la prestación de la que el trabajador obtiene ingresos, pues en cada caso es el empresario quien organiza y dirige. Por otro lado, si el trabajador precisa de menores conocimientos o habilidades para desarrollar la obligación laboral con la que incumple la primera, con más razón aún puede hablarse de que la una no constituye un sustituto efectivo de la otra; de que no existe identidad prestacional. Es el caso alemán de la empleada que recibe una baja médica durante el embarazo, siendo su salario cubierto por el empleador, y que presta servicios durante ese tiempo en una cafetería. Y si esa empleada pasase a trabajar como modelo de tallas grandes para embarazadas durante ese tiempo, las anteriores razones impiden hablar aquí de un subrogado restituible.

zo debe ser asumido por el profesor incumplidor. En cada caso, será el contrato incumplido el que nos informe acerca de las características del reemplazo³⁴².

La posibilidad de que el acreedor acuda a un reemplazo en el mercado para satisfacer adecuadamente su interés indica tres cosas. La *primera*, que la prestación debida era sustituible y, por ello, relativamente estandarizada, lo que ciertamente cabe predicar de la mayoría de los servicios en el contexto económico actual (se puede encontrar otro profesor igualmente competente u otro pintor que pinte el salón). La *segunda*, que no existe identidad prestacional entre el precio obtenido y la prestación incumplida. El contrato incumplido no garantizaba al acreedor esa fuerza del trabajo que permitió al deudor incumplir y realizar una prestación similar o idéntica a un tercero, sino una prestación, similar o idéntica; si la operación de reemplazo –y no el *c. ex n.*– satisface el interés del acreedor es porque a este se le debía *un servicio* y no *ese servicio*. La *tercera*, que de esta manera se neutraliza que el acreedor obtenga una especie de renta duradera a costa del deudor y su incumplimiento, cuando se trata de relaciones de servicios duraderas en el tiempo.

Las cosas se vuelven algo distintas, cuando el contrato sí se proyectaba sobre la fuerza del trabajo del deudor, garantizándole esta y no simplemente una prestación. Así sucede ante las obligaciones de hacer llamadas «personalísimas». Ante ellas, solo la actuación del deudor contratado puede satisfacer el interés del acreedor y la indemnización basada en el reemplazo resulta inane (*cfr.* art. 1161 CC). La inexistencia del reemplazo o la no satisfacción del acreedor a través de este es indicativa de la identidad prestacional entre aquello que al deudor le reporta incumplir y la prestación desatendida, que no puede sustituirse.

Pensemos en el artista E que celebra un contrato de encargo de una obra literaria o la elaboración de un lienzo o en el cantante que rompe su compromiso de actuar para una sala, para tocar su repertorio en otra.

El acreedor sí debe disponer aquí excepcionalmente de una pretensión restitutoria del *c. ex n.*, que se erige en «equivalente pecuniario de la prestación de hacer» (*cfr.* art. 709 LEC). Ello porque la prestación incumplida guarda identidad con la segunda prestación a través de la cual se ha articulado el incumplimiento³⁴³. La concesión extraordinaria de una restitución del *c. ex n.* en

³⁴² La operación de reemplazo se debe realizar según los requisitos de razonabilidad y buena fe regentes en el Derecho estadounidense y que tiene sentido incorporar a nuestro sistema. Véase, VARGAS BRAND (2019, pp. 126-137, 329-332, 340-350, *passim*).

³⁴³ En cualquier caso, la entrega al acreedor del *c. ex n.* en estos casos ha de ser restrictiva, por la propia lógica del criterio de identidad prestacional. Y es que, por ejemplo, nada invita a concluir que, siendo personalísima la relación y sin existir un reemplazo en sí mismo, el acreedor tenga derecho a percibir todo aquello que el deudor llegue a obtener del segundo contrato, cuando este se prolonga en el

este último escenario, sobre la base de la identidad prestacional, es distinta a la restitución de ganancias que la legislación prevé en otras constelaciones como remedio específico y sobre la base de la existencia de una relación fiduciaria entre las partes (*cf.* arts. 1720 CC y 288 CCo)³⁴⁴.

11.2 Obligaciones de no hacer

Al igual que sucede con las obligaciones de hacer que no sean «personálsimas», el incumplimiento de las obligaciones de no hacer no se presta a la restitución del *c. ex n.* Un ejemplo muy utilizado en Derecho alemán sirve para situar las cosas.

Un herrero contrata con un compositor famoso que vive en su vecindario interrumpir su oficio durante una determinada franja horaria al día. Si el herrero incumple su obligación y trabaja, ¿puede el compositor reclamar las ganancias que el herrero perciba durante esas horas?

En Alemania no existe unanimidad en la respuesta. Cierta sector ha respondido afirmativamente, bajo la óptica de que el herrero realmente debe una posición jurídica (de silencio) atribuida *inter partes* al compositor; semejante posición es infringida, si el herrero hace ruido fuera del horario pactado³⁴⁵. Pero esta postura es deudora de la más amplia concepción, que coloca la restitución del *commodum* dentro del Derecho de enriquecimiento; y que explica la *condictio* por intromisión desde la antijuricidad de la actuación del deudor y no desde la tesis del contenido de atribución³⁴⁶. De hecho, los autores que explican

tiempo. En tal caso, aunque el contrato abarcara la fuerza del trabajo específica del deudor, el hecho del incumplimiento impide proyectar esa garantía hacia el futuro, para condenar al deudor a entregar incluso prestaciones todavía no devengadas, ni siquiera en el segundo contrato.

³⁴⁴ Véase el texto que acompaña a la nota 185. Por ejemplo, imagínese que una empresa de venta de muebles por piezas tiene a su vez un servicio de montaje adicional en el domicilio, que realizan los mismos trabajadores que cumplen con los pedidos. La empresa cobra por el montaje 100. Si el cliente A, que solo había contratado el envío, pero no el montaje, negocia con los empleados que le realicen extraoficialmente el montaje por 60 que se reparten entre ellos, la empresa tendrá derecho a las ganancias que sus empleados obtengan. El fundamento de esta restitución de ganancias descansa en la relación fiduciaria que vincula a la empresa con sus empleados, no en una idea de usurpación de una posición contractual determinada, pues (i) el derecho de crédito no tiene contenido de atribución; y (ii) la restitución del enriquecimiento sería en cualquier caso incompatible con la restitución del valor objetivo del servicio (100) que no se corresponde con la ganancia de los empleados (60). Consideraciones más profundas sobre este particular requieren un trabajo independiente.

³⁴⁵ HARTMANN (2007, pp. 110-111).

³⁴⁶ Y, aun desde esta óptica, existen motivos para rechazar que el herrero deba las ganancias. En este sentido, CANARIS –autor que no se muestra abiertamente contrario a una explicación de la *condictio* por intromisión a partir de ideas propias de la teoría de la antijuricidad, ni tampoco a una restitución que tenga en cuenta el desplazamiento patrimonial efectivamente producido (1994, pp. 131-135)– rechaza que en estos casos se deban restituir ganancias porque así se desprende de la propia relación de causalidad o el fin

la restitución del subrogado desde la teoría del contenido de atribución para la *condictio* rechazan que el compositor pueda resarcirse con lo que el herrero percibe por incumplir³⁴⁷. En general, la aproximación más convincente es aquella que niega la restitución a cargo del herrero, porque considera que este no gana dinero por simple hecho de *trabajar* el metal, sino por el producto que alcanza; y que solo se cumpliría con el criterio de identidad si el artesano recibiese algún emolumento de un compositor rival por molestar a su vecino³⁴⁸.

La última opinión apunta, a mi entender, en la senda correcta. Los casos de incumplimiento de obligaciones de no hacer dan buena cuenta de las dificultades para apreciar un subrogado cuando la prestación incumplida y la actividad con arreglo a la cual se obtiene el *c. ex n.* son tan dispares. En el ejemplo alemán, salvo sorpresa, el contrato garantizaba al acreedor, digámoslo así, el «silencio» durante una franja horaria, pero no lo que el herrero pueda obtener gracias al trabajo durante esas horas. En otras palabras, no existe identidad entre la prestación de no hacer incumplida y la prestación particular que, en su caso, permita al herrero capitalizar esas horas trabajadas (por ejemplo, vendiendo después lo ferrojado). Y es que la identidad prestacional presupone, como indiqué, también identidad causal³⁴⁹.

Resulta, en definitiva, complicado aplicar la lógica de la restitución del *c. ex n.* a las obligaciones de no hacer. Así sucede con la obligación de no subarrendar, la obligación de no competir o el incumplimiento de un deber de confidencialidad. De la primera me ocupo por separado. De la obligación de no competir puede decirse que su infracción se manifiesta en la celebración por el deudor de algún negocio que vedaba el pacto, lo que hablaría en favor de la idea de subrogado. No obstante, al igual que en el caso del herrero, el

de protección de la norma (1994, p. 169, n. 3). Se refiere al ejemplo de un contrato similar entre un herrero y una comunidad de vecinos sobre no trabajar en determinadas horas y estima que el incumplimiento no conduce a una restitución de la ganancia, porque el deber incumplido no tutela ningún interés patrimonial de los vecinos, sino que simplemente sirve a sus necesidades de tranquilidad. Pero visto desde este plano el ejemplo es tramposo y desafortunado, ya que bien puede decirse que los vecinos pueden tener un interés patrimonial claro en descansar adecuadamente durante esas horas; y ese interés puede haberse casualizado en el contrato. Ese es precisamente el problema de abordar el caso desde el interés patrimonial, pues resulta muy complicado determinar dónde comienza este; piénsese en el mismo caso, pero en el que el acreedor del silencio es un opositor en los últimos meses de estudio.

³⁴⁷ La restitución del *c. ex n.* fracasaría, ya que el deber de omisión que pesa sobre el herrero no tiene el objetivo de asegurar al compositor una determinada cuota de clientes para su propio provecho, ni por tanto unas ganancias (BOLLENBERGER, 1999, pp. 184-186). Pero esta aproximación tiene todos los problemas de apreciar una atribución en el derecho de crédito (ELLGER, 2002, pp. 851-865).

³⁴⁸ HIMMELMANN (1965, p. 100); HELMS (2007, p. 325).

³⁴⁹ Solo se me ocurre el rebuscado ejemplo de que dos solistas de violín, vecinos, y de caché prácticamente idéntico acuerden que cada uno ensaye durante determinadas horas del día. Si uno de los dos incumple, sí podría decirse que lo que obtenga gracias a ello representa un subrogado restituible como *c. ex n.* Y, en ese caso, tendríamos todavía un problema de prueba no poco relevante.

infractor no obtiene esas cantidades por razón de la infracción del pacto, sino por desarrollar una actividad, por mucho que esta estuviera en principio neutralizada contractualmente. No hay identidad prestacional y la entrega del *c. ex n.* debe excluirse, siendo más procedente la indemnización (*cf.* art. 710 LEC). Otra cosa es que –al igual en las obligaciones de hacer– el incumplimiento de obligaciones de no hacer pueda dar lugar a una restitución de ganancias, sobre la base de la existencia de relaciones fiduciarias entre las partes (arts. 1683 CC, 136 II, 138 CCo, 227.2 LSC, 10.1 LSE)³⁵⁰.

11.3 El difícil caso del subarrendamiento prohibido

Un caso paradigmático es aquel contrato de arrendamiento en el que el arrendatario no respeta la cláusula que le prohíbe subarrendar.

Es el caso de la STS 602/2015, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4448). El contrato de arrendamiento de un local de negocio contenía una cláusula que impedía que el arrendatario cediese, subarrendase o traspasase el local sin autorización del arrendador. Desconociendo esta prohibición y aparentando ser propietario, el arrendatario subarrendó el inmueble a un tercero que durante varias mensualidades le abonó una renta superior (4.200 euros/mes) a la renta estipulada en el contrato de arrendamiento (700 euros/mes). El contrato incumplido databa de noviembre de 1946 y la disparidad entre un precio y el otro hacía indicar que se trataba de un contrato de los de «renta antigua». Tan pronto como la arrendadora conoció la ocupación del local por la subarrendataria, presentó demanda de desahucio; alegó enriquecimiento injustificado e incumplimiento contractual por el que la arrendataria había obtenido una ventaja patrimonial incompatible con la buena fe; consideraba que las rentas obtenidas le pertenecían, como propietaria legítima del local; y que, prueba de ello era que en la actualidad tenía suscrito un contrato de arrendamiento con el mismo subarrendatario que antes pagaba a la arrendataria incumplidora. En contra del criterio de la Audiencia Provincial³⁵¹, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo estimó un «*notable enriquecimiento*» disfrutado por la demandada que, a su vez, había privado a la demandante de un «*lucro al que legítimamente podía aspirar*», que califica de empobrecimiento. El tribunal describió esa actuación como antijurídica, constitutiva de enriquecimiento injustificado, y condenó a la restitución de la diferencia entre las rentas percibidas por la propiedad y las obtenidas por la arrendataria demandada.

El fallo del Tribunal Supremo se basó en la interdicción del enriquecimiento, mezclada con cuestiones de responsabilidad contractual por incumplimiento

³⁵⁰ Véase el texto que acompaña a la nota 185.

³⁵¹ SAP Madrid, Sec. 9.ª, 131/2013, de 22 de marzo (ECLI:ES:APM:2013:5213).

(arts. 1107, 1106 y 1107 CC) que no llega a concretar. Para entender acreditado el enriquecimiento, la sentencia recurrió indirectamente a la *condictio* por intromisión, al afirmar que la arrendataria se hizo pasar por propietaria en el subarriendo. La condena final a restituir las ganancias vino entonces patrocinada por lo que el tribunal consideró una intromisión en el derecho absoluto de la propietaria y no en el incumplimiento de la prohibición de ceder el local a terceros sin consentimiento. Con todo, la ausencia de tecnicismo en la resolución –probablemente debida a la aparente falta de complejidad del caso³⁵²– hace sospechar que la condena no se fundó tanto en construcciones dogmáticas, sino en un mero expediente de equidad, tan habitual como criticable.

En efecto, no parece que en ningún momento la Sala 1.^a se apoyase en que la renta obtenida por la arrendataria representara un subrogado de la prestación incumplida. No es sorprendente, pues como acabo de explicar se antoja complicado aplicar la lógica de la entrega al acreedor del subrogado ante el incumplimiento de obligaciones de no hacer. Y, desde la idea de identidad prestacional, no puede decirse que existiese identidad entre la prestación parcialmente incumplida por la arrendataria y la prestación subarrendaticia con la que obtuvo la mayor renta; es decir, que el contrato de arrendamiento incumplido garantizase al arrendador la segunda renta procedente del subarriendo. Lo que el contrato garantizaba a la arrendadora era la obtención de la renta del arriendo pactada; y esta se siguió pagando religiosamente.

A partir de aquí, algunos autores analizan el caso desde el Derecho de enriquecimiento y la *condictio* por intromisión para criticar la solución de restitución de ganancias³⁵³ de la Sala 1.^a y proponer, en su lugar, que si verdaderamente se produjo un enriquecimiento injustificado de la arrendataria, la restitución se limitaría (*i*) a la renta hipotética que el arrendador hubiera pactado con la subarrendataria³⁵⁴; o (*ii*) al 20% más de renta que la arrendataria habría tenido que satisfacer de haberse pactado la posibilidad de subarrendar (*cf.* art. 32.2 LAU), pues ese sería el valor de «lo usurpado»³⁵⁵. Sin embargo, estas construcciones chocan con un obstáculo –que soslayan con holgura al

³⁵² VENDRELL CERVANTES (2017, p. 294)

³⁵³ No obstante, véase ALFARO ÁGUILA-REAL (2016). Este autor se apoya en la idea de que el contrato (y la cláusula de no subarrendar) atribuyen al arrendador todas las ganancias derivadas de la cesión del uso del bien. Esto, que ha sido calificado como una interpretación integradora del contrato (BASOZABAL ARRUE, 2020b, p. 1534), no parece demasiado convincente, porque de su argumentación se deduce que el contrato habría gestado una «atribución» *inter partes* sobre las rentas derivadas de la cesión de uso de la cosa. De aceptarse esta postura –que comete el error de mezclar derechos de crédito con derechos absolutos– el contrato de arrendamiento sería hasta superfluo, pues el arrendador, como propietario *ya* tiene «derecho a todos los rendimientos que produzca el local, salvo los que hubiera cedido».

³⁵⁴ VENDRELL CERVANTES (2017, p. 293).

³⁵⁵ FARIÑA FARIÑA (2016, pp. 226-227); GARCÍA RUBIO (2017, sec. 2 [6]).

partir directamente de la *condictio* por intromisión (y su procedencia) para criticar la extensión restitutoria (de ganancias) acordada por el tribunal—: que ni el derecho de crédito, en general, ni la prohibición de subarrendar, en particular, presentan contenido de atribución protegible mediante *condictio*³⁵⁶.

El recurso a la *condictio* por intromisión resulta inadecuado para un caso como este³⁵⁷. El subarrendamiento no representa en rigor un acto de disposición sobre una posición contractual ajena, ni la renta obtenida constituye un valor asignado al arrendatario. Incluso allí donde la opción de subarrendar esté vetada por el contrato, el subarrendamiento es siempre un negocio del arrendatario, no del arrendador³⁵⁸. A este último no se le sustraen, con el subarriendo, ni las posibilidades de explotación ni las de uso del bien, de las cuales ya dispuso con la celebración del contrato³⁵⁹. Hay que recordar también que, por definición, el arrendatario será poseedor legítimo de la finca subarrendada; lo que excluye igualmente la idea de intromisión.

Las anteriores consideraciones nos colocan en un atolladero complicado de superar. Para su solución, se ha de partir de que el arrendamiento prohibido constituye un caso de incumplimiento³⁶⁰. Por eso, es necesario tener en cuenta la función y sentido de una cláusula como la incumplida. La cláusula que prohíbe el subarriendo responde al legítimo interés del arrendador en limitar y controlar el uso que se hace de la cosa que cede en arriendo. La cláusula tiene un sentido económico que protege un interés del arrendador y que, a la vez, modula el propio deber de prestación del arrendatario, pues limita la utilización de la cosa (y con ello el provecho que se puede obtener de ella). El incumplimiento del pacto de no subarrendar es el incumplimiento de una de las pres-

³⁵⁶ *Supra* 8.2. d). Refiriéndose a este caso y a la prohibición de subarrendar, también lo descarta BASOZABAL ARRUE (2020b, pp. 1535-1536).

³⁵⁷ En Alemania, para un caso similar, el BGH rechazó expresamente que el arrendatario cometiese una intromisión en el contenido de atribución del derecho de propiedad del arrendador (SBGH 13.12.1995, NJW 1996, 838). Esta resolución provocó cierta división en la doctrina, con notables autores que entendían que, a pesar de la cesión del uso al arrendador, el poder de subarrendar corresponde al arrendador, bien como propietario bien como poseedor mediato. Es la postura de CANARIS (1994, p. 173). Desde esta posición se considera que la restitución habría de alcanzar el precio que habría tenido que pagar la arrendataria por tener la posibilidad de subarrendar; o, siendo de mala fe, la ganancia completa. Pero, de nuevo, no se puede olvidar que este autor no comparte exactamente la tesis del contenido de atribución, como explicativa de la *condictio* por intromisión (1994, pp. 169-170).

Hoy la doctrina ha terminado dando la razón al BGH y considera que el contrato de arrendamiento provoca que el uso de la cosa se asigne por completo al arrendatario; que la legislación reserve al arrendador el permiso para subarrendar en su caso (§ 540.1 BGB) no constituye por sí mismo un resabio del derecho de uso del arrendador, que pierde con el contrato (véase, por todos, SCHWAB, 2020, párr. 300-301; también, ELLGER, 2002, p. 861; cercano, ROTH, 1991, p. 381).

³⁵⁸ En similar sentido, FARIÑA FARIÑA (2016, p. 225).

³⁵⁹ ELLGER (2002, p. 861).

³⁶⁰ En similar sentido, RUBIO TORRANO (2016).

taciones principales de la arrendataria, en cuanto que afecta al uso de la cosa³⁶¹. Por eso, el arrendador defraudado tendría derecho a resolver y a los daños (arts. 1101, 1124 CC y 27 LAU). La indemnización no permite conceder al arrendador la diferencia entre las rentas³⁶², pero la resolución sí ofrece una salida satisfactoria al caso, a través de la restitución de prestaciones.

Hay que tener en cuenta que la renta del contrato no era, por su antigüedad, una renta de mercado. La restitución de prestaciones en un arrendamiento incluye las rentas, de un lado, y el uso, del otro; como el uso no se puede restituir *in natura*, lo normal será entender compensadas las prestaciones, pues es el precio que los contratantes quisieron asignar, y no se acude al valor objetivo (art. 1307 CC). Una compensación de esta case requiere que el contrato esté equilibrado sinalagmáticamente (por ejemplo, que no existan vicios que hagan inequitativa la renta pactada). Aunque el arrendamiento fuera de renta antigua y por muy dispar que fuese la renta del contrato con la del mercado, no es posible entender desequilibrado sinalagmáticamente un contrato que basase sus prestaciones en la Ley de 1964, o incluso en lo pactado por las partes. De lo contrario, se llegaría al absurdo de poder obtener por la vía de la restitución lo que no se obtuvo con la celebración del contrato. Ahora bien, cuando la causa de la resolución es el subarriendo prohibido, sí puede decirse que, *desde el momento del incumplimiento*, se ha afectado al sinalagma contractual y al equilibrio prestacional pactado *ab initio*. Esta eventualidad debe ver su reflejo en la restitución de prestaciones, produciéndose un ajuste en el valor de renta que debe *restituir* la arrendataria en relación con los meses en que se hubiera venido desarrollando ese subarrendamiento no permitido. Mediante este ajuste, la arrendadora tendría derecho a una restitución del valor del uso de mercado del inmueble arrendado –y no simplemente a entender compensadas las rentas pagadas con el uso cedido en atención al contrato inicialmente celebrado– por los meses en que tuvo lugar el subarriendo prohibido. La arrendadora vería así compensado su interés sin que ello se tradujese, directamente, en la restitución del precio obtenido por la arrendataria gracias al subarrendamiento. Esta solución me parece el enfoque más dogmáticamente coherente; ello por más que el valor uso del inmueble a percibir por la arrendadora en la restitución pudiera ascender a una cuantía semejante a la renta efectivamente percibida por la arrendataria incumplidora, que en sí misma no se restituye.

³⁶¹ Así, FARIÑA FARIÑA (2016, p. 226).

³⁶² Véase lo indicado en nota 304.

12. CONCLUSIONES

1. El artículo 1186 CC es un precepto pensado para la distribución de riesgos en caso de pérdida fortuita de la cosa debida (o imposibilidad de la prestación) que permite al acreedor obtener el subrogado de la cosa y mitigar así el riesgo que asume. Para ser restituido, el subrogado debe cumplir con los requisitos de causalidad con el hecho de la pérdida y de identidad económica con la cosa. Cabe extender su aplicación a la entrega de cosas genéricas tras la especificación; no así al resto de obligaciones de hacer o no hacer.

2. El artículo 1186 CC tampoco sirve como base normativa para que el acreedor de entrega de cosa específica (o especificada) obtenga la restitución del *c. ex n.*; la arquitectura del precepto (pensada para la atribución de riesgos ante la pérdida fortuita de la cosa) lo impide. El artículo 1186 no contiene una regla homóloga al § 285.1 BGB, sobre la que la doctrina y jurisprudencia alemana albergan pocas dudas de la cabida del *c. ex n.*, como remedio opcional del acreedor ante el incumplimiento. No se debe de caer en el error de extrapolar las soluciones que la doctrina alemana ha ofrecido para el *c. ex n.* a nuestro artículo 1186 CC. La cuestión no es tanto si el mayor precio admite subsumirse bajo la categoría de subrogado de la cosa (muchas veces será así), sino que los presupuestos del artículo 1186 CC no permiten llegar tan lejos, sin forzar en exceso su significado.

3. El intento de interpretar la restitución del subrogado a partir de la *condictio* por intromisión y la noción del contenido de atribución, de manera que se incluya en esta pretensión el *c. ex n.*, está abocado al fracaso, porque obliga a adoptar una interpretación específica del Derecho de enriquecimiento (que rechaza la tesis del contenido de atribución); porque no puede sostenerse que un derecho de crédito presente contenido de atribución; y porque empuja a contradicciones valorativas desde el punto de vista del objeto y extensión de la restitución por la *condictio*. Tampoco resultan satisfactorias las aproximaciones que, sobre la base de la interpretación integradora o la búsqueda de coherencia valorativa en el Código, abogan por una restitución del *c. ex n.* en el artículo 1186 CC.

4. Que el Derecho español, tal y como está configurado, no admita esa posibilidad no significa que se deba adoptar la tesis del incumplimiento eficiente, propia del análisis económico del derecho. La solución pasa por el desarrollo legislativo y porque, *de lege ferenda*, se llegue al reconocimiento de una pretensión amplia de entrega del *c. repre.* al acreedor, como remedio frente al incumplimiento.

5. La actualización de la entrega al acreedor del *c. repre.*, como un remedio frente al incumplimiento, pasa por situar la entrega del subrogado en el Derecho de contratos, proyectando el requisito de identidad sobre la prestación incumplida: «identidad prestacional». Se trata de indagar en qué medida el contrato incumplido garantizaba al acreedor la obtención de ese concreto *c. repre.*, pues no todos serán restituibles. La mayoría de los *c. ex re* sí lo serán; no así los *c. ex n.* El *c. ex n.* será restituible, cuando el contrato garantizase al acreedor el resultado que se ha derivado de la prestación con la que el acreedor incumplió. Es decir, cuando exista identidad entre la prestación incumplida y la prestación a través de la cual el deudor canalizó su incumplimiento.

6. Resulta desaconsejable incluir en la órbita del subrogado o *c. repre.* los casos de incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer. En ellas, no resulta posible, por principio, hablar de una identidad prestacional, salvo en los casos de obligaciones personalísimas de hacer. Todo ello, sin perjuicio de que pueda resultar factible una restitución del enriquecimiento (ganancias), cuyo fundamento parece encontrarse, más bien, en el contenido fiduciario de la relación obligatoria.

7. Con las anteriores líneas se ha tratado de dar las claves de una estructura dogmáticamente coherente para la entrega del *c. repre.* a favor del acreedor, como remedio; las condiciones bajo las cuales ello resulta posible; y, en definitiva, la respuesta a la pregunta de qué hablamos, cuando hablamos de subrogados. Tengo el convencimiento de que el desarrollo legislativo propuesto esta es la vía más segura y sensata, si lo que se quiere es evitar contorsionar nuestro Derecho sobre la base de leyes viejas, así como resolver en base a expedientes de equidad. Es así como, quizás, una rica casuística podría encontrar el desarrollo que, sobre el particular, no ha encontrado hasta ahora. Y es así como encontraría finalmente acomodo en nuestro Derecho privado aquella idea vanguardista que, en 1991, trajo a las mentes de los iusprivatistas españoles Fernando Pantaleón.

13. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE SILVA (2008), «El «*commodum representationis*» del artículo 1677 del Código civil de Chile», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 31, n.º 2, pp. 37-161.
- ALFARO ÁGUILA-REAL (2016), «Enriquecimiento injusto», *Almacén de Derecho*, 27 de enero, disponible en <https://almacenederecho.org/lecciones-enriquecimiento-injusto> [Última consulta: 3.8.2020].

- AUBRY /RAU (1902), *Cours de Droit civil Français*, IV, Imprimerie et Libraire Générale de Jurisprudence, Paris.
- BADOSA COLL (1993), «Comentario al Artículo 1186», en *Comentario del Código civil*, II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid.
- BARRIENTOS GRANDON (2017), «Enriquecimiento injustificado y codificación: modelos y decisiones dogmáticas (siglo XIX)», en Del Olmo García; Basozabal Arrue (coords.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Pamplona, pp. 49-119.
- BARROS BOURIE (2009), «Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual» en *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 11-78.
- BASOZABAL ARRUE (2020a), «*Commodum ex negotiatione*: una mirada al § 285 BGB», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, abril-junio núm. 3, pp. 1-33). (2020b), — (2020b) «Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiatione* en el art. 1186 CC», *Anuario de Derecho civil*, vol. 73, fasc. IV, pp. 1501-1542.
- (1998), *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid.
- BEALE (2008), «§ 26. Damages», en *Chitty on contracts*, 30.^a ed., Sweet & Maxwell, London.
- BOOSFELD (2018), «Von der actio quanti minoris zur performance reduction – Plädoyer für ein allgemeines Minderungsrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 218, 6, pp. 944-982.
- (2015), *Gewinnausgleich*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- BOLLENBERGER (1999), *Das Stellvertretende Commodum*, Springer, Wien-New York.
- V. CAEMMERER (1965), «Das Problem des Drittschadensersatzes», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 127, pp. 241-
- (1954), «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en Dölle; Rheinstejn; Zweigert, *FS Rabel*, I, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 333-401.
- (1938/1939), «Rechtsvergleichung und Reform der Fährnisübereignung», *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 12, 516, pp. 675-713.
- CANARIS (2002), *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, C. H. Beck, München.
- (1994), *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, C. H. Beck, München.
- CARRASCO PERERA (2020), «Indemnización por ocupación administrativa indebida de terrenos de una urbanización: ¿corresponde la indemnización a los antiguos o a los nuevos propietarios?» *GA-P*, 16 de julio de 2020, disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/indemnizacion-por-ocupacion-administrativa-indebida-de-terrenos-de-una-urbanizacion-corresponde-la-indemnizacion-a-los-antiguos-o-a-los-nuevos-propietarios/> [Última consulta: 27.7.2020].
- (2017), *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona.
- (1988), «Restitución de provechos II», *Anuario de Derecho civil*, vol. 41, fasc. I, pp. 5-152.

- CASTILLA BAREA (2001), *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid.
- CASPERS (2014), «§ 285 Herausgabe des Ersatzes», *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse: §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1)*, De Gruyter, Berlin-Boston.
- CAUVIN (2020), *Das Leistungsstörungenrecht des französischen Code civil nach der Vertragsrechtsreform 2016*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde, Universität zu Köln, disponible en https://kups.uni-koeln.de/10861/1/Cauvin_Morgane_Final_End.pdf [Última consulta: 8.9.2020].
- CECCHINI ROSELL (2004), «El incumplimiento de la prestación personalísima por imposibilidad sobrevenida consistente en la muerte del deudor», en González Porrás y Méndez González (coords.), *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, pp. 1035-1062.
- CLEMENTE MEORO (2000), *El acreedor de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CRISTÓBAL MONTÉS (1987), «El “commodum representationis” del artículo 1186 del Código civil», *Anuario de Derecho civil*, vol. 40, fasc. II, pp. 601-614.
- COCA VILA/PANTALEÓN DÍAZ (2021), «Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios», *Anuario de Derecho civil*, vol. 74, fasc. I, pp. 113-216.
- COLIN/CAPITANT (1928), *Cours elementaire de Droit civil français*, II, Dalloz, Paris.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Civitas, Madrid.
- (2007), «Commodum ex negotiatione», *Anuario de Derecho civil*, vol. 60, fasc. IV, pp. 1601-1617.
- DORNIS (2020), «§ 285 Herausgabe des Ersatzes», en Gsell; Kruger; Lorenz; Reymann, *Beck-Online Grosskommentar zum BGB*, C. H. Beck, München.
- ELLGER (2002), *Bereicherung durch Eingriff*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- EMMERICH (2019), «§ 285 Herausgabe des Ersatzes», en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, 8.^a ed., C. H. Beck, München.
- ERNST (2019), «§ 326 Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt », en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.^a ed., C. H. Beck, München.
- ESTEVE PARDO (2015), «El retraso en la entrega de un inmueble como daño indemnizable por incumplimiento defectuoso del contrato», *Anuario de Derecho civil*, vol. 68, fasc. II, pp. 601-624.
- FARIÑA FARIÑA (2016), «¿Las rentas cobradas por un subarriendo ilegal pueden calificarse como enriquecimiento sin causa restituible al arrendador principal?», *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, n.º 2, pp. 223-227.
- FENOY PICÓN (2011), «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, fasc. IV, pp. 1481-1685.

- FLUME (1953), «Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht», *Festschrift für Hans Niedermeyer*, O. Schwartz, Göttingen, pp. 103-176.
- FRANÇOIS (2016), «Présentation des articles 1351 à 1351-1 de la nouvelle section 5 «L'impossibilité d'exécuter»», *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris I*, disponible en <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap4/sect5-impossibilite-executer/#:~:text=restitution%20du%20prix.-,Art.,les%20c%20C3%A9der%20%20C3%A0%20son%20cr%20C3%A9ancier> [Última consulta: 7.9.2020].
- FRIEDMANN (1988), «Restitution of profits gained by a party in breach of contract», *Law Quarterly Review*, 104, pp. 383-388.
- GARCÍA GOYENA (1852), *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, F. Abienzo, Madrid.
- GARCÍA RUBIO (2017), «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en Del Olmo García, Basozabal Arrue (dirs.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Pamplona, pp. 239-282.
- (2009), «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- GIMENO RIBES (2020), «Deber de lealtad y enriquecimiento injusto», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 317.
- GÓMEZ POMAR (2002), *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ PORRAS (2004), «Artículo 1186», en Albaladejo García; Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XVI, vol. 1.º: artículos 1156 a 1213 del Código Civil, 2.ª ed., Edersa, Madrid, disponible electrónicamente en Vlex.
- GRÜNEBERG (2018), «§ 285 Herausgabe des Ersatzes», en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 77.ª ed., C. H. Beck, München.
- HARDER (1976), «Commodum eius esse debet, cuius periculum est. Über die actio furti als stellvertretendes commodum beim Kauf», en Medicus, Seiler (eds.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München.
- HARTMANN (2007), *Der Anspruch auf das stellvertretende commodum*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- HECK (1929), *Grundriß des Schuldrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- HELMS (2010), «Review. Der Anspruch auf das stellvertretende commodum by Felix Hartmann», *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 210, 5, pp. 754-759.
- (2007), *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- HERRESTHAL (2019), «§ 326 Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht » en Gsell; Kruger; Lorenz; Reymann, *Beck Online Grosskommentar zum BGB*.
- HIMMELMANN (1965), *Die Ersatzherausgabe nach (13) 281 Abs. 1 BGB*,
- JAKOBS (1993), *Lucrum ex negotiatione*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- JANSEN (2016), «Gesetzliche Schuldverhältnisse. Eine historische Strukturanalyse», *Archiv für die civilistische Praxis*, 216, 1-2 pp. 112-233.
- JORDANO FRAGA (1994), «¿Unas nuevas bases de la responsabilidad contractual?», *Anuario de Derecho civil*, vol. 47, fasc. II, pp. 325-340.
- KASER (1971), *Das römische Privatrecht*, I, C. H. Beck, München.
- KLEINSCHMIDT (2018), «Art. 9:102 (2) and (3)», en Jansen, Zimmermann, *Commentaries on European Contract Law*, Oxford University Press, Oxford.
- KÖHLER (2021), *Die Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- KÖNDGEN (1992), «Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? – Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, N.º, 56, 4, pp. 696-756.
- KÖNDGEN/V. RANDOW (1989) «Sanktionen bei Vertragsverletzung», en Ott, Schäfer (eds.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, Springer, Berlin-Heidelberg, pp. 122-140.
- KNÜTEL/LOHSE (2017), *Römisches Privatrecht*, 21.^a ed., C. H. Beck, München.
- LARENZ (1987), *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.^a ed., C. H. Beck, München.
- LEHMANN (2007), «Anmerkung zu BGH, Urteil v. 10. 5. 2006», *Juristen Zeitung*, 10, pp. 525-527.
- LORENZ (2020), «§ 285 Herausgabe des Ersatzes», en Hau, W, Poseck, R, *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, 54.^a ed., C. H. Beck, München.
- MASSAGUER FUENTES (2014), «La acción de daños en materia de propiedad industrial», en García de Enterría (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson-Civitas, Madrid.
- MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK (2016), *Droit des obligations*, 8.^a ed., LGDJ, Paris.
- MICHAELS (2002), *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, Duncker & Humblot, Berlin.
- MORENO QUESADA (1976), «Problemática de las obligaciones de hacer», *Revista de Derecho Privado*, vol. 60, n.º 6, pp. 467-502.
- MORALES MORENO (2012), «Tres modelos de vinculación del vendedor a las cualidades de la cosa vendida», *Anuario de Derecho civil*, vol. 65, fasc. I, pp. 5-28.
- (2010), *Incumplimiento de contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- PANTALEÓN PRIETO (1993a), «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *Anuario de Derecho civil*, vol. 46, fasc. IV, pp. 1719-1746.

- (1993b), «Comentario del artículo 1902 CC», *Comentario del Código Civil*, II 2.^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid. Ministerio de Justicia.
- (1991), «El sistema de responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho civil*, vol. 44, fasc. III, pp. 1019-1092.
- POSNER (2011), *Economic analysis of Law*, 8.^a ed., Wolters Kluwer, New York.
- POTHIER (1761), *Traité des Obligations*, II, Chez Deburé, Paris.
- PLANIOL/RIPERT (1932), *Traité élémentaire de Droit civil*, 11.^a ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris,
- PRADO LÓPEZ (2018), «La restitución de mayores ganancias en el incumplimiento eficiente: una respuesta desde el derecho chileno de los contratos», *Ius et Praxis*, año 24, n.º 3, pp. 335-378.
- ROCA JUAN (1976), «Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1186 del Código civil)», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid.
- RODRÍGUEZ-ROSADO (2019), «Mala fe y eficacia frente a tercero de los derechos de crédito», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 59, pp. 435-470.
- (2009), «"Ius ad rem" y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código civil», *Anuario de Derecho civil*, vol. 62, fasc. IV, pp. 1687-1723).
- (2004), «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión», *Anuario de Derecho civil*, vol. 57, fasc. III, pp. 1003-1104.
- ROTH (1991), «Gedanken zur Gewinnhaftung im Bürgerlichen Recht», en Jayme, Laufs, Misera, Reinhart y Serick (eds.), *Festschrift für Hubert Niederländer*, Carl Winter, Heidelberg.
- RUBIO TORRANO (2016), «Enriquecimiento sin causa: principio general y acción específica (a propósito de la STS de 28 de octubre de 2015)», *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 2.
- RUDA GONZÁLEZ (2010), «Artículo 1186 Código civil», en Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid.
- RUIZ ARRANZ (2018), «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 71, fasc. IV, pp. 1351-1486.
- SAN MIGUEL PRADERA (2004), *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
- SCHÄFER/OTT (2012), *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5.^a ed., Springer, Berlin-Heidelberg.
- SCHERMEIER (2007), «§§ 280-285. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung», en Schmoedel, Rücker, Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, II, Mohr Siebeck, Tübingen.
- SCHULZ (1909), «System der Rechte auf den Eingriffserwerb», *Archiv für die civilistische Praxis*, 105, pp. 1 y ss.

- SCHWAB (2020), «§ 812 BGB Herausgabeanspruch», *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.^a ed., C. H. Beck, München.
- SWARZE (2017), «Die Pflicht zur Herausgabe eines Ersatzes», *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2.^a ed., De Gruyter, Berlin-Boston.
- TERRÉ/SIMLER / LEQUETTE / CHÉNEDÉ (2019), *Droit civil. Les obligations*, 12.^a ed., Dalloz, Paris.
- VARGAS BRAND (2019), Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano), Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.
- VENDRELL CERVANTES (2017), «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en Del Olmo García; Basozabal Arrue (coords.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Pamplona, pp. 283-337.
- (2012), «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, fasc. III, pp. 1107-1244.
- VIRGO (2008), «§29. Restitution», en *Chitty on contracts*, 30.^a ed., Sweet & Maxwell, London.
- WIECZOREK (1995), *Die Erlösherausgabe bei § 281 BGB*, Peter Lang, Frankfurt am Main.
- WILBURG (1934), *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht: Kritik und Aufbau*, Festschrift der Universität Graz.
- WILHELM (1973), *Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung*, Röhrscheid, Bonn.

XL

LAS OFERTAS VINCULANTES Y SUS EFECTOS

ANTONIO RUIZ ARRANZ*
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción: la oferta vinculante como cuestión no uniforme.–2. La revocabilidad de la oferta como regla general.–3. La oferta vinculante. 3.1 Fuentes de vinculación a la oferta. a) La declaración de irrevocabilidad. b) La fijación de un plazo. c) La confianza del destinatario. d) El cumplimiento de una previsión contractual. e) ¿La oferta de celebrar un que solo genera obligaciones para una parte? f) La interpretación como vía para determinar la eficacia vinculante de la oferta. 3.2 La vinculación a la oferta y la publicidad en contratos con consumidores. 3.3 Diferencia con el derecho de opción. 3.4 El sentido de la oferta vinculante. 3.5 Ofertas vinculantes *ex lege*.–4. La revocación de la oferta vinculante. 4.1 Problemática y solución. 4.2 Las consecuencias de la revocación. a) Indemnización de daños. b) Subrogados (*commodum representationis*). c) ¿*Commodum ex negotiatione*? d) Recapitulación y conclusión parcial. 4.3 La pérdida del carácter vinculante de la oferta. a) Inexigibilidad del mantenimiento de la vinculación a la oferta. b) Alteración de las circunstancias. c) ¿Adaptación de la oferta?. d) ¿Oferta de contrato del que se puede desistir?–5. La oferta vinculante en el moderno Derecho de contratos: una propuesta de regulación.–6. Conclusiones y perspectivas.–7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: LA OFERTA VINCULANTE COMO CUESTIÓN NO UNIFORME

La eficacia vinculante de la oferta de contrato es uno de esos temas donde las soluciones que ofrecen los distintos sistemas jurídicos son más dispares y

* Contacto: antonio.ruiz@uam.es. Orcid ID: 0000-0001-7352-1753.

ante la que más interesante resulta el análisis comparado¹. Es, sin duda, una cuestión no uniforme². Mientras los ordenamientos del *Common law* proclaman la libre revocación de la oferta en todo momento (salvo que exista «*consideration*», normalmente basada en el pago de una cantidad por el destinatario de la oferta), el Derecho alemán (§ 145 BGB) y los ordenamientos afines a él se inclinan por la irrevocabilidad *ex lege* de las ofertas (§ 862 ABGB, arts. 3 a 5 OR, art. 230.1.º CCpor). En uno y otro sistema conviven, al tiempo, excepciones, bien hacia declarar la eficacia vinculante de la oferta³, bien hacia flexibilizar jurisprudencialmente la vinculación a la oferta *ex lege* en el Derecho alemán⁴. Entre medias de ambos modelos, el Derecho francés reconoce una eficacia vinculante de la oferta durante el plazo fijado por el oferente o durante uno razonable que es solo aparente, toda vez que la revocación impide la formación del contrato y solo origina responsabilidad extracontractual (art. 1116 CCfr); en una línea algo similar, el Derecho italiano establece la libre revocabilidad de las ofertas, salvo que en ellas se establezca un plazo para la aceptación (arts. 1328 y 1329 CCit).

¿Qué dispone el Derecho español en este sentido? Poco. En comparación con los otros ordenamientos, el nuestro es extremadamente parco en materia de oferta y aceptación. El artículo 1262 CC se limita a indicar que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la *oferta* y la *aceptación* sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato; y a establecer una serie de reglas cuando estas se emiten a distancia. Fuera de esta norma la voz «oferta» no se vuelve a utilizar a lo largo del articulado del Código civil, cuya sobriedad en este punto no ha impedido el desarrollo de una teoría sobre la oferta y la aceptación, tomando como referencia el Derecho uniforme⁵. Esta manera de operar se ha extendido a la denominada oferta vinculante. En efecto, la experiencia y fricciones del Derecho comparado en esta materia tuvieron su reflejo en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 («CISG»); concretamente en su artículo 16. Al ser fruto del compromiso de los diversos sistemas –lo que le asigna, ciertamente, un impecable carácter simbólico que

¹ Me remito al estudio de Derecho comparado en RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1356-1400).

² Para un buen y reciente resumen del estado de cosas a nivel internacional, CHRISTANDL (2018, párr. 5-8).

³ Lo que es particularmente notorio en el Derecho estadounidense, primero a partir de la doctrina del «*promissory estoppel*», y después el § 87.2 *Restatement (Second)* y la Sección 2:205 del *Uniform Commercial Code*, donde se abandona prácticamente la tradición del *commodum law*. Un breve repaso histórico sobre este sistema en MATHER (2000, pp. 31-33).

⁴ Véase, CHRISTANDL (2018, párr. 9), quien apunta a que las mayores diferencias se refieren hoy al tratamiento de la confianza defraudada del destinatario y, en consecuencia, a los remedios que la revocación ofrece.

⁵ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1995, pp. 5 y ss.).

ha influido en textos posteriores del *soft law* europeo⁶ e internacional⁷ – y, sobre todo, al tratarse de un texto incorporado al ordenamiento jurídico español⁸, el contenido de esta norma se antoja imprescindible para dar sentido a la oferta vinculante de contrato en nuestro Derecho privado⁹. Por eso, se hará continua referencia a este texto –y a otros instrumentos internacionales–, sin dedicarle un apartado específico.

La eficacia vinculante de la oferta significa que quien la emite no puede desdecirse durante el tiempo en ella indicado o durante uno razonable, una vez ha llegado a conocimiento del destinatario, el cual tiene abierta la posibilidad de emitir una aceptación que engarce con la oferta, formándose así un contrato¹⁰. Decir esto no es decir mucho, si no se estudia primero el porqué de la vinculación, a través de sus causas. Solo así se puede bosquejar una respuesta adecuada a los efectos prácticos de las ofertas vinculantes en caso de revocación. Por esta razón, expondré, primero, las fuentes de vinculación a la oferta (aquello que la convierte en irrevocable). Tras ello, explicaré los efectos jurídicos que han de seguirle. Adelanto que mi posición respecto a las consecuencias que deben seguir a la revocación de una oferta vinculante acerca la oferta vinculante al contrato: si el oferente, por las razones que sean, rechaza el propósito comercial cristalizado en la oferta, el destinatario debe tener su disposición los remedios propios de la responsabilidad contractual, con las particularidades necesarias; y que así debería recogerse en una futura modernización del Derecho español de obligaciones.

2. LA REVOCABILIDAD DE LA OFERTA COMO REGLA GENERAL

En Derecho español la oferta de contrato es revocable por regla general desde que llega al destinatario¹¹. Hasta la perfección del contrato, el oferente

⁶ SCHROETER (2019, párr. 9-10).

En efecto, del artículo 16 CISG parten los artículos 2:202 PEC, 2.1.4 PICC, II.-4:202 DCFR, 32 I CESL.

⁷ Por ejemplo, los artículos 17 y 18 de los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos («PLDC»).

⁸ Instrumento de Adhesión de España a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 («BOE» núm. 26, de 30 de enero de 1991, páginas 3170 a 3179).

⁹ Este instrumento es buen reflejo, no solo del moderno Derecho de contratos, sino también del *ius commune* europeo cuyas impresiones en materia de formación del contrato no pueden ser omitidas. Véase, en esta materia, la crítica fundada a los *Aquis Principles* en JANSEN / ZIMMERMANN (2008), pp. 518-520).

¹⁰ A efectos expositivos me referiré a la «eficacia vinculante de la oferta», la «oferta vinculante» o la «oferta irrevocable» como expresiones sinónimas de una misma realidad.

¹¹ Es de notar que la regla de la revocabilidad solo encuentra aplicación si la oferta ha llegado al destinatario. De lo contrario, el oferente siempre puede *retirar* la oferta, incluso aunque esta sea irrevocable: Díez-PICAZO (1995, p. 14).

te puede revocar su propuesta sin mayores consecuencias jurídicas. Así lo admite la doctrina¹² y la jurisprudencia¹³, sin que nada en nuestro Derecho permita inducir lo contrario¹⁴. La libre revocabilidad de la oferta solo se limita por la perfección del contrato, con la aceptación del destinatario¹⁵. Es lo que se desprende del artículo 16.1 CISG, cuando establece que «*la oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación*»¹⁶; con ello se mantienen en equilibrio los intereses de oferente y destinatario¹⁷. La convención adopta la teoría de la recepción y, por tanto, la regla de que una declaración en camino puede ser anulada por otra que llega antes, más acorde con los principios de autorresponsabilidad y buena fe¹⁸. Esta regla de la CISG se debe completar con el artículo 1262 CC, que acoge también la teoría del conocimiento para la formación del contrato. Así pues, la oferta simple puede revocarse libremente por el oferente mientras la aceptación del destinatario no sea conocida por el oferente o este no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe.

La revocación de una oferta «simple» no plantea excesivos problemas, pues el oferente puede hacerlo libremente mientras no se produzca aceptación. Las consecuencias de la revocación de esta clase de ofertas se determinarán con arreglo a la responsabilidad precontractual y sus requisitos. Esto significa que el destinatario podrá reclamar, en su caso, una indemnización por el daño (interés negativo) que le haya provocado la ruptura de las negociaciones¹⁹.

¹² Díez-PICAZO (1995, p. 15); PERALES VISCASILLAS (1995, sec. 3.1.1. b.1); CARRASCO PERERA (2017, 5/51); GONZÁLEZ GOZALO (2020, pp. 853-854).

¹³ Así, las SSTS 23.3.1988 (ECLI:ES:TS:1988:2133) y 7.6.1986 (ECLI:ES:TS:1986:3122).

¹⁴ Si se tiene en cuenta, además, que la estipulación a favor de tercero es revocable por norma general (art. 1257 II CC), e incluso con posterioridad al momento de la aceptación, si se ha previsto previamente en el contrato, si se interpreta a la luz del moderno Derecho de contratos (véase, MACÍA MORILLO, 2020, pp. 609-616).

¹⁵ Se discute, en este sentido, si el contrato se perfecciona con la emisión de la aceptación o con su recepción. Una interpretación sistemática de la CISG, que permite aceptaciones tácitas, parece apuntar hacia lo primero: Díez-PICAZO (1995, p. 15).

¹⁶ Como se ha mencionado al inicio, a falta de mejor desarrollo normativo, la Convención de Viena es un instrumento interpretativo al que se debe recurrir, con las puntualizaciones que el Derecho de obligaciones y contratos español requiera: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1995, pp. 5-6). Ello en la medida en que este instrumento es buen reflejo, no solo del moderno Derecho de contratos, sino también del *ius commune* europeo. Véase, EÖRSI (1987, p. 151).

¹⁷ JANSSEN/ZIMMERMANN (2011, pp. 638-639).

¹⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1995, pp. 13-14).

¹⁹ No me corresponde analizar la responsabilidad precontractual en este trabajo. Es el escenario que dibuja, por ejemplo, el artículo 1328 del *Codice civile* italiano que declara la libre revocación de la oferta y obliga al oferente a indemnizar daños y perjuicios al destinatario, cuando este hubiera comenzado, de buena fe, a ejecutar el contrato.

3. LA OFERTA VINCULANTE

La oferta vinculante *no es un contrato*, ni produce obligaciones para las partes implicadas. Entonces, ¿cuál es el sentido de la vinculación? La irrevocabilidad de esta oferta se ha querido fundamentar en la renuncia de derechos del oferente (art. 6.2 CC), basada en una justa causa, a favor de un número determinado de personas y durante un cierto tiempo²⁰. También se ha descrito a la oferta irrevocable como «*un negocio jurídico unilateral del proponente que atribuye al destinatario un derecho potestativo que le faculta para perfeccionar el contrato con su sola aceptación*»²¹. Estas aproximaciones parecen estimar que la oferta concede algún tipo de derecho potestativo al destinatario; lo que casi obligaría a considerarla como, al menos, un contrato de opción²². En el plano teórico, nos colocan al borde de la pendiente resbaladiza de ¿por qué no es también un negocio jurídico la oferta simple, no vinculante²³? Y ninguna ofrece adecuada respuesta a los problemas que la oferta vinculante plantea en la práctica. Por eso, no conviene confiar la suerte de la problemática de la oferta vinculante a disquisiciones acerca de la naturaleza jurídica de la misma, que arrojan más sombras que luces²⁴. Basta con admitir que una persona puede *querer* proponer la celebración de un contrato a otra bajo un nivel de vinculación especial, empleando para ello fórmulas con las que transmite a su contraparte en las negociaciones su intención de «esperar» hasta que el otro le devuelva una respuesta. Detrás de imprimir una mayor vinculación a la oferta pueden subyacer diversos motivos: la garantía de una mayor seguridad al destinatario para que sopesa la aceptación en contratos complejos; el interés del oferente en contratar (que es reflejo de lo anterior); o el conocimiento, por el oferente de las circunstancias negociales en que se encuentra inmersa la otra parte. No se trata de una

²⁰ PERALES VISCASILLAS (1995, sec. 3.1.1. b.1); CARRASCO PERERA (2017, 5/55)

²¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1995, p. 16).

²² *Infra* 3.3.

²³ Y nos lleva a la confusión entre declaración de voluntad y negocio jurídico, advertida por DE CASTRO Y BRAVO (1967, párr. 20), según la cual se llegaría, incluso, al sinsentido de decir que la compra-venta no es negocio jurídico y que la oferta y la aceptación sí lo son.

²⁴ Este, acaso, sea uno de los principales problemas que arrastra un texto como el Art. II-1-101 (1) y (2) DCFR cuando define el contrato como un «acto jurídico» y, a su vez, «acto jurídico» como «cualquier declaración o acuerdo que expresa o implícitamente persiga la producción de efectos jurídicos». En su comentario introductorio, los propios autores indican que la oferta y la aceptación son también actos jurídicos (v. BAR/CLIVE/SCHULTE-NOLKE, 2009, p. 31). Pero categorizar de este modo la oferta (y la aceptación) enturbia más que aclara, ya que una cosa es que el oferente, con su declaración, busque que se produzca un determinado efecto jurídico gracias al contrato proyectado con la oferta y otra, bien distinta, que el oferente pretenda quedar vinculado a su oferta, produciendo ese concreto efecto. Véase, la crítica al DCFR en este punto de JANSEN/ZIMMERMANN (2011, pp. 629-631).

autolimitación o renuncia de derechos, sino una determinada forma de contratar y proponer un negocio. Con ella, el emisor pretende «asegurarse» el contrato.

Porque –si se quiere ver así– toda oferta cuenta con una cierta eficacia vinculante, la cual se manifiesta en que, si el destinatario la acepta en tiempo y forma, se perfecciona el contrato por el concurso de ambas declaraciones de voluntad²⁵. Por eso, y aunque resulte perogrullesco, la posibilidad de revocación termina desde el momento en que el contrato se perfecciona²⁶. La llamada oferta vinculante presenta simplemente un alcance especialmente reforzado por su emisor, que garantiza la perfección del contrato con independencia de cualesquiera circunstancias que acontezcan, entre ellas su propia intención de desdecirse. Si se produce la aceptación de una oferta vinculante en plazo el contrato se formará, incluso aunque el oferente pueda ya no querer celebrarlo. Así las cosas, la oferta vinculante constituye una declaración de voluntad tendente a la formación de un contrato que, por las circunstancias en las que se emite y, sobre todo, por la intención de su autor, refleja el compromiso reforzado de mantenerla.

Si bien fue modificado en 2002, el artículo 1262 CC es lacónico; no se pronuncia sobre si la oferta puede o no tener eficacia vinculante ni en qué condiciones. Esta omisión del legislador no significa, ni mucho menos, que el Derecho español desconozca esta figura o que no la haya incorporado eficazmente. El artículo 16 CISG vuelve a acudir en auxilio del intérprete.

3.1 Fuentes de vinculación a la oferta

El reconocimiento de que existen ofertas que comportan una mayor vinculación a su contenido por quien las emite fuerza a adivinar qué circunstancias pueden producir este efecto. Como se ha anticipado, tras la eficacia vinculante de la oferta subyace la voluntad del proponente de configurar de este modo a la oferta; las «*fuentes de vinculación a la oferta*» no son sino distintas expresiones de esa misma realidad.

²⁵ Se apreciaba bien esta idea en el artículo 5.1 de la Convención de Derecho uniforme sobre la formación del contrato en la venta internacional de bienes, hecha en La Haya el 1 de julio de 1964 («ULFC»), al establecer que «*la oferta no vinculará al oferente en tanto no haya sido comunicada al destinatario*». Véase, EÖRSI (1987, p. 150 y ss., 159).

²⁶ FERRARI (2018, párr. 8).

a) LA DECLARACIÓN DE IRREVOCABILIDAD POR EL OFERENTE

Dice el artículo 16.2 a) CISG que la oferta no podrá revocarse, «*si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable*». Una oferta «simple» puede adquirir eficacia vinculante si quien la formula declara en ella, expresamente, su compromiso de mantenerla a la espera de la aceptación de su destinatario. Dejando para más adelante la cuestión del plazo, lo importante es que el oferente muestre su compromiso de no revocar la oferta, de imprimirle carácter vinculante. La declaración de irrevocabilidad no debe ser ambigua; antes bien debe estar formulada mediante un lenguaje lo más claro posible que dé al destinatario la seguridad de que la oferta no se revocará; ante la duda, la regla general es la revocabilidad²⁷. Se tratará entonces de dar sentido a la oferta y de interpretarla de acuerdo con las mismas reglas que rigen para los contratos²⁸. No solo el lenguaje, también los usos del comercio, las circunstancias en que se emite la oferta, los tratos preliminares y las prácticas habitualmente establecidas por las partes para cerrar sus contratos serán claves aquí²⁹. La expresión de irrevocabilidad del oferente es fruto de su propio cálculo de riesgos y, por eso, la dotación de eficacia vinculante a la oferta no requiere de una contraprestación (o *consideration*, si se quiere, del destinatario³⁰); lo contrario nos situaría, más bien, en el contrato de opción.

b) LA FIJACIÓN DE UN PLAZO

El señalamiento de un plazo para la aceptación de la oferta es una de las zonas de mayor conflicto entre *common law* y *civil law* en materia de oferta irrevocable. Mientras en los primeros ordenamientos la mera indicación de

²⁷ En este sentido, la Sec. 2:205 *Uniform Commercial Code* habla de que la oferta, para ser irrevocable, debe dar al destinatario, por sus términos, la seguridad de que se mantendrá abierta durante el tiempo que establezca o, si no se indica plazo, durante uno razonable («*An offer by a merchant to buy or sell goods [...] which by its terms gives assurance that it will be held open [...] during the time stated or if no time is dated, for a reasonable time*»). Esto ha llevado a sus comentaristas a pergeñar qué términos producen exactamente vinculación y rechazan afirmaciones ambiguas como «*esta oferta es válida hasta junio*» o «*la oferta se mantendrá hasta junio*». Véase, MATHER (2000, pp. 34-36) y los borradores de ofertas irrevocables que propone (pp. 55-56).

²⁸ SCHROETER (2019, párr. 28); FERRARI (2018, párr. 18-19); GRUBER (2019, párr. 11, 14); CHRISTANDL (2018, párr. 13).

²⁹ Véase, artículo 5.3 UFLC: «*An indication that the offer is firm or irrevocable may be express or implied from the circumstances, the preliminary negotiations, any practices which the parties have established between themselves or usage*».

³⁰ SCHROETER (2019, párr. 27).

plazo cumple la función de indicar el momento a partir del cual la aceptación no surte efecto, en los segundos el plazo confiere a la oferta la dignidad de vinculante. Por eso, el artículo 16.2 a) CISG es, sobre todo, un compromiso entre los distintos sistemas en este punto³¹.

El artículo 16.2 a) CISG no aclara el sentido que debe atribuírsele al plazo que el oferente confiera a su oferta («*si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable*») ni lo pretende. Antes bien, da pie a ambas interpretaciones³². Ello obliga a buscar un sentido español al precepto. En lo que al nuestro Derecho interesa, se deben considerar dos aspectos. El primero es que las tensiones entre los ordenamientos a propósito del plazo que acompaña a la oferta se produjeron entre los representantes del *common law* y los delegados alemanes, cuyo ordenamiento reconoce expresamente la eficacia vinculante de la oferta³³; por eso, la discusión entre ambos sistemas solo afecta parcialmente al entendimiento de un Derecho como el español (o el francés) que no reconoce la eficacia vinculante de la oferta como regla general³⁴. El segundo aspecto es que la regla general, también en el ámbito de la CISG, es la libre revocación de la oferta, siendo la eficacia vinculante su excepción (art. 16.1 CISG)³⁵. En efecto, la literalidad del artículo 16.2 a) CISG, en cuanto al plazo, exige a la declaración en que se formula la oferta indicar que es irrevocable, lo que puede desprenderse del plazo, pero no necesariamente. Esta la lectura más plausi-

³¹ Así, MALIK (1985, sec. III.2), SCHROETER (2019, párr. 4). El precepto construye así un «*equilibrio casi imposible*» (RAMOS MUÑOZ, 2012, sec. II.2 A). Véase, también, sobre el proceso del artículo 16 CISG, EÖRSI (1987, pp. 150-154) quien describe la historia de este artículo como «dramatic».

³² DíEZ-PICAZO (1995, pp. 16-17); MATHER (2000, pp. 41-46). A pesar de que durante los trabajos preparatorios parecía cerrado que se atribuiría a la oferta vinculante con plazo el sentido de irrevocable. Véase, sobre las impresiones de las delegaciones y el resultado final, SCHROETER (2019, párr. 29).

³³ En cierta medida, la cuestión del plazo en el ámbito de la CISG dependerá del lugar de procedencia del intérprete. Un jurista anglosajón tenderá a restar importancia al plazo, mientras que otro alemán lo considerará relevante, e interpretará el artículo 16.2 a) como una regla independiente del primer párrafo. Véase, EÖRSI (1987, p. 159).

³⁴ Por eso, no es ninguna casualidad que sean los comentaristas alemanes del artículo 16 CISG quienes se manifiesten generalmente a favor de que el plazo imprime irrevocabilidad a la oferta, sin mayor discusión. Así, SCHROETER (2019, párr. 29); SCHILDER (2003, p. 76); GRUBER (2019, párr. 13); BUCHWITZ (2020, párr. 12). Véanse, también, las referencias en JANSEN/ZIMMERMANN (2011, n. 76). Mientras tanto, los comentaristas de otros países se muestran algo más prudentes (y se sienten menos incómodos) a la hora de calificar el plazo: HONNOLD (2009, pp. 218-219); MATHER (2000, p. 46); FERRARI (2018, párr. 17). En España, igualmente, DíEZ-PICAZO (1995, p. 17); PERALES VISCASILLAS (1995, sec. 3.1.1. b.1 y b.2).

³⁵ CHRISTANDL (2018, párr. 12). Sobre el artículo 16.2 y el plazo, RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1400-1401).

ble de la Convención en este punto³⁶: ha de ser la propia oferta –o de ella así debe determinarse– la que indique que es irrevocable, por ser esta la voluntad de su emisor; lo que muchas veces obligará a la interpretación del sentido del plazo (art. 8 CISG)³⁷.

La enseñanza que se desprende de ambos aspectos es que la sola indicación de plazo no produce *per se* irrevocabilidad en la oferta³⁸, dentro de una interpretación española del artículo 16 CISG. En efecto, se debe rechazar que la sola indicación de plazo convierta a la oferta en vinculante³⁹. Toda oferta lleva incorporada, por su propia naturaleza, un plazo durante el cual esta despliega sus efectos, es decir, durante el que puede tener lugar una aceptación efectiva por parte del destinatario⁴⁰. Si el plazo no se especifica, tendrá que ser determinado por medio de la interpretación de la declaración de voluntad en que se contenía la oferta, teniendo en cuenta la naturaleza del negocio proyectado con la oferta, los usos ente las partes o los del mercado en cuestión. Ninguna oferta –revocable o irrevocable– debe permanecer abierta durante un plazo excesivo en relación con el tipo de negocio que proyecta o con la posición contractual que ocupan las partes⁴¹.

³⁶ El artículo 2:202 (3) b) PECL parece decantar la balanza hacia el Derecho alemán, al establecer expresamente que la indicación de un plazo para la aceptación convierte a la oferta en irrevocable. Sin embargo, incluso sus intérpretes consideran dudosa una presunción irrefutable de que la indicación de plazo convierte a la oferta en irrevocable (CHRISTANDL, 2018, párr. 15). Asimismo, la última versión (de 2016) de los Principios Unidroit, mantiene la literalidad de la CISG (art. 2.1.4 (2 a) PICC). En este sentido, los comentarios oficiales al artículo 2.1.4 (2 a). Principios Unidroit («PICC») señalan que «*el establecimiento de un plazo fijo para la aceptación puede, pero no necesariamente, actuar como señal implícita de que la oferta es irrevocable*» («*indication of a fixed time for acceptance may, but need not necessarily, amount by itself to an implicit indication of an irrevocable offer*») (UNIDROIT, 2016, p. 40).

³⁷ Díez-PICAZO (1995, p. 17), EÖRSI (1987, p. 158). Resultará, entonces, importante estar a todas las circunstancias que presidieron la negociación entre las partes, las prácticas que establecieran entre ellas, los usos y su comportamiento ulterior (art. 8.3 CISG). En este sentido, AKSELI (2003, sec. 4).

³⁸ Que me conste, a nivel internacional, no se han reportado casos en los que el artículo 16.2 a) CISG fuera de aplicación (UNCITRAL, 2016, p. 92).

³⁹ En similar sentido, CARRASCO PERERA (2017, 5/54). También, GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015, sec. II).

⁴⁰ No obstante, el artículo 1329 *Codice civile* italiano sí considera que la sola atribución de plazo convierte en vinculante a la oferta. En parecido sentido, el artículo 6:219 BW holandés.

⁴¹ Esto explica que, cuando el consumidor es oferente, la legislación repunte abusivas aquellas cláusulas que «*reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida*» (art. 85.1 TRLGDCU). Se ha apuntado que la abusividad de este tipo de cláusulas se deriva de cargar al consumidor con la revocación de la oferta o de la incertidumbre que provoca en el consumidor y la posible pérdida de otras oportunidades. GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015, sec. II). En realidad, el art. 85.1 TRLGDCU parte de que el plazo –estipulado por el empresario– convierte la oferta en irrevocable y, consciente de ello, la norma considera abusiva la cláusula con plazo excesivo. Un plazo excesivo puede

La idea anterior se aprecia, bien que con algunas dudas, en la jurisprudencia⁴², que ciertamente no es del todo uniforme⁴³. En este sentido, es coherente con un Derecho, como el español, que proclama la libre revocabilidad general de las ofertas, reconocer que la sola indicación del plazo solo convierta en explícito lo que ya era implícito⁴⁴. Por ello, la interpretación de la fijación de plazo más ajustada a nuestro Derecho es aquella que atribuye al plazo una mera función interpretativa o, si se quiere, presuntiva de la voluntad del oferente de hacer irrevocable su oferta⁴⁵. De otro modo, resultaría desafortunado que el solo hecho de indicar una fecha impidiese al oferente demostrar que la inclusión de un plazo acompañando a su oferta no perseguía el propósito de vincularle, sino el de expresar cuándo expiraba⁴⁶.

colocar a consumidor en una situación comprometida, quedaría expuesto al cambio de circunstancias y el empresario podría especular a su costa.

⁴² La jurisprudencia española acepta que toda oferta lleva consigo un plazo explícito o implícito para su aceptación. Así la STS 23.3.1988 (ECLI:ES:TS:1988:2133) cuando dice que «*la oferta sólo puede mantenerse por un tiempo prudencial, a juicio de los Tribunales, si no contiene plazo*». Sin embargo, esta sentencia dice igualmente que la oferta «*puede ser revocada, de no mediar plazo, al no existir declaraciones de voluntad concurrentes*»; con lo que no queda clara exactamente su postura respecto del plazo, probablemente por no serle necesaria para resolver. Más claramente en la STS 1003/1993, de 3 de noviembre, en un caso en el que el oferente retira su oferta seis años después de su formulación.

En el caso de la STS 506/2013, de 17 septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4812), la oferta de venta contenía un plazo para aceptar, siendo vendida la cosa a un tercero antes del transcurso de este. Para la Sala 1.ª, la aceptación por el destinatario perfecciona el contrato y da lugar a la responsabilidad contractual. No se pronuncia sobre si el plazo confería el carácter de irrevindicable a la oferta, probablemente por no serle necesario para resolver.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sí ha acogido esta postura. Destaca la STC 37/1981, de 16 de noviembre, cuando dice que «*toda oferta de contrato debe ser mantenida, de acuerdo con los usos del comercio, durante el tiempo razonablemente necesario para que pueda ser conocida por aquellos a quienes se dirige*».

⁴³ En efecto, muchas sentencias reconocen la existencia de un plazo implícito para la aceptación, pero anudan al plazo la virtud de impedir que el oferente revoque la oferta durante la duración de este. Es representativa de este parecer la STS 1003/93, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:1993:7366). Igualmente, véase la STSJ, Navarra, 25/2008, de 11 diciembre (ECLI:ES:TSJNA:2008:987).

⁴⁴ A diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en el Derecho portugués, donde la regla general es la irrevocabilidad y donde, el plazo sirve a esta misma regla (arts. 228 y 230 CCpor).

⁴⁵ Véase, con más amplitud, RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1409-1416). No puede decirse a la ligera que, la CISG construye la concesión de un plazo con la oferta como un supuesto de irrevocabilidad sobre el que, de ningún modo, cabe interpretación (CARRASCO PERERA, 2017, 5/54).

⁴⁶ En efecto, si una oferta que contiene todos los elementos suficientes para la formación del contrato indica que «*será mantenida para su aceptación hasta el 23 de noviembre de 2020 a las 23:59*», parece difícil no extraer de ella que la intención del oferente es la de imprimir eficacia vinculante a la misma. Ahora bien, esto no siempre tiene por qué ser así. Piénsese, por ejemplo, en una oferta de las mismas características que señale que «*expirará el 23 de noviembre a las 23:59*». En este segundo caso, la oferta simplemente indica el momento a partir del cual el oferente rechazará la aceptación, pero de ella no se desprende intención alguna de querer vincularse. Habría que estar a otras manifestaciones precontractuales de las partes, si se le quiere conferir eficacia vinculante, de la que en principio carece.

Lo mismo sucedería si se ofrece al destinatario la posibilidad de contratar un paquete de servicios determinado que, por su elevada demanda, se prevé que se agostará pasados tres días. Si el oferente indica

c) LA CONFIANZA DEL DESTINATARIO COMO REFLEJO DE LA INTENCIÓN DEL OFERENTE DE VINCULARSE

El artículo 16.2 b) CISG incorpora una fuente de vinculación distinta a la oferta: la confianza del destinatario que *actúa* en atención a los términos de la oferta emitida. Indica este precepto que la oferta tampoco puede revocarse, «*si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta*». El Código civil no reconoce una vinculación a la oferta por razón de la confianza del destinatario. De hecho, hay autores que lo rechazan, en tanto que la expectativa derivada de la oferta no sería protegible, ni siquiera cuando se han acometido inversiones económicas en atención a la misma⁴⁷. Sin embargo, no debería haber problema en admitir una vinculación basada en la intención del oferente de dotar de irrevocabilidad a la oferta. Esa intencionalidad en vincularse se refleja en la conducta del destinatario que realiza una actuación coherente con la oferta. En rigor, la confianza del destinatario no sería realmente la causa de la irrevocabilidad, sino un reflejo de la voluntad del proponente de imprimir mayor firmeza a su oferta⁴⁸, por las particularidades del propio proceso de contratación en que esta se inserta⁴⁹.

Por la especial vinculación que genera, se deben elevar los requisitos que permiten calificar una oferta aparentemente simple como irrevocable con base en la confianza. En este sentido, la mera confianza no es suficiente⁵⁰. Será necesaria la concurrencia de los siguientes elementos para apreciar vinculación⁵¹. El primero, que el oferente formule la oferta, sabedor de la confianza que esta puede provocar en el destinatario, que actuará en consecuencia. El segundo, que la confianza del destinatario se refleje en una actuación de este acorde con el contenido de la oferta emitida. El tercero, la producción de un

en su propuesta este hecho e invita al destinatario a aceptar durante ese plazo, no puede considerarse que estemos ante una oferta irrevocable durante el transcurso de este.

⁴⁷ CARRASCO PERERA (2017, 5/51).

⁴⁸ O, si se quiere, la confianza es el punto de unión entre la oferta y la actuación del destinatario (SCHWENDER, 2019, párr. 33; en similar sentido, FERRARI, 2018, párr. 20).

⁴⁹ Y, por eso también, es más adecuado hablar de oferta vinculante «reflejada» en la confianza del destinatario, que de oferta vinculante «basada» en la confianza de este. Ello se compadece con la idea del artículo 5.2 UFLC según la cual la oferta era irrevocable cuando la revocación es contraria a la buena fe o a los tratos justos. Y es lo que, con buen tino, se incluyó en el artículo 1248 3.º PMCC: que la oferta es irrevocable, cuando el destinatario «*hubiera podido confiar por las declaraciones o comportamiento del oferente en el carácter irrevocable de aquella y hubiera realizado actos o negocios sobre la base de esta confianza*».

⁵⁰ DíEZ-PICAZO (1995, pp. 17-18).

⁵¹ Un estudio más amplio sobre la cuestión en RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1422-1431).

daño al destinatario, derivado del no mantenimiento de la oferta. Podemos analizar algunos escenarios prácticos.

(i) Las ofertas vinculantes reflejadas en la confianza se suelen dar en *escenarios triangulares* donde el mantenimiento de la oferta en los términos indicados permite al destinatario, que confía en ella, cerrar un negocio con un tercero⁵². También en escenarios típicos de *contratos de obra* y licitaciones, en las que los contratistas suelen concursar ajustando sus precios sobre la base de ofertas que previamente han solicitado a sus propios proveedores: imaginemos que el contratista A solicita a su proveedor de cemento B la emisión de una oferta de suministro de toneladas de cemento que este pueda incorporar al proceso de licitación para la construcción de una carretera pública; B remite la oferta con el precio y el resto de condiciones y A la utiliza en dicha licitación. Si le es concedida la ejecución de la obra a A y B revoca su oferta antes de la aceptación, el primero puede considerar la oferta igualmente como irrevocable⁵³. En fin, un razonamiento parecido cabe para aquellos casos donde el destinatario comunica al oferente que necesita realizar una serie de comprobaciones antes de poder aceptar la oferta, incurriendo con ello en gastos⁵⁴.

(ii) Mayores problemas pueden surgir en los casos en que la confianza del destinatario, que se ha traducido en una actuación eficaz en atención a los datos de la oferta, fue provocada por un *error del oferente en la formulación de la oferta* (por ejemplo, un error en el precio de la oferta). En estos casos, resulta imprescindible evaluar la confianza del destinatario para valorar si esta es protegible. La confianza del destinatario no será protegible cuando el contrato proyectado con la oferta resulte absolutamente desequilibrado para el oferente, como consecuencia de su error; y este hecho no pueda ser ignorado por el destinatario. Habrá que estar a si el destinatario, conforme a la buena fe –por su papel en el mercado, sus conocimientos del funcionamiento de las

⁵² Por ejemplo, el fabricante de ordenadores A acude a su proveedor de piezas para la fabricación de placas base B para que este le ofrezca 5.000 unidades a un cierto precio y le indica que necesita la oferta a fin de cerrar un pedido de ordenadores con un cliente; B emite la oferta en esos términos y A cierra el negocio con su cliente; si después B revoca su oferta, y A se ve obligado a buscar otro proveedor de placas bases para cumplir efectivamente el encargo de su cliente, podrá considerar la oferta de B como vinculante, a los efectos que luego explicarán.

⁵³ Para un estudio de la cuestión en el Derecho estadounidense, RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1361-1372).

⁵⁴ Por ejemplo, A ofrece a B la construcción de un edificio en un terreno de su propiedad, del que se sabe que es inestable y se desconoce su edificabilidad física. Antes de comprometerse con la oferta, que es tentadora, B comunica a A que necesita realizar una serie de comprobaciones en el suelo, para lo cual solicita permiso para acceder al terreno, y que tales trabajos de medida durarán 4 días; antes de ese momento no puede comprometerse a emitir una aceptación. Si A revoca su oferta antes del que B envíe su respuesta sobre la viabilidad de la obra, y habiendo incurrido esta última en los gastos inherentes a ese estudio del suelo, puede considerarse que la oferta era irrevocable, con las consecuencias que se dirán.

estructuras de costes de sus proveedores, o por la concreta marca del producto ofrecido con relación a su precio, teniendo en cuenta la función diferenciadora que cumple la marca (art. 4 d) LM)— conoció o debió haber conocido que lo que se le formulaba era una oferta errada (y no una mera «ganga»), de la cual se quiso aprovechar⁵⁵. Porque la buena fe no debe permitir al destinatario aprovecharse del error ajeno para obtener un contrato casi usurario⁵⁶.

Los casos en los que la oferta tiene eficacia vinculante reflejada en la confianza tienen en común un actuar del destinatario consecuente con la oferta. La confianza así expresada tiene el efecto de confirmar la eficacia vinculante de la oferta inicialmente planteada. La posterior revocación de la oferta perjudica al destinatario al que se le irrogan algunos daños. En el ejemplo del fabricante de ordenadores (nota 52) el daño se refleja en la operación de reemplazo a que el fabricante se ve abocado para cumplir en plazo; en el ejemplo de la construcción en terreno inestable (nota 54), en los gastos derivados de los trabajos sobre el terreno. Como se aprecia, una consecuencia común a las ofertas vinculantes reflejadas en la confianza del destinatario es que le irrogan un daño⁵⁷. Se trata de un daño *directamente vinculado a la oferta* y a su efectividad. Llegados a este punto la pregunta es si debe exigirse —además de una actuación en confianza de la oferta— la producción de un daño, como requisito para considerar a la oferta vinculante.

El Derecho estadounidense ha respondido a esta pregunta afirmativamente («*detrimental reliance*»). Por influencia americana, se ha discutido si este requisito opera también en el ámbito del artículo 16.2 b) CISG, que solo habla de *reliance*, sin vincular la confianza a la irrogación de un daño al destinatario⁵⁸. A mi juicio, una interpretación española del artículo 16.2 b) CISG debe

⁵⁵ Habrá que estar a las circunstancias, si bien no dejan de sorprender fallos como el de la SAP Sevilla, Sec. 6.ª, núm. 258/2010, de 17 de septiembre (ECLI:ES:APSE:2010:3156) que —en un supuesto de oferta errónea de venta de 15 ordenadores de la marca Compaq a un precio de 36 euros y no de 369— calificó el supuesto de «fronterizo», habida cuenta de que se trataba de productos informáticos, y no consideró que el cliente fuese consciente de que se trataba de un error. Para la fundamentación de su fallo acudió igualmente a que los precios de estos artículos pueden experimentar «rebajas drásticas», debido a su «rápida obsolescencia»; y a que el número de unidades pedidas (15) no permitía demostrar que el cliente hubiese querido aprovecharse del error del oferente.

⁵⁶ La problemática de la oferta y la confianza en contratos con consumidores la abordo *infra*, 3.2.

⁵⁷ Es en cualquier caso imprescindible que los daños que se irrogan resulten de gastos razonables de acuerdo con el mercado y el tipo de negocio que se pretendía celebrar. Véase, EÖRSI (1987, p. 159).

⁵⁸ Véase, RUIZ ARRANZ (2018, p. 1402); MATHER, (2000, pp. 48-49); MALIK (1985, sec. IV). Sin embargo, en *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories, Inc.*, 10.5.2002 [98 CIV 861 (RWS) and 99 CIV 3607 (RWS)], la Federal District Court de Nueva York rechazó expresamente que la CISG adopte el modelo americano del «promissory estoppel». Igualmente, en contra de que el destinatario experimente un daño como requisito de la vinculación, SCHWENZER (2019, párr. 35).

exigir que la revocación de la oferta haya irrogado un daño al destinatario⁵⁹. De lo contrario, se convertirían en vinculantes ofertas simples en las que no existe necesidad alguna de protección a la buena fe de su destinatario. En efecto, una vez se admite que no es la confianza aislada del destinatario la que produce vinculación –sino la confianza puesta en relación con la actuación del oferente, traducida en una determinada acción u omisión contractual del destinatario– debemos exigir que a esta acción u omisión le siga un daño concreto y efectivo⁶⁰. En principio, la creencia en que el oferente no revocará, unida a una actuación económica en una dirección concreta, se traducirá en daños tan pronto como se descubre que la creencia era falsa⁶¹.

El daño puede ser variado. Cabe pensar en el daño derivado de la contratación de seguros, suministros, almacenaje, garantías o, incluso, en la pérdida de otros negocios u oportunidades (*cf.* art. 1899 CC). Ese daño será la constatación última de la eficacia vinculante de la oferta merced a la confianza del destinatario. No obstante, se puede pensar en una confianza del destinatario en el contenido de la oferta que siendo «sustancial y definitiva» y mereciendo protección (caso de error del oferente) no termine produciendo ningún daño al destinatario⁶². En ese caso, una adecuada ponderación de intereses no puede llevar a considerar la oferta vinculante, por motivo de la confianza, y debe primar la regla general: la no vinculación⁶³.

⁵⁹ Véase, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1995, p. 18), quien no lo dice expresamente, pero se apoya en Honnold. Y es lo que igualmente se desprende del inciso final del artículo 1248 PMCC, cuando dice que la oferta es irrevocable si, por las declaraciones o comportamientos del oferente, el destinatario hubiera podido confiar en que poseía este carácter y, además, «hubiera realizado actos o negocios sobre la base de esta confianza».

⁶⁰ En el ámbito de la CISG se ha discutido bajo el artículo 16.2 b) tienen cabida también las omisiones, en la medida en que este precepto solo habla de un destinatario que podía razonablemente esperar que la oferta era irrevocable y ha «actuado basándose en esa oferta». A este respecto, SCHROETER, basándose en Schlechtriem, considera que la noción de «actuar» incluye por sí misma las omisiones, y no solo los actos positivos (2019, párr. 34).

⁶¹ MATHER (2000, p. 48).

⁶² Por ejemplo, una oferta de compra de bienes que previamente han de ser manufacturados a un precio fijo en la que el destinatario comienza la ejecución de los trabajos e incurre en gastos derivados del suministro de sus materias primas. Si el oferente revoca antes de la aceptación, resulta difícil reputar la oferta como vinculante por el simple hecho de que el destinatario hubiese comenzado los trabajos, las materias primas obtenidas sean aprovechables para atender otros pedidos. Y lo mismo sucedería, si a pesar de la revocación, el precio de las materias primas adquiridas por el destinatario de la oferta de compra para iniciar los preparativos del pedido asciende repentinamente en el mercado y se triplica, por tratarse de bienes de precio muy oscilante. En ninguno de los dos casos hay daño, lo que resta fuerza vinculante a la oferta. No obstante, véase, MALIK (1985, sec. IV).

⁶³ Ciertamente es que la exigencia de un daño presupone una revocación y conduce a una valoración de la oferta *ex post* a su emisión. Pero es que la construcción de la eficacia vinculante de la oferta reflejada en la confianza ya exige, de suyo, valoraciones posteriores a la propia emisión. También puede objetarse que por qué no se exige daño para reputar vinculante la oferta derivada directamente de la declaración y sí en

d) EL CUMPLIMIENTO DE UNA PREVIA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DEL OFERENTE

En ocasiones se formulan ofertas que responden al cumplimiento de una prestación del oferente en el marco de otro contrato, en el que actúa, en parte, como deudor. Sin ese contrato –llamémosle, marco– no se entiende ni la oferta ni su formulación. La oferta así emitida es parte de la ejecución de una relación obligatoria precedente, que le da sentido. Al estar así construida, puede decirse que esta clase de oferta tiene eficacia vinculante⁶⁴.

Ejemplo de este proceder es el *confirming* o cesión de pagos a proveedores. Como es sabido, esta práctica contractual atípica se basa en que una entidad financiera adelanta el pago de las facturas adeudadas por otra a sus proveedores. Los proveedores remiten las facturas a la entidad financiera y reciben de esta una oferta de anticipo y descuento. Con esta oferta y la subsiguiente aceptación del acreedor, surge una segunda relación contractual entre la entidad financiera y el tercero acreedor, en cuya virtud se aplica un descuento y anticipo de la factura, con unas determinadas condiciones y a cambio de una comisión. La emisión de la oferta de anticipo responde al cumplimiento, por la entidad financiera, de un compromiso contractual con su cliente, que es a su vez deudor del destinatario de la oferta de descuento. Por eso, la oferta de anticipo y descuento al proveedor debe considerarse vinculante para la entidad; su emisión –así como su eventual revocación– dependen de su cliente.

e) ¿LA OFERTA DE CELEBRAR UN CONTRATO QUE SOLO GENERA OBLIGACIONES PARA UNA PARTE?

El artículo 1333 CCit establece que la oferta para celebrar un contrato del cual solo se derivan obligaciones para el proponente es irrevocable desde que llega al conocimiento del destinatario. Y añade que este puede rechazar la oferta en un plazo acorde con el tipo de contrato o los usos; en caso contrario, el contrato se entiende celebrado. A partir de este precepto se ha dicho, en España, que cuando solo nacen obligaciones para una de las partes –entiéndase, para el oferente– no se requiere aceptación del destinatario, quien tiene

este caso. Pero la razón es evidente: en una la intención de vincularse es explícita o implícita, mientras que aquí la intención de vincularse tiene que reflejarse en la actuación del destinatario en confianza.

⁶⁴ CARRASCO PERERA (2017, 5/56, n. 51), quien pone el ejemplo de un pacto de accionistas donde se acuerda que, bajo cierta condición o sin ella, uno de los firmantes está obligado a formular al otro una oferta de contrato de licencia.

interés al no quedar obligado⁶⁵. De esta manera, la oferta de celebración de un contrato sin obligaciones para su destinatario sería siempre vinculante para el oferente; sin perjuicio de que el destinatario lo rechace si no le conviene. Esta construcción requiere algún comentario.

En primer lugar, no está tan claro que en Derecho español existan contratos unilaterales en los que solo una de las partes quede obligada. Si A ofrece a B prestarle 1000 sin intereses de por medio, ¿estamos ante una oferta con eficacia vinculante? Creo que no tiene demasiado sentido preguntarse por el carácter vinculante de este tipo de ofertas, salvo que se diga que la promesa unilateral posee causa y, por tanto, carácter contractual⁶⁶. Pero, incluso aunque se estimase que existen en nuestro derecho esta clase de contratos unilaterales con solo obligaciones para una parte, la construcción de una irrevocabilidad parecida a lo indicado en el artículo 1333 CCit seguiría sin tener demasiado recorrido. La razón está en que en Derecho español se precisa aceptación del destinatario (art. 1262 CC) para generar vinculación contractual, por muy beneficiado que este resulte⁶⁷; y la aceptación puede producirse por medio de declaraciones, pero también de actos (arts. 18.1 CISG y 1250 PMCC). Explicado de otro modo, reconocer la existencia de contratos unilaterales en España tendría que conducir –de la mano con el Derecho italiano– a declarar la eficacia vinculante de sus ofertas, porque en ese caso la sola promesa-oferta sería ya verdadero contrato, salvo que el destinatario la rechace. No me parece que esta sea una consecuencia admisible⁶⁸.

Mención aparte exige, para el caso de la oferta, la constitución de fianza. La jurisprudencia española la ha conceptualizado como un contrato consensual que requiere del consentimiento del acreedor beneficiado por esta garantía⁶⁹. En realidad, se trata de un mal enfoque. Claro que, si se concibe la constitución de fianza como consensual, por lógica, debe exigirse consentimiento al acreedor, pues de lo contrario habría que decir que el silencio de este vale

⁶⁵ PARRA LUCÁN (2014, p. 72).

⁶⁶ Recientemente hemos asistido a un debate de indudable interés dogmático sobre la materia. Véase, RODRÍGUEZ ROSADO (2020) y las observaciones posteriores a su entrada por MIQUEL GONZÁLEZ y PANTALEÓN PRIETO, en sede de comentarios. A él remito al lector, para sacar conclusiones sobre este particular, sobre el que no me corresponde entrar.

⁶⁷ En este sentido se mueve el comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 975 del Proyecto de Código civil de 1851 (1852, pp. 5-6). Decía este precepto que «*el contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral cuando se obligan recíprocamente*». En él, señalaba el citado autor para el contrato unilateral que «*aunque solo uno de los contrayentes quede obligado al otro, es necesario, sin embargo, el consentimiento de los dos*».

⁶⁸ Salvo que se considere –con GARCÍA GOYENA– que la donación no remuneratoria y sin cargas es un contrato (unilateral) (1852, p. 6).

⁶⁹ STSS 23.3.1988 (ECLI:ES:TS:1988:2133); 1203/1993, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:1993:8608).

como aceptación⁷⁰, para no decir que la fianza es un contrato unilateral. Sin embargo, ocurre que rechazar que la fianza exija, para su eficacia, consentimiento expreso del acreedor no supone reconocer una suerte de contrato unilateral, en el que solo el fiador está obligado. La fianza, antes que un contrato, es una garantía del pago de la deuda cuya constitución es exigida por el acreedor⁷¹, a veces incluso con anterioridad al propio contrato al que sirve de garantía⁷². Así, desde la perspectiva de deudor, la fianza es parte de la ejecución de su prestación en el contrato principal: se obliga a constituir fiador; y desde la perspectiva del fiador, la fianza da cumplimiento exterior al pacto entre deudor y fiador. Por eso, no tiene demasiado sentido obligar al acreedor a «consentir» de nuevo⁷³, sin que ello equivalga a clasificar la fianza como contrato unilateral⁷⁴.

f) RECAPITULACIÓN: LA INTERPRETACIÓN COMO VÍA PARA DETERMINAR LA EFICACIA VINCULANTE DE LA OFERTA

Ante cualquier oferta de contenido dudoso en cuanto a su eficacia vinculante se debe partir de la regla general: que es simple o revocable. Es la interpretación de la declaración de voluntad lo que nos permite determinar, en un

⁷⁰ *Quod non*, porque, en general, «*el guardar silencio ante una oferta no supondrá aceptación ni originará obligaciones*» (CASTRO, 1967, párr. 87). También, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1995, p. 23).

⁷¹ Véase, en este sentido, la STS (Pleno) 101/2020, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:336). Sentencia esta que, sin embargo, parte del carácter consensual de la propia cláusula de fianza en un contrato de préstamo hipotecario con consumidores.

⁷² STS 738/2005, de 13 octubre (ECLI:ES:TS:2005:6142).

⁷³ En este sentido se pronuncia la STS 420/2017, de 4 julio (ECLI:ES:TS:2017:2720), en un caso de incumplimiento de la obligación de entregar viviendas en construcción al amparo de la Ley 57/1968, de 27 de julio y en el que, en consecuencia, entraba en juego la garantía del avalista de las cantidades anticipadas por los clientes al promotor. Con buen tino, entiende la sentencia que la póliza de afianzamiento general y colectiva concertada por la promotora con la entidad avalista es título suficiente para permitir la reclamación por parte de los clientes, sin que sea necesario un nuevo consentimiento individualizado de estos.

⁷⁴ Y acaso esto explique la singularidad que representa la *hipoteca unilateral*, reconocida en el artículo 141 LH. Según este precepto, en las hipotecas constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de esta. Y añade, en un segundo párrafo, que si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó. Al igual que con la constitución de la fianza, no se requiere una aceptación técnica del favorecido por la hipoteca unilateral, que se constituye directamente por el dueño de la finca. A lo que el precepto se refiere es a un asentimiento o a una conformidad simple o a una anuencia del acreedor favorecido por la hipoteca y que se integra en su patrimonio. Pero la hipoteca unilateral no constituye, como tampoco la fianza, un negocio o contrato bilateral. No es una aceptación contractual. Véase, en este sentido, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (1994, pp. 109-116).

concreto caso, si la oferta es vinculante⁷⁵. Es también lo que se desprende del Derecho uniforme⁷⁶. La interpretación es sencilla allí donde el oferente ha indicado claramente que emite la oferta como «irrevocable», «vinculante» o que se compromete a mantenerla y a no retirarla en un determinado plazo. El solo hecho de que el oferente indique plazo con la oferta no debe conducir *per se* a estimar que presenta eficacia vinculante. Esto podrá ser así las más de las veces, pero siempre que la interpretación del contrato arroje que esa era la intención del declarante. Habrá que atender, por tanto, a si una persona razonable, colocada en el lugar del destinatario, habría podido entender como irrevocable una oferta formulada en unos concretos términos, teniendo en cuenta los usos de ese tráfico y el ámbito más o menos internacional de la transacción (*cf.* art. 8 CISG)⁷⁷; en este sentido, el país de procedencia del oferente y el destinatario serán datos relevantes.

En los casos en que la eficacia vinculante de la oferta se pueda deducir de la confianza suscitada en el destinatario el peso de la interpretación será, incluso, mayor, conectada a la reacción que la proposición de contrato provoca en el destinatario (¿un operador razonable, colocado en el lugar del destinatario, habría estimado que la oferta era lo suficientemente vinculante, como para «pillarse los dedos» con ella en otro contrato?). Y todavía cabe plantear casos en los que converjan tanto el señalamiento de plazo por el oferente, como la posible confianza del destinatario en la firmeza de la oferta, que le lleva a comenzar los preparativos⁷⁸.

3.2 La vinculación a la oferta y la publicidad en contratos con consumidores

Al referirme a las fuentes de vinculación a la oferta advertí que la confianza podía ser fuente de vinculación, si esta se basaba en la buena fe del destinatario –lo que impedía aprovecharse de errores burdos del oferente– y se traducía en

⁷⁵ Que se trate de una oferta no plantea problema, pues la jurisprudencia admite la «aplicación de las reglas de la hermenéutica contractual a los actos preparatorios de los contratos, como es el caso de la oferta». Así SSTS 31/2000, de 28 de enero (ECLI:ES:TS:2000:493); y 506/2013, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4812).

⁷⁶ Los comentarios al artículo 2.1.4 PICC advierten, acertadamente, que «la respuesta [sobre si la oferta es o no irrevocable] se encuentra en cada caso en una adecuada interpretación de los términos de la oferta, puestos en relación con el resto de criterios para la interpretación [de los contratos]» (UNIDROIT, 2016, p. 40).

⁷⁷ MATHER (2000, pp. 46.47); FERRARI (2018, párt. 4); CHRISTANDL (2018, párt. 13).

⁷⁸ Es el ejemplo de los «quesos malditos», planteado por RAMOS MUÑOZ (2012, sec. II.2 A).

la producción de un daño al destinatario, que actuó (o no) conforme a ella. Las relaciones entre un empresario y un consumidor en las que el primero ofrece, por error, celebrar un contrato en condiciones extremadamente ventajosas para el segundo plantean la misma problemática⁷⁹. Y lo mismo sucede con la publicidad –en sus diversas formas– a la que cada vez más merece darse el tratamiento *práctico* de oferta *en los contratos con consumidores*, siendo superflua su distinción o tratamiento no conjunto (*cfr.* art. 9 LOCM⁸⁰); no en vano la

⁷⁹ Puede mencionarse aquí el caso aparecido recientemente en prensa en el que una empresa ofreció, por un error informático, la venta de un teléfono móvil marca *Huawei* modelo *P30 6,47'128GB Breathing Cristal* un 75% por debajo de su precio real (139,90 euros frente a los 699,90 euros que costaba en realidad). Según se informó, un elevado número de clientes compraron el teléfono al precio errado, y reclamaron cuando la compañía canceló los pedidos, que ascendieron a casi 13.000. También se informaba que un laudo arbitral habría dado la razón a uno de los clientes, por no considerar probado que los reclamantes fueran conscientes de que se trataba de un error y no de una «ganga» con un 75% de reducción del precio respecto de la competencia; e indicaba que los comentarios en redes presentados por la reclamada no eran prueba suficiente para enervar la presunción de buena fe. Algunos de esos laudos han sido anulados por motivos procesales por el TSJ de Madrid. Así, con un resumen del contenido material del caso, véanse las SSTSJ Madrid núm. 1/2021, de 19 de enero (ECLI:ES:TSJM:2021:141) y 2/2021, de 19 de enero (ECLI:ES:TSJM:2021:142).

Un caso similar fue el resuelto por la SJPI n.º 6 Badalona núm. 106/2011, de 8 de junio (ECLI:ES:JPI:2011:43). Una empresa había ofertado por error ordenadores portátiles de la marca MAC Apple Macbook 13» por 67,97 euros en total (22,48 euros cada ordenador), adquiriendo dos de ellos a ese precio un consumidor a través de internet; el precio real del producto ascendía a algo más de 1.000 euros. La sentencia consideró que el adquirente –al que no aplicó la normativa de consumidores y usuarios por no probarse su condición de consumidor, si bien este así lo defendía– actuó con abuso de derecho, al querer aprovecharse de un error manifiesto.

Sobre esta clase de «errores virtuales», CARRASCO PERERA (2012, p. 1).

⁸⁰ Así, CARRASCO PERERA (2017, sec. 5/13), quien, eso sí, cuestiona que la regla del artículo 9.1 LOCM se refiera exactamente a una oferta en sentido técnico y considera que la norma reconoce «*un mandato concebido en términos gruesos, según el cual quien promociona bienes de esta suerte actuaría deslealmente si atrajera a los clientes hasta el lugar de la oferta para luego negarse a cumplir*»; y añade que «*para ello es indiferente que llamemos a la conducta de promoción invitación a contratar y oferta*». Sin embargo, la doctrina española considera que la publicidad no constituye técnicamente una oferta de contrato, en el sentido de que las declaraciones publicitarias «*no generan en su destinatario un derecho a exigir al anunciante la celebración de un contrato con los contenidos anunciados*» (MORALES MORENO, 2020, p. 1011; y en general, pp. 1009 y ss.; también DE ELIZALDE IBARBIA, 2015, pp. 235-236). Este último autor se apoya en la dicción literal del artículo 61.2 TRLGDCU para apuntar que la vinculación de la publicidad exige que, primero, se haya perfeccionado un contrato y que, de no haberse celebrado, la publicidad no será más que una invitación a ofrecer. El problema de esta aproximación –algo logicista– es que omite que la vinculación a la publicidad por su emisor –consagrada en dicha norma– es lo que permite al consumidor servirse de ella y «aceptarla», para formar así un contrato. Esto explica mejor, a mi juicio, el sentido de la vinculación a la publicidad. La interpretación tradicional –que distingue entre oferta e invitación a ofrecer también en el ámbito del consumo– se antoja cada vez más teórica en un mundo donde la mayor parte de las decisiones de consumo se fundamentan en la publicidad o promoción del empresario, mediante la que se promete solucionar unas u otras necesidades; máxime si se tiene en cuenta que normalmente será el precio en relación con el tipo de producto y la marca el elemento que determine la decisión de compra. A partir de esta distinción entre oferta y publicidad, a mi juicio más teórica que práctica en el contexto actual– los autores se han empleado en explicar por qué la publicidad hacia los consumidores tiene eficacia vinculante y se puede integrar el contrato mediante ella (art. 61.2 TRLGDCU); y han respondido a la pregunta aludiendo a la necesidad de protección a la confianza razonable del destinatario de la publicidad (art. 1258 CC): así, DE ELIZALDE IBARBIA (2015, pp. 246-250, 303-305, 321-322; MORALES

normativa se refiere cada vez más simplemente a «declaraciones públicas» (art. 116 d) TRLGDCU)⁸¹.

Podemos preguntarnos si la oferta (o publicidad) en estos casos merece ser considerada como vinculante. Dice el artículo 61.2 TRLGDCU que «*el contenido de la oferta [...] deberá[n] tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato*». Esta norma convierte a la oferta realizada a un consumidor en vinculante, en la medida en que hace exigible contractualmente su contenido, al protegerse las expectativas del consumidor⁸². La pregunta es: ¿en cualquier caso? A mi juicio, no. También en contratos con consumidores la eficacia vinculante de la oferta se debe hacer depender de la *confianza*. Así, en contextos como los planteados en la nota 79 –de error del empresario en el precio ofertado– habría que estar a las circunstancias concretas en las que el empresario emitió su oferta (si la oferente estaba inmersa en una conocida y anunciada estrategia de promoción; el rango de precios generalmente ofrecido por la empresa y normalmente conocido por los clientes; la publicidad que se hizo, o si era razonable esperar de esa compañía una oferta tan agresiva de reducción de precios, teniendo en cuenta la prohibición general de vender a pérdida). Cuando se emite erradamente una oferta notablemente por debajo del precio habitual para un producto de unas características concretas –y la marca, como elemento diferenciador desempeñará un papel muy relevante en la determinación de la confianza; *cfr.* arts. 4 a) y 34.4 b) LM– lo lógico es entender que la confianza del consumidor no es merecedora de protección⁸³. Es, después de todo, lo que se desprende del artículo 116 d) TRLGDCU⁸⁴ que vincula la conformidad de los productos con el contrato a las declaraciones públicas hechas por el vendedor, productos o su representante, salvo que –entre otras cosas– la declaración no pudiese «influir en la decisión de comprar el producto»⁸⁵. En este sentido se han pronunciado las sentencias que han tratado con casos si-

MORENO, 2020, pp. 1000 y ss.). Al aplicar el estándar de la confianza razonable para decidir la vinculación a la publicidad el análisis práctico no difiere mucho del que se aplica a la oferta, como se verá en este epígrafe.

⁸¹ GARCÍA VICENTE/LÓPEZ MAZA (2015, sec. III,2).

⁸² Véase, *Ibid.*, sec. II.

⁸³ En este sentido, refiriéndose, al ejemplo de una motocicleta anunciada por 12,90 euros en lugar de por 1.290 euros, DE ELIZALDE IBARBIA (2015, p. 321); también, considerando que el consumidor que pretende aprovecharse del error sufrido por el vendedor para adquirir un producto en su beneficio comete un abuso de derecho, GARCÍA VICENTE/LÓPEZ MAZA (2015, sec. V); CARRASCO PERERA (2012, p. 4).

⁸⁴ A partir del 1 de enero de 2022 la regla del artículo 116 d) TRLGDCU se traslada al nuevo artículo 115 ter 1 d) del mismo cuerpo legal (Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril).

⁸⁵ En todas las excepciones previstas por la norma se considera que ya no hay confianza del consumidor (MARÍN LÓPEZ, 2015, sec. 7. B). Un ejemplo subsumible en esa norma es que el comprador, al celebrar el contrato, ya conocía lo incorrecto de las declaraciones públicas (MORALES MORENO, 2020, p. 997).

milares, argumentando –eso sí– sobre la base de la doctrina del abuso del derecho (art. 7 CC)⁸⁶.

El resultado debe ser el opuesto cuando el error en la formulación de la oferta del empresario no es suficiente para enervar la legítima confianza del consumidor en la corrección de esa oferta, porque la oferta (o publicidad) haya generado una confianza suficiente en el destinatario⁸⁷. De nuevo habrá que estar a las circunstancias del caso, al tipo de producto (incluida la marca), a la desviación del precio o al tipo de estrategias de rebaja previamente realizadas por la compañía.

En fin, una diferencia importante en la vinculación a la oferta basada en la confianza del *consumidor* es que no se exige que se produzca un daño patrimonial en este para considerar la oferta vinculante (*detrimental reliance*); bastará con la mera confianza del consumidor –cuando esta efectivamente se da– para entender más protegible su posición. Sin perjuicio de que la revocación de una oferta en estos casos pueda irrogar también un daño al consumidor que actuó confiando razonablemente en ella (por ejemplo, decidió comprar otros productos complementarios que, de no ser por esa oferta, no habría adquirido; o, si se quiere, el daño moral de quedarse sin esa «ganga» que daba por suya), exigir un daño como condición a convertir en vinculante a la oferta desprotegería inadecuadamente al consumidor. Además, constituiría un requisito interpretador añadido *contra legem* a lo dispuesto en el artículo 61.2 TRLGDCU. Tratándose de un consumidor su legítima confianza es protegible por sí misma.

3.3 Diferencia con el derecho de opción

La oferta irrevocable y el derecho o contrato de opción son instituciones distintas; a pesar de que la jurisprudencia no mantiene una línea clara al respecto⁸⁸. Al estudiar las fuentes de vinculación a la oferta he mencionado la importancia de la interpretación de la voluntad del oferente a la hora de calificar una declaración como vinculante. Basar la eficacia vinculante de la oferta en la intención más o menos clara del oferente nos da la clave para distinguirla

⁸⁶ Así la SJPI n.º 6 Badalona núm. 106/2011, de 8 de junio (ECLI:ES:JPI:2011:43), que consideró que un cliente (sí bien no le llegó a aplicar la condición de consumidor) actuó con abuso de derecho al pretender adquirir dos ordenadores de la marca Apple que habían sido ofertados a un precio de 22,48 euros, cuando su precio normalmente ofertado no descendía de los 900 euros por unidad.

⁸⁷ DE ELIZALDE IBARBIA (2015, p. 231).

⁸⁸ STS 552/2010, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2010:7105) y la jurisprudencia allí citada.

de la opción⁸⁹. La opción –pongamos, de compra o de venta– es un negocio que requiere, a diferencia de la oferta irrevocable, el consentimiento de ambas partes; la opción es ya un pacto o un contrato que, como tal, tiene carácter bilateral y cuya concesión *puede* llevar aparejada un precio (*cfr.* art. 14 RH). Estos elementos permiten, por un lado, distinguir bien la opción bilateral –que es ya un contrato– de la oferta vinculante: mientras que la oferta vinculante responderá, de ordinario, al interés del oferente en concluir el contrato en los términos en ella indicados, el derecho de opción alude al interés del destinatario en asegurarse la posibilidad de celebrar un contrato en el futuro en los términos pactados; razón esta última que explica además la práctica de ponerle precio al derecho de opción. De este modo, el concesionario de la opción adquiere un derecho de crédito consistente en poner ejecutar el contrato ya perfeccionado; cosa que no adquiere nunca el destinatario de una oferta, por muy irrevocable que esta sea. Una opción concedida unilateralmente y sin concurso de la voluntad del destinatario no es más que una oferta vinculante y como tal debe ser tratada.

3.4 El sentido de la oferta vinculante

Cuando un ordenamiento presupone la existencia de ofertas vinculantes es porque desea que, en esos concretos escenarios, se forme el contrato y, con ello, se desplieguen los efectos propios de la realidad contractual; lo que incluye a la responsabilidad, como veremos. Este adelantamiento de los efectos contractuales no es caprichoso; antes bien, a él subyacen potentes razones de índole económica que persiguen tanto un aseguramiento de los negocios que se quieren celebrar (es el caso de la oferta declarada abiertamente como vinculante), como un aprovechamiento eficiente de los recursos empleados y consumidos en atención a una oferta (es el caso de la oferta vinculante por la confianza). Al lado de ello aparece el interés procesal en una mejor canalización de las disputas jurídicas que puedan surgir de la formulación de esta clase de ofertas: a través del sistema de responsabilidad contractual en sentido amplio, que ofrece mejores soluciones. La eficacia vinculante de la oferta es –si se quiere– una anticipación del principio *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC). Por

⁸⁹ Sobre la diferencia entre oferta irrevocable y contrato de opción, BOSCH CAPDEVILA (2020, pp. 59-60).

eso, el problema de la revocación de la oferta vinculante es un problema típicamente contractual⁹⁰.

3.5 Ofertas vinculantes *ex lege*

En ocasiones es la propia ley la que establece expresamente la irrevocabilidad de la oferta para anticipar la formación del contrato. Un buen ejemplo se contiene en el artículo 33 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, según el cual, siempre que se formule solicitud de exportación de bienes muebles de interés artístico o de otro tipo, la declaración de valor hecha por el solicitante será considerada oferta de venta irrevocable en favor de la Administración del Estado que, de no autorizar dicha exportación, dispondrá de un plazo de seis meses para aceptar la oferta y de un año a partir de ella para efectuar el pago que proceda⁹¹. Igual sucede en la venta en pública subasta comercial, que estima la existencia de una oferta irrevocable de venta a favor de quien de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije este inicialmente, ya mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto (art. 56.1 Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista). De esta manera, los participantes en la subasta tienen la certeza de que la oferta es vinculante para el subastador, (solo) desde el momento en que se llega al mínimo, como estimación baja del bien a subastar e incluso por debajo del mismo una vez se cubre el precio de reserva⁹².

En otros ámbitos, la ley establece un plazo durante el cual el oferente se compromete a mantener abierta su propuesta contractual. Suele tratarse de contextos en los que la relación entre las partes se presupone desequilibrada –se esté o no dentro del Derecho de consumo– y donde la irrevocabilidad permite al destinatario estudiar con calma la propuesta del oferente que, por ser profesional de esa actividad, habrá tenido tiempo de calcular riesgos y eventualidades⁹³.

⁹⁰ En este sentido, se habla de una cierta tendencia expansiva de la vinculación a la oferta en el ámbito comercial, donde la emisión de ofertas irrevocables responde a necesidad del destinatario de investigar, las más de las veces, la viabilidad de la transacción propuesta; para lo que el oferente ha dispuesto, por hipótesis, de mucho más tiempo. Se dice además que en un contexto tecnológico y globalizado la mayor complejidad actuará a favor de las ofertas vinculantes. En este sentido, MATHER (2000, p. 31).

⁹¹ Véase, por ejemplo, la STS, 3.ª, 18.12.1989 (ECLI:ES:TS:1989:7429).

⁹² Véase, SAP, Madrid, 28.ª, núm. 70/2009, de 27 marzo (ECLI:ES:APM:2009:3712).

⁹³ Así sucede en los contratos de seguro, donde la proposición de seguro por el asegurador le vincula durante 14 días (art. 6 Ley de 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro); en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios con consumidores, donde tras la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario,

Por último, las ofertas públicas de adquisición de valores (OPAs) se consideran irrevocables desde que se anuncian públicamente (art. 30.1 Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores); lo que es coherente con las condiciones impuestas respecto de la contraprestación que se ofrece (art. 14), con las garantías que le deben acompañar (art. 15) y el régimen especial de anuncio de la oferta al que se someten (art. 16).

4. LA REVOCACIÓN DE LA OFERTA VINCULANTE Y SUS CONSECUENCIAS

4.1 Problemática y solución

El principal problema al que se enfrenta la teoría sobre la oferta irrevocable de contrato es desentrañar qué sucede cuando, pese a todo, esta es revocada por el oferente. Y es que no porque esta cuestión no haya planteado excesiva litigiosidad en la práctica⁹⁴ puede decirse que carezca de importancia⁹⁵.

Cuando se emite una oferta vinculante de contrato que se revoca antes de la aceptación por el destinatario se genera una situación para la cual los textos no proveen de remedios específicos⁹⁶. Estos se limitan a declarar que el oferente «no puede» desdecirse de su propuesta⁹⁷ o que la revocación no produce

las empresas deben emitir una oferta vinculante de préstamo o crédito al consumidor o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo o crédito, cuya validez no podrá ser inferior a 10 días (art. 16. 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, «LCCPH»); o en el crédito al consumo, donde el prestamista que ofrezca un crédito a un consumidor estará obligado a entregarle antes de la celebración del contrato, si el consumidor así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito en términos idénticos a lo establecido en el artículo 10 para la información previa al contrato, como oferta vinculante que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días naturales desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él (art. 8 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, «LCC»); en la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, donde la entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario (art. 2 II Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios); y en la regulación de los contratos de crédito inmobiliario, donde la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) tiene la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado y hasta la firma del contrato; plazo que, como mínimo, es de 10 días (art. 14.1 a) Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario).

⁹⁴ SCHROETER (2019, párr. 11). Ciertamente la casuística reportada por UNCRITRAL es bastante escasa (2016, p. 92).

⁹⁵ En el mismo sentido, RAMOS MUÑOZ (2012, sec. II.2 A)

⁹⁶ En este sentido, MALIK (1985, sec. IV); ZELLER / WALTERS (2020, p. 37).

⁹⁷ Así el artículo 16.2 CISG cuando establece que «*sin embargo, la oferta no podrá revocarse*».

efectos⁹⁸. La idea de irrevocabilidad del artículo 16.2 CISG se ha considerado expresión del principio que prohíbe ir contra los propios actos (*venire contra factum proprium*). En efecto, de ella se ha deducido una suerte de prohibición de comportarse de manera contradictoria con el contenido de la declaración primigenia, que era vinculante; también una manifestación de la caducidad de derechos subjetivos (*Verwirkung*) o del principio de confianza⁹⁹. Pero ninguna de estas nociones da adecuada respuesta a lo que sucede si, finalmente, el oferente, decide revocar. Afirmar asépticamente que la oferta vinculante no puede ser revocada por el oferente es no decir nada.

La mejor solución al problema de la oferta vinculante es acercar su tratamiento al del contrato y a los remedios por incumplimiento¹⁰⁰. Significa esto que, si el oferente manifiesta una voluntad contradictoria con la contenida en su propuesta, esta no surte efecto alguno, y el destinatario puede, si quiere, aceptar y formar el contrato. Eso es lo que le otorga la vinculación: poder neutralizar la revocación del oferente¹⁰¹. Con la aceptación, se perfecciona el contrato, el oferente se convierte en deudor, y la revocación pasa a convertirse en un incumplimiento de contrato que da lugar a los remedios frente a la insatisfacción del interés del destinatario, ahora acreedor¹⁰².

Podría pensarse que la reconducción de la oferta vinculante al contrato plantea una contradicción valorativa con la formación contractual a través del consentimiento (arts. 1261 y 1262 CC), manifestado a través del concurso de la oferta y la aceptación: si el oferente manifiesta después su *voluntad* de revocar,

⁹⁸ En el Derecho comparado, así lo declara el artículo 1329 CCit y, con mucha mayor oscuridad, el artículo 1116 CCfr que declara, por un lado, que la oferta no puede ser revocada cuando es vinculante, y acto seguido que la revocación de esta impide la formación del contrato. En el *soft law*, el artículo 2:202 (3) PECL es representativo al establecer que «*a revocation of an offer is ineffective*».

⁹⁹ Véase, SCHROETER (2019, párr. 12-14). Refiriéndose al artículo 16.2 b) y a la confianza, FERRARI (2018, párr. 20-24).

¹⁰⁰ Tal como hace el Derecho alemán. En este sentido, es paradigmático el caso de una oferta de venta de un vehículo a través de la plataforma de *eBay* subastas. El oferente A decidió no incluir un precio mínimo de puja –permitiendo ofertas desde 1 euro– a pesar de que el valor del vehículo fuera de 5.000 euros. Un interesado B aceptó la oferta de venta por un euro, siendo el único participante en la subasta. A vendió después el coche a un tercero, por un precio de 5.500 euros y revocó la oferta de la plataforma a los pocos días. Sin embargo, dado que la publicación de la subasta en la plataforma no se trataba de una simple invitación a ofrecer, sino de una oferta vinculante *ex lege* en Derecho alemán (§ 145 BGB), dirigida suspensivamente a mejor postor, esta se consideró aceptada por B, formándose un contrato. Ante la imposibilidad de entrega del automóvil, se consideró que el destinatario de la oferta (B) tenía derecho, bien a una indemnización, bien al subrogado (*commodum ex negotiatione*). Véase la resolución al caso que plantean (SCHMIDT/BRUNSCHIER, 2017, pp. 137-142). Se hizo eco de esta resolución, a propósito de los «errores virtuales» en España, CARRASCO PERERA (2012, p. 3).

¹⁰¹ Así, la STS 506/2013, de 17 septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4812), en un caso de revocación fallida por venta de la cosa ofertada a un tercero. El Tribunal Supremo termina accediendo a la vía contractual, y aplicando la cláusula penal del contrato previsto.

¹⁰² Con mayor amplitud, en RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1436 y ss.).

ya no existirían declaraciones de voluntad concurrentes ni, en consecuencia, una coincidencia del querer de los intervinientes. Dejando a un lado los problemas de error en la formulación de la oferta y vinculación reflejada en la confianza¹⁰³, esta aproximación se antoja excesivamente formalista. Primero porque, con la emisión de una oferta irrevocable –cualquiera que sea la expresión de esta– el oferente ya realiza un previo cálculo de riesgos, que le compensa, por la mayor certeza que obtiene en la celebración del contrato. Y, segundo, porque esta interpretación solo podría ser incompatible con un perfeccionamiento del contrato –a pesar de la revocación de la oferta– que obligase al oferente –ahora convertido en deudor– a cumplir su palabra y el contrato; pero no con un entendimiento del problema que considera la revocación del oferente directamente como incumplimiento del contrato, si se produce la aceptación.

Esta manera de abordar la oferta vinculante y su revocación lleva tiempo extendiéndose entre los comentaristas del Derecho uniforme. En el círculo de la CISG, se impone la idea de que la oferta irrevocable, cualquiera que sea su naturaleza, coloca al destinatario ante la posibilidad de aceptarla, formándose así el contrato, y a tratar la revocación como un incumplimiento que permita compensar a la parte defraudada de conformidad con los artículos 71 a 77 CISG¹⁰⁴. Es así como la simple revocación de una oferta vinculante conduce *directamente* a un incumplimiento esencial del contrato si el destinatario la acepta en tiempo y forma. Esta manera *directa* de operar de la oferta vinculante es la que mejor se corresponde con el sentido económico y la función que desempeña este instrumento. Y es que no tendría sentido alguno afirmar que la irrevocabilidad de la oferta simplemente permite al destinatario aceptar la oferta, que en ese momento se entiende formado el contrato, pero que el incumplimiento depende en todo caso de que el oferente *vuelva* a incumplir en un segundo momento. En este sentido, tratar la revocación de la oferta vinculante como incumplimiento, si le sigue aceptación, se compadece, a su vez, con la necesaria distinción de aquella con el desistimiento del contrato¹⁰⁵; el oferente no desiste de un contrato perfeccionado, sino que lo *incumple* si se produce aceptación, con las consecuencias que estudiaremos a continuación.

Esta aproximación ofrece, como veremos, mayor seguridad jurídica, así como una respuesta más ajustada a la realidad comercial y a la práctica. Cerca

¹⁰³ Solucionados *supra* 3.1. c).

¹⁰⁴ MALIK (1985, sec. IV); ZELLER / WALTERS (2020, pp. 44-52). En similar sentido, SCHWENZER (2019, párr. 39). GRUBER (2019, párr. 18-19) parece solo contemplar la opción contractual cuando la revocación es dolosa, lo que imprimiría a las consecuencias de la revocación un indeseable tinte sancionador. No obstante, muestra sus dudas sobre la posibilidad de alcanzar una solución matizada y uniforme, CHRISTANDL (2018, párr. 16).

¹⁰⁵ SCHULZE (2006, p. 46).

del contrato se enfocan mejor las soluciones ¹⁰⁶; desde luego, mejor que tratando todos los supuestos de revocación desde el punto de vista de la responsabilidad precontractual. Y esta seguridad jurídica se advierte igualmente desde un plano de Derecho internacional privado ¹⁰⁷.

4.2 Las consecuencias de la revocación

El tipo de incumplimiento que represente la revocación de la oferta vinculante dará lugar a alguno de los siguientes remedios, los cuales se activan una vez el destinatario ha aceptado eficazmente la oferta que se le remitió. Una pretensión de cumplimiento del contrato proyectado con la oferta de debe descartar, en tanto que es incompatible con el hecho de la revocación.

a) INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

El destinatario de una oferta vinculante puede satisfacer su interés contractual mediante el remedio indemnizatorio, si acepta la oferta en plazo. Es la opción más interesante para dar respuesta a aquellos casos en los que la revocación –ahora incumplimiento– irroga algún perjuicio al destinatario, como sucedía en las ofertas vinculantes reflejadas en la confianza del destinatario. También lo será cuando el oferente realiza un acto contractual incompatible con la oferta inicialmente formulada; por ejemplo, si le vende la cosa ofertada a un tercero.

En todos esos casos, es preciso identificar un daño indemnizable, sin el cual la eficacia vinculante de la oferta no tendrá mayor efecto. En una oferta

¹⁰⁶ En este sentido, tampoco es de extrañar que el artículo 85.1 TRLGDCU declare como *cláusula abusiva* las cláusulas que reservan al empresario la que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida. Se trata de un contexto en el que no existe contrato y donde la oferta la realiza el consumidor; probablemente tras haber tenido conocimiento de las condiciones del empresario por medio de folletos o de otra clase de medios. Y, como se ve, el Derecho de consumo, opta en esta oportunidad por dar una solución contractual al problema –bien que en sede de condiciones generales abusivas– a efectos de una mejor protección de los consumidores; mejor de la que se obtendría por una vía precontractual. En este sentido, véase el comentario de GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015, sec. II).

¹⁰⁷ El artículo 12.1 del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), referido a la *culpa in contrahendo*, establece que «*la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado*».

de venta, si el destinatario de la oferta vinculante ha tenido que procurarse un bien similar o igual al ofrecido –mediante una operación de reemplazo–, y ha tenido que abonar un precio superior por él, la diferencia entre el precio de la oferta vinculante y el mayor precio que el destinatario tuvo que abonar para poder satisfacer su interés admite ser considerada como daño. Lo mismo sucede en una oferta irrevocable de compra cuando, como consecuencia de la revocación, el destinatario tiene que vender el bien a un precio inferior. Se trata de indemnizar al destinatario el mayor coste de la *operación de reemplazo*¹⁰⁸. La indemnización del coste del reemplazo tiene sentido cuando el contrato proyectado con la oferta es de venta de bienes genéricos, que pueden ser sustituidos en el mercado con mayor o menor facilidad; si el bien era específico se complica la idea del reemplazo.

El daño derivado del coste del reemplazo encaja además con la regla de la previsibilidad (*cfr.*, art. 1107 I CC). Es, si se quiere, un daño mínimo que será indemnizable por la propia configuración de la oferta vinculante en muchos casos. Por ejemplo, si el carácter vinculante de la oferta se reflejó en la confianza del destinatario en que esta se mantendría, esa confianza se plasmó en la celebración de otro contrato, y el oferente estaba al tanto de la importancia de su propuesta, difícilmente podrá decirse que el coste de la operación de reemplazo no cumple con el criterio de la previsibilidad. En suma, solo serán indemnizables aquellos daños previstos o que se hubieran podido prever en el momento de emitir la oferta vinculante, siendo razonable pensar que el lucro cesante no lo será o que al menos no lo será en contratos de compraventa de bienes genéricos o mercaderías¹⁰⁹. Con todo, el lucro cesante derivado de la pérdida de oportunidades en contextos de vinculación a la oferta producida por las circunstancias podría ser, en algún caso, indemnizable; siempre sujeto a la previsibilidad¹¹⁰.

¹⁰⁸ Más ampliamente, RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1432-1451). Y sobre la operación de reemplazo como satisfacción del interés del acreedor, sea daño emergente o lucro cesante, VARGAS BRAND (2019, pp. 280-283).

¹⁰⁹ RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1449-1451); ZELLER / WALTERS (2020, p. 49).

¹¹⁰ MALIK (1985, sec. IV), sobre la base de la doctrina del *promissory estoppel* norteamericano. No obstante, se debe tener en cuenta también el criterio del deber de mitigar el daño. Por eso, en el caso Orצל v. Banco Santander, resuelto por la Sentencia N° 296/2021 JPI núm. 46 de Madrid, parece excesiva la condena al banco –tras la revocación/incumplimiento de la oferta– a indemnizar 5,8 millones de euros en concepto de lucro cesante (correspondiente a las dos anualidades en las que el demandante estuvo en paro, hasta que fue contratado por otra entidad). En este sentido, es evidente que el banco oferente (y deudor) previese que, con el incumplimiento/revocación, se causarían al acreedor/destinatario unos daños, consistentes en la pérdida del empleo y el tiempo en paro. Ahora bien, parece dudoso que esa previsibilidad se extendiese hasta el concreto momento en que el destinatario de la oferta (y acreedor) obtuviese un empleo de similares características. Ello, además, iría en contra del deber de mitigar el daño por el acreedor. Un análisis de este fallo excede del propósito de este trabajo.

La revocación de la oferta vinculante tampoco debería conducir a la indemnización del coste de la operación de reemplazo, si –de ella y las condiciones en que se emitió– no resultaba previsible el perjuicio derivado de cubrirse en el mercado. Por ejemplo, si simplemente se formuló una oferta vinculante para dar mayor seguridad al destinatario en la consecución del contrato, pero desconociendo sus expectativas relativas al propio contrato proyectado con la oferta, no acompaña ninguna razón, a mi juicio, para indemnizar un eventual reemplazo del destinatario.

Junto al mayor coste de la operación de reemplazo, resultan indemnizables otros daños posibles del destinatario, siempre que sean igualmente previsibles al oferente en el momento de formulación de su propuesta. Así, por ejemplo, gastos de transporte, depósito y custodia de los bienes objeto de operación de reemplazo; comisiones y cargos comerciales; o, incluso y bajo determinadas circunstancias, el daño derivado del incumplimiento por el acreedor-destinatario derivado de un contrato que ya tenía formalizado en atención a la oferta vinculante de la revocación de la oferta¹¹¹. Son daños propios del llamado interés negativo, que caben dentro de la responsabilidad contractual¹¹². También si el oferente sabe que, con la formulación de su oferta vinculante inducirá al destinatario a rechazar otra oferta de un competidor; supuesto este en que la revocación podría incluso ser considerada como dolosa¹¹³.

Lo expuesto nos conduce a una importante conclusión, que me permite matizar mi posición al respecto¹¹⁴: a diferencia de la regla de la previsibilidad contractual donde la previsibilidad se refiere aquellos daños que se consideran comúnmente previsibles por ambas partes en el momento de contratar (fin de protección del contrato) (art. 1107 I CC), la naturaleza esencialmente unilateral de la oferta impone construir una previsibilidad parecida, pero específica, según la cual solo son indemnizables aquellos daños previsibles por el oferente en el momento de formularla con eficacia vinculante, en atención a las cir-

¹¹¹ Así puede suceder en los supuestos en los que se emiten ofertas vinculantes a favor de contratistas que licitan después en contratos de obras. Si, como consecuencia de la revocación de la oferta, el contratista destinatario ha de procurarse otro oferente, termina retrasando el inicio de la ejecución de la obra y el dueño le penaliza, este daño podría serle indemnizado, de acuerdo con la previsibilidad de la oferta. No así si, en ese mismo supuesto, el retraso lo arrastra hasta el final, durante toda la obra, y sufre por ello una penalización.

¹¹² RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1447 y ss.). No obstante, en Derecho alemán, hay quienes se inclinan más por una responsabilidad delictual del oferente, que indemnizaría en la medida del interés negativo (por todos, SCHILDER, 2003, pp. 220 y ss.).

¹¹³ En caso de daño provocado dolosamente, los comentaristas del artículo 16 CISG se inclinan por conceder una pretensión de daños extracontractual: SCHWENZER (2019, párr. 13); FERRARI (2018, párr. 25).

¹¹⁴ Cuando indiqué que «*el coste del reemplazo caerá dentro del fin de protección, pues la obtención de la cosa ofrecida al precio indicado entra dentro del interés del destinatario-creedor configurado y garantizado por el contrato*» (2018, p. 1446).

cunstancias. Es decir, si la eficacia vinculante de la oferta le viene dada por el oferente y su declaración de voluntad, habrá que atender a esta –y al momento temporal de su emisión– para saber si los daños son o no indemnizables.

b) SUBROGADOS (*COMMODUM REPRESENTATIONIS*)

La pérdida de la cosa ofrecida con carácter vinculante antes de la formación de un contrato de intercambio abre la pregunta de qué acciones asisten al destinatario. En principio, si la pérdida no es fortuita, cabe que el destinatario acepte y reclame una indemnización de los perjuicios que le produzca este hecho, de acuerdo con lo indicado *ut supra*. Pero la pérdida fortuita del bien ofertado –en compra o en venta– conduce, en general, a la extinción de la oferta y, con ello, de la eficacia vinculante que esta tuviera. Tratándose de una oferta vinculante de venta, el caso fortuito equivale a una imposibilidad del oferente de mantener la oferta. Y lo mismo si la oferta es vinculante de compra: la pérdida fortuita de la cosa hará que al oferente (y posible comprador) ya no interese la celebración del contrato, ni le sea exigible mantenerla¹¹⁵. En este último supuesto, la lógica más elemental impide que el destinatario que pierde la cosa fortuitamente acepte la oferta y perfeccione el contrato, con la intención de transmitir el posible riesgo al comprador. Por esto, la oferta vinculante pierde su carácter.

En los anteriores escenarios, cabe preguntarse qué ocurre si el oferente o el destinatario –según sean vendedor o comprador en el contrato que la oferta proyecta– obtienen un subrogado de la cosa perdida (indemnización de un tercero, justiprecio de la expropiación, compensación de la aseguradora, etc.). ¿Tendría derecho el futuro comprador a exigir el subrogado? La respuesta a esta pregunta depende de si la oferta vinculante es de compra o es de venta. Según lo que se viene explicando, el destinatario de la oferta de venta al que le interesase la entrega del subrogado podría aceptarla, pagando a cambio el precio estipulado en la oferta. No obstante, en una oferta de compra el destinatario tendría lógicamente la última palabra, y no parece que esta posibilidad le interesase bajo ningún concepto.

c) ¿*COMMODUM EX NEGOTIATIONE*?

Es un subrogado particular. Si el emisor de una oferta vinculante de venta de un bien específico termina vendiendo la cosa a un tercero por mayor

¹¹⁵ Véase, *infra* 4.3. a).

precio, ¿tiene derecho el destinatario a la entrega del *commodum ex negotiatione*, es decir, al precio obtenido con la reventa? Esta posibilidad le interesará especialmente en los casos en los que la revocación de la oferta vinculante no le genere un daño, en los términos antes planteados. El hecho de que el oferente venda la cosa objeto de la oferta de venta a un tercero *no* constituye, por sí mismo, una revocación eficaz, mientras no se le haga saber al destinatario. Esto provoca que, incluso siendo la oferta simple, el solo hecho de la venta no actúe como revocación y que, en consecuencia, el destinatario pueda aceptar antes de tener conocimiento de la venta y perfeccionar así el contrato ¹¹⁶.

El caso resuelto por la SAP, Murcia, Sec. 4.^a, núm. 408/2010, de 15 de julio (ECLI:ES:APMU:2010:1697) es paradigmático, por estar además sometida su solución a la CISG. Veamos sus hechos. El 19 de junio de 2008, la sociedad española *Grúas Andaluza, S. A.* («*Grúas Andaluza*») ofreció a la sociedad alemana *Krane Maschinen Service GmbH & Co. Handels KG* («*Krane*») la venta de una grúa por el precio de 512.000 euros más IVA; la oferta daba a la destinataria la posibilidad de efectuar la operación con prioridad siempre que esta se efectuara con anterioridad al 25 de junio de 2008 y mediante un adelanto de 60.000 euros. En atención a la oferta, *Krane* transfirió, el 20 de junio, los 60.000 euros a la cuenta de *Grúas Andaluza*, siendo rechazada la transferencia. El 23 de junio la oferente comunicó a la destinataria que el mismo 20 de junio les había llamado otro comprador comunicándoles que, esa misma mañana, les transferiría la totalidad del precio de la grúa, dando así por «finalizada la opción de venta». La compradora final abonó un precio de 660.000 euros por la grúa. La Audiencia Provincial confirmó el fallo de la sentencia de primera instancia, que condenaba a *Grúas Andaluza* a indemnizar a *Krane* la cantidad de 122.850 euros, resultante de la diferencia entre, por un lado, el importe de la reventa (660.000 euros) y, por el otro, el precio inicial de venta de la grúa (512.000 euros) y el importe de los gastos asumidos por *Krane*, cuantificado en 25.150 euros. A juicio de la Audiencia, la indemnización concedida en instancia, y aceptada en alzada, no quebrantaba lo dispuesto en los artículos 74, 75 y 77 CISG porque (i) *Grúas Andaluza* no acreditó que la indemnización excediese de la pérdida que *Krane* hubiera previsto o debiera haber previsto; (ii) no se ha acreditó la posibilidad de una compra de reemplazo; y (iii) tampoco se acreditó que *Krane* no hubiera adoptado las medidas que fueran razonables, atendidas las circunstancias, para reducir el perjuicio. Así, la indemnización concedida alcanzó el lucro cesante experimentado por *Krane*, como destinataria-compradora; lucro que se midió a partir del mayor precio obtenido por *Grúas Andaluza* en la reventa de la cosa.

¹¹⁶ STS 506/2013 de 17 septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4812).

Al margen de la indemnización de los gastos, la compensación del lucro cesante en las diferentes instancias es criticable¹¹⁷, al no quedar claro si realmente la compradora –y destinataria de la oferta– adquiriría la grúa para revenderla, o con qué propósito lo hacía. Si se quería indemnizar a *Krane*, lo más procedente habría sido que esta hiciese valer el coste de una eventual operación de reemplazo por otra grúa; lo que despacha simplemente con que esta posibilidad no quedó acreditada. Pero esto no significa que no existiese esa posibilidad, solo que no se probó. Da la sensación de que la Audiencia y el Juzgado se inclinan por una solución de justicia material, a fin de no dejar insatisfecha a la compradora frente al comportamiento desleal de *Grúas Andaluza*.

Volviendo al principio, a la compradora-destinataria bien le habría podido pasar por la cabeza ejercitar una pretensión de entrega del mayor precio obtenido por la vendedora-oferente con el segundo contrato (660.00), descontándose el precio a pagar por *Krane* según la oferta (512.000); es decir, una pretensión de restitución del *commodum ex negotiatione* por importe de 148.000 euros. No obstante, estando sometido el caso a la CISG, no habría resultado sencillo fundamentar esta pretensión¹¹⁸. Sí lo sería en Derecho alemán (§ 285 BGB¹¹⁹). Entre nosotros, no obstante, la posibilidad de recurrir al artículo 1186 CC a falta de cobertura normativa (art. 7.2 CISG), se debe entender excluida *de lege lata*, pues el ámbito de aplicación de este precepto se limita a la pérdida fortuita de la cosa debida, como mitigación de la asunción del riesgo por el acreedor¹²⁰. Un reconocimiento de esta pretensión en el marco de una futura modernización del Derecho español de obligaciones podría haber dado un enfoque distinto a casos como el estudiado¹²¹.

¹¹⁷ RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1449-1451).

¹¹⁸ Como no fuera mediante una interpretación extensiva, bien del artículo 79 (exoneración por caso fortuito), bien del artículo 84.2 b) que, tras la resolución, obliga al comprador a abonar al vendedor todos los beneficios que haya obtenido de las mercancías o una parte de ellas, cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas. En este sentido, véase, últimamente, KÖHLER (2021, pp. 170-232).

¹¹⁹ Véase el texto que acompaña a la nota 100.

¹²⁰ Que esto sea así no empece para que una futura actualización del Derecho de obligaciones y contratos español codifique adecuadamente un precepto capaz de dar respuesta a la satisfacción del interés del acreedor a través de la entrega del *commodum ex negotiatione*. Me ocupo de estas cuestiones en un trabajo dentro de esta misma entrega, titulado «Commodum representationis y commodum ex negotiatione. O, ¿de qué hablamos cuando hablamos de subrogados».

¹²¹ También al caso planteado en la STS 506/2013, de 17 septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4812), en el que la cosa ofertada se vendía a un tercero, conteniendo el contrato proyectado con la oferta (y finalmente perfeccionado) una cláusula penal que la Sala 1.ª entendió aplicable. Más ampliamente sobre esta sentencia: CHAPARRO MATAMOROS (2013, *passim*); RUIZ ARRANZ (2018, 1458-1460).

d) RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIÓN PARCIAL

Las posibilidades de satisfacer el interés del destinatario de la oferta vinculante pasan, sobre todo, por indemnizar aquellos daños que la revocación de la oferta –ahora convertida en incumplimiento– le irroge. El coste de la operación de reemplazo es un daño que, muchas veces será indemnizable, así como otros gastos en los que el destinatario pueda incurrir en atención a la oferta. En cualquier caso, los daños han de ser previsibles para el oferente, que revoca. Al margen de la indemnización, todavía podría el destinatario optar a los subrogados de la cosa, cuando la revocación es de una *oferta de venta* de cosa específica o determinada, que se destruye por caso fortuito antes de la aceptación. Una pretensión del destinatario a la entrega del *commodum ex negotiatione* no resulta admisible *de lege lata*. Fuera aquí, la revocación de una oferta vinculante no tendrá mayor consecuencia jurídica (si no hay daño o si no hay subrogado).

4.3 La pérdida del carácter vinculante de la oferta

a) INEXIGIBILIDAD DEL MANTENIMIENTO DE LA VINCULACIÓN A LA OFERTA

Carrasco Perera ha sostenido que la oferta vinculante genera una «paradoja», ya que el destinatario que aceptase una oferta irrevocable sobre la que el oferente ya ha manifestado su deseo de revocar agravaría su daño, al pretender que existe contrato; bajo este prisma considera, a su vez, que el destinatario no puede invertir legítimamente en el cumplimiento del contrato claramente ya repudiado por el otro; y que la confianza en abstracto no justifica inversiones inútiles¹²². En rigor, se trata del problema de qué sucede cuando, ante una oferta vinculante para cuya aceptación final el destinatario tiene que seguir incurriendo en gastos tras la comunicación de la revocación. Es el caso al que *John Honnold* alude en sus comentarios al artículo 16 CISG para demostrar la laguna que existe en este cuerpo normativo respecto a la responsabilidad por revocación de la oferta¹²³:

Pensemos que A, un fabricante piezas para parques solares necesita incorporar a su producción una máquina muy específica, compleja y costosa; contacta al fabricante B, a quien pregunta si está en condiciones de procurarle ese aparato

¹²² CARRASCO PERERA (2017, 5/56).

¹²³ HONNOLD (2009, pp. 223-224).

según las instrucciones que le suministre, y le emite una *oferta de compra*; la oferta contiene la prescripción de que la oferta se mantendrá durante un mes, a fin de que B pueda estudiar la viabilidad del proyecto, al precio ofrecido por A; B inicia de inmediato los trabajos, lo que le exige importantes desembolsos; tres semanas más tarde, y antes de que B finalice su estudio de costes y viabilidad, A le comunica que ya no está en condiciones de adquirir la máquina ni de darle uso, resultando totalmente ineconómica su adquisición; es más, le comunica que difícilmente podrá pagar la máquina, por haber perdido la línea de negocio para la que iba a destinarse la máquina en cuestión; ante ello y pese a haber invertido cuantiosos recursos en el proyecto, B detiene sus trabajos: para B, tampoco resulta económico invertir más sumas en la preparación ¹²⁴.

¿Tiene sentido obligar al destinatario de la oferta a continuar estudiando la viabilidad de esta para, por lo menos, colocarse en la posición de aceptar un contrato que no se va a poder cumplir? La respuesta es, evidentemente, negativa. Tampoco cabría decir que el destinatario puede aceptar directamente, como reacción a la revocación, para colocarse en una posición de acreedor contractual de la que en condiciones normales solo habría disfrutado si hubiese estudiado hasta el final la propuesta de contrato ¹²⁵. Pero que esto sea así no constituye una paradoja. La vinculación derivada de la oferta irrevocable se debe entender también sometida a límites, los cuales aluden precisamente a la inexigibilidad de su mantenimiento, cuando se dan ciertas condiciones, como sucedía en este caso. En efecto, si el fundamento de la eficacia vinculante de la oferta es una especie de anticipación de los efectos del *pacta sunt servanda*, a fin de ofrecer seguridad jurídica y la celebración eficaz de mejores contratos, no puede llevarse la irrevocabilidad hasta las últimas consecuencias, en supuestos donde la conclusión del contrato deja de tener sentido. Si su celebración es absolutamente ineconómica para las partes, la oferta se puede revocar libremente y, en consecuencia, ser tratada como una oferta «simple». En el ejemplo propuesto, los gastos en que incurre B hasta la revocación solo serían indemnizables con arreglo a la responsabilidad precontractual, habiendo además serias dudas para admitir una compensación en ese caso. Puede decirse entonces que, siendo inexigible el mantenimiento de la vinculación, el riesgo de la revocación lo asume el destinatario que realizase dispendios al amparo de la firmeza de una oferta que ya no se puede mantener; y es que la vinculación del oferente no significa dejar indemne al destinatario a cualquier costa o en cualquier circunstancia.

¹²⁴ El caso está algo adaptado, pero es sustancialmente idéntico.

¹²⁵ Aunque, en realidad, bajo las circunstancias del caso planteado el destinatario nunca habría aceptado contratar con una contraparte probablemente insolvente.

b) ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Otro problema derivado de la eficacia vinculante de la oferta es que su destinatario se puede terminar aprovechando en exceso de los vaivenes de un mercado fluctuante. Es una cuestión algo recurrente en Derecho alemán¹²⁶, por la concepción legal de la oferta como irrevocable en aquel sistema, y que requiere algún comentario en el nuestro. Por ejemplo, el destinatario de una oferta vinculante de compra puede beneficiarse de una caída de los precios, mientras que el destinatario de una oferta vinculante de venta puede beneficiarse de su subida. La práctica comercial indica que, muchas veces, las ofertas se emiten con plazos reducidos para la aceptación; quizás para enfrentar estas posibles oscilaciones¹²⁷.

El cambio de circunstancias debe acompañarse con la propia eficacia vinculante de la oferta; eficacia que provoca su emisor¹²⁸. Esto supone que el cambio de circunstancias no sea relevante ni permita al oferente desdecirse de su propuesta cuando quepa entender que este asumió este *riesgo* con su declaración; y que lo hizo para conferir seguridad al destinatario y anticipar así la conclusión del contrato. Por tanto, no debe permitirse revocar libremente ofertas vinculantes como consecuencia de cambios normales en el mercado. Por ejemplo, si un prestamista emite una oferta vinculante de préstamo con un tipo fijo del 2% aceptable durante un plazo de 3 meses, no cabe que el prestamista la revoque si los tipos fijos en el mercado se comienzan a colocar en torno al 4,5% durante el plazo de vigencia de la oferta¹²⁹.

Supuesto distinto es aquel en que el oferente prevé la posible alteración de las circunstancias con arreglo a las cuales envía su oferta, reservándose el derecho a revocarla, a pesar de ser vinculante.

La SAP, Asturias, Sec. 5.ª, 222/2014, de 17 de septiembre (ECLI:ES:APO:2014:2302), es representativa. La entidad financiera C tenía suscrito un contrato de *confirming* con la sociedad K, en virtud del cual los proveedores de esta última podían anticipar el cobro de sus facturas con carácter inmediato y previo

¹²⁶ Lo expongo en RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1394-1396).

¹²⁷ En este sentido, MALIK (1985, sec. IV) advierte que incluso cuando no se indica plazo, la práctica comercial en muchos mercados es la de operar con plazos muy cortos. Pone el ejemplo de las *UN/ECE general conditions of sale for potatoes*, según las cuales el destinatario solo tiene 24 horas para aceptar la oferta de venta, reduciéndose el plazo a 12 cuando se trata de patatas jóvenes. Sin embargo, hay que advertir que el carácter perecedero de esta clase de alimentos justifica plazos como estos; y que el autor no argumenta con otra clase de bienes, más duraderos.

¹²⁸ Véase, RUIZ ARRANZ (2018, pp. 1468 y ss.).

¹²⁹ Es la idea que se desprende, por ejemplo, del artículo 8 LCC, cuando dice que el prestamista que ofrezca un crédito al consumidor estará obligado a emitir una oferta vinculante «*que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días naturales desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él*». En este sentido, véase, refiriéndose a esa norma, GARCÍA VICENTE/LÓPEZ MAZA (2015, sec. III.6). Y lo mismo se establece en el artículo 16.2 LCCPH, para el préstamo hipotecario.

pago de una comisión a C. Con base en ello, la sociedad M remitió, el 30 de mayo de 2013, una factura a K, que a su vez comunicó a M que esta había sido gestionada por *confirming*, el 31 de mayo. M quedó así a la espera de que C le informase de las condiciones financieras para el adelanto del pago y, en caso de que las mismas convinieran a M, esta aceptaba la oferta. Siguiendo con el proceso, el 3 de junio, C ofertó a M el pago de una factura a cambio de las condiciones, comisiones e intereses contenidas en la oferta. Según el contenido de la oferta, la C «*se reserva el derecho a no adquirir o anticipar los referidos créditos si hubieran variado cualesquiera de los factores tomados en consideración al realizar su oferta, entre los que se encuentran la solvencia del cliente o la del proveedor*». La oferta era vinculante y, al día siguiente, M la aceptó. Casi un mes después K, la sociedad contra la que M emitió las facturas por los servicios prestados fue declarada en concurso de acreedores, presentando problemas de solvencia desde tiempo atrás. El Juzgado y la Audiencia entendieron que la oferta de anticipo fue aceptada antes haber sido revocada, desplegándose los efectos de la relación obligatoria nacida entre el proveedor y la empresa de *confirming* en relación con el anticipo ofertado. En concreto, consideraron que el cambio de circunstancias a que aludía la cláusula contenida en la oferta había de concurrir antes de producirse la aceptación porque, una vez aceptada la oferta, el contrato quedaba perfeccionado. A pesar de ello, la Audiencia añadió que, en cualquier caso, los problemas de solvencia de la sociedad K venían de tiempo atrás, habiéndose ya en precurso en el mes de febrero; y que la entidad financiera C debería haber tenido conocimiento de dichos problemas.

Hay que advertir que, en el caso, la aceptación se produjo antes de que la entidad revocase su propuesta; lo que resta virtualidad al debate sobre la oferta vinculante. Aun así, del supuesto se pueden extraer algunas enseñanzas, si la revocación hubiese sido anterior. Toda emisión de una oferta conlleva un previo cálculo de riesgos en el que se incluye precisamente el cambio de circunstancias posteriores, desfavorable para el emisor; en el ejemplo, este ejercicio era evidente porque la propia oferta incluía una cláusula en este sentido. Por eso, el cambio de circunstancias solo es relevante jurídicamente cuando no pueda afirmarse que el oferente lo asumió al exteriorizar su declaración de voluntad. Si bien la entidad C manifestaba expresamente su voluntad de no mantener la oferta ante un cambio sustancial de la solvencia del cliente y del proveedor, el tribunal entendió que con la emisión de la oferta objeto del litigio en el concreto momento en que lo hizo, asumió implícitamente un riesgo que, bajo otras circunstancias, se habría entendido excluido.

c) ¿ADAPTACIÓN DE LA OFERTA?

Esta posibilidad se antoja improbable en la práctica; y no debería gozar de prioridad respecto de la libre revocación, que es la regla general tan pronto

como la oferta pierde su eficacia vinculante. Es algo que quedará al arbitrio del oferente quien, una vez desembarazado de la vinculación estricta a su oferta, quiera rebajar sus términos, si todavía le conviene contratar.

d) ¿OFERTA DE CONTRATO DEL QUE SE PUEDE DESISTIR?

El artículo II.-4:202 (4) DCFR contiene una innovación en materia de revocación de la oferta. Según esta regla, la irrevocabilidad de la oferta no se aplica a aquellas propuestas de contrato en las que el oferente tendría el derecho de desistir eficazmente. El texto advierte además que esta regla es imperativa. La utilidad de esta previsión –sin duda pensada para la protección de los consumidores– ha sido criticada, porque la revocación de la oferta ya sería una revocación del contrato y porque el destinatario-predisponente está obligado a informar al oferente-consumidor de su derecho a desistir, de modo que, si este revoca, pensando que no tiene que desistir, incurrirá en error de Derecho¹³⁰. A mi modo de ver, la regla es desafortunada simplemente porque parece igualar la revocación de una oferta vinculante al desistimiento: «si el contrato resultante de la oferta te permite desistir, da igual que la oferta sea irrevocable». Pero no da igual; son instituciones distintas¹³¹. El desistimiento es una facultad excepcional que –en sede de consumidores y usuarios– no comporta mayores consecuencias ni penalizaciones que las restitutorias¹³² y –en contratos de prestación de servicios– conlleva responsabilidad indemnizatoria (art. 1594 CC)¹³³; mientras tanto, la revocación de la oferta vinculante sí tiene, como hemos visto, consecuencias *generales* en términos de responsabilidad, con independencia del tipo de contrato.

5. LA OFERTA VINCULANTE EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS: UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN

El artículo 1248 PMCC reconoce tanto la regla general de libre revocación de la oferta como algunas excepciones a esta, en las que la oferta «*será, sin embargo, irrevocable*». Son tres: (1) Cuando el oferente le hubiere atribuido este carácter; (2) Cuando en la oferta se haya fijado un plazo para la aceptación, a menos que el oferente se haya reservado expresamente la facultad de

¹³⁰ JANSEN/ZIMMERMANN (2011, pp. 641-642).

¹³¹ Véase, *supra*, el texto al que se refiere la nota 94.

¹³² Véanse los artículos 68, 73, 74, 75, y 75, 102, 107.2 y 108 TRLGDCU.

¹³³ Véase, MACANÁS VICENTE (2020, pp. 640-644).

revocarla¹³⁴; y (3) Cuando el destinatario de la oferta hubiera podido confiar por las declaraciones o comportamiento del oferente en el carácter irrevocable de aquélla y hubiera realizado actos o negocios sobre la base de esta confianza. Algunas cosas se pueden decir sobre esta propuesta, teniendo en cuenta lo que se ha venido explicando. La primera es que convendría dejar más clara la regla general: que la oferta es revocable, salvo que en ella el oferente indique otra cosa¹³⁵. A este primer párrafo le debería seguir un segundo del siguiente tenor:

«El contenido de la oferta será, sin embargo, vinculante para el oferente, cuando este así lo manifieste expresamente en la declaración de voluntad en que se contenga la oferta o así se desprenda de la misma. La intención del oferente de vincularse a su oferta se presumirá, si este incluye un plazo fijo de mantenimiento de esta y de este se deduce su intención; también si la oferta genera en el destinatario la confianza suficiente en que es vinculante, actuando en consecuencia, con daño para él».

Un tercero:

«Cuando es vinculante, la oferta da derecho al destinatario a aceptar, perfeccionando el contrato, durante el plazo en ella fijado o durante uno razonable, en función de las circunstancias de esta. En ese caso, la revocación de una oferta vinculante se regirá por lo previsto en los artículos 1196 y 1205 a 1212».

Y un cuarto:

«Aun cuando sea vinculante, la oferta de contrato podrá ser revocada por el oferente, si no resulta exigible su mantenimiento, según la buena fe».

6. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

El Derecho español presenta un panorama híbrido que parte de la caracterización de la oferta de contrato como naturalmente revocable, para reconocer después los supuestos en los que juega la excepción: la irrevocabilidad. Esto permite a nuestro sistema una asimilación poco traumática de las reglas

¹³⁴ La Propuesta parece asumir que la sola indicación de plazo no genera vinculación y que, antes bien, toda oferta lleva consigo aparejada un plazo dentro del cual la aceptación puede tener lugar; sea o no irrevocable. Así se desprende del artículo 1250 III PMCC cuando establece que *«la aceptación no surtirá efecto cuando no llegue dentro del plazo fijado en la oferta; o si no hubiese fijado ninguno, dentro del que resulte razonable por las circunstancias de la negociación y las características de los medios de comunicación empleados por el oferente».*

¹³⁵ En este sentido, sería rescatable el primer párrafo del artículo 522-7 PAPDC: *«La oferta puede ser revocada siempre que la revocación llegue al destinatario antes de que este haya remitido o comunicado su aceptación o, en los casos de aceptación efectuada mediante actos, antes de haber quedado perfeccionado el contrato».*

uniformes (art. 16 CISG), al tiempo que las dota de flexibilidad. Por este motivo, no tiene mucho sentido distinguir entre ofertas y eficacia vinculante, según estemos o no en la contratación «mercantil». Además, al aunar revocabilidad con vinculación, el carácter mixto del Derecho español posibilita que (i) en las relaciones comerciales, los intervinientes opten por dotar de mayor seguridad a la oferta para favorecer sus transacciones, con un respaldo legal en este sentido; sin que (ii) ello obligue a considerar irrevocable a cualquier oferta por norma general y si nada se dice en contrario.

La eficacia vinculante de la oferta significa que el destinatario puede neutralizar una posible revocación, aceptando y perfeccionando el contrato que de ella resultaría. Se invierte, de esta manera, la regla general. Por eso, cuando la oferta es irrevocable, merece la pena acercar su tratamiento al del contrato y a los remedios por incumplimiento, desde que se produce la aceptación; siempre con las adaptaciones necesarias. La revocación se trata, directamente, como un incumplimiento que da lugar a indemnización según la regla de la previsibilidad, aplicada al oferente; o, como mucho, a los subrogados *ex re*. Si alguna vez algún/a abogado/a topa con la oferta vinculante y sus efectos, estas líneas habrán cumplido, sobradamente, su cometido.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AKSELI (2003), «Guide to article 16 CISG», Disponible en <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp16.html>.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (1994), «La hipoteca de constitución unilateral», *Anuario de Derecho civil*, vol. 47, fasc. IV, pp. 85-152.
- BOSCH CAPDEVILA (2020), «Precontrato de opción y derecho real de opción», *Revista de Derecho civil*, vol. VII, N.º 4, pp. 51-98.
- BUCHWITZ (2020), «Artikel 16 CISG», *Beck-online Grosskommentar zum Cisg*, C. H. Beck, München.
- CARRASCO PERERA (2017), *Derecho de contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.
- (2012), «Errores en la fijación de los precios de los productos en los catálogos de venta *on line* ¿Hay algún remedio?, *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, pp. 1-4; disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/ERRORES-EN-LA-FIJACION-DE-LOS-PRECIOS-DE-LOS-PRODUCTOS-EN-LOS-CATALOGOS-DE-VENTA-ON-LINE_1.pdf [Última consulta: 7.5.2021]
- CHAPARRO MATAMOROS (2013), «Momento de aceptación de la oferta contractual y de perfección del contrato. Régimen de revocación de la oferta. Interpretación y aplicación de las cláusulas penales previstas para el caso de incumplimiento. Sentencia 17 septiembre 2013 (RJ 2013, 6826)», *CCJC*, 95, mayo-agosto 2014, § 2537, pp. 291-308.

- CHRISTANDL (2018), «Art. 2:202: Revocation of an Offer», en Jansen, Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Law*, Oxford University Press, Oxford.
- DE CASTRO Y BRAVO (1967), *El negocio jurídico*, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid.
- DE ELIZALDE IBARBIA (2015), *El contenido del contrato*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1995), «La formación del contrato», *Anuario de Derecho civil*, vol. 48, fasc. I, pp. 5-32.
- EÖRSI (1987), «Article 16», en Bianca y Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan, pp. 150-150.
- FERRARI (2018), «Article 16 CISG», en Kroll, Mistellis, Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, C. H. Beck, München.
- GARCÍA GOYENA (1852), *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, F. Abiezo, Madrid.
- GARCÍA VICENTE/LÓPEZ MAZA (2015), «Artículo 61», en Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona.
- GONZÁLEZ GOZALO (2020), «La formación del contrato», en Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 827-930.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015), «Artículo 85» en Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona.
- GRUBER (2019), «Artikel 16 CISG [Widerruf des Angebots]» en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.ª ed., C. H. Beck, München.
- HONNOLD (2009), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4.ª ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, (2016), *Unidroit Principles of international commercial contracts 2016*, Roma.
- JANSEN/ZIMMERMANN (2011), «Contract formation and Mistake in European Contract Law: A Generic Comparison of Transnational Model Rules», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, n.º 4, pp. 625-662.
- (2008), «Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the Principles of the Existing EC Contract Law», *The Modern Law Review*, vol. 71, n.º 4, pp. 505-534.
- KOHLER, (2021), *Die Vorteils- und Gewinnherausgabe im CISG*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- MACANÁS VICENTE (2020), «Presente y futuro del desistimiento del principal en contratos de servicios Artículo 526-4 PCC», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, fasc. II, pp. 635-712.
- MACÍA MORILLO (2020), «El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos», *Anuario de Derecho civil*, vol. 73, fasc. II, pp. 559-634.

- MALIK (1985), «Offer: Revocable or Irrevocable. Will art. 16 of the Convention on Contracts for the international sale ensure uniformity?», *Indian J. Int'l L.* n.º 25, pp. 26-49.
- MATHER (2000), «Firm offers under the UCC and the CISG», *105 Dickinson Law Review*, pp. 31-56.
- MARÍN LÓPEZ (2015), «Artículo 116», en Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona.
- MORALES MORENO (2020), «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, fasc. IV, pp. 983-1065.
- PARRA LUCÁN (2014), «La formación del contrato como proceso» en Parra Lucán, M. Á., (Dir.), *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Pamplona, pp. 57-105.
- PERALES VISCASILLAS (1995), «Una aproximación al artículo 7 de la convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Aplicaciones concretas a la parte II de la convención», *Cuadernos de Derecho y comercio*, n.º 16, disponible en <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/premio3.html> [Última consulta: 30.9.2020].
- RAMOS MUÑOZ (2012), «Derecho uniforme, interpretación uniforme y sus retos evolutivos de la diversidad en las jurisdicciones a la diversidad en las transacciones y contextos comerciales», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 286.
- RODRÍGUEZ-ROSADO (2020), «Contratos reales: el Tribunal Supremo va cerrando el cerco», *Almacén de Derecho*, 4 de septiembre, disponible en <https://almacenderecho.org/contratos-reales-el-tribunal-supremo-va-cerrando-el-cerco>.
- RUIZ ARRANZ (2018), «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *Anuario de Derecho civil*, vol. 71, fasc. IV, pp. 1351-1486.
- SCHILDER (2003), *Schadensersatz bei Durchbrechung der Bindung an obligatorische Vertragsofferten*.
- SCHMIDT/BRUNSCHIER, (2017) «Fortgeschrittenenklausur –Zivilrecht: Abbruch einer eBay Auktion», *JuS*, n.º 2, pp. 137-142.
- SCHROETER (2019), «Art. 16 CISG» en Schlechtriem / Schwenzler, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 7.ª ed., C. H. Beck, München.
- SCHULZE (2006), «Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo», *Anuario de Derecho civil*, vol. 59, fasc. I, pp. 29-58.
- UNCITRAL (2016), *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna.
- VARGAS BRAND (2019), *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo. La influencia del modelo angloamericano*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid.
- ZELLER / WALTERS (2020), «Precontractual damages as a Result of an Irrevocable Offer – A Resolution within the CISG», *Nordic Journal of Commercial Law*, n.º 1, pp. 34-52.

XLI

LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO

MARÍA PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Cádiz

SUMARIO: 1. Regulación de la figura en el Código civil y en otros textos legales.-2. Doctrina jurisprudencial sobre la suspensión del cumplimiento. 2.1 Facultad de suspensión/*exceptio non adimpleti contractus*. 2.2 Suspensión de la entrega de la cosa. 2.3 Suspensión del pago del precio. a) Perturbación por el ejercicio de acción reivindicatoria o hipotecaria. b) Carácter fundado del temor potencial a la perturbación. c) Notificación. 2.4 Efectos de la suspensión.-3. Propuestas doctrinales de modernización del régimen de la suspensión del cumplimiento. 3.1 Suspensión parcial. 3.2 Duración de la facultad de suspensión.-4. Bibliografía.

1. REGULACIÓN DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN OTROS TEXTOS LEGALES

En la relación contractual las prestaciones proyectadas, en un determinado momento, han de materializarse a través de su ejecución. La falta de esta última (o su carácter irregular) dará lugar, en línea de principio, a determinadas consecuencias que se arbitrarían como remedios para el incumplimiento. No obstante, existen ciertas circunstancias que pueden legitimar la falta de cumplimiento actual de la prestación debida. Así, la *exceptio non adimpleti contractus*, basada en el carácter sinalagmático de las obligaciones

que surgen de determinadas relaciones contractuales, justifica la posición del contratante que suspende o paraliza la ejecución de la prestación a su cargo cuando la otra parte no está cumpliendo la que le corresponde¹. La idea esencial que sirve de sustento a esta regla es la que sostiene que no resulta ético permitir que quien no ha cumplido con sus obligaciones, pueda exigir de la contraparte que cumpla las suyas. Admitir semejante posibilidad resultaría contrario a la buena fe y al mantenimiento del equilibrio entre las prestaciones de las partes².

Así entendida, la facultad de suspender el cumplimiento de las obligaciones propias por falta de correcta ejecución de las recaen sobre la contraparte goza de diversas manifestaciones en el CC. En tal sentido, responde claramente a este principio, en sede compraventa, la posibilidad regulada de suspender lícitamente tanto la entrega de la cosa³ como, en su caso, el pago del precio⁴. Son también corolarios del referido principio el régimen específico de mora que para las obligaciones sinalagmáticas se contiene en el último párrafo del art. 1100, o la regulación de la restitución recíproca que, en materia de nulidad, se establece en el art. 1308.

Fuera del CC, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) no se enuncia de modo directo la facultad de suspensión como derecho específicamente reconocido a consumidores y usuarios. No obstante, en el referido texto legal, al regular las condiciones generales, se considera como cláusula contractual abusiva por falta de reciprocidad –y, por tanto, nula-, «la imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos»⁵. A *contrario sensu*, cabría entender que sí sería lícito que, frente al incumplimiento del empresario-vendedor de sus obligaciones, el comprador-consumidor pudiera suspender el cumplimiento de las propias.

Dentro ya del Derecho comparado, la facultad de suspender las propias obligaciones cuenta con regulación específica en un buen número de textos codificados. A título meramente ejemplificativo podemos citar el pará-

¹ STS 1284/2006, de 20 diciembre.

² En la SAP A Coruña 274/2019, de 9 de julio, se habla de «*respeto a la palabra dada y la buena fe*» como fundamentos de la regla aludida en el texto.

³ Arts. 1466 y 1467.

⁴ Art. 1502.

⁵ Artículo 87.1.º del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, de Consumidores y Usuarios (BOE n.º 287, de 30.11.2007).

grafo 320 BGB⁶, los artículos 1612 y 1613 *Code*⁷ o el artículo 1460 del Código civil italiano⁸.

De otro lado, ya en el ámbito internacional, este principio, basado en la tradición romanista, cuenta con claros antecedentes en la práctica totalidad de las normas con vocación supranacional reguladoras de las transacciones contractuales –aprobadas o proyectadas–, tales como los principios Unidroit⁹, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG)¹⁰ o la Propuesta de Reglamento de Normativa Común de Compraventa Europea (CESL)¹¹.

⁶ «1. Quien está obligado por un contrato bilateral puede denegar el cumplimiento de la prestación que le incumbe hasta la ejecución de la contraprestación, a no ser que esté obligado a prestar anticipadamente. Si la prestación es a favor de varios, puede denegarse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación. La disposición del § 273, apartado 3, no es aplicable.

2. Si una parte ha cumplido parcialmente la prestación, no puede por ello denegarse la contraprestación, si la denegación, de acuerdo con las circunstancias, especialmente por la relativamente poca entidad de la parte restante, fuera contraria a la buena fe».

⁷ «El vendedor no estará obligado a entregar la cosa, si el comprador no pagara el precio, en caso de que el vendedor no le hubiera concedido un plazo para el pago» (art. 1612). Por su parte, prevé el art. 1613 que «no estará tampoco obligado a la entrega, incluso aunque le hubiera concedido un plazo para el pago, si, desde la venta, el comprador fuera declarado en estado de quiebra o sufriera descalabro, de manera que el vendedor se encontrara en peligro inminente de perder el precio; a menos que el comprador le constituya garantía de pagar en plazo».

⁸ «Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto.

Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede».

⁹ 1. Si las partes deben cumplir simultáneamente sus obligaciones, cualquiera de ellas puede suspender el cumplimiento de su obligación hasta que la otra ofrezca su prestación.

2. Si las partes no deben cumplir simultáneamente sus obligaciones, la parte que debe cumplir las en último lugar puede negarse a hacerlo hasta que la parte que debe cumplir primero lo haya hecho»: art. 7.1.3. Entre otros, véase *Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, 2004, pp. 202 y 203; también, MORÁN, 2003, pp. 323-384.

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas de 11 de abril 1980, a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio 1990, (BOE n.º 26, de 30.01.91). De acuerdo con su art. 71, «1. Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de:

- a) Un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o
- b) Su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

2. El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.

3. La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones».

¹¹ Cuyo art. 113 preveía que «1. El comprador que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que el vendedor, o después de éste, tendrá derecho a dejar en suspenso la ejecución de la prestación hasta que el vendedor haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente.

2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO

El tratamiento jurisprudencial de la regla relativa a la suspensión contractual amparada en el incumplimiento de la contraparte se ha producido, esencialmente, en relación con el contrato de compraventa; esencial, pero no exclusivamente, dado que contamos con un buen número de pronunciamientos en los que nuestros tribunales se han tenido que manifestar sobre la admisibilidad de tal *exceptio* en relación con muy dispares figuras contractuales cuyo único nexo en común era, probablemente, el carácter sinalagmático de las prestaciones que ligaban a las partes. Así, por ejemplo, en sede de contratos de distribución y licencia de marca¹², abanderamiento¹³, arrendamiento de industria¹⁴, contrato de agencia¹⁵, arrendamiento de obra¹⁶ e incluso, con respecto al incumplimiento de las obligaciones derivadas de un convenio profesional¹⁷. Desde esta perspectiva, tal vez no constituya un exceso la calificación de la facultad de suspensión de las obligaciones sinalagmáticas nacidas del contrato, canalizada a través de la *exceptio* apuntada, como principio general de esta materia, con todo lo que ello implica en orden a su posible carácter informador, amén de poder invocarse frente a la existencia de lagunas normativas, *ex art.* 1.4.º CC.

Al margen de las consideraciones anteriores, en la medida en que la jurisprudencia de nuestros tribunales sobre suspensión de las obligaciones nacidas del contrato se ha vertido, fundamentalmente, en relación con las análogas facultades reconocidas a comprador y vendedor, vamos a centrar nuestro estudio en este sede, siendo conscientes de que la facultad de suspensión, como ha quedado indicado, extiende su eficacia más allá del referido contrato. Pero antes de entrar en análisis de la jurisprudencia relativa a los correspondientes

2. El comprador que deba cumplir su obligación antes que el vendedor y crea razonablemente que el vendedor no cumplirá su obligación cuando ésta venza, podrá suspender el cumplimiento de la obligación mientras, razonablemente, siga creyéndolo.

3. En virtud del presente artículo, podrá suspenderse la totalidad o parte del cumplimiento en la medida justificada por el incumplimiento. Cuando las obligaciones del vendedor deban cumplirse por partes o sean divisibles de otro modo, el comprador sólo podrá suspender el cumplimiento en relación con la parte que no se haya cumplido, a menos que el incumplimiento del vendedor sea tal que justifique la suspensión total del cumplimiento del comprador».

El análogo derecho de suspensión a favor del vendedor se establecía en el art. 133.

¹² STS 899/2007, de 31 julio.

¹³ STS 988/2006, de 16 de octubre.

¹⁴ STS 514/2006, de 24 mayo.

¹⁵ SAP Navarra 627/2018, de 2 de diciembre.

¹⁶ SAP Castellón 225/2013, de 23 mayo.

¹⁷ STS 336/2009, de 21 mayo.

artículos CC, conviene efectuar unas previas precisiones sobre la configuración y naturaleza de la figura cuyo estudio nos ocupa.

2.1 Facultad de suspensión/*exceptio non adimpleti contractus*

Las afirmaciones efectuadas en páginas precedentes pueden llevarnos a la errónea conclusión que la facultad de suspensión del contrato y la *exceptio non adimpleti contractus* son una misma cosa, lo que no es cierto. La posible identificación entre ambos institutos constituye una cuestión que ha sido abordada con reiteración por nuestros tribunales: en ocasiones, el TS ha estimado que la facultad de suspensión, en los casos en que procede, es una aplicación o consecuencia de la *exceptio non adimpleti contractus*¹⁸ que en nuestro sistema jurídico deriva «del carácter sinalagmático de la relación obligatoria y del principio de reciprocidad de las obligaciones... se ha consolidado, de manera general, como un auténtico derecho o facultad dispuesto para poder rechazar el cumplimiento de una obligación que no se adecue a una exacta ejecución de la prestación debida, con todo aquello que hubiese sido programado en la obligación o apareciera comprendido en la misma»¹⁹. En la SAP Navarra 606/2018, de 12 de diciembre, se califica a la *exceptio* como mecanismo de defensa, en el sentido de que el deudor no se encuentra en mora en tanto la contraparte no cumpla, y ello dentro y fuera del proceso. No importa la razón por la que la contraprestación no se haya cumplido aún, «siempre que resulte debida y no se haya extinguido por imposibilidad u otra causa legal». Desde esta perspectiva, la facultad de suspensión de las propias obligaciones y el régimen de compensación de la mora en las obligaciones recíprocas son mecanismos interconectados y, al igual que sucede con la *exceptio non adimpleti contractus*, son consecuencias de un mismo principio general derivado del régimen de cumplimiento simultáneo propio de las obligaciones recíprocas. Es decir, son efectos específicos del contrato bilateral²⁰.

De otra parte, examinando la práctica de nuestros tribunales, es frecuente que, frente a las alegaciones de las partes, las distintas instancias judiciales tengan que deslindar entre dos mecanismos de defensa diferenciados como son la *exceptio non adimpleti contractus* (obligaciones no cumplidas) y la *exceptio non rite adimpleti contractus* (obligaciones defectuosamente cumpli-

¹⁸ STS 901/2004, de 29 de septiembre.

¹⁹ STS 792/2012, de 8 de enero. En el mismo sentido, STS 792/2012, de 8 de enero.

²⁰ LLAMAS POMBO, 2009, p. 1850.

das). En tal sentido, se ha indicado que «*Los principios del respeto a la palabra dada y a la buena fe dieron lugar al nacimiento de dos acciones diferentes, una de contrato no cumplido, llamada non adimpleti contractus, y otra de contrato no cumplido adecuadamente en cantidad, calidad, manera o tiempo, denominada exceptio non rite adimpleti contractus, acciones no reguladas expresamente en nuestro ordenamiento jurídico pero cuya existencia está implícitamente admitida en diversos preceptos y han sido sancionados por la jurisprudencia; así, en cuanto a la primera, los arts. 1466, 1500.2, 1100 y 1124 CC y las SS 7 octubre 1885, 8 junio 1903, 9 julio 1904, 10 abril 1924, 1 abril 1925, 6 noviembre 1923 y 29 diciembre 1965, y respecto a la segunda, los arts. 1157, 1100 apartado último, y 1154 CC, también (S 17 abril 1976)*»²¹. Así pues, la existencia de una prestación que no se ajusta a lo proyectado, dependiendo del grado de divergencia respecto del comportamiento requerido, puede ser utilizada por la contraparte para escudar el propio incumplimiento mediante la alegación de una u otra. En todo caso, la *exceptio non rite* sólo puede triunfar cuando la prestación defectuosamente realizada es de cierta importancia en relación con la finalidad perseguida por las partes al perfeccionar el contrato, haciéndola impropia para satisfacer el interés del acreedor; en otras palabras, la referida excepción no puede prosperar cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés de aquél que opone la excepción quede satisfecho con la prestación entregada u ofrecida. En este escenario, «*las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato sólo permitirían la vía reparadora, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio*»²².

Por encima de la prestación defectuosa ejecutada, tendríamos la prestación inexistente o con tan graves deficiencias que equivalga a un incumplimiento absoluto (por ejemplo, mora en obligaciones sometidas a término esencial). En tales hipótesis, la utilización de la *exceptio non adimpleti contractus* estaría perfectamente justificada.

La proporcionalidad entre el medio y el fin reviste aquí una importancia capital en orden a la correcta invocación de los adecuados mecanismos de defensa.

²¹ SAP A Coruña 48/2013, de 29 de enero. En sentido análogo, SAP Huelva 79/2015, de 9 de marzo. Sobre la distinción entre ambas excepciones y las especialidades de la excepción por cumplimiento defectuoso frente a la que tiene su origen en el incumplimiento contractual. Véase RODRÍGUEZ-ROSADO, B., 2013, pp. 107-113.

²² SAP Castellón 225/2013, de 23 de mayo.

2.2 Suspensión de la entrega de la cosa

Antes de entrar en el análisis específico de la facultad de suspensión de la entrega de la cosa en sede de compraventa, es necesario hacer una referencia, siquiera breve, a la relación conceptual que existe entre el derecho de retención y la facultad de suspensión que estamos aquí analizando. Ciertamente, en determinados casos, nuestro Derecho faculta al deudor de una obligación de dar para prolonga lícitamente su situación posesoria como medio de compeler al acreedor de la entrega para que cumpla con la deuda cuyo abono le corresponde. Desde esta perspectiva, parece que la hipótesis contemplada en materia de compraventa que estamos analizando no sería más que un supuesto legal de este derecho de retención. Y así sería para aquel sector de la doctrina civilista que mantiene una concepción amplia de este último derecho²³. Sin embargo, hay autores que parece mantener un concepto más restringido del derecho de retención, al poner el acento en la restitución²⁴, lo que dejaría fuera de tal noción a la facultad de suspender el pago del precio regulada en materia de compraventa. En todo caso y cualquiera que sea la tesis que al respecto se mantenga, en cuanto a los efectos de su ejercicio, la licitud del mismo situaría al vendedor en la posición de un poseedor de buena fe²⁵.

Entrando ya en el análisis de las hipótesis de suspensión de las obligaciones contractuales que cuentan con regulación específica en el CC, ha de partirse del indiscutible paralelismo que existe entre los supuestos consagrados en los arts. 1466 y 1467, de una parte; y 1502, de otra, extremo éste que ha sido subrayado con reiteración por parte de la jurisprudencia²⁶.

En relación con la entrega de la cosa, los arts. 1466 y 1467 establecen distintas normas que, interpretadas de forma conjunta, dan lugar a una serie de

²³ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., 1998, p. 131, definen el mencionado derecho señalando que «es la facultad otorgada por la ley al obligado a la entrega o restitución de una cosa para retardar su cumplimiento, detentando la misma en tanto no se le satisfaga el crédito que tiene contra el acreedor a esa restitución o entrega». Por su parte, la STS 901/2004, de 29 de septiembre, designa de modo expreso la facultad estudiada como «derecho de retención».

²⁴ Para LASARTE, C., 1996, p. 243, «el llamado derecho de retención... es una facultad que legalmente se atribuye, en ciertos casos, al acreedor para conservar bajo su poder y posesión una cosa que está obligado a restituir a quien se la entregó (sea o no propietario), mientras que éste no cumpla con su deuda».

²⁵ Así se deduciría *a contrario sensu* de la STS 682/2010, de 8 de noviembre, que habla de un «aprovechamiento de los vendedores de una situación irregular amparándose en una interpretación partidista de los preceptos que no puede tener cabida para la estimación del motivo de casación».

²⁶ Refiriéndose a la norma contenida en el art. 1502 CC, el TS ha señalado que es «caso similar al previsto en el artículo 1467 del Código Civil que permite al vendedor retener la cosa vendida, si con posterioridad a la venta, descubre o tiene conocimiento fundado del riesgo de insolvencia del comprador...» (STS 792/2012, de 8 de enero). Dentro de la jurisprudencia menor, destacan también esta idea, entre otras muchas, SAP León 352/2010, de 22 de septiembre; SAP Valladolid 75/2013, de 25 de febrero; SAP Madrid 140/2015, de 12 de abril.

excepciones y contra excepciones en relación con la regla general que sería la que establece la necesidad de ejecución simultánea de las obligaciones de entrega de la cosa por parte del vendedor y pago del precio por parte del comprador. En efecto, de acuerdo con esa interpretación conjunta que proponemos, se aplicará la regla de cumplimiento simultáneo si no se ha pactado un aplazamiento del pago²⁷ o si, habiéndose pactado, se ha perdido el beneficio del plazo por insolvencia del comprador. Por su parte, la regla de cumplimiento simultáneo se excepciona cuando se ha pactado un plazo para el pago, aplazamiento que se mantiene aun en el caso de que el comprador resulte insolvente si, pese a ello, garantiza el pago del precio dentro del plazo convenido.

Con respecto a la regla de cumplimiento simultáneo o con precio de presente, la jurisprudencia ha especificado que la «*realización por los compradores de determinados actos supuestamente reveladores ... de la intención de llevar a cabo el pago del precio convenido, pero que también pueden ser entendidos como maniobras dilatorias encaminadas a disimular la falta de voluntad o la real imposibilidad de cumplir su compromiso*»²⁸, no impiden que el vendedor se acoja a la posibilidad que le confiere el art. 1466 CC. Particularmente reveladoras a los presentes efectos son las manifestaciones vertidas por el TS en orden a precisar que la regla del cumplimiento simultáneo se refiere a la entrega de la cosa y pago del precio, pero no resulta extensiva a otras obligaciones que pudieran recaer sobre las partes (por ejemplo, el otorgamiento de escritura pública), a no ser que así se establezca por voluntad expresa de las mismas²⁹ o por los usos del tráfico.

Pero la compraventa también puede tener precio aplazado, lo que, en línea de principio, no releva al vendedor de la entrega de la cosa³⁰ ni le permite un aplazamiento no pactado. Pero también si existe pago aplazado el vendedor puede, en determinadas circunstancias, suspender lícitamente la entrega de la cosa, y podrá hacerlo cuando, como consecuencia de la insolvencia del comprador, corra peligro de no llegar a percibir el precio cuando se produzca el vencimiento del

²⁷ STS 1162/1996, de 31 de diciembre. También, SAP Córdoba 34/2005, de 21 de febrero.

²⁸ STS 484/2001, de 22 mayo.

²⁹ «*Evidentemente el artículo 1466 del Código Civil, absolutamente claro en sus términos, no permite otra interpretación que la que acertadamente se ha realizado en las sentencias mencionadas. Ha de añadirse que, como en las mismas se señala, ni el pago del precio se supeditó en el documento privado suscrito por las partes al otorgamiento de la escritura pública de compraventa (lo que implicaría invertir el orden que para el cumplimiento de las obligaciones de los contratantes establece el precepto citado), ni se pactó expresamente la subrogación hipotecaria de los acreedores, ni se hizo alusión alguna al modo en que los compradores hubiesen de procurarse el dinero para cumplir el compromiso por ellos contraído*»: STS 484/2001, de 22 mayo.

³⁰ STS 1179/2004, de 30 noviembre.

plazo para ello pactado³¹. La cuestión fundamental que aquí se plantea es la relativa a la determinación de lo que deba entenderse por insolvencia a los presentes efectos. Enfrentados con esta cuestión nuestros tribunales se han decantado por una interpretación laxa de esa insolvencia³² pues, de otro modo, el mecanismo de defensa que implica para el vendedor el art. 1467 podría devenir ineficaz.

2.3 Suspensión del pago del precio

Frente a la relativamente escasa jurisprudencia sobre la facultad de suspensión de la entrega de la cosa, son mucho más numerosos los pronunciamientos judiciales a través de los cuales nuestros tribunales modulan la aplicación en la práctica de la norma contenida en el art. 1502 CC. Normalmente, el referido precepto y la facultad en él regulada se esgrimen como mecanismos de defensa frente a la pretensión del vendedor de resolución de la transacción por falta de pago³³. Naturalmente, semejante posibilidad, que supone una alteración esencial del *tempus* contractual, requiere la concurrencia de unos requisitos muy precisos que han sido objeto de una interpretación restrictiva por parte de los tribunales³⁴, y cuya existencia ha de ser probada por

³¹ Refiriéndose al fundamento del art. 1467 CC, en la STS 698/1994, de 13 de junio, se señala que la referida regla se consignó «para evitar que por un excesivo respeto a lo pactado en un pretérito de distintas características objetivas y subjetivas, se dé paso a un desequilibrio de las prestaciones convenidas...».

³² Como dice la STS 1216/1994, de 30 diciembre, «A este respecto debe recordarse el criterio intermedio seguido por la mayor parte de la doctrina, entendiéndolo por insolvente no sólo el declarado en situación de quiebra o concurso, sino también el que se hallase en suspensión de pagos o en situación de negativa generalizadora al cumplimiento de unas obligaciones, teniendo sus bienes embargados». En un sentido análogo, en la STS 698/1994, de 13 julio, a los efectos que aquí nos interesan, declaró que no era precisa «una previa declaración formal de tal insolvencia o por declaración en quiebra o concurso y bastando que se compruebe cumplidamente que el deudor ha llegado a una situación de hecho de insuficiencia de bienes y de impago o incumplimiento de sus demás obligaciones.» En la STS de 13 febrero 1950 se consideró que un indicio válido de la situación de insolvencia del comparador que permitía al vendedor acogerse al art. 1467, suspendiendo la entrega de lo vendido, era el haber solicitado y obtenido en el litigio el beneficio de asistencia judicial gratuita: «la declaración de pobreza, si no es del todo identificable con la situación de insolvencia, implica una disminución de la garantía del cobro del precio aplazado que sitúa al vendedor en el peligro inminente de no cobrar la casi totalidad del importe del camión vendido, y ante tal situación «de facto» es de ineludible aplicación lo dispuesto en los artículos 1129 y 1467 del Código Civil».

³³ Entre otras muchas, SSTS 340/2004, de 11 de mayo; 901/2004, de 29 de septiembre; 1119/2008, de 19 de noviembre.

³⁴ Así, en su Sentencia 901/2004, de 29 de septiembre, el TS señaló que «la obligación fundamental del comprador es el pago del precio conforme al art. 1500 CC, dado el carácter sinalagmático del contrato de compraventa; sólo, como garantía o seguridad del comprador, se concede a éste un derecho de retención cuando es perturbado o tiene fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, medida precautoria que es en realidad una aplicación de la exceptio non adimpleti contractus, como señala la sentencia del TS de 18-10-1994 (RJ 1994, 7486), pues, también es obligación principal del vendedor; proporcionar una posesión pacífica al comprador de lo vendido. Ahora bien, toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha interpretado el precepto del art. 1502 del CC (LEG 1889, 27), de una

el comprador³⁵. En tal sentido, se suele citar con frecuencia una vieja de sentencia del TS de 25 de junio de 1964 a la ahora de analizar la concurrencia, en la concreta hipótesis enjuiciada, de la presencia de los referidos requisitos: «Primero, que el comprador sufra actualmente una perturbación o tema tenerla en el futuro, provenientes ambas precisamente del ejercicio posible de una acción reivindicatoria o hipotecaria, únicas que autorizan a suspender el pago del precio dentro del término estipulado, pues el citado art. 1502 es de interpretación restrictiva y no puede ampliarse acciones distintas de las que en él se mencionan. Segundo, que el temor de perturbación sea fundado, sin que sea bastante para autorizar la suspensión la suspicacia de un comprador desconfiado o pesimista, ni servir de pretexto para abusos maliciosos y resistencias injustificadas; y Tercero, que el comprador notifique al vendedor su decisión de suspender el pago del precio pues ni ésta puede ser indefinida ni puede subsistir cuando el vendedor afiance la devolución del precio, lo que no podría hacer si no se le notifica el ejercicio de esta facultad suspensiva». Analicemos estas exigencias con algo más de detalle:

a) PERTURBACIÓN POR EL EJERCICIO DE ACCIÓN REIVINDICATORIA
O HIPOTECARIA

De acuerdo con el art. 1461 CC, el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta, siendo así que, *ex art.* 1462, se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Pero con ello no terminarán las obligaciones contractuales que el régimen legal de la compraventa genera para el vendedor, pues también ha de responder de la posesión legal y pacífica de aquello que ha entregado (art. 1474.1.º). Teniendo en cuenta la dicción del art. 1502 CC, la posibilidad de su invocación suspendiendo el pago del precio exige que se haya producido la entrega de la cosa pues, de otro modo, no se entiende que pueda resultar posible esa perturbación actual o potencial de la posesión o dominio de la cosa adquirida³⁶.

manera restrictiva, siendo ello así de manera constante (por citar, entre otras, la del TS de 20-12-1898, 3-6-1986 [RJ 1986, 3288], 28-4-1989 [RJ 1989, 3275], 4-11-1989 [RJ 1989, 7850], 4-6-1992, 30-1-1992, 15 y 20-7-1991, 4-11-1997, 21-12-1996 [RJ 1996, 9193]... etc.) no pudiendo aplicarse a casos distintos no comprendidos en el texto legal...». La interpretación restrictiva del artículo 1502 CC constituye una práctica jurisprudencial muy consolidada: entre otras, STS de 25 de junio de 1964; STS 340/2004, de 11 de mayo; STS 1119/2008, de 19 noviembre.

³⁵ SAP Huelva 79/20015, de 9 de marzo.

³⁶ STS 489/2011, de 15 de julio: «... se desconoce que el punto de partida de este artículo – se refiere al 1502 CC– es que el comprador se halle en la posesión o dominio de la cosa adquirida, algo

La perturbación, actual o potencial, habría de obedecer a una causa que, en todo caso, tendría que haber sido ignorada por el comprador en el momento de perfeccionarse la venta pues, de otro modo, debería entenderse que se habría introducido un elemento aleatorio en la transacción que, en buena lógica, habría sido conveniente valorado al fijar el contenido del contrato y, singularmente, el precio que debería abonar el comprador³⁷. Ello, muy probablemente, nos situaría en la hipótesis contemplada en el inciso final del art. 1502 («... o se haya estipulado que, no obstante cualquier contingencia de aquella clase, el comprador estaría obligado a verificar el pago») aunque no, necesariamente.

En cuanto a la causa de la perturbación, el art. 1502 alude de forma expresa al ejercicio de acción reivindicatoria o hipotecaria lo que, unido el criterio de interpretación estricta que de los requisitos que condicionan la aplicación del mencionado precepto ha sustentado la jurisprudencia, arrojan como resultado la imposibilidad de invocarlo cuando la causa de la referida perturbación no responda al ejercicio de las mencionadas acciones³⁸. No obstante el carácter mayoritario de esta tesis, ha de reseñarse que no se encuentra unívocamente aceptada, pues existen algunos pronunciamientos que se apartan de la misma. Y así, en la STS 1119/2008, de 19 de noviembre, expresamente se indica que *«esta interpretación restrictiva, propugnada por reiterada jurisprudencia, no debe llevar a excluir del ámbito de aplicación del precepto aquellos casos en los que el temor fundado a ser perturbado en el dominio de la cosa adquirida deriva del ejercicio de acciones con idénticas consecuencias que las que se anudan a la acción reivindicatoria, que se resumen en la privación de la titularidad dominical sobre la cosa objeto de la compraventa. Una adecuada exégesis del precepto, respetuosa con su teleología, conduce a la solución indicada, que esta Sala ha tenido oportunidad de recoger en la Sentencia de 21 de mayo de 1993, en la que, frente al temor fundado del comprador de verse perturbado en la propiedad de la cosa objeto de la compraventa como*

imposible en el caso examinado puesto que el hoy recurrente no se la entregó». O como se señalaba en la STS 686/2000, de 10 julio: *«... el primer requisito condicionante de la operatividad del art. 1502 es que el comprador se halle en la posesión de la cosa vendida (STS 25-10-1995), siendo sobremanera contradictorio que el recurrente haya dedicado otros motivos ya examinados a alegar la falta de entrega de las fincas por el vendedor para, después, invocar el art. 1502 CC a fin de justificar el incumplimiento de su obligación de pagar»*. En el mismo sentido, entre otras muchas, STS 698/2002, de 10 de julio; STS 901/2004, de 29 de septiembre.

³⁷ Entre la jurisprudencia menor, son reiterados los pronunciamientos en los que expresamente se alude a la previa ignorancia, por parte del comprador que suspende el pago del precio, de las circunstancias que posteriormente se han traducido en la perturbación actual o fundadamente temida: sin ninguna pretensión de exhaustividad pueden citarse, entre otras, SAP Murcia 596/2011, de 20 de diciembre; SAP León 352/2010, de 22 de septiembre; SAP Madrid 140/2015, de 17 de abril.

³⁸ A título ejemplificativo, SSTS de 25 de junio de 1964; 686/2000, de 10 de julio; 395/2003, de 10 de abril; 901/2004, de 29 de septiembre.

consecuencia del ejercicio de una acción de división de cosa común, que afectaba a la que era objeto del contrato, se justificó la suspensión del pago del precio por el comprador en aplicación del artículo 1502 del Código Civil, apreciando la existencia de una identidad de razón, a estos efectos, entre la acción de división y la acción reivindicatoria, y tomando en consideración que los compradores nada podían oponer al ejercicio de la primera, que no tenían una voluntad rebelde al cumplimiento, y, en fin, que la suspensión del pago del precio no era más que una cautela lícita frente al engaño u ocultación del vendedor»³⁹.

Por su parte, y en línea con la tesis mayoritaria que niega la posibilidad de lícito ejercicio de la facultad de suspensión más allá de las hipótesis expresamente contempladas en el art. 1502, en la STS 340/2004, de 11 de mayo, el Alto Tribunal sale al paso de la invocación de la norma estudiada en un supuesto de doble venta, afirmando que *«Es claro... que la venta de cosa ajena puede haberse perfeccionado con la voluntad del comprador viciada por error o, incluso, por dolo. También lo es que dicho contratante tiene derecho a la entrega de la cosa en posesión pacífica (artículos 1461 y 1462 del Código Civil) o a que se le transfiera la propiedad si así resulta del pacto. En tales casos el ordenamiento proporciona al comprador medios de defensa de sus intereses, en forma de acciones de anulación por consentimiento viciado, de cumplimiento de la prestación prometida, de resolución del vínculo por incumplimiento, de indemnización de los daños producidos con la contravención contractual... Ninguna de las consecuencias a las que sirve la figura de la venta de cosa ajena, en nuestro ordenamiento, resulta contradicha por la decisión recurrida, que se ha limitado a resolver la relación contractual a petición del vendedor por considerar la Audiencia de entidad resolutoria el impago del precio»*.

En otro orden de consideraciones, la perturbación que se alegue ha de ser real y, como ha quedado indicado, en la tesis mayoritaria ha de obedecer al ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria, de modo que, frente a la existencia de un arrendamiento sobre la finca adquirida⁴⁰ o servidumbres en el

³⁹ En la STS 359/2003, de 10 abril, el recurrente ofrece una curiosa explicación para sustentar tal tesis: *«El motivo se fundamenta en una interpretación (mantenida por un sector doctrinal) del art. 1.502 CC consistente en que, al no haber una coma después de la expresión «de serlo» (dice el art. que «si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio...») hay que entender que la referencia a acción reivindicatoria o hipotecaria es sólo para el «temor de perturbación», pero no para la perturbación efectiva, con lo que este concepto, libre de aquel condicionamiento, permite cobijar otras posibilidades...»*. Tal tesis no fue acogida por el TS.

⁴⁰ STS 4 noviembre 1989: *«basta con terminar de leer tal art. 1502 para cerciorarse de que, aunque ciertamente los inmuebles en cuestión hubieran estado ocupados por un inquilino, como dice el recurso, hasta ahora, ello no sería motivo alguno para no pagar su precio, en tanto que el referido precepto legal permite al comprador suspender el pago del precio única y exclusivamente cuando fuese perturbado «en*

inmueble comprado⁴¹, habrá de acudir a otros remedios alternativos a los previstos en el art. 1502 CC.

b) CARÁCTER FUNDADO DEL TEMOR POTENCIAL A LA PERTURBACIÓN

Pero no es sólo la perturbación actual en la posesión la que permitiría suspender el pago del precio; el art. 1502 también anuda la misma consecuencia a la perturbación potencial siempre que el temor sea fundado y no puramente hipotético⁴². El centro de la cuestión se trasladaría aquí hacia la determinación de las circunstancias que habrían de concurrir en el concreto supuesto para entender que el temor gozaría de verdadero fundamento en orden a legitimar la suspensión del pago del precio. A este respecto, hemos de indicar que no hemos hallado reglas generales, debiendo recurrirse a la casuística para intentar proporcionar respuesta a la cuestión planteada. Así, la simple circunstancia de no aparecer inscrita a nombre del vendedor la finca enajenada no es un factor que, por sí solo, legitime la suspensión del pago del precio⁴³; pero si a ello se une el reconocimiento por parte del vendedor del hecho de no haber abonado el precio al titular registral, así como otras actividades aparentemente dispositivas, el cuadro de incertidumbres sería lo suficientemente extenso como para admitir la licitud de la suspensión del pago unilateralmente decidida por el comprador⁴⁴. También se ha considerado que existe ese temor

la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviera fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria, o hipotecaria», nunca por otra clase de acciones; por tanto, quedan excluidas las derivadas de contratos de arrendamiento o de otra clase que no sean las de carácter real señaladas en la norma, invocada tan erróneamente en el recurso».

⁴¹ STS de 20 de diciembre de 1989: «*se alega una inaplicación de los arts. 1502 y 1503 del C. Civil, en base a la existencia de unas supuestas servidumbres de paso y ocupaciones parciales, que se dice soportan las fincas compradas... pero aunque se pudiera hipotéticamente admitir lo contrario, jurisprudencialmente no serían de aplicación los mencionados artículos (que suponen supuestos dispares), ya que esta Sala tiene declarado que, el derecho de suspender el pago del precio, o la resolución en los contratos de compraventa, que conceden los artículos 1502 y 1503 del C. Civil, exige para su aplicación, no sólo la circunstancia de que quien pretenda ampararse en ellos, acredite en debida forma los hechos demostrativos de la pérdida resolutoria de la cosa y del precio, debidamente valoradas por el juzgador, sino además que estos hechos provengan, en cuanto a la suspensión del pago, del ejercicio de acciones reivindicatorias o hipotecarias, únicas que puedan conducir a semejante resultado, dado que tales preceptos, por su carácter restrictivo, no pueden ampliarse a otros casos distintos a los comprendidos en el texto legal...».*

⁴² En tal sentido, la STS de 25 de junio de 1964 ya lo exigía de modo expreso: «... *sin que sea bastante a autorizar la suspensión la suspicacia de un comprador desconfiado o pesimista, ni servir de pretexto para abusos maliciosos y resistencias injustificadas...*». En análogo sentido, en la STS 1044/2003, de 10 de noviembre, se dice que «*no basta los temores o inquietudes de ser perturbado en la posesión del bien adquirido...*».

⁴³ STS 594/2000, de 6 junio.

⁴⁴ STS 952/1992, de 30 octubre.

fundado exigido por el art. 1502 CC cuando el vendedor, después de enajenar la finca como libre de cargas, procede a gravarla con hipoteca⁴⁵.

c) NOTIFICACIÓN

En línea de principio, aun cuando no quede condicionada legalmente a la exigencia de notificación la licitud del ejercicio de la facultad de suspensión, ello no significa que no sea práctica verificarla con el fin de no retrasar uno de los efectos esenciales de la misma, como es la de compeler al vendedor al exacto cumplimiento, al tener la certeza de que, mientras no cumpla adecuadamente, nada recibirá. Sin embargo, el TS ha ido más allá de esta «conveniencia», afirmando que «*la efectividad del tantas veces mencionado artículo 1502 del Código Civil, exige asimismo como requisito sine qua non que la decisión de suspender el pago se notifique con carácter previo al vendedor....*»⁴⁶. Y es que, además de la finalidad previamente señalada, la notificación cumple otra segunda no menos importante: permitir que el vendedor tenga conocimiento de la perturbación para poder hacerla cesar⁴⁷, con lo que quedaría enervada esa facultad de suspensión debiendo procederse al pago. Esa notificación, según reiterada jurisprudencia, ha de ser previa al ejercicio de la facultad de suspensión⁴⁸, lo que se traduciría en una comunicación por parte del comprador de su intención de no proceder al pago en tanto el vendedor no haga cesar la perturbación o el peligro, o afiance la devolución del precio⁴⁹.

2.4 Efectos de la suspensión

La concurrencia de todos los requisitos que convierten en lícita la suspensión de las respectivas obligaciones -sean del comprador, sean del vendedor- no extingue el contrato, sino que lo coloca en un estado de pendencia que, evidentemente no puede perpetuarse. En otras palabras, la suspensión del cumplimiento, por razones obvias, tendrá siempre un carácter transitorio pues,

⁴⁵ STS 15 de abril de 1981.

⁴⁶ STS 1152/2000, de 14 de diciembre.

⁴⁷ Como se señala en la STS de 25 de junio de 1964, «*sin comunicarles a los vendedores el motivo de tal suspensión, ésta no puede ser consecuencia del derecho que el repetido precepto confiere, pues ha impedido con su silencio el que los vendedores hicieron cesar el peligro o afianzaran la devolución del precio*». En análogo sentido, STS 945/2005, de 1 diciembre.

⁴⁸ «*... la facultad de suspender el pago del precio requiere, antes de su ejercicio, su notificación por el comprador al vendedor...*»: STS 686/2000, de 10 julio.

⁴⁹ STS 901/2004, de 29 de septiembre.

transcurrido determinado lapso temporal, deberá concluir mediante la constatación del incumplimiento definitivo (que impulsará al cumplidor a la adopción de las medidas que correspondan y, singularmente, a la resolución del contrato) o bien, con el adecuado cumplimiento de la obligación inicialmente incumplida o el afianzamiento de la misma.

En términos generales, podríamos decir que, en abstracto, el límite de la facultad de la suspensión se encontraría en la posibilidad del cumplimiento útil, es decir, que se podría prolongar la facultad de suspensión en tanto quede la opción de un cumplimiento adecuado que pueda satisfacer las propias expectativas⁵⁰.

En sede de compraventa, atendiendo al régimen codificado de esta figura, la facultad de suspensión de la entrega de la cosa debería finalizar con el pago del precio o con su afianzamiento; en tanto que el término final de la suspensión del pago vendría marcado por el cese de la perturbación o el peligro o el afianzamiento de la devolución de lo pagado. De no concurrir tales circunstancias, quedaría expedito el camino hacia la resolución del contrato pues, como de modo reiterado ha indicado la jurisprudencia, el hecho de que se haya optado originariamente por la suspensión no impide que se pueda pedir posteriormente la resolución. Es más, en función de la naturaleza del incumplimiento, puede optarse directamente por la resolución sin tener que acogerse, necesariamente, a la suspensión previa de la respectiva obligación. Así lo ha señalado de modo expreso en TS en relación con la facultad del 1502 CC⁵¹.

3. PROPUESTAS DOCTRINALES DE MODERNIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO

De todos es bien sabido que la regulación de los contratos que se contiene en el CC, en algunos de sus extremos, no cumple con las exigencias del tráfico

⁵⁰ Refiriéndose la *exceptio non adimpleti contractus*, el TS realiza una afirmación que pueden aplicarse no sólo a la excepción, sino también cuando la suspensión se articula por la vía de acción: «*la excepción, pues, enerva la reclamación temporalmente, y tiene sentido en tanto la prestación no realizada siga siendo útil. Si en ese estado de cosas se genera una situación irreversible, por darse uno de los llamados incumplimientos esenciales, de diversa tipología, que comprenden la imposibilidad sobrevenida fortuita, el transcurso del término llamado esencial, el aliud pro alio, la imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato, estaremos ante un incumplimiento resolutorio y el remedio habrá de buscarse por la vía del artículo 1124 CC a través de las acciones pertinentes, de cumplimiento o de resolución y de indemnización*»: STS 1284/2006, de 20 diciembre.

⁵¹ «*Resulta, sin embargo, evidente que la facultad de suspender el pago del precio que este precepto atribuye al comprador no impide que pueda optar alternativamente por el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento contractual cuando la perturbación posesoria o dominical tiene la trascendencia suficiente para privar al contrato de la finalidad que cabe esperar de él*»: STS 1062/2006, de 31 octubre.

contractual actual, por lo que desde diversas instancias se han efectuado distintas propuestas de actualización.

Una de ellas fue la elaborada por la Comisión General de Codificación, *Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, que fue publicada en el año 2009⁵². En la misma, la facultad de suspensión en las obligaciones de carácter sinalagmático aparecía expresamente contemplada con carácter general en su artículo 1191, de acuerdo con el cual, «en las obligaciones sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento». Esta propuesta normativa, en buena medida, recordaba a la que se contenía en el Art. 113 CESL⁵³. En tal sentido, al igual que en este último, la *Propuesta* admitía la posibilidad de modulación de la suspensión (total o parcial) de la correspondiente prestación, así como la utilización de semejante facultad tanto frente a obligaciones de cumplimiento simultáneo como sucesivo. No obstante, frente al CESL, ofrecía la ventaja de despejar dudas acerca del tipo de incumplimiento de la contraparte (esencial o no) que permitiría la adopción de esta medida; pero dejaba, también, sin resolver de modo expreso, la cuestión relativa al plazo de duración de la misma⁵⁴.

Por su parte, la Asociación de Profesores de Derecho civil, en el año 2019, publicó una *Propuesta de Código civil*⁵⁵, que articula la facultad de suspensión de las obligaciones dentro de lo que la doctrina ha denominado un «sistema de remedios»⁵⁶. En efecto, el art. 518-3 enuncia con carácter general las posibilidades de reacción frente a un incumplimiento⁵⁷, regulándose la suspensión en el art. 518-12 en unos términos idénticos a los contenidos en la propuesta del 2009. En lo que se refiere al contrato de compraventa, es el art. 534-1 el que relaciona los remedios frente al incumplimiento susceptibles de empleo tanto por el ven-

⁵² Sección de Derecho civil, editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

⁵³ Véase cita n.º 11.

⁵⁴ Con la finalidad de revisar la propuesta del 2009, mediante Orden de 7 de abril de 2017, se constituyó en el seno de la Comisión General de Codificación una ponencia específica.

⁵⁵ *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

⁵⁶ O, como dice MORALES MORENO, A. M., un conjunto articulado de «medidas de protección que ofrece el ordenamiento jurídico a un sujeto en una determinada situación, frente a la lesión de un interés» (Barcelona, 2011, pp. 402 y 403).

⁵⁷ «En caso de incumplimiento puede el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, suspender su propio cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, puede además exigir la indemnización de los daños producidos».

dedor como por el comprador⁵⁸. La interpretación conjunta de estas disposiciones plantea algunas cuestiones que requieren de alguna reflexión adicional:

3.1 Suspensión parcial

La posibilidad de una suspensión total o parcial en función de las circunstancias concurrentes se traduciría en una mayor operatividad práctica de la norma y contribuiría al mantenimiento del equilibrio de las partes, al permitir flexibilizar las consecuencias del incumplimiento meramente parcial.

La posibilidad de modulación de la suspensión podría tener aplicación tanto en aquellos casos en los que se han incumplido obligaciones no esenciales, como en aquellos otros en los que ha existido un cumplimiento cuantitativamente parcial de una obligación principal. En efecto, empezando por los supuestos enunciados en segundo lugar, la suspensión parcial podría estar plenamente justificada, por ejemplo, en relación con el contrato de suministro: frente al incumplimiento de una de las entregas que debía efectuar el vendedor, el comprador quedaría facultado para suspender el pago estipulado para la misma. Pero no sólo sería operativa la regla enunciada en este tipo de relaciones contractuales pues, en general, entendemos que podría invocarse en todas aquellos casos en los que exista un fraccionamiento en la ejecución de las prestaciones.

Además, tal como se ha indicado, la norma también permitiría una interpretación en términos cualitativos, en cuanto haría factible y lícita la suspensión parcial frente a incumplimientos no esenciales, sin rebasar con ello los límites de la buena fe. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la *Propuesta* habla de incumplimiento refiriéndose no sólo a los que puedan referirse a obligaciones de carácter esencial, sino también cuando se deja de cumplir «cualquier otro de los deberes que resultan de la relación obligatoria»⁵⁹. A título meramente ejemplificativo, podríamos pensar en una obligación de entrega de cosa que comprendiera los accesorios y que se hubiere verificado la entrega de la primera, pero no de los segundos. En semejante hipótesis, podría tener sentido la admisión de una suspensión parcial del pago del precio y, más concre-

⁵⁸ A cuyo tenor, «1. Si alguna de las partes no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben, puede la otra parte, conforme a lo dispuesto en el art. 518.3, exigir el cumplimiento de la obligación, suspender su propio cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato. En cualquiera de estos supuestos puede además exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

2. Si la obligación de una de las partes vence antes que la de la otra, aquella puede suspender su cumplimiento cuando tiene motivos fundados para creer que esta no cumplirá».

⁵⁹ Art. 518-1. En sentido análogo, el art. 534-1, en sede de compraventa, habla de incumplimiento de «cualquiera de las obligaciones que el incumben...».

tamente, de la parte del mismo correspondiente a los accesorios que no se habrían recibido.

Delimitadas las obligaciones asumidas por la partes a través del contrato o bien, directamente por ley, el incumplimiento de cualquiera de ellas permitiría a la contraparte activar el mecanismo de la suspensión, siempre que, atendido el alcance del incumplimiento, no pueda considerarse que el ejercicio de esa facultad sea contrario a la buena fe. Evidentemente, el contenido específico de este concepto jurídico indeterminado requerirá un pormenorizado examen de las concretas condiciones concurrentes y de los intereses en juego, pues no puede olvidarse que lo que subyace en este requisito legal no es otra cosa que la necesidad de mantener el carácter sinalagmático de la relación contractual, de modo que la licitud o ilicitud de la suspensión habría de resolverse en términos de proporcionalidad.

3.2 Incumplimiento cierto e incumplimiento previsible

La regulación de la facultad de suspensión que se contempla en el art. 518-12 de la *Propuesta* parte del incumplimiento cierto, pues la hipótesis regulada es la del cumplimiento simultáneo o diferido cuando es la obligación incumplida la que primero debía ejecutarse, de tal modo que en la hipótesis a la que da cobertura esta norma, el contratante opta por la suspensión frente al incumplimiento constatado.

Por su parte, al regular la facultad de suspensión para el contrato de compraventa, el párrafo segundo del art. 534-1, amplía los supuestos de suspensión dando cabida al incumplimiento previsible, al establecer que «si la obligación de una de las partes vence antes que la de la otra, aquella puede suspender su cumplimiento cuando tiene motivos fundados para creer que esta no cumplirá». De este modo, la facultad de suspensión se configuraría no sólo como un remedio reequilibrador de las prestaciones de las partes, sino que, además, podría desplegar una eficacia defensiva y conminatoria del cumplimiento de la otra. Ni que decir tiene que, en semejante hipótesis, el principal problema interpretativo estaría en la determinación de cuando el temor del contratante que decide suspender su cumplimiento obedece a esos motivos fundados que exige la propuesta normativa. En este sentido, una situación de insolvencia declarada presta, evidentemente, un fundamento más que razonable a la facultad de suspensión. Pero no es necesario, entendemos, que sea preciso llegar a tales extremos para que pueda admitirse el carácter lícito de la suspensión unilateralmente decidida. La jurisprudencia vertida sobre esta cuestión en relación al misma

precisión contenida en el Derecho vigente podría resultar susceptible de invocación a los presentes efectos.

3.3 Duración de la facultad de suspensión

Como se ha indicado en otro apartado del presente capítulo, la suspensión de la respectiva obligación no puede tener un carácter perpetuo pues, transcurrido determinado lapso temporal, deberá concluir mediante la constatación del incumplimiento definitivo de la contraparte o con su adecuada ejecución. La verificación de lo indicado en primer lugar, definitivo incumplimiento, hace que la suspensión pierda ya su razón de ser: la contraparte ni ha cumplido ni va a hacerlo, por lo que lo razonable es el recurso a los otros remedios propuestos frente al incumplimiento, en la medida en que resulten compatibles con las circunstancias concurrentes en el concreto supuesto.

De otra parte, también devendría ilícita la suspensión decidida cuando la otra parte ejecute «o se allane a ejecutar» la prestación debida. La expresión recién reproducida nos plantea ciertas dudas, por cuanto en sentido estricto, «allanarse» implica avenirse, aceptar cumplir, pero no necesariamente cumplimiento actual, por lo que esa aceptación de la obligación de cumplir, no debería *per se* poner fin a la licitud de la suspensión, que sólo debería levantarse ante el efectivo cumplimiento o bien, ante el afianzamiento del mismo (con lo que quedarían cubiertas las expectativas del contratante en las hipótesis de suspensión frente a incumplimiento previsible).

4. BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho civil*, Vol. I-2, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, Tom. II, 4.^a ed., Trivium, Madrid, 1996.
- LLAMAS POMBO, E., «Comentario al artículo 1100», en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, Tom. II, 2.^a ed., Pasquau Liaño, M. (dir.), Comares, Granada, 2009.
- MORALES MORENO, A. M., «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Albiez, K. L., Atelier, Barcelona, 2011, pp. 400-422.

■ ESTUDIOS DE DERECHO DE CONTRATOS

- MORÁN BOVIO, D., «Incumplimiento», en *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.
- *Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, Thomson-Aranzadi, Roma, 2004, pp. 202 y 203.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «La suspensión del cumplimiento de las obligaciones de los contratantes en la propuesta de reglamento de normativa común de compraventa europea», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 92-93, 2015, pp. 392-361.
- VAQUER, BOSCH Y SÁNCHEZ, *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, 2015.

XLII

LA FORMA DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL DERECHO ACTUAL

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN
Catedrática de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. La regulación de la forma del contrato en el Código civil y sus bases doctrinales. 1.1 Las reglas generales: Artículos 1278 a 1280. 1.2 Excepciones al principio de libertad de forma.–2. Evolución e interpretación actual de las reglas sobre forma del contrato contenidas en el Código civil. 2.1 El art. 1280 y su relación con los arts. 1278 y 1279. 2.2 El art. 1279: La facultad de compelerse a llenar la forma. 2.3 Excepciones al principio de libertad de forma: Interpretación actual.–3. El formalismo en el ámbito del Derecho del consumo.–4. Forma del contrato y contratación electrónica.–5. Recapitulación. La forma del contrato en los textos armonizadores de Derecho europeo y en las propuestas de Código civil.–6. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN DE LA FORMA DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL Y SUS BASES DOCTRINALES

1.1 Las reglas generales: artículos 1278 a 1280

Las reglas generales sobre la forma del contrato están contenidas, como es sabido, en los arts. 1278 a 1280. El artículo 1278 C.c consagró el denominado «principio espiritualista» o de libertad de forma, que regía en el Derecho

castellano desde la publicación, en 1348, del Ordenamiento de Alcalá. Por su parte, el art. 1279 recogió una práctica ya reconocida por la doctrina y la jurisprudencia del siglo XIX tras la publicación de la LH de 1861. Antes de la publicación del Código se consideraba que los contratos (salvo contadas excepciones, como la donación, el contrato de esponsales y el pacto de estipulación de rentas o intereses por causa de préstamo) se perfeccionaban por la prestación del consentimiento en cualquier forma. Por ello, la necesidad de escritura pública para inscribir en el Registro los contratos traslativos y constitutivos de derechos reales inmobiliarios llevó a la jurisprudencia a entender que las partes podían compelerse al otorgamiento de dicha forma una vez prestado el consentimiento.

La posible interpretación de estos preceptos (los contratos son válidos cualquiera que sea su forma de celebración, pero las partes pueden exigir su documentación si es necesaria con algún fin como, por ej., la inscripción en el Registro) quedó, sin embargo, oscurecida por dos motivos: de un lado, por la introducción en el Código de un precepto, el art. 1280, que exige la forma pública o privada para tantos negocios que parece desvirtuar lo establecido en el art. 1278. De otro, porque el tenor literal del art. 1279 supedita la facultad de compelerse a llenar la forma a que la ley la exija «*para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato*». Esta frase, que desde la publicación del código ha venido suscitando muchas dudas, llevó inicialmente al TS (SS. 17 abril 1897 –ROJ 601/1897–; 12 de mayo 1897 –ROJ 200/1897–) a mantener que en los supuestos del art. 1280 el otorgamiento de la forma exigida debía ser previo «a la prestación de las demás obligaciones derivadas del contrato», si bien pronto abandonó esta interpretación (Santos, 1996, pp. 50-53; 66, 67).

En realidad, del análisis de los trabajos legislativos y las discusiones parlamentarias que precedieron a la publicación del Código civil, se desprende que la finalidad primigenia del art. 1280 C.c. era enumerar una serie de contratos que debían otorgarse en forma pública o privada para que pudieran ser probados y, por consiguiente, «pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución» (forma «ad probationem» en sentido estricto), conforme a lo establecido en la Base 19, *in fine*, de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Pero, para armonizar la exigencia de forma con fines probatorios con el tradicional principio espiritualista derivado del Ordenamiento de Alcalá (recogido en la Base 20, que, no obstante, reconoce que puede exigirse «el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente», esto es, para la prueba del contrato) se introdujo el art. 1279. Dicho precepto recogió una facultad reconocida por la jurisprudencia inmediatamente anterior al Código para aquellos supuestos en que la forma era necesaria

para la inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad. Pero la consagró para todos aquellos casos en que la forma podía resultar necesaria «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato», esto es, para pedir en juicio su cumplimiento o ejecución. Es decir, el art. 1279 C.c. fue concebido como una norma de transacción que pretendía conciliar la exigencia de documentación del contrato con fines probatorios (Base 19 de la Ley de Bases, *in fine*) con el principio de que el mero consentimiento obliga (Base 20). Resulta, sin embargo, que, el mandato de la Ley de Bases dirigido a imponer cierta forma para probar y hacer efectivas las obligaciones derivadas del contrato no fue adecuadamente desenvuelto en la edición definitiva del Código ya que, en el capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones (Libro IV, título I, cap. V), no se incluyó ningún precepto que limitara los medios de prueba del contrato cuando el mismo debía constar por escrito (Santos, 1996, pp. 76 y ss.). De ahí que la referida frase del art. 1279 perdiera parte de su sentido pues, tras la publicación del Código, no podía entenderse que los negocios recogidos en el art. 1280 C.c. sólo podían ser probados por escrito (cuestión distinta es que la constancia en forma escrita *facilite* la prueba del contrato).

Por ello el TS modificó pronto la interpretación inicial anteriormente referida y, a partir de las Sentencias de 4 julio 1899 (ROJ 161/1899) y 19 octubre 1901 (CL n.º 87), ha venido entendiendo que el art. 1280 C.c. debe interpretarse a la luz de los arts. 1278 y 1279 de forma que los negocios enumerados en el art. 1280 son válidos y obligatorios cualquiera que sea su forma de celebración, si bien las partes, una vez perfeccionado el contrato, pueden compelerse al otorgamiento de la forma exigida en la ley. Esta interpretación se ha mantenido sin fisuras desde principios del siglo xx [resumen la doctrina jurisprudencial, por ej. las SSTs 29 noviembre 1950 (ROJ 299/1950); 10 abril 1978 (ROJ 28/1978); 3 octubre 1988 (ROJ 6760/1988)] y sigue vigente en la actualidad.

1.2 Excepciones al principio de libertad de forma

Con independencia de lo establecido en los arts. 1278 a 1289 C.c., en el Código se introdujeron reglas dirigidas a imponer requisitos formales a negocios de familia (v. gr. matrimonio) y sucesorios (v. gr. testamento), pero también a ciertos contratos.

No obstante, esos requisitos formales no tienen siempre el carácter de forma *ad solemnitatem*. De algunos de esos preceptos se deduce con relativa

claridad que la forma no se exige como presupuesto de validez del contrato sino con otros fines como su *eficacia frente a tercero*. Así sucede en el caso de la cesión de créditos (art. 1526) o del contrato de prenda (art. 1865). En otros supuestos las normas que exigen que un negocio conste en determinada forma no prevén la consecuencia ligada a su inobservancia, lo que impide considerar, automáticamente, dicha forma como un elemento esencial del negocio ya que, con base en el principio general de libertad de forma, a falta de indicación expresa o sanción prevista en la ley, la forma requerida no puede considerarse presupuesto de validez.

Así, mientras que el carácter solemne de la donación nunca ha ofrecido dudas, la naturaleza de la forma exigida para las capitulaciones matrimoniales era, por ejemplo, controvertida antes de la reforma de la Ley 11/1981, ya que el antiguo art. 1321 (a diferencia de lo que sucede en el actual art. 1327 C.c.) no preveía ninguna sanción para su inobservancia (Santos, 1996, pp. 87 y ss.). También ha suscitado dudas la interpretación del art. 1667, que exige escritura pública para el contrato de sociedad con aportación de inmuebles, habiéndose inclinado el TS, a partir de la S. de 2 diciembre 1902 (ROJ 31/1902) por negar que dicha forma sea requisito de validez. Se ha discutido si la forma exigida para el contrato de enfiteusis tiene carácter *ad substantiam* (art. 1628), aunque la cuestión actualmente, dado lo inusual de dicho contrato, tiene escaso interés. En cuanto al contrato de hipoteca, no está claro si la necesidad de escritura pública a que alude el art. 1857 se refiere al propio contrato de hipoteca o al derecho real de hipoteca, en tanto presupuesto para su inscripción registral.

En definitiva, puede decirse que, pese a las aparentes excepciones al principio de libertad de forma, los supuestos en que la forma se requirió en el Código como elemento esencial del contrato (forma *ad solemnitatem*) son escasos y están justificados por la necesidad de proteger a los contratantes contra la precipitación y/o proteger a los terceros que puedan resultar perjudicados por el negocio, como sucede en el caso de la donación. Finalmente imperó en el Código el principio espiritualista consagrado en la Base 20 de la Ley de Bases, de modo que la mayoría de las exigencias de forma establecidas en dicho cuerpo legal, como revela la interpretación doctrinal y jurisprudencial desarrollada desde la publicación del código, cumplen otras funciones: facilitar la prueba del contrato, permitir la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad, otorgar un privilegio crediticio, etc.

2. EVOLUCIÓN E INTERPRETACIÓN ACTUAL DE LAS REGLAS SOBRE FORMA DEL CONTRATO CONTENIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL

2.1 El art. 1280 y su relación con los arts. 1278 y 1279

Desde la publicación del Código la jurisprudencia ha venido interpretando que los supuestos recogidos en el art. 1280 C.c. no requieren la forma en él exigida como requisito de validez (salvo en los casos en que otras normas así lo prevén, v. gr. art. 633, 1327 C.c.). El TS ha afirmado en numerosas sentencias que el art. 1280 no comporta la exigencia de forma *ad solemnitatem* sino solo «*ad probationem*» [SSTS 3 febrero 1987 (ROJ 640/1987); 30 septiembre 1988 (ROJ 6677/88); 1126/03 de 24 de noviembre; 205/94 de 12 de marzo; 20/95 de 7 de enero; 244/2001 de 10 de marzo]. No obstante, ha de advertirse que esta última expresión se utiliza en sentido impropio, en el sentido de forma que *facilita* la prueba del contrato, porque, como es sabido, no existe en el Código, ni tampoco se estableció en la LEC, un sistema de tasa de la prueba para los contratos que deben constar por escrito. De hecho, las propias sentencias mencionadas señalan que el juzgador puede pronunciar la existencia del contrato «*sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita*» y por apreciación de los instrumentos de prueba aducidos en las actuaciones. Por consiguiente, lo relevante es que, de acuerdo con la jurisprudencia, la forma exigida en el art. 1280 C.c. no tiene carácter solemne y la necesidad de que los negocios en él enunciados consten en documento público o privado *no significa otra cosa que la posibilidad de las partes de compelerse a llenar dicha forma* [STS 658/1994 de 4 de julio 1994; 974/2002 de 18 de octubre de 2002; 249/2011 de 15 de abril]. Porque, como se indica en la STS 758/2000 de 17 julio, en relación con un contrato de arrendamiento de duración superior a 6 años, la forma exigida en el art. 1280 C.c. puede ser «útil» para probar el contrato, pero también para otros fines, como el acceso del contrato al Registro de la Propiedad. De ahí que la doctrina utilice en ocasiones la expresión «*forma ad utilitatem*» para referirse a la requerida en el art. 1280 C.c.

En efecto, el caso de los contratos dirigidos a la constitución o transmisión de derechos reales, es quizás el ejemplo más típico en que, no siendo la forma pública presupuesto de validez [para una servidumbre de paso, STS 152/97 de 24 de febrero; en general SSTS 20 abril 1981 (ROJ 4903/1981); 19 febrero 1990 (ROJ 1440/1990); 658/94 de 4 de julio; respecto del reconocimiento de participaciones indivisas en la propiedad de un inmueble (STS 499/95 de 24 de mayo)] existe un claro interés de las partes en elevar el contrato a

escritura pública, ya que la misma, además de servir como tradición (art. 1462.2), permite su inscripción en el Registro de la Propiedad. De hecho, tanto en la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la CGC (art. 1240) como en la *Propuesta de Código civil* de la APDC (art. 523.3) –*infra* epígrafe 5–, se incluye como supuesto típico en que las partes pueden compelerse a llenar la forma el de los contratos «que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles». También en el contrato de arrendamiento de inmuebles la escritura pública a que alude el art. 1280,2 tiene como fin permitir el acceso del contrato al Registro (así STS 758/2000 de 17 de julio) con la consiguiente oponibilidad del arrendamiento a los terceros adquirentes.

Las capitulaciones matrimoniales, en cambio, tienen carácter solemne por virtud del art. 1327 CC (STS 546/1994 de 6 de junio), pero debe advertirse que la jurisprudencia ha aclarado que dicha regla no es aplicable a los convenios relativos a la liquidación del régimen conyugal en supuestos de separación y divorcio [SSTS 4 diciembre 1985 (ROJ 1723/1985); 7 noviembre 1990 (ROJ 8012/1990); 38/95 de 4 de febrero 1995].

También en relación con la cesión de la herencia el TS ha interpretado que la necesidad de forma pública del art. 1280,4 implica simplemente que las partes pueden compelerse a llenar dicha forma *ex art.* 1279 C.c. (STS 294/2011 de 15 de abril). Distinto es el criterio respecto de la repudiación de la herencia, a la que se alude en el art. 1280,4, ya que suele entenderse que la forma exigida en el art. 1008 tiene carácter esencial, dado el carácter perjudicial que la repudiación puede tener tanto para el repudiante como para sus acreedores. Este es otro de los pocos supuestos de forma solemne en el Derecho español. No obstante, antes de la modificación del citado art. 1008 por la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que ha suprimido la posibilidad de llevar a cabo la repudiación por «instrumento auténtico» o por escrito presentado ante el Juez, la jurisprudencia venía entendiendo que la repudiación podía hacerse en documento privado siempre que el mismo tuviese carácter indubitado [SSTS 11 junio 1955 (ROJ 107/1955); 1123/1992 de 9 diciembre; 1004/1999 de 23 noviembre]. En la actualidad, la repudiación sólo puede hacerse en «instrumento público». Al respecto conviene advertir que el texto del art. 1008 (tanto en su redacción originaria como en la actual) exige «instrumento público» y no escritura pública. A la vista de ello, la DGRN, en su R. 19 octubre 2011, estimó que un acta notarial de manifestaciones es «instrumento público» a efectos del art. 1008 y puede contener válidamente la repudiación de la herencia.

El art. 1280,5 exige escritura pública, asimismo, para ciertos tipos de poderes. Sin embargo, salvo por lo que respecta al poder para contraer matrimonio, que debe otorgarse en forma auténtica ex art. 55 CC, se entiende que el apoderamiento es libre de forma. El TS ha afirmado repetidamente que el art. 1280 no exige forma *ad solemnitatem* para el apoderamiento, que puede derivar, incluso, de una declaración tácita de voluntad [SS 6 marzo 1978 (ROJ 61/78); 5 febrero 1992 (rec. n.º 2806/1989); 630/2001 de 13 de junio]. Lo indica igualmente la STS 12 marzo 1994 (rec. n.º 1387/1991) en relación con el poder para vender un inmueble. No obstante, la S. 706/1999 de 28 julio entiende que el tercero a quien perjudica el encargo (una sociedad frente a la que se reclamaba la rectificación de publicidad al amparo del art. 27 de la Ley 34/88) puede exigir que el poder conste en escritura pública, no siéndole oponible un mandato verbal. Se plasma en dicha resolución la opinión que estima que la forma del apoderamiento es necesaria para acreditar la representación ante terceros, que podrán alegar que no les consta la existencia del poder en caso de que no revista la forma exigida (Díez-Picazo, 1979, p. 149).

También ha afirmado el TS que, la exigencia de forma pública para la cesión de «acciones o derechos procedentes de escritura pública» ha de interpretarse en relación con el art. 1279 (STS 974/2002 de 18 de octubre).

Por último, por lo que respecta al inciso final del art. 1280, hay que recordar que dicha regla sólo tendría sentido si efectivamente se hubiese instaurado en el Código civil un sistema de tasa de la prueba. De ahí que, aunque en algún caso las partes hayan invocado dicho precepto para negar la eficacia de un contrato, la jurisprudencia haya rechazado su virtualidad. El TS ha venido afirmando reiteradamente que la exigencia de forma escrita no excluye la eficacia obligatoria de los contratos no documentados, cuya existencia puede ser probada por cualquier medio [v. gr. STS 3 febrero 1987 (ROJ 640/1987), respecto de un contrato de arrendamiento de obra y servicios; STS 658/94 de 4 de julio, sobre un contrato de distribución en exclusiva; STS 182/1999 de 27 de febrero 1999 en relación con un contrato de obra no documentado ni suscrito por ambas partes]. Asimismo, según la STS 133/2004 de 19 de febrero, del art. 1280 *in fine* no cabe deducir la necesidad de constancia documental o recibo del pago realizado por la prestataria para considerar probado que el mismo se ha efectuado.

En cualquier caso, aunque, como se ha dicho, la jurisprudencia ha negado que sea necesaria la forma escrita para la prueba de los contratos que superen cierto valor, parece evidente que, mientras más elevada sea la cuantía de las prestaciones derivadas del contrato, mayor interés pueden tener las partes en preconstituir una prueba del mismo. Posiblemente por ello, el art. 1241 de la

Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos incluye expresamente entre los supuestos en que las partes pueden compelerse a documentar el contrato el de aquellos en que la cuantía de cualquier prestación excede de 10.000 euros. Lo mismo prevé el art. 523-3,2 de la *Propuesta de Código civil* de la APDC, pero reduciendo esa cantidad a 1.000 euros.

2.2 El art. 1279. La facultad de compelerse a llenar la forma

Si inicialmente el art. 1279 estaba pensado para ser aplicado a los negocios recogidos en el art. 1280, progresivamente se ha ampliado su ámbito de actuación y en la actualidad se considera aplicable a supuestos no expresamente comprendidos en el art. 1280, siempre que la forma no sea requisito de validez. Así lo entiende la doctrina (Santos, 1996, p. 82; Valpuesta, 2016, p. 665; Garrote, 2020, pp. 946, 947) y lo ha admitido el TS, por ejemplo, en relación con la partición hereditaria [STS 556/97 de 19 de junio] o el contrato de sociedad civil (*infra* epígrafe 2.3).

Así, cabe entender que el art. 1279 es aplicable a contratos en que la forma es necesaria para que el negocio sea eficaz frente a terceros (García Vicente, 2013, p. 9169) como en el supuesto del contrato de prenda o la cesión de créditos (Santos, 1996, 76 ss.) o cuando tiene como fin la protección del consumidor –*vid. infra*, epígrafe 3–, como por ej. en el contrato de viajes combinados (Gómez Calle/Bañó Sánchez, 2014, p. 440; Moralejo Imbernon, 2015, p. 2181; Valpuesta 2016, p. 665). También se considera aplicable en la cesión de derechos de propiedad intelectual en tanto el art. 45 LPI permite al autor resolver el contrato si, habiendo requerido a la otra parte, no cumple la exigencia de forma (Valpuesta 2016, p. 665; Garrote, 2020, pp. 965,966).

Probablemente atendiendo a esta situación, tanto la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la CGC (art. 1240) como la *Propuesta de Código civil* de la APDC (art. 523-3) –*infra* epígrafe 5– recogen la facultad de las partes de compelerse a llenar la forma cuando ésta sea necesaria para que el contrato «alcance determinados efectos», aunque luego especifiquen que uno de estos supuestos es el de los contratos constitutivos, traslativos, modificativos o extintivos de derechos reales sobre bienes inmuebles.

En cualquier caso, y volviendo al Código civil, la jurisprudencia ha venido aclarando la naturaleza y límites de la facultad reconocida en el art. 1279. En primer lugar, ha afirmado que dicho precepto consagra una facultad ejercitable por cualquiera de las partes del contrato, pero también por sus causahabientes [SSTS 10 noviembre 1989 (ROJ 6256/89); STS 1244/2001 de 31 di-

ciembre 2001]. Puede ser igualmente ejercitada por el retrayente de una finca respecto del contrato privado celebrado por el propietario con el comprador retraído, al quedar subrogado en los derechos de éste (STS 679/2018 de 3 diciembre). En cambio, el cesionario de *alguno* de los derechos del vendedor a la contraprestación, al no ser sucesor de su íntegra posición contractual, no está facultado para instar la elevación a escritura pública del contrato del que no fue parte (STS 400/2011 de 1 junio). Lo dicho no impide que pueda supeditarse el ejercicio de esta facultad o su cumplimiento a la ejecución de alguna prestación (Morales, 1995, 3145) como por ejemplo el pago íntegro del precio en la compraventa [así en las SSTS 3 abril 1992 (rec. n.º 349/1999); 156/1999 de 22 de febrero; 466/2002 de 21 mayo] en cuyo caso la parte incumplidora no puede reclamar la elevación del contrato a escritura pública hasta que no cumpla su obligación.

En relación con ello ha de tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia, la obligación de documentar el contrato no tiene, salvo que las partes estipulen otra cosa, carácter esencial, de modo que su mero incumplimiento no permite pedir la resolución [SSTS 28 abril 1989 (ROJ 2720/1989); 723/1993 de 9 de julio 1993; 719/1999 de 29 de julio; 303/2014 de 16 septiembre] ni legitima al comprador para dejar de pagar el precio [entre otras, SSTS 30 septiembre 1988 (ROJ 9411/1988); 20 diciembre 1989 (ROJ 7563/1989); 15 abril 1991 (ROJ 1440/1990); 130/2007 de 5 febrero]. Si una de las partes se niega a elevar el contrato a escritura pública lo procedente es el ejercicio judicial de la facultad contenida en el art. 1279 C.c. que, como se sabe, puede ser objeto de ejecución forzosa (art. 708,1 LEC) como ya había mantenido el TS con anterioridad a la LEC 2000 [SSTS 17 enero 1984 (ROJ 303/84); 19 febrero 1990 (ROJ 1440/1990)].

Una cuestión relevante es la relativa al plazo de ejercicio de la facultad derivada del art. 1279 C.c. Inicialmente el TS entendió que dicha facultad estaba sometida al plazo de prescripción de 15 años, si bien no comenzaba a correr en tanto subsistiera la vigencia del contrato y el ejercicio de los derechos y obligaciones que del mismo derivan, es decir, mientras el contrato no se hubiera ejecutado o consumado [SSTS 9 mayo 1970 (ROJ 517/1970) 14 febrero 1986 (ROJ 651/1986) 12 junio 1990 (ROJ 4505/1990)]. Sin embargo, a partir de la STS 459/94 de 12 de mayo, que parece dar a entender que dicha facultad no está sometida a plazo alguno de prescripción, se abrió paso en las Audiencias Provinciales la postura que sostiene la imprescriptibilidad de la facultad de elevar el contrato a escritura pública (v. gr. S. 802/2002 AP Alicante de 20 de diciembre 2002; S. 61602/2004 AP Madrid de 12 de noviembre; S. 63/2008 AP Valencia de 4 de febrero). Esta postura es consagrada, con

posterioridad, en la STS 440/2009 de 24 de junio, sobre la base de que las facultades no prescriben. Ahora bien, aunque la facultad de solicitar la documentación del contrato no esté sometida a plazo de prescripción, debe tenerse en cuenta que sí lo está la acción para reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Si el contrato no fue cumplido (por tanto, no está consumado) pero han prescrito las acciones para reclamar su cumplimiento no puede hacerse uso de la facultad del art. 1279. Así lo afirma la STS 694/2011 de 10 de octubre, en un caso en que pretendía emplearse la facultad de elevar el contrato a escritura pública como medio indirecto para obtener la entrega o «traditio ficta» transcurrido el plazo de prescripción de dicha acción. Lo reitera la STS 429/2017 de 7 de julio, que sostiene, además, que no es legítimo el ejercicio de la facultad de elevar a público ciertos contratos privados para que accedan al Registro de la Propiedad cuando, debido al tiempo transcurrido, ha cambiado la situación jurídico-real de la finca y se han adquirido derechos por parte de terceros.

2.3 Excepciones al principio de libertad de forma: Interpretación actual

Como antes se avanzó, la consagración del principio de libertad de forma en el art. 1278 C.c., unido a lo dispuesto en el art. 1258, impide que, cuando la ley no sanciona la falta de la forma exigida con la nulidad del negocio, se considere que la forma es presupuesto de validez por aplicación del art. 6,3 C.c. Así lo ha reconocido el propio TS que, en la S. 268/2008 de 18 de abril, señala, respecto de un contrato de aparcería celebrado verbalmente, que cuando la ley no establece las consecuencias jurídicas de la falta de forma escrita, conforme a los arts. 1254, 1258, 1278 y 1279, «*la duda debe decantarse a favor de la validez del contrato verbal* siempre que concurren los requisitos esenciales de consentimiento, objeto y causa». Por ello, a falta de disposición expresa, sólo puede entenderse que la forma es requisito de validez cuando la finalidad perseguida por la misma así lo justifique, como sucede, por ej. cuando la forma requerida pretende proteger a los contratantes contra la precipitación. Partiendo de esta premisa, y dejando a un lado negocios de Derecho de familia como el matrimonio, pocos son los casos en que se entiende, en la actualidad, que la forma exigida en el Código tiene carácter *ad solemnitatem*. Entre los contratos, la donación (arts. 632, 633) y las capitulaciones matrimoniales (art. 1327). Tratándose de negocios unilaterales, además, obviamente del testamento (arts. 676 y ss.), la repudiación de la herencia (art. 1008) y el poder para contraer matrimonio (art. 55 C.c.). En los demás casos la forma, bien no se consi-

dera presupuesto de validez (contrato de sociedad con aportación de inmuebles; cesión de créditos; contrato de prenda), bien se cuestiona que lo sea (contrato de hipoteca).

La donación es quizás el paradigma de negocio solemne, y ello se explica por la necesidad de proteger al donante de irreflexivos impulsos de generosidad al tiempo que se protegen los intereses de herederos y acreedores del donante que puedan resultar perjudicados por su disminución patrimonial [así lo indicó la STS 3 marzo 1932 (ROJ 273/1932) y lo reitera, más recientemente, la STS 256/2012 de 27 abril]. Su carácter de acto de liberalidad justifica que esté sujeta a requisitos formales en la mayoría de los ordenamientos, y que en el *Borrador de Marco Común de Referencia*, constituya una excepción al principio de libertad de forma. También la *Propuesta de Código civil* de la APDC la configura como negocio solemne (infra, epígrafe 4).

Si nos detenemos en la doctrina jurisprudencial vertida en torno al art. 633 C.c., es sabido que el TS ha venido afirmando tradicionalmente que la donación de inmuebles supone una excepción al principio general de libertad de forma, siendo la necesidad de plasmación de la donación en escritura pública un requisito «ad solemnitatem» (entre otras, SSTS 23 diciembre 1995 –rec. n.º 1786/1992–; 2695/1999 de 31 de julio; 40/2007 de 25 de enero). Dado que en dicha forma debe constar tanto la declaración del donante como la aceptación del donatario, las simples promesas unilaterales de transmitir gratuitamente bienes, aunque se otorguen en escritura pública, carecen de validez [SSTS 97/96 de 16 febrero; 265/2019 de 10 de mayo]. La STS 747/2012 de 18 de diciembre advierte que en la escritura pública debe plasmarse, no sólo la «causa donandi» y los consentimientos de ambas partes, sino también las cargas que debe satisfacer el donatario. Pero, tratándose de una donación con cláusula de reversión en favor de un tercero, basta que en la escritura pública conste la aceptación del donatario original, no siendo necesaria la del beneficiario, cuya adquisición se produce automáticamente cuando se cumple el evento que da lugar a la reversión (STS 543/2009 de 15 julio). Por otra parte, es claro que el art. 633 se aplica no sólo a la transmisión de la propiedad de inmuebles sino también a la constitución gratuita de derechos reales limitados sobre bienes inmuebles (así, relación con la constitución de derechos de usufructo, SSTS 284/2013 de 22 de abril; 256/2014 de 26 de mayo).

Un supuesto que ha provocado gran litigiosidad es el de la donación de inmuebles disimulada bajo escritura pública de compraventa. Hasta la Sentencia del Pleno del TS de 2007 (S. 1394/2007 de 11 de enero) existían en la jurisprudencia criterios dispares en torno a su validez. Inicialmente el TS, en la ya citada S. 3 marzo 1932 (ROJ 273/1932), mantuvo un criterio estricto afir-

mando que tales donaciones son nulas por no cubrir los requisitos formales del art. 633 C.c., pero esta postura no se mantuvo de manera uniforme. La S. 7 marzo 1980 (ROJ 29/1980) inició una controvertida línea jurisprudencial según la cual el rigor formal del art. 633 C.c. debía suavizarse cuando la donación encubierta tiene carácter remuneratorio. Efectivamente, muchas de las donaciones declaradas válidas eran de esa naturaleza, pero también en casos de donaciones puras y simples la jurisprudencia, especialmente a partir de los años 90, se decantó por su validez (Santos, 2007, pp.175 ss.). Ante esta situación, la mencionada STS 1394/2007 de 11 de enero, en un supuesto en que la donación impugnada tenía carácter remuneratorio, retomó la denominada «tesis clásica», negando la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo escritura pública de compraventa por no constar en tal documento la voluntad de donar y aceptar la donación. Dicha sentencia sostiene también que el art. 633 no hace ninguna excepción atendiendo al carácter remuneratorio de la donación y aclara que el art. 622, pese a su tenor literal, no es aplicable a las donaciones remuneratorias puesto que no imponen ningún gravamen al donante. Esta doctrina ha sido mantenida en resoluciones posteriores, como las SS. 684/2007 de 20 de junio; 236/2008 de 18 de marzo; 317/2008 de 5 mayo; 287/2009 de 4 de mayo; 378/2009 de 27 mayo. La S. 828/2012, de 16 de enero de 2013, la reitera en relación con las donaciones remuneratorias y las SSTS 25/2010 de 3 de febrero y 234/2011 de 14 de abril estiman que la doctrina jurisprudencial sobre donaciones de inmuebles encubiertas es igualmente aplicable a la donación de participaciones sociales oculta bajo escritura pública de compraventa. No obstante, la de 14 abril de 2011 considera que, con independencia de lo dispuesto en la normativa de sociedades, la donación de participaciones sociales ha de regirse por el art. 632 y no por el 633. Por ello concluye considerando válida la donación realizada en tanto donación «manual», ya que, en el caso concreto, el «donatario» vino ejercitando su condición de socio desde que se llevó a cabo la transmisión.

Se observa, en este sentido, que, mientras en la donación de inmuebles el TS aplica con rigor las exigencias formales del art. 633, tratándose de *bienes muebles*, la jurisprudencia se muestra más flexible a la hora de considerar cumplidos los requisitos formales del art. 633. En relación con la donación manual, se afirma que basta con que se lleve a cabo la entrega material y recepción del bien donado (SSTS 15 junio 1995 (ROJ 11154/1995); 531/99 de 10 junio], pero el concepto de «entrega» se interpreta ampliamente. Así, la STS S. 114/2004 de 25 de febrero, considera válida como donación manual la realizada mediante la apertura de un depósito bancario a nombre propio y del de la esposa. Del mismo modo, la STS 534/2018 de 28 de septiembre entiende

que la constitución de un depósito a plazo fijo a nombre propio y de un tercero (en cuyo favor se considera acreditado el «animus donandi») implica «entrega» de la cosa. Y añade que también concurriría, en cualquier caso, aceptación escrita en tanto el donatario firmó el contrato de depósito. Y es que la concurrencia de «aceptación por escrito» también se aprecia de modo un tanto flexible en otras sentencias [*cf.* STS 6 abril 1979 (ROJ 126/1979); 5 octubre 1987 (ROJ 6109/1987)].

Por otra parte, el art. 1887 C.c. se remite a las «formas de la donación» en relación con la condonación expresa. Esta remisión se explica porque la condonación, al igual que la donación, es un acto de liberalidad. No obstante, al margen de la contradicción que supone admitir la condonación tácita al mismo tiempo que se exige una forma solemne para la condonación expresa (Santos, 2010a, p. 1321, 1322), atendiendo al art. 6.2 C.c., ésta será válida si el acreedor renuncia a su derecho de crédito por escrito (Infante Ruiz, 2016 pp. 438, 439) si bien, cuando se trata de un crédito hipotecario, se considera necesaria la escritura pública.

Frente al carácter solemne de la donación, el contrato de sociedad civil, pese a lo establecido en el art. 1667, se considera, en cambio, libre de forma. Y es que no parece existir justificación para imponer la forma pública como presupuesto de validez. El TS ha afirmado reiteradamente que el contrato de sociedad con aportación de inmuebles, conforme al art. 1278, se perfecciona por el mero consentimiento y la falta de escritura pública no impide la validez del contrato entre las partes, que pueden compelerse a su otorgamiento ex art. 1279 C.c. [v.gr. SSTS. 855/1995 de 9 de octubre 1995; 12 julio 1996 (rec. n.º 3085/92); 611/1996 de 17 de julio, 543/2001 de 29 de mayo].

No obstante, también ha afirmado el TS que la sociedad constituida sin cumplir los arts. 1667 y 1668 carece de existencia frente a terceros [STS 12 junio 1950 (ROJ 1755/1950); 28 junio 1950 (ROJ 1770/1950)], equiparando así la falta de forma con la ausencia de personalidad jurídica [STS 21 diciembre 1955 (ROJ 126/1955)], lo que, según el TS, da lugar a una sociedad «irregular» o «de hecho». Así, diversas sentencias identifican la irregularidad de la sociedad con «la falta de formalidades en su constitución» (STS 7 octubre 1961 (ROJ 312/1961); 23 mayo 1962 (ROJ 2894/1962); 27 abril 1973 (ROJ 85/73) y también con cierta frecuencia el TS califica como «irregular» las sociedades constituidas verbalmente [(S. 5 julio 1982 (ROJ 1172/1982); 6 noviembre 1991 (ROJ 6015/1991)] interpretando que el carácter verbal supone que los pactos se mantienen secretos entre los socios y, por tanto, la sociedad, ex art. 1669 C.c., carece de personalidad (STS 684/95 de 10 de julio). Especialmente significativa es la S. 551/93 de 27 de mayo que dice que la exigencia de

escritura pública del art. 1667 C.c. «únicamente afecta a que (la sociedad) no surja con vida jurídica con relación a terceros, esto es, como entidad con personalidad jurídica independiente de los socios» mientras no se cumpla este requisito formal.

Lo cierto es, sin embargo, que la personalidad jurídica de la sociedad civil no depende de la forma de celebración del contrato, sino de la configuración de la sociedad como interna o externa (Paz-Ares, 1991, pp. 1353 ss.). De hecho, aunque la STS 235/2008 de 11 de marzo dice todavía que existe sociedad irregular cuando se constituye sin cumplirse los requisitos formales del art. 1667, otras sentencias ponen de manifiesto que la «irregularidad» de la sociedad y su falta de personalidad jurídica resulta de su carácter interno, esto es, de la no actuación de la sociedad frente a terceros como una entidad independiente de los socios (v. gr. SSTS 1196/2003 de 12 de diciembre; 260/2007 de 7 de marzo; 1107/2008 de 19 de noviembre; 108/2009 de 18 de febrero 2009).

El contrato de hipoteca, por otra parte, se ha considerado con frecuencia como un contrato solemne. Sin embargo, tanto el art. 1875 C.c., como el art. 145 LH, exigen la escritura pública para la válida constitución de la «hipoteca» –es decir, del derecho real de hipoteca, que requiere, además, la inscripción registral– y no para el contrato dirigido a constituirla. Aunque la jurisprudencia no se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, la doctrina mayoritaria entiende hoy día que el contrato de hipoteca es válido y obligatorio entre las partes, con independencia de su forma de celebración (Jordano, 1999, pp. 20, 22, 31, 32, 96; Blasco, 2014, p. 708; Cordero, 2015, p. 678; Díez García, 2018, pp. 383, 431; Garrote, 2020, p. 963), lo que implica que las partes podrían compelerse al otorgamiento de la escritura pública necesaria para llevar a cabo la inscripción *ex art.* 1279 C.c. (Santos, 1996, pp. 81, 82, 240, 241). Conviene advertir, no obstante, que la reciente Ley 5/2019 de 5 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, BOE 16-3-2019, (en adelante LCCI), dispone que los contratos de préstamo garantizados con una hipoteca sobre un inmueble de uso residencial «deberán formalizarse en escritura pública, pudiendo adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial» (art. 22). Dicha ley no se pronuncia sobre las consecuencias de la no formalización del contrato de préstamo hipotecario en escritura pública por lo que surge la duda de si la misma es necesaria para la validez del mismo (adviértase que la forma se exige aquí para la compleja operación crediticia y no sólo para el contrato de constitución de la garantía). Si se tiene en cuenta que el art. 14 LCCI obliga al prestamista a entregar al eventual prestatario un documento, la Ficha europea de información normalizada (FEIN) que equivale a una oferta vinculante durante un plazo mínimo de 10 días, cabría entender que en el momento en que el prestatario acep-

ta dicha oferta, el contrato de préstamo con garantía hipotecaria se ha perfeccionado y las partes quedan obligadas a elevarlo a escritura pública para que pueda constituirse la garantía (en este sentido Díez García, 2019, pp. 362, 382). No obstante, si se atiende a la función que la LCCI atribuye a la intervención notarial (*cf.* art. 15 LCCI) parece más adecuado considerar que, al menos el prestatario, no queda vinculado en tanto no se otorgue la escritura pública de préstamo garantizado con hipoteca sobre inmueble de uso residencial (*vid. infra*, epígrafe 3).

Por último, un claro ejemplo de utilización de la forma como mecanismo para dotar al contrato de ciertos efectos es lo establecido en el art. 1865 C.c. De dicho precepto se desprende con claridad que la escritura pública no es forma esencial del contrato de prenda pues el propio artículo la exige (en realidad lo que exige es que conste «por instrumento público la certeza de la fecha») para la eficacia frente a terceros del derecho de prenda. Ciertamente, parece contradictorio que, una vez constituido el derecho real de prenda mediante el desplazamiento posesorio, dicho derecho no sea eficaz *erga omnes*. Sin embargo, la eficacia frente a terceros a la que se refiere el precepto comentado atañe en particular a la preferencia del acreedor pignoraticio. Así lo reconoció el art. 90.1.6 de la Ley Concursal, ya que la preferencia crediticia, como sostiene la STS 962/95 de 14 de noviembre, deriva de la fecha de constitución de la prenda y no de la fecha de nacimiento de la obligación garantizada, lo cual es especialmente relevante en los supuestos de concurso del deudor pignorante [(STS 7 octubre 1997 (rec. n.º 1146/1993)]. En este sentido se pronuncian las recientes SSTS 466/209 y 467 /2019 (esta última del Pleno) de 17 de septiembre, aunque parecen entender que, no sólo el privilegio del acreedor pignoraticio, sino también otros efectos propios de la garantía quedan supeditados a que el contrato conste en escritura pública. Conviene advertir, en cualquier caso, que, cuando la prenda recae sobre un crédito, el art. 90.1,6 LC sólo exigía para su eficacia frente a terceros que su constitución conste en documento de fecha fehaciente. Dado que suele entenderse que la prenda de créditos es una cesión de crédito en garantía, parece que el legislador se inclinó por aplicar la regla del art. 1526 a este tipo de prenda. El nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal (RLD 1/2020 de 5 mayo –BOE n.º 27, 7-5-2020–) mantiene igual criterio para la prenda de créditos de la masa activa (art. 271,2).

3. EL FORMALISMO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMO

Aunque tanto en España como en el resto de los ordenamientos europeos impera el principio de libertad de forma, las normas comunitarias dirigidas a

la protección de consumidores han impuesto numerosas exigencias formales, lo que ha dado lugar de que se hable en la doctrina de un cierto «renacimiento o retorno al formalismo». En efecto, como consecuencia de las diversas Directivas comunitarias hay una serie de contratos de consumo respecto de los que se impone al empresario la obligación de documentar el contrato –en el que debe hacerse constar un contenido mínimo establecido legalmente– y entregar una copia al consumidor. Así sucede en el supuesto del crédito al consumo (art. 16 Ley 16/2011, 24 junio de crédito al consumo, BOE 25/06/2011–en adelante LCC–) y el contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles (art. 11 Ley 4/2012, 6 julio de contratos de aprovechamiento por turno, BOE 07/07/2012 –en adelante LCAT–). En ambos casos, además, la plasmación escrita del contrato puede hacerse en soporte papel o en otro «soporte duradero». La noción de soporte duradero, definida inicialmente en las Directivas de crédito al consumo y contratos de aprovechamiento por turno de 2008, y posteriormente en el art. 2,10 de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores, está recogida en España en el art. 59 bis, letra f del Texto Refundido de la Ley de consumidores (RDL 1/2007, de 16 de noviembre –BOE 30/11/2007–) y hace referencia a cualquier instrumento que pueda almacenar información que pueda ser consultada repetidamente y reproducida sin alteración. Junto a los supuestos enunciados, hay otros casos en que no es necesario que sea el contrato en sí mismo considerado (declaraciones de oferta y aceptación) el que se plasme en papel o en soporte duradero, siendo suficiente que se entregue al consumidor una «confirmación» documental del mismo que contenga la información exigida en la ley. Así sucede en el supuesto del contrato a distancia (art. 98,7 TRLC) y en del contrato fuera de establecimiento mercantil (art. 99,2 TRLC). También en el contrato de viajes combinados, tras la modificación practicada por el RDL 23/2018 21 diciembre, el actual art. 155 TRLC dispone que deberá proporcionarse al viajero «una copia del contrato o una confirmación del mismo en soporte duradero» que deben contener la información prevista en dicho precepto.

La finalidad perseguida con tales requisitos es informar al consumidor de sus derechos y obligaciones contractuales. Ha de advertirse que las normas comunitarias imponen también gran número de deberes precontractuales de información que deben cumplimentarse, asimismo, mediante la entrega al consumidor de documentos informativos plasmados en papel o soporte duradero, por lo que podría decirse que los requisitos «formales» se amplían a la etapa precontractual. Pero, mientras que estos deberes precontractuales de información tienen como fin garantizar que el consumidor pueda adoptar una decisión libre y meditada tras comparar las distintas ofertas, la finalidad perseguida

imponiendo el deber de documentar del contrato es informar al consumidor sobre su exacto contenido a fin de que pueda reaccionar en caso de que el empresario intente modificar, o simplemente incumplir, los términos del contrato (Santos, 2010b, p. 211). De ahí que no sea indispensable la entrega al consumidor de una copia del propio contrato suscrito por las partes, siendo suficiente en algunos casos que se le suministre una «confirmación» documental –esto es, una justificación de que el contrato se ha celebrado y de su contenido– en la que se haga constar la información contractual requerida. De hecho, también hay normas en las que la pretensión del legislador es, básicamente, proporcionar al consumidor una prueba de que el contrato se ha celebrado [art. 11 Ley 7/96 Ordenación Comercio Minorista –BOE n.º 15, de 17/01/1996–; art. 28 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico –BOE n.º 166, de 12/07/2002– (en delante LSSI)]. Esta parece ser la finalidad del art. 63 TRLC, que obliga al empresario a entregar al consumidor algún tipo de documento justificativo de su celebración o de su ejecución (factura, recibo, albarán de entrega, tique de compra, resguardo acreditativo, etc.) por lo que se entiende que su ámbito propio es el de los contratos que suelen celebrarse oralmente (García Vicente, 2020, p. 1930), que en muchos casos se ejecutan también de manera instantánea, en cuyo caso debe proveerse al consumidor de algún tipo de documento que le permita acreditar, bien la celebración y términos del contrato, bien su cumplimiento.

En cualquier caso, la principal interrogante que suscitan los requisitos formales impuestos para los contratos mencionado al inicio es su naturaleza. ¿Es el cumplimiento de tales requisitos presupuesto de validez del contrato? Para responder esa cuestión conviene examinar cuáles son, en cada caso, las consecuencias del incumplimiento de la previsión legal. En el contrato de viajes combinados no se prevé ninguna consecuencia para la inobservancia de la obligación de documentar o confirmar documentalmente el contrato por lo que la aplicación del principio de libertad de forma debe llevar a concluir que la documentación no es un requisito esencial. En el aprovechamiento por turno el incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato por escrito conlleva la prórroga indefinida del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor, pues dicho plazo se computa a partir de la entrega a este último del documento contractual (art. 12.2.a) LCAT). Es decir, el contrato no cumplimentado por escrito es válido, pero el consumidor puede desvincularse del mismo ejerciendo su derecho de desistimiento.

Esta consecuencia es la que resulta, en mi opinión, más coherente con la finalidad informativa de la exigencia formal, y es también la más beneficiosa para el consumidor, pues le permite desvincularse del contrato en tanto la con-

traparte no cumpla con su obligación de documentación. De este modo el empresario se verá constreñido a cumplir cuanto antes dicha obligación.

Tal sanción es claramente preferible a la anulabilidad prevista, en el art. 21 de la actual LCC, para el incumplimiento de la forma escrita del contrato de crédito al consumo, ya que, aunque sea más sensata que la nulidad anteriormente establecida en el art. 7 de la derogada Ley 7/95, obliga al consumidor al ejercicio judicial de la acción para desvincularse del contrato celebrado. La doctrina suele entender que la forma escrita es presupuesto de validez del crédito al consumo (Álvarez Olalla, 2020, p. 5063) pero, al margen de ello, en mi opinión la anulabilidad no proporciona al consumidor un instrumento eficaz para obtener el cumplimiento de la obligación de entregarle una copia del contrato con el contenido informativo preceptivo. Con independencia de que, una vez recibido el préstamo, es poco probable que el consumidor quiera impugnar el contrato si ello le obliga a la devolución de la cantidad obtenida, el coste y los inconvenientes que puede suponerle el ejercicio judicial de la acción de anulabilidad le disuadirán, previsiblemente, de entablarla. Por ello, habría sido preferible que el legislador se hubiera limitado a prever, como consecuencia para la falta de documentación del contrato, la prolongación del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, que, según el art. 28,1 de la propia LCC, no comienza a correr en tanto el consumidor no reciba la documentación preceptiva.

También en relación con el contrato a distancia y fuera de establecimiento mercantil el art. 100 TRLC sanciona con la anulabilidad el incumplimiento de la obligación de entregar una copia del contrato o una confirmación documental del mismo. Ello resulta, cuando menos, llamativo porque, dado que no es indispensable que las declaraciones de las partes consten por escrito, pues basta con que el empresario entregue una «confirmación» de que el contrato se ha celebrado, hay que entender que éste puede perfeccionarse válidamente cualquiera que sea su forma de celebración (constituye, no obstante, un excepción la contratación telefónica, *cfr.* art. 98,6 TRLC). Resulta, por eso, contradictorio, sancionar con la anulabilidad la falta de entrega de dicha confirmación documental (Díez García, 2014, pp. 216, 219, 221, 234; Álvarez Lata, 2015, pp. 1507, 1508, 1516, 1517). Pese a todo, un aspecto positivo de lo establecido en el art. 100 TRLC es que dicho precepto permite ejercitar la anulabilidad «por vía de excepción». Así, si el empresario insta, por ejemplo, al consumidor a cumplir un contrato respecto del cual no se le ha suministrado la correspondiente confirmación documental, el consumidor podrá negarse al cumplimiento, sosteniendo su anulabilidad, que podría invocar como excepción en un eventual procedimiento judicial. De ahí que pueda pensarse que lo dispuesto en el art. 100 TRLC servi-

rá indirectamente al empresario como acicate para cumplir sus obligaciones de documentación (Santos, 2017, pp. 676, 677).

En cualquier caso, si de lo que se trata es de proteger al consumidor facilitándole información exacta sobre el contenido del contrato y/o un justificante de su celebración, debe entenderse que, en caso de incumplimiento por el empresario de sus deberes de documentación o confirmación documental del contrato, el consumidor, además de invocar la anulabilidad del mismo (crédito al consumo, contrato a distancia y fuera de establecimiento) o ejercitar su derecho de desistimiento (aprovechamiento por turno), estará facultado para exigir el cumplimiento de dicha obligación. No creo que deba entenderse que la anulabilidad prevista en los artículos 21 LCC y 100 TRLC excluye tal posibilidad, como sucedería si consideráramos tales contratos como solemnes en sentido tradicional, ya que ello resulta contrario a la finalidad perseguida con las mencionadas exigencias formales (a favor de la aplicación del art. 1279, Valpuesta, 2020, p. 665). No obstante, aunque se admita la aplicación del art. 1279 C.c. en estos casos y en el del contrato de viajes combinados, hay que reconocer que, si el empresario se niega a cumplir sus deberes de documentación, es poco probable que el consumidor tenga interés en ejercitar judicialmente la acción derivada de dicho precepto.

Mención aparte merece el contrato de crédito inmobiliario, aunque no necesariamente tiene que celebrarse con un consumidor (así es cuando el préstamo tiene como fin adquirir o conservar derechos de propiedad sobre inmuebles construidos o por construir, en cuyo caso el prestatario, fiador o garante han de ser consumidores, pero no cuando se trata de préstamos con garantía hipotecaria sobre inmuebles de uso residencial –art. 2 LCCI–). Según el art. 22 los contratos regulados en dicha ley «se formalizarán en papel o en otro soporte duradero» y, si se garantizan con hipoteca recayente sobre un inmueble de uso residencial, «deberán formalizarse en escritura pública, pudiendo adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial». En este último caso es preciso, además, que el notario, antes de autorizar la escritura pública, haya otorgado un acta notarial dirigida a comprobar el cumplimiento de los requisitos de transparencia material (art. 22,2 en relación con art. 15). ¿Es necesaria la forma escrita para la validez del contrato de crédito inmobiliario? La ley no lo aclara y la regulación legal es, en su conjunto, bastante confusa. El art. 14,1, a) LCC obliga al prestamista a entregar al potencial prestatario «con una antelación mínima de 10 días naturales respecto al momento de la firma del contrato», diversos documentos informativos entre los que destaca la ficha europea de información normalizada (FEIN), que el legislador español equipara a una oferta vinculante. Aunque la alusión a la «firma del contrato» parece dar a

entender que éste ha de celebrarse por escrito, es evidente que, si el prestatario acepta la mencionada «oferta» (se discute si puede hacerlo antes de la finalización del periodo de los 10 días, pero de lo dispuesto en el art. 10 parece deducirse lo contrario) el contrato quedará perfeccionado. La cuestión es ¿sería eficaz una aceptación verbal? La solución es dudosa, pero la dificultad que puede suponer para el prestatario, que quiera por ej. reclamar la entrega del préstamo, demostrar la aceptación, aconseja que la misma tenga lugar por escrito. De hecho, dado que el art. 14,1, d) LCC obliga también al prestamista a entregar al cliente una «copia del proyecto del contrato» cabe pensar que el eventual prestatario puede aceptar firmando ese proyecto de contrato y poniéndolo en conocimiento del empresario. Parece, en definitiva, que no cabe celebrar verbalmente un contrato de crédito inmobiliario (Siles Talens, 2020, p. 358). Pero ¿y si el préstamo está garantizado con hipoteca sobre inmueble de uso residencial? ¿quedarán las partes vinculadas antes del otorgamiento de escritura pública, por ejemplo, por la aceptación (escrita) del prestatario de la oferta vinculante entregada por el prestamista? Para responder a este interrogante ha de tenerse en cuenta la función que la LCC atribuye a la intervención notarial. En efecto, dicha ley pone el acento en la tradicional labor de asesoramiento del notario, pero lo convierte además en una suerte de «garante» del cumplimiento del principio de transparencia material, con la clara intención de poner fin a los numerosos litigios planteados como consecuencia de la falta de transparencia de cláusulas hipotecarias. Pues bien, si el notario, en la comparecencia previa del prestatario (*cf.* art. 15 LCC) debe verificar que se le ha entregado la documentación precontractual preceptiva, ha recibido las oportunas explicaciones por parte del prestamista y ha comprendido el contenido de los documentos recibidos, parece que no debe considerarse vinculado al prestatario en tanto, cumplido este trámite, no se otorgue escritura pública. Piénsese que, si el resultado de estas comprobaciones es negativo, el notario no puede otorgar la escritura pública (art. 15,5 LCC). Y piénsese también en la posibilidad de que, tras la comparecencia ante notario, el potencial prestatario llegue a la conclusión de que ciertas cláusulas del contrato le son desfavorables y desee revocar su decisión de contratar (plantea esta situación Pérez Hereza p. 184). Si lo que se pretende es proteger al prestatario –y no solo blindar al prestamista ante eventuales litigios– ha de admitirse esta posibilidad. Ahora bien, entender que el contrato de préstamo garantizado con hipoteca sobre inmueble de uso residencial no se perfecciona en tanto no se otorga la escritura pública, no quedando vinculado el prestamista por la aceptación de la oferta por el prestatario, puede ser perjudicial para este último. Lo postura más favorable sería entender que es el prestatario quien no queda vinculado hasta el

otorgamiento de escritura pública o, en todo caso, que sólo él puede impugnar el contrato por falta de forma (se inclina por la anulabilidad Garrote, 2020, p. 955).

4. FORMA DEL CONTRATO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Los avances tecnológicos y el desarrollo de la denominada «sociedad de la información» han propiciado una gran expansión de la contratación electrónica, entendiéndose por tal aquella en la que el intercambio de oferta y aceptación se produce por medios electrónicos que permiten el tratamiento y almacenamiento de datos. Ejemplos típicos son la contratación mediante intercambio de correos electrónicos y la realizada a través de páginas web interactivas (en cuyo caso una de las partes contratantes suele ser un consumidor). Con vistas a facilitar la contratación por vía electrónica, el art. 23,1.1 LSSI dispuso que «los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez». Esta regla es coherente con el principio de libertad de forma, pero, tomando en consideración la posibilidad celebrar electrónicamente un contrato que deba revestir cierta forma (recordemos lo que sucede en el ámbito de la contratación con consumidores), el art. 23 LSSI dispuso que, cuando un contrato deba constar por escrito, se considerará satisfecho este requisito si el contrato «se contiene en un *soporte electrónico*». La idea de «soporte electrónico» recuerda la noción de «soporte duradero» empleada en la normativa de consumidores (ambos pueden consistir en un correo electrónico, un *pendrive*, un mensaje de texto, etc.), pero adviértase que el «soporte duradero» al que se refieren las normas de consumo puede utilizarse para plasmar por escrito un contrato (o su «confirmación»), que no se ha celebrado por medios electrónicos. En cualquier caso, el art. 23 LSSI establece la equivalencia entre la tradicional «forma escrita» y la forma electrónica, de forma que cuando la ley exija que un contrato se redacte por escrito, el contrato podrá plasmarse en un «documento electrónico». Al respecto debe tenerse en cuenta que el concepto de «documento electrónico», que está definido en el art. 3,5 de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de Firma Electrónica –BOE n.º 304, 20/12/2003– (en adelante LFE), no presupone que la información archivada electrónicamente esté también firmada electrónicamente por las partes (así se preveía en la redacción inicial del precepto, pero la referencia fue suprimida tras la modificación realizada por la Ley 56/2007). La firma electrónica es preceptiva en el caso de documentos públicos, que han de ser firmados por funcionarios con facultad de dar fe pú-

blica y que actúen dentro de sus competencias (art. 3,6 LFE) pero, con independencia de su mayor o menor valor probatorio en juicio (*cf.* art. 24 LSSI en relación con art. 3,8 LFE) no se exige expresamente para los documentos «privados». No obstante, cuando la ley no se limite a indicar que el contenido del contrato (o una confirmación del mismo) ha de plasmarse por escrito, sino que exija que sean las propias declaraciones de voluntad de las partes las que *se emitan por escrito* (en cuyo caso, para imputar esas declaraciones a las partes es precisa su firma) debe considerarse necesario que las emitidas en formato electrónico estén también firmadas electrónicamente para que pueda darse esa equivalencia funcional entre forma escrita y forma electrónica.

5. RECAPITULACIÓN. LA FORMA DEL CONTRATO EN LOS TEXTOS ARMONIZADORES DE DERECHO EUROPEO Y EN LAS PROPUESTAS DE CÓDIGO CIVIL

De lo expuesto con anterioridad se desprende que, en la contratación civil, desde la publicación del Código, ha prevalecido la libertad de forma. Las dudas acerca de la naturaleza *ad substantiam* o no de la forma exigida han sido resueltas, habitualmente, en sentido negativo, de modo que son pocos los contratos considerados solemnes. Es línea con lo anterior, se ha expandido el ámbito del art. 1279, que se considera aplicable a todo contrato que precise la forma con ciertos fines, siempre que ésta no tenga carácter esencial. En la contratación con consumidores se han impuesto numerosas exigencias formales pero, bien no afectan a la validez del contrato, bien permiten solo al consumidor impugnar o, en general, hacer valer la ineficacia del contrato no documentado. Además tales exigencias, en muchos casos, no suponen que deban constar por escrito las declaraciones de voluntad de las partes, sino que basta con entregar al consumidor una «confirmación» de que el contrato se ha celebrado y tiene cierto contenido. En este sentido, teniendo en cuenta la finalidad perseguida con la exigencia de documentación, debe admitirse en todo caso la posibilidad de que el consumidor reclame al empresario el cumplimiento de tal obligación. Por otra parte, la expansión de la contratación electrónica y la aparición de dispositivos tecnológicos que permiten el almacenamiento de la información ha dado lugar a que la noción de «forma escrita» o de «documento» se desvincule del soporte papel. En la actualidad pueden emplearse otro tipo de soportes «duraderos» para plasmar las declaraciones de las partes y/o el contenido del contrato y, además, se equipara funcionalmente la «forma escrita» a la «forma electrónica».

De todos estos avances dan cuenta, en mayor o menor medida, las Propuestas de Código civil existentes en España y los textos de Derecho privado europeo a los que nos referimos a continuación.

Así, a pesar de que las diversas Directivas sobre contratos celebrados con consumidores imponen, como se sabe, numerosas exigencias formales, los *Principios de Derecho contractual comunitario* (*Acquis Principles* o ACQP) –cuya pretensión es sistematizar y armonizar el Derecho comunitario– establecen, curiosamente, la libertad de forma como regla general (art. 1:303). Las prescripciones formales de las Directivas comunitarias se tienen en cuenta en los ACQP sólo con objeto de establecer reglas dirigidas a sistematizar la terminología empleada. En particular, tomando en consideración la actual tendencia a desvincular la forma escrita del soporte papel, se propone utilizar la expresión «Forma textual» (*Textual form*) para los supuestos en que puede plasmarse una declaración en signos alfabéticos (o cualquier otro inteligible) en cualquier soporte que permita su reproducción –la noción de soporte duradero tiene su propia definición– mientras que la expresión «por escrito» (*In writing*) quedaría restringida a los supuestos en que la declaración de las partes ha de plasmarse en papel (*cf.* arts. 1:304 a 1:306).

Entre los textos europeos dirigidos a unificar el Derecho de contratos, los *Principios del Derecho europeo de contratos* (PCL) parten, igualmente, del principio de libertad de forma. El art. 2.101, en su párrafo segundo, dispone que un contrato no necesita ser celebrado ni probado por escrito, siendo admisibles todos los medios de prueba.

También el *Borrador de Marco Común de Referencia* (DCFR) consagra la libertad de forma, disponiendo en su art. II.-1.106 que el contrato no tiene que ser concluido o probado por escrito. La influencia de los ACQP se deja ver en el hecho de que el DCFR se ocupe de definir la noción de «forma textual» (art. 1:106); la expresión «por escrito», y el concepto de «soporte duradero» (art. 1:106). En cualquier caso, el texto europeo contempla dos excepciones a la libertad de forma, la donación (de bienes muebles y derechos incorporales –*cf.* art. IV. H.-1:103–) y el contrato de garantía prestada por un consumidor. Por lo que respecta a la donación, que en la mayoría de los ordenamientos tiene carácter solemne, el art. IV. H.-2:101 exige, para la validez del contrato, que «la obligación del deudor» se plasme en «forma textual» en soporte duradero firmado por el donante. No se exige, por tanto, que la forma indicada cubra el entero contrato (declaración del donante y aceptación del donatario) como en el Derecho español, lo cual se justifica porque el art. IV. H.-1:104, reconoce la validez de las promesas unilaterales gratuitas. Por otra parte, aunque el compromiso del deudor puede plasmarse en un soporte duradero distin-

to al papel, en tal caso debe concurrir la firma electrónica avanzada del donante. En cuanto al contrato de garantía prestada por un consumidor, el art. IV. G-4:104 dispone que el mismo debe realizarse en forma «textual» en soporte duradero y debe ser firmado por el garante, siendo nulo el contrato que no cumpla estos requisitos.

En España, la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Comisión General de Codificación (2009), fiel a su objetivo de facilitar la contratación (EM, VI), mantiene la regla de libertad de forma y aclara que la forma sólo es requisito de validez del contrato cuando la ley lo dispone expresamente (art. 1239). No contiene la Propuesta ningún listado de contratos, similar al del art. 1280, que deban constar en escritura pública. Al contrario, tras reiterar, el art. 1240,1 que el documento público sólo será necesario para la validez del contrato cuando la ley lo exija expresamente, dispone que, en los demás casos, esto es, cuando la forma sea necesaria para que el contrato *alcance determinados efectos* o cuando las partes así lo estipulen en el contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar la forma. Se atribuye esta misma facultad a las partes cuando cualquiera de las prestaciones del contrato excede de la cantidad de 10.000 euros. Como puede verse, se consagra y aclara, en la Propuesta, la interpretación actual del art. 1279 C.c., con la «novedad» de hacer referencia expresa a los contratos de cierto valor, para los que se considera de interés contar con una prueba documental. Al margen de ello, en su intento de incluir en el Código el «núcleo sustancial» de las reglas especiales en materia de consumidores (EM, IX) la Propuesta regula también la forma de los contratos fuera de establecimiento mercantil (art. 1265, 6 y 7) y de los contratos a distancia (art. 1267,7), si bien lo hace recogiendo el contenido de los antiguos artículos 111 y 98 TRLC, actualmente modificados por la Ley 3/2014, ya mencionada, de transposición de la Directiva 2011/83. Por último, se incluye un precepto específico destinado a establecer la equivalencia entre forma escrita y forma electrónica (art. 1268,5).

En la *Propuesta de Código civil* de la APDC las reglas generales sobre la forma del contrato son similares a las de la *Propuesta* de la CGC. Tras consagrarse el principio de la libertad de forma (arts. 523-1 y 523-2), se recoge la facultad de los contratantes de compelerse a llenar la forma cuando es necesaria para que el contrato produzca ciertos efectos o ha sido acordada por las partes (art. 523-3). Se equipara la forma escrita a la contenida en soporte electrónico (art. 523-6) y se regulan los pactos sobre la forma (art. 523-5). Constituye una excepción a la libertad de forma la donación, respecto de la cual se imponen similares requisitos formales a los exigidos en la actualidad para la de bienes muebles (arts. 453-2) e inmuebles (art. 453-3), consagrándose, además,

en relación a la de inmuebles, la doctrina jurisprudencial en materia de donaciones disimuladas (art. 454-5.2). Una particularidad es que se contemplan, en el art. 453-4, excepciones a los requisitos de forma de ciertas donaciones (v. gr. donación de bienes muebles realizada por un empresario en el marco de su actividad en favor de un consumidor).

Se mantiene el carácter solemne de las capitulaciones (art. 262-3) y la repudiación de la herencia (art. 468-10), así como la necesidad de fecha cierta para que la prenda sea eficaz frente a terceros. Pero, a diferencia del C.c., no se exige en este caso escritura pública sino solo «documento con fecha fehaciente» (art. 3122-3). Respecto del contrato de hipoteca, tras indicarse que la constitución de la hipoteca requiere la inscripción registral, dispone el art. 3123-3 que el «convenio de hipoteca» se rige por las reglas generales de los contratos. De ahí cabe deducir que, salvo que alguna norma específica disponga otra cosa, el contrato de hipoteca es válido aunque no se otorgue en escritura pública, como viene defendiendo buena parte de la doctrina. En materia de sociedad civil, el art. 5112-1 permite constituir la sociedad en cualquier forma. Y, en relación con la adquisición de su personalidad, los artículos siguientes (5112-2 y 5112-3), consagran la postura actual, que liga la personalidad de la sociedad a su configuración como sociedad externa (constituida para actuar en el tráfico como sujeto de derecho) o interna (no destinada a actuar como tal), y no con la forma de celebración del contrato como en algún caso ha mantenido el TS. Por último, la Propuesta incluye algunos preceptos de interés relativos a contratos con consumidores. El art. 523-1, de acuerdo con las normas que actualmente sancionan el incumplimiento de la forma exigida con la «anulabilidad» del contrato, dispone que, salvo que de la ley se deduzca otra cosa, sólo los consumidores pueden invocar las consecuencias derivadas del incumplimiento de los deberes de documentación y formalización impuestos al empresario. Por último, el art. 528-9, en línea con el actual art. 63 TRLC, impone al empresario la obligación de entregar recibo justificante, copia o documento acreditativo de la «operación» y reconoce el derecho del consumidor a recibir factura en papel (electrónica con consentimiento expreso del consumidor).

Se plasma en estas Propuestas, particularmente en la segunda, de mayor amplitud, no sólo la interpretación jurisprudencial de los arts. 1278 a 1280 C.c. y otros preceptos como el art. 633 C.c., sino también la postura doctrinal existente en torno a ciertos contratos (v. gr. carácter no solemne del contrato de hipoteca, desvinculación de la forma del contrato de sociedad con su personalidad jurídica). Se tiene en cuenta la evolución tecnológica equiparando la forma electrónica a la forma escrita y se recogen las reglas formales aplicables a ciertos contratos con consumidores. En la Propuesta de la APDC se incluye

una regla general relativa a la infracción de la forma requerida en la contratación de consumo, lo que supone un avance respecto de la situación actual, caracterizada por la falta de homogeneidad de las sanciones, en su caso, previstas para la falta de documentación.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA (2015), «Comentario a los arts. 99 y 100 TRLC», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coord. por Bercovitz, 2.^a ed., Navarra, 2015.
- ÁLVAREZ OLAYA (2020), «Crédito al consumo», en *Tratado de contratos*, dir. por BERCOVITZ, t. IV, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, 2020.
- BLASCO (2014), «El contrato de constitución de hipoteca inmobiliaria», en *Contratos mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, IX, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2014.
- CORDERO LOBATO (2015), «Capítulo 15», en *Tratado de los derechos de garantía*, I, dir. por Carrasco/Cordero/Marín, 3.^a ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2015.
- DÍEZ GARCÍA (2018), «Control notarial de cláusulas no transparentes y abusivas en los contratos de crédito o préstamo hipotecario» en *Vivienda e Hipoteca*, Asociación de Profesores de Derecho civil, Madrid, Tecnos, 2018.
- (2014) «Artículos 7 y 8» en *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014 de modificación del TRLCU)*, dir. por Díaz Alabart, Madrid, Reus, 2014.
- DÍEZ-PICAZO (1979), *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, Cívitas, 1979.
- GARCÍA VICENTE (2013), «Comentario a los arts. 1278 a 1280 C.c.», en *Comentarios al Código civil*, dir. por Bercovitz, t. VII, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- (2020), «La contratación con consumidores», en *Tratado de contratos*, dir. por Bercovitz, t. II, 3.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2020), «Forma y documentación del contrato», en *Tratado de contratos*, t. I, dir. por Bercovitz, 3.^a ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- GÓMEZ CALLE/BAÑÓ SÁNCHEZ (2014), «El contrato de viaje combinado», en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales, con sus implicaciones tributarias*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2014.
- INFANTE RUIZ, (2016), «Comentario a los arts. 1187-1191 C.c.» en *Código civil Comentado*, vol. III, Cizur Menor, Cívitas-Thomson, 2.^a ed., 2016.
- JORDANO FRAGA (1999), *La constitución de la hipoteca inmobiliaria*, Granada, Comares, 1999.
- MORALES (1995), voz «Forma», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, Cívitas, 1995.

- MORALEJO IMBERNON (2015), «Comentario al art. 154 TRLC», en *Comentario del TRLGCU y otras leyes complementarias*, coord. por Bercovitz, 2.^a ed., Navarra, Thomson-Aranzadi, 2015.
- PAZ-ARES, (1991), Comentario a los arts. 1665 a 1708 C.c., en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II. Madrid, 1991.
- PÉREZ HERESA (2020), «La transparencia en la contratación y el papel del acta notarial», en *Estudios sobre la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, Reus, 2020.
- SANTOS MORÓN (1996), *La forma de los contratos en el Código civil*, Madrid, BOE, 1996.
- (2007), De nuevo sobre la jurisprudencia en materia de donaciones disimuladas. El retorno a la «tesis clásica» realizado en la STS de 11 de enero de 2007», *RDP* 2007-2, n.º 19.
- (2010a) «Comentario a los arts. 1187-1189 C.c.», en *Comentarios al Código civil*, dir. Por Domínguez Luelmo, Valladolid, Lex Nova, 2010.
- (2010b), «Forma contractual y desarmonización comunitaria», en *CDT*, 2010, vol. 2, n.º 2.
- (2017) «Reflexiones sobre los requisitos formales de los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil», en *Estudios Jurídicos, Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid, Fundación registral, 2017.
- SILES TALENS (2019), «Forma y contenido de los contratos. Reembolso anticipado» en *Comentarios a la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ (2016), «Comentario a los arts. 1278 a 1280 C.c.», en *Código civil Comentado*, Vol. III, Cicur Menor, Cívitas-Thomson, 2.^a ed., 2016.

XLIII

LA OBLIGACIÓN DE HACER: DEL CÓDIGO CIVIL AL DERECHO ACTUAL

JUDITH SOLÉ RESINA
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. La regulación de la obligación de hacer en el Código civil y sus bases doctrinales.-2. Evolución y transformación posterior, jurisprudencial y doctrinal. 2.1 La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer. 2.2 La clasificación de las obligaciones de hacer en obligaciones de medios y obligaciones de resultado. a) La determinación del incumplimiento de la obligación. b) La carga de la prueba del incumplimiento en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado. c) La imputabilidad del incumplimiento del deudor en las obligaciones de medios y de resultado. d) La aplicación de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado a la distinción entre el contrato de servicios y de ejecución de obras. 2.3 La recepción de la distinción de las obligaciones de medios y de resultado en el moderno Derecho de contratos. a) Los principios de Unidroit. b) El *Draft Common Frame of Reference*. c) La *Contract European Sales Law*. d) La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (2011-2012). e) La propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación (2013). f) Las soluciones del derecho comparado.-3. Conclusiones.-4. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE HACER EN EL CÓDIGO CIVIL Y SUS BASES DOCTRINALES

La regulación de las obligaciones de hacer en el Código Civil español es absolutamente marginal. Los únicos preceptos en los que se encuentra una

expresa referencia a este tipo de obligaciones son los arts. 1.088, 1.098, 1.099, 1.100, 1.120, 1.123, 1.136, 1.151, 1.161, 1.166 y 1.184 y en su mayor parte se trata solamente de alusiones puntuales y concretas, por lo que puede afirmarse que el Código Civil les dedica muy poca atención.

El artículo 1.088 CC se refiere a las obligaciones de hacer cuando considera como posibles objetos de la obligación el «dar», el «hacer» y el «no hacer» alguna cosa. Por su parte, el artículo 1.098 CC dispone que «*Si el obligado a hacer una cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa, y lo mismo se observará si la hiciera contraviniendo el tenor de la obligación*».

A la vista de estas indicaciones y ante la falta de una definición legal de obligación de hacer, podemos partir de la idea que es la que tiene por objeto una actividad, diferente a la de entregar una cosa, que puede ser de contenidos muy variados, material o intelectual y ser considerada en sí misma o en relación al resultado que provoca. En todo caso, la actividad debe reunir los requisitos de toda prestación; esto es, debe ser posible, lícita y determinada o determinable. Y, con base en el carácter patrimonial de la obligación, será susceptible de valoración en dinero, atendiendo al sacrificio patrimonial que supone para el deudor y la utilidad que proporciona al acreedor.

De otro lado, la obligación de hacer no puede ser indefinida en el tiempo o perpetua, de forma que se extienda para toda la vida de la persona obligada, porque originaría una suerte de esclavitud. En este sentido, el art. 1.583 CC dispone que «*El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*». La duración de la obligación de hacer vendrá determinada por lo que disponga, en su caso, la ley; por lo que pacten las partes; o por lo que se deduzca de la naturaleza o circunstancias de la prestación. A falta de los anteriores, la jurisprudencia interpreta que la relación se extingue cuando, atendida la naturaleza del contrato y los fines perseguidos por el mismo, se puede entender que se ha agotado. En estos casos el deudor podrá solicitar la extinción de la obligación.

Tradicionalmente, se han distinguido dos clasificaciones de las obligaciones de hacer. La primera diferencia entre las obligaciones de hacer personalísimas o *intuitu personae* y las no personalísimas (Díez-Picazo, 1986, p. 453, habla de fungibles e infungibles). La segunda, clasificación distingue entre las obligaciones de medios, de diligencia o de actividad y las obligaciones de resultado.

Se considera que la prestación de hacer es no personalísima cuando el interés del acreedor queda satisfecho con una actividad que puede realizar cualquier persona; por el contrario, es personalísima cuando la persona que ha de prestar la actividad no puede ser sustituida por otra porque la prestación se ha configurado de este modo.

Para determinar cuándo una concreta obligación es o no personalísima habrá que estar a la voluntad de las partes y a la naturaleza y circunstancias del negocio celebrado (Manrique de Lara Morales, 2001, p. 1169). Se trata de una cuestión de interpretación negocial y ha de quedar fijada con relación al momento de constituirse la obligación, por lo que no pueden establecerse reglas apriorísticas y los criterios de distinción únicamente tienen valor teórico, ello a pesar de que la calificación de un hacer como personalísimo o no personalísimo reviste gran importancia y tiene consecuencias prácticas en orden al cumplimiento forzoso de la prestación (Verdera Server, 1995, p. 277).

A las obligaciones de hacer personalísimas se refiere el art. 1.161 CC, cuando dice que «*En las obligaciones de hacer, el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación*». Esta norma se completa con lo dispuesto en el artículo 1.166.2 CC: «*Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor*».

Sobre la base del carácter personalísimo de la prestación, el art. 1.595 CC dispone que «*Cuando se ha encargado cierta obra a una persona en razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esa persona*». Esta previsión es consecuencia del carácter *intuitu personae* de las obligaciones de hacer personalísimas que comporta que se extingan por la muerte de la persona obligada –ante un interés legítimo del acreedor de recibir la prestación únicamente de cierta persona, la obligación no puede ser cumplida por una tercera persona– lo que no se produce respecto las obligaciones no personalísimas.

Todas las obligaciones de hacer son incoercibles, porque no es posible obligar a una persona a llevar a cabo una determinada actividad en contra de su voluntad, pero la principal diferencia entre las obligaciones de hacer personalísimas y no personalísimas se encuentra en que las primeras son susceptibles de cumplimiento *in natura* mediante la prestación de la actividad por terceras personas y, con ello, de ejecución forzosa específica ante la inactividad del deudor. La ejecución de las obligaciones de hacer personalísimas, por el contrario, a falta de la actividad del deudor, habrá de ser siempre por el equivalente económico. Volveremos sobre esta cuestión.

La segunda de las clasificaciones de las obligaciones de hacer apuntadas es la clasificación de las en obligaciones de medios y de resultado. Esta tipología distingue las obligaciones de hacer en función del objeto de la prestación. Se dice que, si el deudor compromete el resultado de una actividad (la satisfacción del interés del acreedor) la obligación es de resultado; mientras que, si

solo se compromete a desplegar una actividad, la obligación es de actividad, de medios, o de diligencia. Esta distinción tiene efectos en orden a la determinación del cumplimiento/incumplimiento de las obligaciones, la carga de la prueba del incumplimiento y el régimen de responsabilidad. También en este caso habrá que estar a la voluntad de las partes y a la naturaleza y circunstancias del contrato para determinar el tipo de obligación.

En las próximas líneas tendremos ocasión de comentar que esta clasificación de las obligaciones, en obligaciones de medios y de resultado, no se encuentra recogida en el Código Civil español, que en esta materia sigue el Código Civil francés. Ambos cuerpos legales han permanecido hasta ahora ajenos a esta distinción que es clave, en cambio, en el Código Civil alemán y que ha encontrado acogida en las propuestas de modernización del derecho de obligaciones y contratos.

2. EVOLUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN POSTERIOR, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

La frecuencia e importancia de la obligación de hacer en relación a la obligación de dar ha ido en aumento desde la redacción del Código Civil hasta la actualidad, en paralelo y proporción a la mayor trascendencia y valor social y económico que han alcanzado las prestaciones de servicios y el sector terciario en la sociedad actual.

Son dos las cuestiones que han centrado la atención doctrinal y jurisprudencial con relación a las obligaciones de hacer desde la promulgación del Código Civil hasta la actualidad, en estrecha relación a las dos tipologías a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior. De un lado, la problemática del cumplimiento y la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer personalísimas y no personalísimas, cuestión que trasciende al derecho sustantivo y cabalga entre el derecho civil y el derecho procesal civil, de gran relevancia en la ordenación de los remedios del incumplimiento. De otro lado, la distinción de las obligaciones de hacer en obligaciones de medios y de resultado que un sector de la doctrina ha utilizado para diferenciar los tipos contractuales del contrato de servicios y el contrato de ejecución de obras regulados en el Código Civil español.

2.1 La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer

La realización de una actividad es en sí misma incoercible porque no se puede constreñir a alguien a llevar a cabo una conducta contra su voluntad. Ello

complica la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer, pero no impide su cumplimiento forzoso. En este sentido, el artículo 1.098 CC dispone que «*Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa*».

Como ya hemos apuntado, la fungibilidad de la obligación permite que el interés de la parte acreedora quede satisfecho igualmente si la conducta comprometida es realizada por una tercera persona; mientras que, si la obligación es infungible y el deudor no lleva a cabo la prestación a pesar de los apremios, el acreedor deberá conformarse con recibir una cantidad de dinero que se corresponda con el equivalente económico de la prestación.

En este punto hay que recordar, sin embargo, que el acreedor no puede en ningún caso compeler al deudor a la realización de la prestación objeto de la obligación de hacer si no es mediante la obtención de una sentencia de condena y su ejecución, por lo que deberá satisfacer su interés acudiendo a las normas procesales, convirtiendo su derecho en ejecutivo y exigiendo que la prestación se concrete en la agresión de los bienes del deudor (Domínguez Luelmo, 2006, p. 560).

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Gaceta de Madrid n.º 36, de 5.02.1881) la ejecución de las sentencias de condena de obligaciones de hacer se encontraba regulada en el artículo 924 que disponía que «*si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliere con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el Juez al efecto le señale... se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios*». Este precepto fue muy criticado por la doctrina, que entendía que era ineficaz, básicamente porque tenía una de redacción poco afortunada, otorgaba al ejecutado la opción de resarcir los perjuicios y no preveía medidas de presión sobre la voluntad del deudor para el cumplimiento in natura de la obligación (Pardo Iranzo, 2001, ep. 1240).

La nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE n.º 7, de 8.1.2000) (en adelante, LEC) modifica sustancialmente la regulación de la ejecución de las obligaciones de hacer, utilizando la clasificación de las obligaciones entre personalísimas y no personalísimas para distinguir entre dos tipos de ejecuciones, y con ello aumenta la transcendencia práctica de dicha clasificación.

La LEC de 2000 también contempla algunos supuestos concretos en los que la autoridad judicial puede suplir con su actividad la negativa a actuar del deudor, así cuando la obligación de hacer consista en la publicación de la sentencia en medios de comunicación (art. 707 LEC) o en la emisión de una declaración de voluntad (art. 708 LEC), pero no nos detendremos aquí en esta cuestión.

De una parte, el artículo 706 LEC establece con relación a la condena de un hacer no personalísimo que *«si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el Letrado de la Administración de Justicia, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios...»* (art. 706.1). Si *«el ejecutante optare por encargar el hacer a un tercero, se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el Letrado de la Administración de Justicia y, si el ejecutado no depositase la cantidad que éste apruebe mediante decreto... o no afianzase el pago, se procederá al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma necesaria... Cuando el ejecutante optare por el resarcimiento de daños y perjuicios, se procederá a cuantificarlos conforme a lo previsto en los artículos 712 y siguientes»* (art. 706.2).

En todo caso, pues, las obligaciones no personalísimas pueden ser objeto de cumplimiento específico o in natura, porque la prestación que no realiza voluntariamente el deudor puede realizarla otra persona a su cargo. Aunque el ejecutante también puede optar, si así lo prefiere, por reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios.

De otra parte, con relación a la ejecución de las sentencias de condena de hacer personalísimo, el artículo 709 LEC establece que *«el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706»* (art. 709.1). *«Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711»* (art. 709.2.). *«Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente por el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el*

primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal» (art. 709.3). «No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquél» (art. 709.4).

Así, con relación a las obligaciones personalísimas, en las que no es posible la realización de la prestación por una persona distinta del obligado, lo que se prevé es que la autoridad judicial pueda acordar imponer al obligado multas –es esta una de las principales novedades que se destacaron desde el principio de la nueva LEC– tendentes a colocar al deudor en una situación en la que le resulte más rentable cumplir con la condena impuesta –ejecución de la prestación– que atenerse a las consecuencias del incumplimiento. Para el supuesto en que se apremie al deudor para que lleve a cabo el cumplimiento específico, se le podrán imponer multas mensuales en tanto no lleve a cabo la actividad, como medida coercitiva para que el obligado efectivamente realice la actividad comprometida, con un límite temporal de un año. Cada multa mensual podrá ascender hasta al 20% del valor de la prestación. Y para el caso en que se acuerde la ejecución por el equivalente pecuniario de la prestación, se le podrá imponer una multa única, como sanción al incumplimiento, que puede ascender hasta al 50% del valor de la prestación. En cualquier momento el acreedor-ejecutante puede solicitar que la ejecución se realice con la entrega del equivalente pecuniario. Para determinar el equivalente pecuniario habrá que estar a lo establecido en los artículos 714 a 716 LEC.

La nueva regulación de la ejecución de la obligación personalísima de la LEC ha sido valorada favorablemente por la mayoría de la doctrina porque prevé medidas compulsivas con consecuencias económicas para el deudor incumplidor y con ello favorece, en mayor medida, que el deudor lleve a cabo la conducta comprometida –el cumplimiento específico o *in natura*– cuando así lo solicite el acreedor, y porque permite que quien finalmente decida si opta por la ejecución forzosa en forma específica sea el ejecutante y no el ejecutado (Domínguez Luelmo, 2006, p. 578).

Con todo, se ha advertido (Ortells Ramos, 2005, p. 242) que la Ley no autoriza al tribunal a valorar a priori si el hacer es o no personalísimo sino que es la forma en que el ejecutante solicita el desarrollo de la actividad ejecutiva la que vincula al tribunal en orden a la modalidad de ejecución: si el ejecutan-

te pide que la actividad ejecutiva continúe con el encargo a una tercera persona y a costa del condenado, o solicita el resarcimiento, el tribunal deberá acceder a la calificación del hacer como no personalísimo; mientras que si el ejecutante opta porque se apremie al deudor con multas coercitivas periódicas o pretende el equivalente pecuniario de la prestación debida junto a la multa única como sanción, la ejecución tomará la vía propia de las obligaciones personalísimas, si bien en este último caso, la ley prevé que el tribunal únicamente accederá a imponer la sanción cuando estime que la prestación es personalísima y deja, de esta forma, en sus manos, la calificación final de la obligación (art. 709.1 *in fine*).

Aunque de momento solamente en el plano procesal, con la LEC 2000 nuestro ordenamiento jurídico se alinea con el moderno derecho de contratos al tratar la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer. Falta, sin embargo, una regulación que en el ámbito sustantivo reconozca el derecho del acreedor al cumplimiento específico de las obligaciones de hacer fungibles y disponga los límites de este derecho en la línea del BGB, de los diversos modelos de modernización del Derecho de contratos y de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación 2009.

En todas estas nuevas propuestas, el cumplimiento específico se configura como un remedio frente al incumplimiento de la obligación. Y se defiende que no existe un orden jerárquico entre los diferentes remedios frente al incumplimiento, sino que el acreedor puede buscar la satisfacción de su interés por la vía que prefiera. Aunque el derecho del acreedor al cumplimiento no es un derecho absoluto, pues incluso en los casos en los que es posible el cumplimiento en forma específica, el deudor solamente podrá ser condenado si la condena es razonable desde las perspectivas moral y económica.

La doctrina de la razonabilidad viene a imponer algunos límites a la pretensión de cumplimiento específico que conllevan que resulte excluido en algunos supuestos. Así, por ejemplo, en el Draft Common Frame of Reference (en adelante DCFR) son (art. III.-3:302): a) la imposibilidad física y jurídica de la prestación; 2) que el cumplimiento resulte excesivamente gravoso para el deudor; 3) que la prestación sea de naturaleza personal; y 4) la falta de reclamación del cumplimiento en un plazo razonable.

Tampoco los Principios de Derecho Europeo de los contratos obligan al deudor a ejecutar una prestación en caso de imposibilidad surgida tras la conclusión del contrato, y excusan al deudor del cumplimiento específico cuando el impedimento que ocasiona la imposibilidad está fuera de su control y no se hubiera podido considerar razonablemente (artículo 8:108)

Y esta es también la línea que han seguido las recientes reformas del derecho de obligaciones de los ordenamientos alemán y francés. Así:

La Ley de modernización del Derecho de obligaciones del Código civil alemán de 2001, regula el cumplimiento específico como un remedio al incumplimiento disponible por el acreedor siempre que se estime que es razonable condenar al deudor a ello. Igualmente excluye el deber de prestación cuando ésta es imposible (física o jurídicamente) para el deudor o para cualquier persona (&275 (1) BGB). Y se destaca que el deudor puede rechazar la prestación si esta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, resulte un fuerte desequilibrio con el interés del acreedor de la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible, asimismo debe tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación (&275 (2) BGB). También puede el deudor rechazar la prestación cuando deba cumplirse personalmente y, ponderando los impedimentos para la prestación con el interés del acreedor a la misma, no se le pueda exigir su cumplimiento (&275 (3) BGB). En estos casos, el acreedor no tiene derecho al cumplimiento específico y puede exigir la indemnización de daños de acuerdo con las reglas generales (&275 (4) BGB).

En la reforma del Derecho francés de obligaciones y contratos introducida por la Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016, se prevé en relación a la ejecución forzosa *in natura* que el acreedor puede perseguir el cumplimiento en especie siempre que éste no resulta imposible o exista una desproporción manifiesta entre su costo para el deudor y el interés para el acreedor (art. 1.221 Code Civile); y establece también que después de una notificación formal, el acreedor puede, dentro de un tiempo razonable y un coste razonable, cumplir con la obligación a cargo del deudor (art. 1.222 Code Civile).

Sigue estos modelos la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009. De un lado, al regular el cumplimiento específico como un remedio frente al incumplimiento de la obligación (art. 1.190) y, de otro, al disponer los límites del acreedor de una obligación distinta de las de pagar dinero a exigir el cumplimiento de la prestación, que son que 1.º Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible; 2.º El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor; 3.º La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe; y 4.º La prestación sea personal del deudor (art. 1.192) (Ver Severin Fuster, 2014, p.623 y ss).

2.2 La clasificación de las obligaciones de hacer en obligaciones de medios y obligaciones de resultado

La doctrina sostiene que en las obligaciones de resultado el deudor no se obliga solamente a desplegar una actividad diligente para la consecución de un determinado resultado, sino que es el logro concreto de este resultado el que constituye el contenido de la prestación. El resultado está *in obligatione* (Jordano Fraga, 1991, p. 7). Por tanto, su cumplimiento o incumplimiento dependerá directamente de la producción o no del resultado. En cambio, en las obligaciones de medios, el contenido de la prestación del deudor se agota en el desarrollo de una conducta diligente, sin que en éste se integre la consecución del resultado. Es decir, el deudor, mediante una conducta diligente, debe poner los medios que posibiliten la consecución del resultado esperado por el acreedor, pero este resultado no está *in obligatione*. Así, el cumplimiento o incumplimiento dependerán únicamente de la actuación diligente del deudor, sin que influya en absoluto si se ha logrado o no el fin perseguido.

En esta línea, el Tribunal Supremo afirma, entre otras muchas, en la Sentencia 19125/1993, de 4 de marzo de 1993 (Id CENDOJ: 28079110011993102891) que «*la obligación del profesional sanitario no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, ya que está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle con diligencia y plena dedicación todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia (lex artis ad hoc) y la situación actual de los conocimientos en medicina*».

Se dice que la utilidad de esta clasificación de las obligaciones de hacer reside en explicar y sistematizar las soluciones del Derecho positivo en materia de definición del hecho generador de la responsabilidad y su prueba. Gracias a esta distinción se puede explicar que en algunas ocasiones el deudor contractual está obligado de forma estricta de modo que, al perjudicado por el incumplimiento, le bastará probar la existencia del daño (consistente en la falta del resultado comprometido); mientras que, en otras en cambio, para poner en juego la responsabilidad del deudor es necesario que el acreedor pruebe la falta de diligencia del deudor (porque éste solo se obligó a un cierto comportamiento). Por tanto, la ventaja de esta distinción es de una parte de orden metodológico, y de otra, de orden práctico en el ámbito de la prueba (Lobato Gómez, 1992, p. 664)

De la definición de las obligaciones de medios y de resultado se deduce fácilmente que ambos tipos de obligaciones comportan dos modos distintos de configurar el cumplimiento de la obligación. Y de ahí que esta distinción tenga consecuencias en orden a: 1) la determinación del incumplimiento de la obli-

gación; 2) la carga de la prueba del incumplimiento; y 3) la imputabilidad del incumplimiento.

a) LA DETERMINACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

De la distinción entre obligaciones de medios y de resultado se deduce fácilmente que ambos tipos de obligaciones comportan dos modos distintos de configurar el cumplimiento de la obligación.

En las obligaciones de medios el deudor cumple desplegando la actividad diligente debida para alcanzar el resultado deseado por el acreedor, aun cuando la realización del resultado no se consiga. En las obligaciones de resultado, en cambio, el deudor cumple exclusivamente cuando alcanza el resultado debido que se integra en el contenido de la obligación, no bastando, para que exista cumplimiento de la obligación, que el deudor desarrolle una actividad diligente encaminada a tal fin.

Del mismo modo, el objeto de la obligación es el parámetro que configura el no exacto cumplimiento o incumplimiento. De ahí que, para valorar el alcance del incumplimiento, sea importante distinguir los casos en los que el deudor debe un comportamiento diligente, de los supuestos en los que el deudor debe el resultado de una actividad.

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado, cuando se trata de determinar la falta de exacto cumplimiento o el incumplimiento no plantea nuevos problemas en el caso que la prestación haya sobrevenido imposible, o que siendo posible no se haya realizado en el tiempo en que se debiera haber prestado. Ciertamente, la imposibilidad sobrevenida, que tendrá trascendencia en el juicio de responsabilidad, provoca la falta de exacto cumplimiento de una obligación, ya sea ésta de medios o de resultado. De igual modo, falta el exacto cumplimiento cuando el obligado, ya sea por una obligación de medios o por una de resultado, incurre en mora.

Las consecuencias de esta distinción se centran, en sede de cumplimiento, en la distinta forma de determinar el cumplimiento defectuoso de la prestación. En concreto, se cuestiona si el cumplimiento defectuoso de las obligaciones de resultado comporta necesariamente que el resultado ofrecido por el deudor no se corresponda exactamente con el resultado que se había prometido. También se plantean problemas al intentar precisar cuándo se está ante un cumplimiento defectuoso de una obligación de medios o, dicho de otra forma, cuándo la actividad desplegada por el deudor no se ajusta al grado de diligencia debida, y por tanto exigible por el acreedor.

Posiciones objetivistas y subjetivistas coinciden en afirmar que el incumplimiento defectuoso de una obligación de medios es consecuencia de la no puesta en práctica, por parte del deudor, de la diligencia debida en el cumplimiento de su obligación. Discrepan, sin embargo, en la determinación del cumplimiento defectuoso de una obligación de resultado: según los objetivistas (Jordano Fraga, 1987, p. 229), éste se producirá exclusivamente cuando el resultado alcanzado no se corresponda exactamente con el debido; según los subjetivistas (Badosa Coll, 1987, p. 169), en cambio, puede hablarse asimismo de cumplimiento defectuoso de una obligación de resultado cuando habiéndose alcanzado el resultado debido, el deudor no ha actuado, en su consecución, con la diligencia que le es exigible.

Esta discrepancia no excede, con todo, del ámbito puramente teórico. En la práctica, la consecución del resultado prometido elimina la producción del daño y con ello la posibilidad del resarcimiento y, por tanto, sea cual sea la teoría que se sustente, tan sólo habrá lugar a una acción de indemnización por daños y perjuicios cuando el resultado conseguido no se corresponda exactamente con el debido.

b) LA CARGA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y EN LAS OBLIGACIONES DE RESULTADO

Hay que partir de la consideración que, si la carga de la prueba incumbe al acreedor, éste debe soportar en todos los casos dudosos en los que no resulta probada la culpa del deudor, las consecuencias de la inexecución o la ejecución defectuosa de la prestación. Por el contrario, si se admite la presunción de culpa, será el deudor quien soportará los casos dudosos, esto es, los supuestos en los que no consiga probar la falta de culpa en la inexecución o ejecución defectuosa de su obligación.

Precisamente, una consecuencia predicable de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado es la de repartir de forma distinta la carga de la prueba del incumplimiento. Así, cuando el deudor asume una obligación de resultado, el acreedor no debe probar la culpa del deudor, la prueba del incumplimiento queda constituida demostrando que no se ha obtenido el resultado debido. Por el contrario, si el deudor asume una obligación de medios, el acreedor, para demostrar el incumplimiento, debe probar la culpa del deudor, es decir, debe probar que el deudor no se ha conducido con la diligencia debida.

Algunos autores –especialmente la doctrina francesa encabezada por Mazeaud (1936, p. 32)– explican esta diferencia con base en la existencia de

dos regímenes diversos de responsabilidad según la obligación incumplida sea de medios o de resultado. En este sentido afirman que el régimen general según el cual incumbe la prueba de las obligaciones a quien reclama su cumplimiento y la de su extinción a quien la opone (art. 1.2.14 CC) sólo es aplicable a las obligaciones de resultado –el acreedor prueba la obligación y el deudor la consecución del resultado– y que el régimen de responsabilidad de las obligaciones de medios comportaría una excepción de los principios probatorios comunes –el acreedor debe probar la obligación y también la culpa del deudor–.

Sin embargo, otro sector doctrinal –especialmente la doctrina italiana y entre otros autores Mengoni (1954, p. 376)– ha puesto de relieve que esta teoría confunde los planos del incumplimiento y de la imputación de la responsabilidad: según la regla general de que al actor le incumbe probar el hecho constitutivo de su pretensión, el acreedor debe probar el incumplimiento que alega y no sólo la existencia de la obligación, de ahí que las obligaciones de medios son una excepción al reparto ordinario de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual.

En esta última línea doctrinal se sitúan autores españoles como Jordano Fraga (1987, p. 268), que defiende que la diferencia está en el campo de la carga de la prueba en un diverso contenido del incumplimiento: en las obligaciones de resultado la prueba del incumplimiento radica en la falta o defectuosidad del resultado debido, mientras que en las obligaciones de medios radica en la falta total de actividad o en su defectuosidad por falta de diligencia. Lo que cambia es pues el contenido de la prueba.

También de forma reiterada se ha pronunciado en este sentido el Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en la Sentencia 1893/1993, de 23 de marzo de 1993 (Id CENDOJ: 28079110011993101189) –entre otros muchas– en la que tras precisar que la obligación del médico es una obligación de medios, afirma que no opera la inversión de la carga de la prueba *«admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico»*.

Con todo, un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo permite afirmar que son frecuentes los supuestos en los que este alto Tribunal impone la inversión de la carga de la prueba en una obligación de medios. En la mayoría de las ocasiones la inversión se concreta bien en la utilización de presunciones para la determinación de la negligencia, bien en la relajación de la prueba del nexo causal entre el daño y la conducta que lo ocasiona, y se utiliza como

un medio para la consecución de la justicia material del caso concreto. Así, a título de ejemplo, podemos citar las siguientes resoluciones:

Con relación a la utilización de presunciones para la inversión de la carga de la prueba, la Sentencia del Tribunal Supremo 8886/1987, de 13 de julio de 1987 (Id CENDOJ:28079110011987101251) parece sentar las bases sobre las que fundamentar la aplicación de la prueba de presunciones a la culpabilidad médica: *«la prueba prima facie será contraria al médico únicamente cuando la causalidad de su culpa ofrezca concretos fundamentos fácticos; de forma que si se pretende deducir consecuencias perjudiciales para el enfermo de un tratamiento facultativo, para que dichas consecuencias puedan estimarse derivadas del tratamiento, a falta de pruebas directas, la utilización de las presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda aplicarse a varias circunstancias»*.

También la Sentencia del Tribunal Supremo 9769/1988, de 12 de julio de 1988 (Id CENDOJ: 28079110011988101344) defiende la inversión de la carga de la prueba de una obligación de medios con base en la utilización de la presunción de existencia de negligencia. En este caso se plantea la responsabilidad difícil de un médico cirujano por el resultado derivado de una operación de apendicitis. Las secuelas que sufre el paciente son muy importantes. El Tribunal Supremo afirma que *«se advierte que el tratamiento del enfermo demandante y aquí recurrente fue inequívocamente desafortunado ya que, iniciado a partir de una apendicitis, concluyó con el saldo final de las gravísimas e irreversibles secuelas antes referidas. Este resultado final, llamativamente negativo, no puede menos que tomarse en la adecuada consideración valorativa que el recurso requiere...el clamoroso resultado que, en sí mismo, constituye la prueba de la culpa o negligencia de que depende»*.

Y la flexibilización de la prueba del nexo causal se observa, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo 12923/1990, de 12 de febrero de 1990 (Id CENDOJ: 28079110011990101426 CENDOJ) en la que se plantea un supuesto de responsabilidad médica de un cirujano por una secuela de parálisis facial del paciente. El Alto Tribunal afirma que *«establecida la relación causal entre aquella acción y este resultado, en lo que, por la proximidad temporal entre el acto operatorio y el defecto subsiguiente (parálisis facial), están de acuerdo todos los peritos que han informado en el proceso, y afirmándose en las referidas probanzas que la intervención aunque se desarrollaba en las proximidades del nervio facial no incidía ni tenía por qué incidir sobre él directamente, parece indudable sobre tales bases pueda sentarse la presunción de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador*

del edema que dañó el nervio... si bien es cierto que la resolución que se recurre utiliza en este caso la prueba de presunciones, como último eslabón de la cadena probatoria del nexo causal, al razonar que aunque la intervención se desarrollaba en las proximidades del nervio facial no incidía ni tenía que incidir sobre él directamente, así como que dado que no se ha acreditado en absoluto el concurso de alguna otra causa externa o una anómala e imprevisible reacción orgánica del paciente, susceptibles de producir tal efecto, puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio».

Nótese que, mediante el juego de las presunciones y la flexibilización del nexo causal, las obligaciones de medios vienen a equipararse en la práctica a las obligaciones de resultado, ya que si se prueba la no consecución del resultado (que no era ni debido ni exigible) prospera la reclamación del acreedor (en el mismo sentido Yzquierdo Tolsada, 1989, p. 314). Con ello pierde sentido esta clasificación de las obligaciones que queda desdibujada.

c) LA IMPUTABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

Probado el incumplimiento de una obligación de medios o de resultado se plantea la cuestión de determinar en qué supuestos tal incumplimiento resulta imputable al deudor y cuáles son los casos de exoneración de la responsabilidad de éste. ¿Disponen ambos tipos de obligaciones de regímenes de responsabilidad diferenciados? o, por el contrario, ¿existe un régimen de responsabilidad único aplicable?

La doctrina francesa ha defendido que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado como un reflejo del sistema dual de responsabilidad subjetiva y objetiva (Frossard, 1965, p. 3). Desde esta perspectiva se dirá que, en las obligaciones de medios, probado por el acreedor el incumplimiento por falta de la diligencia debida por el deudor, procede la imputación de la responsabilidad a éste, en cualquier caso, esto es, sin posibilidad de exoneración. En las obligaciones de resultado, en cambio, probado por el acreedor el incumplimiento del deudor, por la falta del resultado debido, cabe la exoneración de la responsabilidad del deudor mediante la prueba del caso fortuito o fuerza mayor. También algunos autores españoles siguen esta corriente doctrinal (Yzquierdo Tolsada, 1989, p. 288).

Sin embargo, la mayoría de la doctrina española sostiene que, aunque normalmente en las obligaciones de medios la culpa se confunde con la inejecución de la prestación, en ocasiones la acción de una causa extraña o de fuerza mayor

puede intervenir para explicar por qué no ha habido diligencia y excusar al deudor: por ejemplo, cuando el médico ha sido paralizado por un accidente o una enfermedad. En este sentido, se afirma que, no han de confundirse los planos de cumplimiento y de juicio de responsabilidad: el deudor de una obligación de medios cumple si presta la actividad diligente debida, y la no obtención del resultado debido no afecta para nada al dato del cumplimiento. La imposibilidad sobrevenida presupone el incumplimiento del deudor porque éste no ha podido desplegar la diligencia debida porque un evento sobrevenido se lo ha impedido. Ante el incumplimiento material queda aún por ver si éste es imputable.

Con todo, en la configuración del régimen de responsabilidad único, aplicable a las obligaciones de medios y de resultado, la doctrina española se divide en dos grandes sectores: el partidario de la responsabilidad objetiva y el subjetivista.

Las soluciones propuestas por los objetivistas parten de fundamentar la responsabilidad contractual en el incumplimiento y no en la culpa o dolo del deudor, de modo que sostienen que siempre que el deudor incumple, responde, y para eludir esta responsabilidad el deudor deberá probar la imposibilidad sobrevenida por causa a él no imputable. Y ello porque entienden que la culpa mencionada en el art. 1.101 CC no es un criterio de imputación de la responsabilidad sino de incumplimiento material de las obligaciones cuyo contenido esté integrado por la diligencia del deudor (Jordano Fraga, 1985, p. 29).

Los subjetivistas, en cambio, parten de la interpretación del art. 1101 CC en el sentido de que la culpa y el dolo no son causas materiales del incumplimiento, sino criterios de imputación al deudor de la materialidad del daño. Entonces, la mora y la contravención no son fuentes de daños cuyo fundamento de imputación es la culpa y el dolo. Desde esta perspectiva, el caso fortuito no es la única excepción a la eficacia indemnizatoria de la mora o contravención (Badosa, 1987, p. 251 y Carrasco Perera, 1989, p. 380).

d) LA APLICACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO A LA DISTINCIÓN ENTRE EL CONTRATO DE SERVICIOS Y DE EJECUCIÓN DE OBRAS

La más importante de las aplicaciones de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado que ha realizado la doctrina se halla en la diferenciación de los contratos de servicios y de ejecución de obra. En esta línea se ha defendido que el objeto de la obligación de hacer se configura como definitivo en orden a la distinción de estos tipos contractuales.

Así, algunos autores defienden, todavía en la actualidad, que el contrato que tiene por objeto la realización de una actividad diligente a cambio de un

precio es un contrato de servicios; mientras que el que tiene por objeto la obtención de un resultado a cambio de un precio es un contrato de ejecución de obra (Alonso Pérez, 2019). También algunas nuevas normativas extranjeras y propuestas de modernización del derecho de obligaciones optan por esta solución, aunque, como veremos, parecen ser minoría.

En nuestra opinión, el Código Civil español, en sede del contrato de arrendamiento de obras o servicios regula el contrato en cuya virtud una parte se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto, sin precisar distinción alguna en orden al régimen de responsabilidad aplicable al obligado a ejecutar la obra o a prestar el servicio y sin especificar un diverso contenido del objeto de la obligación de hacer –actividad diligente u obtención de un resultado– en cada uno de los supuestos. De ahí que los problemas de la aplicación de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y de resultado a la distinción de estos contratos se plantean, de un lado, en la determinación de los conceptos de riesgo y responsabilidad, que parecen confundir quienes sostiene esta tesis; de otro lado, en la distinción de resultado fáctico y resultado jurídico, que tampoco es tratada con el rigor técnico necesario (sobre esta cuestión *Vid.* Solé Resina, 1997, p. 114).

En todo caso, esta aplicación traslada a la distinción de los contratos los problemas existentes en orden a la calificación de las obligaciones de hacer, y provoca una equiparación de la obligación con su fuente –el contrato– de la que derivan numerosas incoherencias. De un lado, como se ha dicho, porque la naturaleza jurídica de estos contratos permanece ajena a esta clasificación en el Código Civil español. Pero, además, como ya se ha visto *supra*, porque en la práctica de los tribunales, la distinción entre ambos tipos de obligaciones no es clara y resulta completamente inútil cuando, buscando la justicia material del caso concreto, se invierte la carga de la prueba en las obligaciones de resultado o se exige una diligencia reforzada en las obligaciones de medios (en este sentido Trigo García, 1999, p. 187).

2.3 La recepción de la distinción de las obligaciones de medios y de resultado en el moderno Derecho de contratos

Algunos autores (Morales Moreno, 2006, p. 19) sostienen que en la nueva construcción del derecho de obligaciones contractual se tiende a reforzar la garantía del resultado, más allá de la idea del cumplimiento del deber de prestación. En las líneas que siguen nos proponemos efectuar un breve repaso del tratamiento de las obligaciones de medios y de resultado en las principales

propuestas e iniciativas de modernización del derecho de obligaciones en el marco europeo y en las reformas legislativas más recientes.

a) LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Los Principios de UNIDROIT recogen expresamente la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en los artículos 5.1.4 y 5.1.5, de su tercera edición de 2010. Las distinguen en función del objeto de la obligación y ofrecen algunos criterios para su distinción. Así:

De acuerdo con el art. 5.1.4 es de medios cuando la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación; y de resultado, cuando la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico.

Por su parte, el artículo 5.1.5 dispone los siguientes criterios para distinguir las obligaciones de medios y de resultado: los términos en los que se describe la prestación en el contrato; el precio y otros términos del contrato; el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado y la capacidad de la otra parte en influir en el cumplimiento de la obligación.

b) *EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*

El *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR) no utiliza de forma general la distinción de obligaciones de medios y de resultado para diferenciar entre tipos contractuales, aunque esta clasificación se encuentra explícita en la regulación de las modalidades de contratos de servicios.

El DCFR regula el tipo genérico de contrato de servicios con un régimen aplicable a todos los contratos de esta clase y, a continuación, regula de forma específica seis modalidades contractuales: contrato de construcción, contrato de mantenimiento y reparación de bienes, de depósito y almacenamiento, de diseño y elaboración de proyectos, de información o consejo y de tratamiento médico.

Dentro de las reglas aplicables a los contratos de servicios en general, el art. IV. C.-2:105 se dedica a la regulación de la «Obligación de competencia y diligencia» y establece que el prestador del servicio debe ejecutarlo en todo caso con la diligencia que razonablemente cabe esperar y si tiene un nivel más alto de competencia, de acuerdo con este más alto nivel. De otro lado, el

art. IV. C.-2:106, se dedica a la «Obligación de lograr un resultado» y dispone que el prestador de un servicio debe cumplir con el resultado indicado o previsto por el cliente en el momento de la celebración del contrato cuando: a) el resultado fuera tal que cabía razonablemente que el cliente lo pudiera esperar; y b) el cliente no tenía motivos para creer que existía un riesgo considerable de que el resultado estipulado no se pudiera alcanzar.

Con referencia a las concretas modalidades contractuales cabe señalar que los comentaristas han explicado que, aunque no haya indicaciones expresas se deduce que, por ejemplo, al contrato de edificación se aplica el régimen general de las obligaciones de resultado, mientras que en el contrato de tratamiento médico el facultativo se compromete a la prestación de una actividad diligente y resulta de aplicación el régimen de las obligaciones de medios. Sin embargo, se conviene que en la Propuesta DCFR no se recurre a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado como criterio de distinción entre los distintos tipos de contratos de servicios, ello a pesar de que se efectúa una atribución prioritaria del carácter de medios o de resultado de la obligación asumida por el prestador del servicio en cada una de las modalidades que se regula (Ver en detalle, Crespo Mora, 2013). De esta forma se propone una solución más flexible, de acuerdo con la cual ambos tipos de obligaciones pueden constituir el objeto de cualquiera de estas modalidades.

Lo que dispone el DCFR es cómo determinar si el resultado perseguido queda dentro o fuera de la obligación de hacer comprometida, más allá del tipo o modalidad contractual del que resulta ser objeto: para cada caso concreto habrá que considerar como principal criterio la voluntad expresada por las partes, de modo que si se hubiere comprometido el resultado habrá que alcanzarlo y si no se pactó el deudor tendrá que alcanzar el resultado esperado por el acreedor, siempre que esta exigencia resulte razonable, esto es, sujeta al criterio de la razonabilidad

c) LA *CONTRACT EUROPEAN SALES LAW*

La propuesta de normativa común de compraventa europea (en adelante CESL) en la regulación de los servicios relacionados con la compraventa de bienes o de suministro de contenidos digitales dispone, en el artículo 148.1 «*El prestador del servicio deberá lograr cualquier resultado específico exigido por el contrato*»; pero añade en el apartado 2 que «*A falta de obligación contractual, expresa o implícita, de alcanzar un resultado específico, el prestador del servicio deberá ejecutar el servicio relacionado con la diligencia y compe-*

tencia que quepa esperar razonablemente de un prestador de servicios y de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio relacionado».

De este modo, también esta propuesta atiende a la clasificación de las obligaciones de hacer en obligaciones de medios y de resultado, aunque no la aplica como fundamento de la distinción o determinación de los tipos contractuales, porque el tipo de obligaciones derivadas del contrato dependerá del pacto entre las partes y, a falta del mismo, la obligación es de realizar la prestación con la diligencia que razonablemente quepa esperar. Aunque algunos autores critican que caracterizar la obligación del prestador de servicios por la diligencia exigible y no por el resultado, entra en contradicción con el régimen de conformidad en el contrato que diseña la propuesta CESL (en este sentido, Valpuesta Gastaminza, 2013).

d) LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA SECCIÓN CIVIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (2011-2012)

Hay que señalar que la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación no regula las obligaciones de hacer, que solamente menciona en el art. 1.088.1 que dispone que *«En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a exigir una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa»*. En este aspecto, pues, no aporta nuevas soluciones a los problemas que en este orden se plantean en el vigente Código Civil.

Lo que sí que se propone es una nueva regulación de los contratos de servicios, siguiendo el modelo del DCFR, que se concreta en la disposición de un Capítulo Primero en el Título VI del Libro IV, dedicado al contrato de servicios, con unas Disposiciones generales y un segundo capítulo dedicado al contrato de obra (para una explicación detallada de esta propuesta *vid.* Escartín Ipiens, 2009).

El contrato de obra se define como aquel por el que una persona denominada constructor se obliga respecto de su cliente o comitente a ejecutar a cambio de una retribución cualesquiera de las prestaciones siguientes:

1.º Construir un edificio u otro inmueble, mantenerlo, mejorarlo, reformarlo o demolerlo o realizar cualquiera de tales actividades en un inmueble ya existente o en sus instalaciones.

2.º Reproducir o fabricar, mantener, reparar, mejorar, destruir, reciclar toda clase de bienes muebles o de naturaleza incorporal, incluidas las instalaciones sobre soportes tecnológicos, tanto en su infraestructura como en la programación o contenidos.

3.º Redactar proyectos técnicos (económicos jurídicos o de otro tipo), llevando a cabo la dirección de las obras, y realizar el control de calidad, prestar asistencia técnica en materias que estén relacionadas con las referidas en los apartados primero y segundo de este artículo

4.º Llevar a cabo en forma conjunta o combinada algunas de las actividades mencionadas en los apartados anteriores.

Se dispone que a este tipo de contratos les serán de aplicación las normas del presente capítulo y, en su defecto las del capítulo primero de este título. Tales normas serán, además, derecho supletorio respecto de los contratos de obras que se rijan por las leyes especiales.

Se echa de menos en esta propuesta una definición genérica del objeto del contrato de obra que, en nuestra opinión habría sido preferible, pues ahora se plantea la cuestión de si debe entenderse que la relación de prestaciones es taxativa o cerrada (de otro modo no era necesario hacerla exhaustiva) o si, por el contrario, es una lista abierta. Desde luego que la existencia de una enumeración cerrada es una fuente de problemas porque no es razonable dejar fuera del contrato de obra supuestos que en principio parece que se deberían incluir. De otra parte, sorprende que se incluyan prestaciones que tradicionalmente se han considerado propias de un contrato de servicios.

En todo caso, y en lo que aquí interesa, cabe destacar que esta propuesta, en la misma línea que las comentadas con anterioridad, acoge expresamente la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado y sujeta la configuración de la obligación de hacer a la voluntad de las partes contratantes y al criterio de la razonabilidad y la desliga del específico tipo o modalidad contractual. En este sentido, el art. 1.588.1 ubicado en el capítulo dedicado a las disposiciones generales, bajo el título «*prestación de resultado y prestación de actividad*» dispone que «*Cuando las partes hubieren pactado el resultado que había de obtenerse o cuando, a pesar de la falta de pacto, el cliente podía razonablemente esperar determinado resultado, el prestador del servicio cumplirá su obligación si aquel resultado se consigue; pero cuando el contrato tuviere por objeto solamente la prestación de determinada actividad sólo habrá incumplimiento contractual cuando no se preste dicha actividad en los términos estipulados*».

e) LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL ELABORADA POR LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (2013)

En una línea radicalmente opuesta a la del resto de propuestas de reforma del derecho de obligaciones y contratos hasta ahora analizadas, se encuentra la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación de 2013. En ella se efectúa una referencia expresa a la clasificación de las obligaciones de hacer en obligaciones de medios y de resultado y se enumeran una serie de criterios sobre los que se puede fundamentar su distinción. En este sentido, el art. 415-2 de, situado en el Capítulo V dedicado al contenido del contrato dispone:

«Supuestos de obligaciones contractuales. 1. La obligación contractual puede consistir en proporcionar un resultado o simplemente poner los medios posibles para conseguirlo. 2. Cuando no se hubiera pactado expresamente, para determinar en qué medida una obligación obliga a proporcionar un resultado o solo a poner los medios para conseguirlo, se tendrán en cuenta principalmente: a) los términos en que esté redactado el contrato; b) el precio y demás elementos del mismo; c) la mayor o menor idoneidad que, para alcanzar un resultado, tengan los medios a utilizar; d) la incidencia que para el cumplimiento de la obligación tuvieran las aptitudes de la parte que asumió el encargo.»

Y esta clasificación de las obligaciones sirve de base de la regulación de los contratos de obra por empresa (Libro Quinto, Título I) y los contratos de prestación de servicios mercantiles (Libro Quinto, Título III). Especialmente gráfica, en esta cuestión resulta la noción de contrato mercantil de prestación de servicios propuesto en el art. 531-1, según la cual el prestador *«se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado»*.

Es así como en esta Propuesta de Código Mercantil se otorga a las obligaciones de medios de resultado una utilidad y relevancia hoy muy desdibujada y completamente superada en el DCFR y el CESL. Ello no ha pasado inadvertido para la doctrina, que ha señalado la defectuosa regulación general del binomio obligaciones de medios/obligaciones de resultado (De Elizalde, 2014).

f) LAS SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO

Las reformas de derecho de obligaciones más recientes de ordenamientos jurídicos de nuestra área de influencia optan por soluciones diversas con rela-

ción a la trascendencia de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado. Así:

En lo que respecta al derecho alemán, el parágrafo 611 BGB define el contrato de servicios de forma muy amplia como aquel por el que se obliga a prestar toda clase de servicios. El deudor debe actuar con la diligencia que exija la obligación y corresponda a las circunstancias del caso concreto, de acuerdo con la cláusula general de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones del § 242 BGB. De otro lado, el parágrafo 631 BGB establece que pueden ser objeto del contrato de obra tanto la producción o modificación de una cosa como otro resultado a obtener mediante el trabajo o una prestación de servicios. La distinción de los contratos de servicios y de obra queda así claramente vinculada a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado.

Con todo, la Ley de modernización del Derecho de obligaciones del Código civil alemán de 2001 ha desarrollado algunos aspectos esenciales del contrato de obra, especialmente relacionados con el tratamiento de los vicios ocultos (materiales y jurídicos) que comportan el incumplimiento del resultado (§ 633 BGB), en la línea de la reforma del concepto general de incumplimiento por lesión del deber, que también introduce (§ 280 y ss. BGB) (Jiménez Horwitz, 2012).

De otro lado, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentino de 2014 define la obligación de hacer como aquella «cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes» (art. 773) y recoge la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado al regular la prestación del servicio que puede consistir: «a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso.» (art. 774). Y aplica la clasificación a la distinción de los contratos de servicios y de obras al establecer, en el art. 1252 que «Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega.»

En cambio, el derecho francés sigue prescindiendo de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado y se mantiene en este punto fiel a su tradición tras la reciente reforma del Code Civile de 2016, con lo que se aparta de las nuevas tendencias legislativas. Una de las más notables novedades de la reforma introducida por la Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016 al Code Civile es, junto a la supresión de la causa del contrato, la regulación del contenido del contrato. En ella, incluso la referencia y distinción de las obligaciones de hacer, de no hacer y de dar ha sido sustituida por una noción general de prestación, de modo que ahora el art. 1.101 del Code Civile dispone que «Un contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas destinado a crear efectos de derecho».

3. CONCLUSIONES

Las principales cuestiones de las que se ha ocupado la doctrina desde la promulgación del Código Civil hasta la actualidad con relación a las obligaciones de hacer son fundamentalmente dos:

De una parte, la relativa a los remedios ante el incumplimiento de las obligaciones de hacer. Se trata de proveer al ordenamiento jurídico de una respuesta adecuada ante la inactividad del deudor que proteja en la mayor medida posible el interés del acreedor, aunque marcando unos límites a la exigibilidad del cumplimiento forzoso que se concretan fundamentalmente en la imposibilidad de la prestación y la razonabilidad de tal exigencia.

De otra parte, la tipología de las obligaciones de medios y de resultado ha ido encontrando sentido y utilidad en el moderno derecho de obligaciones y contratos –con alguna excepción como el derecho francés– que acoge y utiliza esta clasificación de las obligaciones de hacer y aboga por que únicamente pueda exigirse un resultado cuando así lo hayan previsto expresamente las partes o cuando el resultado pudiera ser esperado razonablemente por el acreedor. En este sentido, las propuestas de modernización del derecho de contratos (DCFR, CESL) apuestan por el criterio de la razonabilidad para distinguir entre estos tipos de obligaciones y reconocen la diversa configuración del contenido de las obligaciones de medios y de resultado y su utilidad en aras de determinar el cumplimiento e incumplimiento de la obligación. Estas mismas propuestas de modernización del derecho europeo de contratos descartan que la aplicación de esta clasificación de las obligaciones sea útil en la distinción entre tipos o modalidades contractuales, aunque esta tesis se sigue manteniendo tras recientes reformas en algunos ordenamientos como el alemán y el argentino.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa, «El paralelismo entre obligaciones de medios/resultado y contratos de servicios/obra en las propuestas de modernización del derecho español», *Revista de Derecho Civil*, 2019, <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/418> (Última consulta 13/03/2020).
- BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario a los arts. 1.101 y 1.104 del CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Manuel Albadalejo, T. XV. Vol. I, Madrid, 1989.
- CRESPO MORA, M.^a Carmen, «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», *Indret* 2/2013, <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/971.pdf>. (Última consulta 13/03/2020).
- DE ELIZALDE, Francisco, «Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil», *Indret* 3/2014, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1070_es.pdf. (Última consulta 09/03/2020).
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V. I. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Tecnos, Madrid, 1986.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Incumplimiento y ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer», (Coord.) *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Coord. Eugenio Llamas Pombo, Madrid 2006, T. I. pp. 560-585.
- ESCARTÍN IPIENS, José Antonio, «El contrato de servicios», www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm. (Última consulta 13/03/2020).
- FROSSARD, Joseph F., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, París, 1965.
- JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, «La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)», *Anuario de Derecho Civil*, T. LXV, fasc. II, 2012.
- JORDANO FRAGA, Francisco, «Obligaciones de medios y de resultado. A propósito de alguna jurisprudencia reciente», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 5-96.
- *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.
- «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1985, pp. 29-103
- LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, p. 66.
- MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio, «La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible», *Anuario de Derecho Civil*, 2001, pp. 1165-1224.

- MAZEAUD, Henry et Léon, «Essai et classification des obligations: Obligations contractuelles et extracontractuelles; obligations déterminées et obligation Générale de prudence et diligence», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1936, pp. 1-58.
- MENGONI, Luigi, «Obbligazione «di risultato» e obbligazione di mezzi», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1954, pp. 366-396.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del derecho de obligaciones*, Navarra, 2006.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2005.
- PARDO IRANZO, Virginia, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y no hacer*, Valencia, 2001.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo Francisco, *Los contratos de servicios: su construcción como categoría contractual y el derecho del cliente al cumplimiento específico*. Tesis doctoral accesible en repositorio. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/129560/browse?value=Severin+Fuster%2C+Gonzalo+Francisco&type=author> (Última consulta 23/03/2020).
- SOLE RESINA, Judith, *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- TRIGO GARCÍA, Belén, *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, 1999.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la Unión Europea lastrado por la protección al consumidor», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Universidad Carlos III, 2013, <http://www.uc3m.es/cdt> (Última consulta 13/03/2020).
- VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989.

XLIV

LA MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PROCEDENTE DE NEGLIGENCIA. EL ARTÍCULO 1.103 DEL CÓDIGO CIVIL

TEODORA F. TORRES GARCÍA
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Planteamiento. 1.1 Ámbito de aplicación del art. 1.103. 1.2 Requisitos exigibles: la negligencia. 1.3 Función del Juez.—2. La equidad: su manifestación.—3. Moderación versus modificación de la pena.—4. Estado de la cuestión en el moderno derecho de contratos. 4.1 La necesidad de modernización del Código Civil. 4.2 Revisión de la moderación.

1. PLANTEAMIENTO

Fue tardía la incorporación de «La facultad de moderar la responsabilidad por negligencia concedida a los Tribunales para que pueda moderarse por estos» al articulado del Código Civil que en ese momento se estaba elaborando (Proyecto de Ley de Bases 1882-1888), ubicándose en el art. 1120, idéntico en su contenido al vigente art. 1103 CC¹, numeración que recibe una vez publicado el Código Civil. Pero esta ausencia de antecedentes tampoco fue acom-

¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, 2006, p. 340.

pañada de estudios doctrinales hasta que, próximo a cumplir un siglo de existencia, se publicó el trabajo de Díaz Alabart².

Las razones de este silencio quizá se debían, en parte, a la propia ubicación del precepto en el Código Civil, en el Libro IV, Capítulo Segundo «De la naturaleza y efectos de la Obligaciones», en particular arts. 1101 hasta 1104, o, lo que es lo mismo, desde la responsabilidad contractual hasta el referente a la culpa o negligencia del deudor. Negligencia exigible que no es otra que la «racional y ordinaria cautela que debe acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños» (STS 18 de septiembre de 1984³).

Junto a lo anterior, el precepto ahora en estudio probablemente hubiera pasado desapercibido si no fuese por los problemas que presenta «no por lo que dice, sino por lo que calla».

Se ha reseñado que este precepto reintroduce en nuestro Derecho el sistema de graduación de la culpa que regía en el Derecho romano y que fue recibido por las Partidas, VII, Ley 11, con su triple distinción de culpa grave o lata, leve y levísima. En el llamado Proyecto de Cambroner, del año 1836, se distingue entre el dolo y la culpa o negligencia porque era el sistema de graduación que todavía se aceptaba⁴. El Proyecto de 1851 cambia la ubicación de la materia y el precepto que se numera como el art. 1013 se acerca en su contenido al que sería el art. 1103 CC con este tenor: «La responsabilidad procedente de negligencia, tiene lugar en todos los contratos, cuando no se hubiera puesto la diligencia que se hubiera pactado...» y remitiéndose el precepto citado al art. 1005 del Proyecto, en el Comentario que hace García Goyena⁵ este añade: «..de todos modos se echa de ver claramente que en esta materia entra por mucho el prudente y justificado arbitrio del Juez». También en este Proyecto de 1851 se incluye entre los cuasi contratos el de la agencia oficiosa de los negocios ajenos y es en el art. 1893 donde dice: «*El administrador o agente oficioso está obligado a desempeñar su cargo con toda la diligencia de un buen padre de familia y a indemnizar los negocios (...) Los tribunales sin embargo podrán moderar la indemnización, según las circunstancias del caso*». Volviendo a los grados de la culpa, al aplicar el referido precepto dice el Comentario que muchas leyes se mostraron más equitativas que las romanas: no somete al gerente sino a la culpa leve y tan solamente al dolo en el caso de la ley 3, tit. 5, libro 3.º del Digesto.

² DÍAZ ALABART, «La facultad de moderación del art. 1103 del Código Civil», *ADC*, 1988, p. 1133; *vid.*, de la misma autora, «Comentario al art. 1103 CC», en *Comentarios del Código Civil de Edersa*, XV, I, 1988, p. 475.

³ RJA 1984\1299.

⁴ GACTO FERNÁNDEZ, *Derecho del Constitucionalismo y la Codificación*, II, 1979, p. 180.

⁵ *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español 1974*, pp. 538 y 542.

Nada añade a nuestro estudio la presentación que se hace en la Cortes en mayo de 1869 de un nuevo Proyecto de Código Civil⁶ al referirse este solamente al Libro Primero en el que así queda reflejado: Derechos y libertades fundamentales.

Aprobado el Código Civil, la responsabilidad procedente de negligencia será exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero podrá moderarse por los Tribunales conforme al contenido del art. 1103 CC. Precepto, éste último, ubicado en sede general, en el Cap. II, rubricado «De la naturaleza y efecto de las obligaciones», lo cual hace que sea la regla general aunque ello no impide que preceptos concretos en el Código se encuentren a su vez con ese mismo llamamiento⁷: arts. 1154, 1726, 1801, 1889 CC. El problema es que lo que en los otros Códigos citados es pura remisión a las normas especiales de responsabilidad de concretos contratos, pasa a constituir en el nuestro una regla de carácter general.

1.1 **Ámbito de aplicación del art. 1103 CC**

Una de las cuestiones que más se ha estudiado en esta materia y que sigue sin resolverse, por la distinta solución que ofrecen la doctrina y la jurisprudencia⁸, es la de si el art. 1103 se aplica solo a la responsabilidad contractual o si también puede aplicarse a la responsabilidad extracontractual. Tal dilema se apoya en parte en el bloque de artículos que, comenzando en el artículo 1101 CC, «daños y perjuicios de las obligaciones», se entiende exportable al terreno del daño extracontractual. El art. 1103 CC permite al juez, al menos en el terreno contractual, moderar la indemnización debida al deudor culposo nunca al doloso, como señala la STS 3 de diciembre de 1992⁹ «precepto que no es reconocido para casos concretos sino como regla general -teoría general de la responsabilidad- aunque acompañado de la imprecisa expresión de «según los casos»»; la STS 19 de julio de 1996¹⁰, «ante cuyas trascendentales apreciaciones la sentencia recurrida pudo haber hecho uso de la facultad moderadora que le concede el art. 1103 CC que es aplicable a la culpa extracontractual»; o

⁶ MALUQUER DE MOTES, *Codificación, persona y negocio jurídico*, 2003, p. 36.

⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II*, 2008, p. 746.

⁸ DÍAZ ALABART, «Comentario al art. 1103...*op. cit.*», p. 497; ALBALADEJO GARCÍA, «Sobre si la moderación de la responsabilidad del artículo 1103 del Código Civil es o no aplicable a la culpa extracontractual», AC, n. 1, 2005, p. 2.

⁹ RJA 1992\9995.

¹⁰ RJA 1996\5803.

la STS 29 de junio de 1996¹¹, en un caso de Lotería Primitiva, contrato atípico y complejo, resguardo del boleto con la mitad del sello correspondiente que resulta premiado y en el que el último motivo de denuncia casacional fue aplicación errónea del art. 1103 CC: el tribunal estima que «no procede ya que el referido artículo, como declara la jurisprudencia reiterada de esta Sala, es aplicable tanto a supuestos de culpa contractual como extracontractual». A ellas se puede añadir la STS 22 de septiembre de 1998¹² y la STS 20 de junio de 1989¹³, que consideraban indispensable la aplicabilidad del art. 1103 a la responsabilidad extracontractual. Ello nos lleva a afirmar que hay sentencias que específicamente mencionan la cuestión: no cabe duda de que el art. 1103, sobre moderación de la responsabilidad, es aplicable tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales.

En cambio, no toda la doctrina mantiene tal afirmación, aunque sí lo hace la mayoría de ella. Basta con citar a Díaz Alabart¹⁴, que señala que la posibilidad de moderar la responsabilidad debe darse para cualquier tipo de obligaciones, o a Díez-Picazo Giménez¹⁵, quien añade que al tener su fundamento en la desproporción entre el daño causado y la conducta que lo ha causado es extensible a todos los supuestos de responsabilidad extracontractual pese a la ubicación del art. 1103 CC en sede contractual y así lo ha entendido, no sin vacilaciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dubitativa es la posición de Yzquierdo Tolsada¹⁶ al decir que el problema es que, aunque se admita que la facultad moderadora del art. 1103 procede también en el campo de la responsabilidad aquiliana, su concreta utilización es casi siempre incorrecta. Constantemente se comprueba en la jurisprudencia civil la utilización equivocada de la facultad moderadora del art. 1103 para aminorar la indemnización debida en caso de concurrencia de la conducta del agente con la de la víctima, lo que puede ocasionar serios problemas de seguridad jurídica. Por su parte, Llamas Pombo¹⁷ añade que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, salvo algunas sentencias aisladas, es prácticamente unánime la Jurisprudencia según la cual el art. 1103 es perfectamente aplicable a la responsabilidad extracontractual y ello siempre en la medida en que esta responsabilidad se mantenga dentro de un esquema culpabilístico será posible facultar al tribunal para que modere la misma, pero en cuanto nos adentremos en criterios objetivos de responsabilidad necesari-

¹¹ RJA 1996\4849.

¹² RJA 1998\6552.

¹³ RJA 1989\4702.

¹⁴ DÍAZ ALABART, «Comentario al art. 1103...*op. cit.*, p. 1164.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ *Código Civil Comentado*, III, 2016, p. 112.

¹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad Civil extracontractual. Parte General*, 2019, p. 286.

¹⁷ LLAMAS POMBO, *Comentario al Código Civil*, 2010, p. 1211.

riamente habrá que olvidar esa posibilidad, estrechamente vinculada al concepto de culpa. También cabe citar a Guilarte Martín-Calero¹⁸ sobre la moderación de la responsabilidad en los supuestos de concurrencia de culpas.

Discrepa de esta equiparación Díez-Picazo Ponce de León¹⁹ e igualmente De Ángel Yagüez²⁰, para quienes este precepto dictado para supuesto de violación del derecho de crédito, establece que cuando esta procede de negligencia, los Tribunales podrán moderar la culpa según los casos. En una palabra, se ha admitido al amparo del art. 1103 la llamada compensación de culpas. Con este antecedente, resulta tentador hacer extensivo el mismo razonamiento a aquellos supuestos de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, esto que es admisible en el caso de violación del derecho de crédito (hipótesis a la que propiamente se refiere el art. 1103 CC), acaso no sea aceptable en supuestos de daño extracontractual. De la misma opinión es el Prof. Pantaleón Prieto²¹ quien estima que «desde mis premisas resulta indudable que la facultad jurídica de moderación que nos ocupa no es aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual: sostener lo contrario, con base en las palabras «en toda clase de obligaciones del art. 1103 CC» implica confundir la responsabilidad extracontractual y la obligación de resarcimiento que nace de ella. Ya que el art. 1103 CC, como demuestra su historia y su tenor literal, es completamente ajeno al problema de la concurrencia de culpas, que por otra parte, no hay que reducir a los supuestos de responsabilidad culposa...», Siguiendo con la opinión del Dr. Pantaleón, fuera del ámbito de la concurrencia de culpas es criticable la STS 20 de junio de 1989²² donde no solamente se sostiene que la responsabilidad no dolosa prevista en el art. 1103 CC es también aplicable al ámbito de la responsabilidad extracontractual, sino que en la STS 6 de abril de 1987²³ se llega a sostener que la facultad moderadora podía entrar en juego en este ámbito, siempre que el Juez lo considere equitativo y, más concretamente, cuando se estime «que los cuantiosos daños producidos superan ostensiblemente para el grado de negligencia observado». Por su parte, Morales Moreno²⁴ entiende que es bueno hablar de la culpa lata en cuanto que se equipara al dolo del art. 1102 CC, ya que se presta igual que éste en todas las

¹⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La moderación de la culpa por los Tribunales*, 1999, p. 152.

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...op. cit.*, p. 748.

²⁰ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La Responsabilidad Civil* 1988, p. 245.

²¹ PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, p. 1037.

²² RJA 1989\4702.

²³ RJA 1987\2495.

²⁴ MORALES MORENO, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa» *ADC*, 1982, p. 599.

obligaciones y también la culpa admite niveles más o menos exigentes en cuanto diligencia. Conjugando ambas proposiciones resulta que existen unos niveles mínimos de diligencia exigibles que no admiten exoneración; Morales Moreno²⁵ sigue diciendo que puede quedarnos la duda de qué significa «la facultad moderadora de los Tribunales» si la contestación es afirmativa, si los Tribunales gozan aquí de unos poderes totalmente discrecionales resulta difícil el fijar una categoría mínima de diligencia; y puesto que el nivel de diligencia varía de una obligación a otra, a los Tribunales corresponde determinar cuál es el nivel exigido en concreto, esta actividad moderadora no es discrecional, se realiza aplicando normas jurídicas.

En contestación al discurso de recepción pública como Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de López Jacoíste, el Prof. Albaladejo García²⁶ señala que la concurrencia de culpas debe así quedar trasladada a la concurrencia de autoría, examinadas cada una de ellas en su peculiar alcance a fin de imputarles el daño en la correspondiente medida. Por eso señala la doctrina que en el ámbito extracontractual basta con aplicar el art. 1902 CC sin necesidad de acudir al 1103 CC. No se trata de moderar las consecuencias de una conducta culposa, sino, sencillamente, de distribuir las consecuencias indemnizatorias del daño entre las conductas que lo causaron.

¿Se debe seguir manteniendo que es posible moderar en su cuantía la responsabilidad por daños culposos, nunca dolosos, por la vía art. 1103 CC? En la doctrina, como hemos expuesto, no se da la unanimidad que sí parece lograrse en la jurisprudencia²⁷.

Conviene precisar que el alegado art. 1103 CC es uno aquellos en que, de acuerdo con lo previsto en el art. 3 párr. 2.º del propio Código, permiten que las resoluciones de los Tribunales descansen en la equidad, pues esa posibilidad de moderar que recoge y sanciona el art. 1103 CC se fundamenta en la aplicación de esta figura, cuyo espíritu preside y justifica el precepto y ello aunque en él no se mencione el término equidad, como hace el legislador, en cambio, en otros preceptos análogos o en este sentido equiparables, tales como los arts. 1154 y 1690 CC. El art. 1103 CC es un precepto aplicable a toda clase de obligaciones y como la regulación en nuestro Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual es parca, parece que obliga a integrar lagunas a través de la aplicación analógica de preceptos relativos a las obligaciones en general. Este es un precepto efectivamente aplicable a toda clase de obligacio-

²⁵ MORALES MORENO «El dolo como...», *op. cit.*, p. 609.

²⁶ ALBALADEJO GARCÍA, *Transformación y Paradojas de la responsabilidad extracontractual*, 1995, pp. 65 y 156.

²⁷ DÍAZ ALABART, «Comentario al art. 1103...*op.cit.*», p. 509.

nes, como en realidad lo son otros artículos inmediatos del mismo, contenidos en el Capítulo II del Libro IV del Código Civil (arts. 1101, 1104, 1106 CC), los cuales, además, no ofrecen contradicción con las reglas especiales de los arts. 1902 y 1903 CC. La STS 23 de febrero de 1996²⁸ contempla un supuesto de culpa extracontractual, con concurso de culpas por fallecimiento en una colonia de verano de menor afectado por dolencia crónica e irreversible, y donde se aprecia culpa concurrente de los responsables de la colonia y de los padres; se reconoce la infracción del art. 1902 CC, en relación con el art. 1103 y 1903 del mismo cuerpo legal, y el criterio jurisprudencial del concurso de culpas en la determinación de la cuantía de la indemnización, indicando: «Es doctrina de esta Sala que si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el culpable debe distribuirse proporcionalmente el «*quantum*» siendo la moderación de responsabilidad prevenida en el art. 1103 CC facultad discrecional del Juzgador no revisable en casación». Igualmente STS 30 de noviembre de 2007²⁹.

1.2 Requisitos exigibles: la negligencia

Otra cuestión que podemos plantear respecto al art. 1103 CC es si este se refiere sin más a cualquier tipo de «culpa» o únicamente a un tipo de culpa determinada.

Morales Moreno³⁰ alega que para él «del art. 1103 CC puede inferirse que la culpa admite niveles más o menos exigidos en cuanto a diligencia y que no obstante se presta igual que el dolo en toda clase de obligaciones, art. 1102 CC»; existen por tanto una serie de niveles mínimos de diligencia exigibles y ciertos casos de responsabilidad que por la gravedad de la culpa no admiten posible exoneración. En todo caso serán los tribunales a los que corresponda determinar cuál es el nivel exigido en cada caso para imputarle la responsabilidad.

En la STS 17 de mayo de 1979³¹ el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que el motivo alegado en el recurso de casación era la aplicación indebida del art. 1103 CC en relación con el art. 1124 CC, señala que «al calificar de leve la culpa en que incurrió el demandado en el incumplimiento...el Tribunal Supremo condena a pagar esos daños y perjuicios causados por el Ayuntamiento a la empresa constructora...cuantía que debe admitirse en función «del grado de culpa apreciado», pues si la negligencia existente es grande resulta

²⁸ RJA 1996\1587.

²⁹ RJA 2007\8656.

³⁰ MORALES MORENO, «El dolo como criterio de imputación...», *op. cit.*, p. 608.

³¹ RJA 1979\1834. Cf. también la Sentencia 23 de octubre de 1983 (RJA 1983\5275).

fácil salvar el argumento indicado». Pero no se trata de un caso imprevisible, ni tampoco se incurrió en una culpa grosera sino, digamos, normal o media, por ello sería justo traer a colación la norma contenida en el art. 1103 CC «la cuantía de la indemnización podrá moderarse por los Tribunales según los casos». Llamas Pombo³² amplía la calificación de la culpa declarando que «si se tiene en cuenta que la facultad de moderar la responsabilidad solo es posible en caso de «culpa leve» y «normal» o «media» y no grosera, puede inferirse que la moderación debería operar en función del grado de culpa del deudor –dañador–, aumentando o disminuyendo el montante en la indemnización y en función de la gravedad de su conducta perjudicial». Otras veces la equiparación se realiza entre culpa o negligencia del deudor según comienza el art. 1104 CC, que en realidad son términos semejantes, o según Díez-Picazo Giménez³³ no más que un posible fundamento de responsabilidad.

En relación con la culpa levísima, como último eslabón del grado de negligencia, la STS 19 de febrero de 1998³⁴ alcanza *in lege aquilia levisima culpa venit* lo aplica a los dos tipos de responsabilidad; las STS 19 de julio de 1996³⁵ aprecia también la aplicabilidad del art. 1103 CC la culpa extracontractual en una hipótesis de culpa levísima y aprecia la reducción de la indemnización. Por su parte la STS 23 de octubre de 2012³⁶ (Ponente Magistrado Sancho Gargallo), pone de relieve que se abre en cierto modo y limitadamente la posibilidad de revisión casacional en los siguientes términos: si bien es doctrina reiterada y notoria de esta Sala que aquí se mantiene, la de que el uso de la posible moderación que establece el art. 1103 CC es facultad propia de los Juzgadores de Instancia no susceptible de casación, si bien nada es coincidente, bien por remitir esta «culpa levísima» solo a casos de responsabilidad extracontractual, así la STS 1 de junio de 1994³⁷ y la STS 28 de mayo de 1991³⁸ excluyen el concurso de culpas Y la moderación de la responsabilidad del art. 1103 CC; pero también alcanza a este tipo de responsabilidad para admitirla solo en la contractual, así la STS 26 de mayo de 1986³⁹ señala que no rige el principio de culpa levísima al ser la responsabilidad contractual; igualmente la STS 15 de marzo de 1993⁴⁰ entiende frente a la solución sesgada a favor de uno u otro

³² LLAMAS POMBO, *Comentario al Código Civil*, p. 1211.

³³ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Código Civil comentado* III, 2016, p. 114.

³⁴ RJA 1998\877.

³⁵ RJA 1996\5803.

³⁶ RJA 2013\1542.

³⁷ RJA 1994\4568.

³⁸ RJA 1991\3940.

³⁹ RJA 1986\2824.

⁴⁰ RJA 1993\2276.

tipo de responsabilidad cabe también reseñar que la culpa levísima puede apreciarse con independencia del tipo de responsabilidad, como también reconocen, las SSTs de 24 de junio de 1996⁴¹, de 29 de junio de 1996⁴², de 20 de junio de 1989⁴³ –reiteradamente citada por la doctrina–, de 22 de septiembre de 1998⁴⁴ y de 6 de mayo de 2002⁴⁵ y no solo se aplicará cuando se dé una concurrencia de culpas.

Donde sí se origina una diferencia de tratamiento es entre esta levísima culpa y cualquiera de las clasificadas como grave o lata, ya que con esta última se ha producido una equiparación al dolo, contemplado en el art. 1102 CC. La jurisprudencia lo admite con expresiones diversas: «la responsabilidad procedente del dolo es exigida en toda clase de obligaciones de suerte que el incumplimiento total equivale a «culpa grave» y al equipararse al dolo excluye la aplicación del art. 1103 CC y con ello la moderación de la responsabilidad» (STS 23 de octubre de 2012)⁴⁶; partiendo de que el dolo no se presume sino que debe ser probado, se estima que sin dolo decae el motivo tercero excluyendo así la moderación judicial, no siendo a ella ajena la diferencia que se origina entre deuda culposa y deuda dolosa (STS 9 de mayo de 2011⁴⁷). En la doctrina, Delgado Echeverría⁴⁸ mantiene que cuando nos preguntamos si este tipo de negligencia afecta a cualquier tipo de culpa o a uno determinado, nos apartamos del concepto de culpa lata o manifiesta, muy cercana a la idea de dolo; esta se define como grado sumo de negligencia, mientras que el dolo es el acto voluntario y deliberado, aunque en nuestro derecho se ha admitido la extensión de las consecuencias jurídicas del dolo a la culpa lata⁴⁹; subyace que el incumplimiento total equivale a ella y esta asimilación al dolo excluye la aplicación de la moderación del art. 1103 CC. Por su parte, Morales Moreno⁵⁰ hace un estudio exhaustivo de las razones de esta equiparación.

También se diferencia entre culpa genérica y culpa específica en aquellos contratos en los que se requiere una culpa particular (así, STS 18 de marzo de 2019⁵¹ o STS 24 de junio de 1996⁵²) o coinciden con una negligencia

⁴¹ RJA 1996\4849.

⁴² RJA 1996\9195.

⁴³ RJA 1989\4702.

⁴⁴ RJA 1998\6552.

⁴⁵ RJA 2002\3675.

⁴⁶ RJA 2013\1542.

⁴⁷ RJA 2011\3845.

⁴⁸ *Derecho Civil II*, 1.º, 1994, p.178.

⁴⁹ STS 6 mayo 2002, RJA 2002\3675.

⁵⁰ MORALES MORENO, «El dolo como criterio de imputación...*op. cit.*, p. 633.

⁵¹ RJA 2019\1656.

⁵² RJA 1996\4849.

cia tan pequeña que no se tiene en cuenta. Por último, también se alude a culpas de entidad análoga, cuando existe gravedad en ambas conductas ilícitas y se consideran que son análogas o equivalentes; a su vez, la STS 6 julio 1987⁵³ declara que la facultad moderadora del art. 1103 no cabe cuando no existe culpa compartida por parte de la víctima del hecho dañoso.

1.3 Función del Juez

Una de las cuestiones planteadas sobre el art. 1103 CC es si la moderación del Juez es de oficio o a instancia de parte, así como si cabe la revisión casacional de la sentencia de instancia o, por el contrario, esta no procede.

Como hemos visto, el límite establecido para la moderación será que no se trate de una conducta dolosa, vía art. 1102 CC; de lo contrario los Tribunales podrán moderar la cuantía del daño, facultad que será «discrecional o facultativa» de los Jueces a quien compete ejercitarla con independencia de quién lo solicite, sea o no la parte causante del mismo y que, por su carácter excepcional, requiera de una justificación mayor para él, siendo opinión común en la doctrina que lo que se modera por los Tribunales atendiendo a lo dispuesto en el art. 1103 CC es el «*quantum* indemnizatorio», no la existencia de responsabilidad.

Según la jurisprudencia más reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causada. La aplicación del art. 1103 CC es facultad soberana de la Sala de instancia, cuyo criterio, a estos efectos, no puede ser revisado en casación; en tal sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS de 30 noviembre⁵⁴ y de 17 diciembre 2007⁵⁵; pero también hay excepciones como la STS de 20 de junio de 1989⁵⁶ que casó la sentencia de instancia por haber aplicado indebidamente el arbitrio de equidad.

La STS 26 septiembre 2012⁵⁷ sostiene que la moderación de la responsabilidad por culpa «constituye una facultad discrecional del organismo jurisdiccional por lo que en principio está vedado su acceso a casación, cabe, no obstante, la revisión en casación cuando se ha dado «una desproporción notoria» o «una aplicación con criterio contrario, al ponderado, racional y lógico» que no

⁵³ RJA 1987\5180.

⁵⁴ RJA 2001\8856.

⁵⁵ RJA 2007\8933.

⁵⁶ RJA 1989\4702.

⁵⁷ RJA 2012\9337; citando entre otras la de 20 julio 2011, RJA 2011\1011.

es desde luego el caso presente». La STS de 23 de octubre de 2012⁵⁸ abre en cierta medida y limitadamente la posibilidad de revisión casacional en los siguientes términos: «Si bien es doctrina reiterada y notoria de esta Sala que aquí se mantiene, la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el art. 1103 CC es facultad propia de los juzgadores de la instancia, no susceptible de Casación, ello referido al supuesto en que los mismos hagan uso de tal facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando extravasen irracional o desmesuradamente dichos parámetros, tampoco en aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora cuando la misma viene forzada y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto que se enjuicia. Cuestión que, si en este caso cupiera ejercitarla, cabe su revisión en casación».

Ahora bien, aunque resulte confirmado que la moderación como atributo de los Tribunales, según los casos, compete al Tribunal de instancia, sin embargo, también se ha afirmado jurisprudencialmente que no se ha de excluir la censura de la casación cuando no se trate tanto de la fijación cuantitativa de la indemnización como de discernir, en caso de concurrencia de culpa, el grado y la naturaleza del respectivo aporte de culpabilidad⁵⁹, o que los perjuicios causados fueran menores de lo que se pensó.

Como precedentes de la ya mencionada STS 26 de septiembre de 2012⁶⁰, utilizan la argumentación de que cabe la revisión de oficio cuando se ha dado «una desproporción notoria o una aplicación con criterio contrario al ponderado, racional y lógico que no es, desde luego, el caso aquí previsto», las SSTS de 29 de septiembre de 2005⁶¹, de 19 de julio de 2007⁶² y de 10 de octubre de 2007⁶³. Pero también lo hace la STS de 18 julio 2013⁶⁴, que comparte la anterior opinión al señalar que, según la jurisprudencia de esta Sala, la facultad moderadora corresponde a los órganos de instancia y no puede ser revisada en casación. Sin embargo, en este caso, deberán aplicarse las siguientes excepciones que la jurisprudencia también admite «Cuando está en cuestión la apreciación del necesario nexo causal y la efectiva participación culposa o negligente de las partes y así proceder a la revisión casacional».

Como antes se anticipó, dos cuestiones se plantean en relación con la moderación de la responsabilidad por los Tribunales: en primer lugar, si se

⁵⁸ RJA 2013\1542; recogiendo lo establecido en la STS 19 de julio de 1996, RJA 1996\5803.

⁵⁹ STS de 20 octubre 1988, RJA 1988\7594.

⁶⁰ RJA 2012\9337.

⁶¹ RJA 2005\7155.

⁶² RJA 2007\4689.

⁶³ RJA 2007\6487.

⁶⁴ RJA 2013\5532.

debe proceder a ella, aunque no haya sido solicitada por las partes dejando a la discrecionalidad del Juez y, en segundo lugar, si debe motivarse tanto la moderación de primera instancia como en caso de que se acceda en casación.

En la STS 30 junio 1981⁶⁵ se plantea el problema de si es preciso conocer las razones de por qué procede la moderación y si se ha de fijar la motivación: «tal facultad no es arbitraria ni discrecional en absoluto, sino limitada a los usos, la buena fe, las leyes de orden público, la naturaleza de la culpa –se estimó que había existido concurrencia de culpas y que estas eran de igual entidad- y la desigualdad económica de los contratantes». La STS 15 diciembre 1999⁶⁶ considera la moderación como facultad atribuida al tribunal, y en su quinto considerando añade «que la moderación se configura como la facultad discrecional, según las circunstancias del caso sin que constituya un mandato para el juzgador» hasta el punto de declarar que no es revisable en casación. Puede ser procedente en este punto acudir al Tribunal Constitucional que, con anterioridad, en la STC de 6 de octubre de 1989⁶⁷, entre otras, tiene formulada una reiterada doctrina jurisprudencial sobre la posible relevancia constitucional de la «motivación de las decisiones judiciales», lo que sujeta a la comprobación de si es o no suficiente con la aplicación de los «criterios materiales» de valoración jurídica de la cuestión litigiosa; en consecuencia, según la citada sentencia, «partiendo de una concurrencia de culpas y el satisfactorio estado físico y psíquico actual del lesionado, no parece que obedece a criterios objetivos razonables aumentar la indemnización, máxime cuando la doctrina jurisprudencial ha establecido que «se debe moderar la responsabilidad del agente y reducir en proporción su deber de indemnización repartiendo el daño con el perjudicado».

Desde la doctrina, ya señalaba Castro y Bravo⁶⁸ que el poder del Juez aun en los casos en que se le concede con mayor amplitud, no es arbitrario ni discrecional en absoluto STS 2 abril 1940, respecto al art. 1103 sino también sometido a los principios jurídicos.

2. LA EQUIDAD. SU MANIFESTACIÓN

Es frecuente que en la doctrina se contrapongan los arts. 3.2 CC: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella

⁶⁵ RJA 1981\2622.

⁶⁶ RJA 1999\9200.

⁶⁷ RTC 1989,15,9.

⁶⁸ CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, 1984, p. 425.

cuando la ley expresamente lo permita», el art. 1103 CC: «la responsabilidad (...) es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos» y el art. 1154 CC: «El Juez modificará equitativamente la pena (...) cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», además de otros como los arts. 1690, 1726, 1889.2 CC. Con la excepción del art. 3.2. CC, cuya incorporación en el Código Civil es reciente, todos los demás proceden de 1889, presentando como lazo de unión entre todos ellos que tanto la ponderación como la modificación y la moderación serán siempre declaradas por los tribunales. De Ángel Yágüez⁶⁹ en relación al último inciso, el que habla de la «moderación de las decisiones del Juez o de la Autoridad», señala que se encuentra alguna posible coincidencia entre el arbitrio y la equidad. Esta circunstancia no tiene nada de extraño si se tiene en cuenta que cuando una norma legal deja sitio a «la moderación» invoca la posible particularidad de un caso concreto o la figura de la equidad o de lo equitativo; ocurre así en los arts. 1103, 1154 y 1690 CC. Por otro lado, si el art. 3.2 CC deja alguna puerta abierta (aunque con conocidas reservas) a la equidad, el texto se cuida de advertir que será siempre con la oportuna «ponderación», esto es, examinando con cuidado el asunto.

De Castro Bravo⁷⁰ nos enseña que no cabe contraponer Derecho y Equidad de un modo general; su contraste se da solo bajo el régimen del *Ius extric-tum*; mas desde el momento en que se admite una corrección o interpretación de la ley conforme a la Justicia (sistema del *ius aequum*) la equidad deja de estar fuera y entra a formar parte del sistema jurídico positivo. La equidad como «*ratio legis*» o como medio de interpretación, no es hoy una figura jurídica de especial interés cuando hay que salir de la Ley y aplicarla como principio superior

El acceso al articulado del Código Civil de «la equidad» se plasma con la reforma que se lleva a cabo en el Título Preliminar, aprobada por Decreto 1836/1974 de 31 mayo, que modifica los arts. 1 a 16; la norma sobre la aplicación de las normas se ubica el art. 3 CC. Por su parte, la Base 2.^a de la Ley de Bases 17 marzo 1973 para la modificación del Título preliminar establece: «dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica, la equidad presidirá la aplicación de las normas, pero en ella solo podrán fundamentar sus resoluciones los Tribunales cuando la ley expresamente lo permita» habiéndose elimina-

⁶⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *¿Es bello el Derecho? Respuesta Ilustrada con una antología*, 2016, p. 339.

⁷⁰ DE CASTRO BRAVO, *Derecho Civil...op. cit.*, p. 426.

do posteriormente por la Comisión de Codificación la referencia expresa que contenía a «la seguridad jurídica» y así es como pasa al par. 2.º del art. 3 CC.

Con esta regulación nuestro Código Civil se aparta de aquellos Códigos que no aceptan la equidad en una norma de alcance general, como son el Código francés, italiano y alemán. Sin embargo, esto no significa que dicha idea haya desaparecido totalmente de estos cuerpos legales. Respecto del *Code*, basta con revisar el art. 4.º en el que se contiene un reconocimiento implícito de la Justicia: «el Juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad e insuficiencia de la ley...»; a su vez, el Código civil italiano está regado de preceptos que se refieren a la «apreciación equitativa» o a fórmulas análogas; igualmente, en el *BGB* se deja un amplio margen al «arbitrio del Juez» o a la equidad, el parágrafo 829 –Deber de resarcimiento por motivos de equidad–.

Interesante es la solución por la que opta el Código portugués de 1966 el cual permite el recurso a la equidad ampliamente en su art. 4.º CC, conforme al cual, «Los Tribunales solo podrán resolver en sentido de equidad: a) cuando una disposición legal lo permita, b) haya acuerdo entre las partes y la relación jurídica no sea indisponible y c) cuando las partes hayan convenido previamente el recurso a la equidad en los términos aplicables a la cláusula compromisoria», lo que implica, como señala García Rubio⁷¹ que en el ordenamiento portugués «por común acuerdo de las partes, el Juez pueda prescindir de las normas jurídicas para resolver un conflicto y fallar de acuerdo con la equidad».

Volviendo al Código civil español, para determinar el alcance y significado de este art. 3.2 CC Torralba Soriano⁷² señala que es preciso tener en cuenta lo que el precepto dice de la equidad, así como aquello que no dice, lo que significa que lo deja como estaba. El legislador siendo coherente con nuestro sistema jurídico lo reduce solo a la equidad interpretativa y al juicio de equidad. En igual sentido García Rubio⁷³ añade que ambas son posibles: por un lado, como criterio de ponderación en la aplicación de la norma, a esta «ponderación» se alude expresamente en el art. 3.2.º CC y otra, como método posible de resolución de conflictos jurídicos o juicios de equidad.

Para que la equidad pueda ser el único criterio sobre el que se fundamenta una resolución, es precisa la expresa autorización legal: las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella «cuando la Ley expresamente lo permita», esto es, cuando una ley lo autorice de manera expresa, como reconoce, entre otras, la STS 23 de diciembre de 2002⁷⁴. Igual-

⁷¹ GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código Civil Vol.1*, 2016, p. 57.

⁷² TORRALBA SORIANO, *Comentarios del Código Civil*. Tomo I. Vol. 1.º, 1992, p. 565.

⁷³ GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código...op. cit.* p. 57.

⁷⁴ RJA 2002\636.

mente, la equidad tampoco tiene la consideración de fuente del derecho (así, STS 18 de septiembre de 2007⁷⁵). Por último, cabe añadir que la equidad es una técnica de mera acomodación, no de corrección ni sustitutiva de la norma; las ya citadas SSTs 18 de septiembre de 2007⁷⁶ y de 6 de marzo de 2007⁷⁷, ahondan en esta idea; también cuando se dice que si las leyes no son claras se utilice la equidad como instrumento interpretativo dulcificador de la rigidez normativa (STS 18 de julio de 1986⁷⁸).

El art. 3.2 CC prescribe que «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». Dicho precepto contiene una regla general, que se formula con carácter imperativo⁷⁹: «habrá de ponderarse en la aplicación de las normas»; cabe preguntarse si en todas las normas, porque no excluye aparentemente la aplicación de ninguna, aunque va solo referido a las de origen legal; y como regla general, es una norma que se destina a los Jueces.

Además, la equidad se aplica en todo el ordenamiento jurídico, sin distinción de materias⁸⁰. La STC 29 mayo 1989⁸¹ así lo reconoce cuando señala que «Nuestro ordenamiento recoge un conjunto de reglas de interpretación de las que propenden a una aplicación más ajustada de las mismas a las circunstancias de cada caso. Entre tales reglas, que son sin duda reglas jurídicas y no simples arbitrios u ocurrencias hermenéuticas a disposición del interprete, destaca «la equidad» cuya ponderación es obligada conforme a lo dispuesto en el art. 3.2 CC en la aplicación de toda norma», siendo una forma razonablemente lícita de expresar la ponderación que de la regla jurídica de la equidad ha de hacerse en la resolución judicial de los litigios.

En especial, en el ámbito de la jurisdicción civil también se aprecia la equidad vía art. 3.2.º CC. La STS 20 de junio de 1989⁸² sobre culpa extracontractual, daños que superan lo que sería previsible para el grado de negligencia observado y aplicación del art. 1103 CC, precepto basado en la equidad; para la resolución «No pueden negarse las grandes semejanzas que posibilitan esa

⁷⁵ RJA 2007\5073.

⁷⁶ RJA 2007\5073.

⁷⁷ RJA 2007\2503.

⁷⁸ RJA 1986\2503. Cf también STS 20 de abril de 1993, RJA 1993\3103 y STS 24 noviembre 1996, RJA 1996\6362.

⁷⁹ DORAL GARCÍA, *El Derecho nuevo y la Equidad sobre el artículo 3.2 CC*. Curso Académico 97-98, 1997, p. 23.

⁸⁰ GARCÍA RUBIO *Comentarios ...op.cit.*, p. 58.

⁸¹ RTC 1989\96.

⁸² RJA 1989\4702.

aplicación analógica que ciertamente evitará, en el caso del art. 1103 CC, resultados contrarios a «la equidad» y esa norma de *ius aequum*, es la que debe ponderarse...en la medida en que el concepto más clásico y genuino de la equidad como justicia del caso concreto supone y significa la adecuación de la regla general a las circunstancias del caso y así evitar que su aplicación a este resulte injusta». Pero la STS 20 de abril de 1993⁸³ nos recuerda que en este caso no es la equidad por sí sola la que justifica su directa aplicación.

Por lo demás, la discrecionalidad del Juez es una cuestión permanente en el pensamiento jurídico. Es claro que se debe establecer la línea entre el arbitrio y la arbitrariedad, deslinde que solo puede hacerse caso por caso porque la amplitud del significado de arbitrio hace muy difícil el establecer criterios de carácter general⁸⁴. Se trata de una materia a la que últimamente se han dedicado varios estudios doctrinales, lo que refleja la importancia que tiene para la sociedad. El arbitrio judicial es el acto intelectual de realizar una apreciación de las circunstancias que concurren en el caso, valorando los elementos que el Juez tiene a su alcance y el resultado de ello es la sentencia, lo que lleva afirmar que el Juez aplica el Derecho, esto quiere decir que lo hace porque tiene un criterio al que atenerse y este son las normas del ordenamiento jurídico⁸⁵. Arana de la Fuente⁸⁶ añade que no reside en atribuir un poder de moderación a los Tribunales de instancia, sino en cómo se concede éste y la forma de ejercerlo y, sobre todo, de controlarlo; a juicio de la autora no hay duda que tal ejercicio debe estar sometido a un estricto control del Tribunal Supremo mediante la exigencia de motivación suficiente de las sentencias –cuestión que, no obstante, sigue siendo punto de reflexión al no ir estas acompañadas, la mayoría de las veces, de esa «motivación suficiente» a la que se alude–. Aunque con razón Tomas-Ramón Fernández⁸⁷ señala que, sin motivación suficiente, esto es, sin justificación bastante, no hay arbitrio legítimo, sino «arbitrariedad» pura y simple; y resulta que demasiadas veces no se lleva a cabo dicho control porque, o bien se califica de soberana la facultad de moderación de los jueces, o bien que dicha facultad no es susceptible de revisión casacional, al ser una cuestión de libre apreciación de los Tribunales de instancia.

La modificación de la pena convencional por el Juez será equitativamente fijada, cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente

⁸³ RJA 1993\3103.

⁸⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *¿Es bello el Derecho?... op. cit.*, p. 340.

⁸⁵ NIETO GARCÍA, *El arbitrio judicial*, 2000, p. 201.

⁸⁶ «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret* 4/2010, 9.

⁸⁷ *Del Arbitrio y de la Arbitrariedad judicial*, Discurso de Ingreso en la RAJL, Madrid 2004, p. 47.

cumplida por el deudor, según el art. 1154 CC; fijada legalmente la limitación del supuesto de hecho, «incumplimiento parcial o irregular», queda excluida la posibilidad de que los jueces pudieran también moderar legítimamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y la indemnización desproporcionada en relación con el daño efectivamente sufrido. Estas cláusulas «excesivas o desproporcionales» no están contempladas en nuestro Código Civil, el cual, como en otras materias, sigue lo que consagraron los Códigos de raíz romanista en el momento de la Codificación; incluso entonces se adopta por este la inmutabilidad de la pena, si bien esta idea será posteriormente abandonada.

Nos preguntamos también cuál es el ámbito de aplicación de la facultad moderadora por el Juez. La STS 10 de marzo de 2014⁸⁸ fija la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo «en los contratos por negociación en los que expresamente se prevé una pena convencional para el caso de desistimiento unilateral de las partes, la valoración patrimonial de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación». La STS 24 noviembre 2014⁸⁹ «prevé un supuesto de cláusula penal cuya declaración de abusividad se pretende». La STS de 17 marzo de 2014⁹⁰, estima que, cumplido el supuesto de hecho al que se anudaba la cláusula penal, esta ya no podía moderarse por el tribunal al amparo del art. 1154 CC, invocando razones de equidad. Sí es, en cambio, moderada la pena por la STS 11 de noviembre de 2014⁹¹. No hay que olvidar la STS de 13 de septiembre de 2016⁹² que, entre otros razonamientos, señala que la facultad moderadora de la pena convencional que contempla el art. 1154 CC remite al juicio de equidad tan solo cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Rechaza, por lo demás, el Tribunal Supremo, el uso de la potestad judicial moderadora cuando el incumplimiento parcial defectuoso hubiera sido pactado precisamente como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, caso en el que se ha de estar a lo acordado por las partes por respeto al principio de autonomía de la voluntad y a la fuerza vinculante de los contratos que consagran los arts.1255 y 1091 CC. No obstante, la Sentencia 17 de julio de 2020⁹³ añade «Sin embargo, sí parece compatible con «el principio *pacta sunt servanda*» que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el art. 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente, que deba atri-

⁸⁸ RJA 2014\1467.

⁸⁹ RJA 2014\6000.

⁹⁰ RJA 2014\1505.

⁹¹ RJA 2014\5902.

⁹² RJA 2016\4044.

⁹³ RJA 2020\2514.

buirse a que por un cambio de circunstancias imprevisibles al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía extraordinariamente más elevada de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal»⁹⁴.

3. MODERACIÓN *VERSUS* MODIFICACIÓN DE LA PENA

Ambos términos, moderación y modificación, están respectivamente reflejados en el art. 1103 CC, «pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos» y en el art. 1154 CC «el Juez modificará equitativamente la pena». La cuestión que nos planteamos ante ambos preceptos es la de si la existencia de una cláusula penal que, por incurrir en un incumplimiento total de la obligación, no puede modificarse al amparo del art. 1154 CC, puede o no, a su vez, ser objeto de moderación aplicando el art. 1103 CC; llamamos la atención sobre el hecho de que este último precepto, salvo raras excepciones, en sede de cláusula penal, o no se cita cuando podría hacerse, o no llega a aplicarse, como si los propios Tribunales tuvieran una especie de recelo a utilizarlo, mientras que, por el contrario, la jurisprudencia sobre la modificación de la cláusula penal no solo es abundante, sino también clara y variada.

En cambio, la doctrina camina por otros derroteros y partiendo de que la base de la facultad de moderación del art. 1103 CC es la equidad, piensa que, efectivamente, este precepto encarna una regla general aplicable a las obligaciones contractuales; ello es así por su ubicación sistemática en el Cap. II, Tít. I CC, rubricado «De la naturaleza y efectos de las Obligaciones»; también porque al no haber nada en el art. 1154 CC que se oponga a su aplicación, se entiende que el art. 1103 CC podía ser llamado a esa función moderadora siempre que el incumplimiento denunciado sea atribuido a una conducta negligente. Sin embargo, llama la atención que el tema de la moderación vía art. 1103 CC llegue con el recurso de apelación y, recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo resuelva no aplicando el reiterado art. 1103 CC. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 abril 2009 así lo sostiene al declarar que no es posible la moderación con arreglo al art. 1154 CC, pero sí lo es al amparo del art. 1103 CC; la Audiencia sigue lo establecido en la

⁹⁴ Cf. también, STS 12 de marzo de 2019, RJA 2019\933.

STS 17 enero 2012⁹⁵, en la que se descarta la aplicación del art. 1154 CC por tratarse de un incumplimiento total. No obstante, la decisión de la Audiencia se recurre en casación y el Tribunal Supremo casa la sentencia de apelación declarando que «desestimamos íntegramente el recurso de apelación y confirmamos la sentencia dictada en primera instancia» (STS de 23 de octubre de 2012)⁹⁶, desconociendo la aplicación del art. 1103 CC.

A pesar del silencio del Tribunal Supremo con este precepto, éste sí que ha gozado de cierta aceptación entre la doctrina, que encuentra su apoyo principal en la mención que hace el propio artículo «a toda clase de obligaciones». Díaz Alabart⁹⁷ reitera la idea de que el art. 1103 CC no requiere para su aplicación de cumplimiento parcial o irregular del deudor y por ello afirma que la facultad de moderación admitida en este precepto es una facultad del Juez que permite solventar perfectamente el problema de las cláusulas penales exorbitantes, aunque no exista ningún tipo de cumplimiento parcial o irregular». De la misma idea es Dávila González⁹⁸ con apoyo en la Base 19 del Código Civil, de la que trae la posibilidad de configurar la facultad moderadora, en caso de negligencia, como un criterio general. Se plasmaría así aquella fuerza expansiva de ciertos principios frente a la interpretación restrictiva de la cláusula penal, idea que es recogida en la STS 30 de abril 2013⁹⁹. En fin, a Jordano Fraga¹⁰⁰ le parece que el Juez debe modificar la pena cuando el importe resulte desproporcionado a las circunstancias del incumplimiento, en caso de cumplimiento parcial e inexacto, pero no sólo en estos casos.

La regla general moderadora que se podría aplicar a la cláusula penal, como vimos, carece de base en el art. 1154 CC, por lo que se debe acudir a las reglas generales aplicables a «toda clase de las obligaciones», como sucede con el art. 1103 CC, el cual afecta a la responsabilidad que procede de negligencia que es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero esta podrá moderarse por los tribunales según los casos. El principio en el que se basa esta moderación es la equidad, lo cual nos lleva a extender su aplicación también a la cláusula penal por carecer esta de normativa propia, así como por su carácter de obligación exigible. La STS 20 de junio de 1989¹⁰¹ reconoce un caso en el que, de acuerdo con lo previsto en el art. 3, párrafo 2.º CC, resulta posible que las resoluciones de los Tribunales

⁹⁵ RJA 2012\287.

⁹⁶ RJA 2013\1542.

⁹⁷ DÍAZ ALABART, *La cláusula penal*, 2011, p. 140.

⁹⁸ DÁVILA GONZÁLEZ, *La Obligación con cláusula penal*, 1992, p. 473.

⁹⁹ RJA 2013\4609.

¹⁰⁰ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad Contractual*, 1987, p. 131.

¹⁰¹ RJA 1989\4702.

descansen en la equidad, pues esa posibilidad de moderar que recoge y sanciona el art. 1103 CC se basa y fundamenta precisamente en ella, la equidad, cuyo espíritu preside y justifica este precepto, aunque en él no se incluya el término equidad, como el legislador sí hace en el art. 1154 CC¹⁰².

Si partimos de que en sede de cláusula penal se prevé la modificación cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (art. 1154 CC) ¿qué sucede cuando en estas cláusulas penales se ha pactado una cuantía desproporcionada o extravagante en razón no sólo de ésta, sino también de los daños previsibles? ¿Se podría llamar al art. 1103 y así moderar su contenido? La inclusión de esta posibilidad no es desconocida ni en el Derecho francés, art. 1231.5 *Code civil*, que modifica por el art. 2 de la reforma del 2016 la expresión de «manifestamente excesiva o exorbitante», ni en el italiano, art. 1384 y 1469 bis CCit., igual en el alemán, parágrafo 343 *BGB*, y el portugués, art. 812 CC, así como lo es tampoco su revisión judicial.

Para comprobar la respuesta de la jurisprudencia, citaremos la STS 23 de octubre de 2012¹⁰³ que va desechando poco a poco la aplicación del art. 1103 CC, suscitando desde el primer motivo de casación varias cuestiones que afectan a la interpretación del precepto y a su improcedente aplicación al caso en el que el incumplimiento del pacto de exclusiva previsto en el contrato de distribución llevaba anudada una cláusula penal que no permite moderación al amparo del art. 1154 CC, por concurrir en el caso un incumplimiento total de la obligación. Se casa la sentencia de apelación en relación con la moderación por aplicar el art. 1103 CC y se confirma la sentencia dictada en Primera instancia en la que al art. 1103 CC se le ignora; señala al respecto de esta decisión Díaz Alabart¹⁰⁴ que «el Tribunal Supremo no aclara en qué precepto se apoyaría para realizar esa reducción judicial conservadora de una pena que no respeta los límites del art. 1255 CC por desproporcionada». A pesar de la postura negativa del Tribunal Supremo a la cuestión de cómo se deben abordar estas cláusulas de cuantía claramente exagerada y desproporcionada, un importante sector doctrinal responde abogando por la aplicación como regla general del art. 1103 CC; así lo

¹⁰² ALBALADEJO GARCÍA «Sobre si la moderación de la responsabilidad...*op. cit.*, p. 8. Cf. Igualmente la STS 19 febrero 1990 RJA 1990\700 y la STS 20 de octubre de 1988, RJA 1988\7592.

¹⁰³ RJA 2013\1572.

¹⁰⁴ DÍAZ ALABART, «Comentario a la STS de 24 de febrero de 2012», *CCJC*, 104, p. 2781.

mantienen Amunátegui Rodríguez¹⁰⁵ respecto a la STS 23 de septiembre de 2013¹⁰⁶ y Hernández Díaz-Ambrona¹⁰⁷ al comentar la STS 23 octubre 2012.

Cabe también preguntar si en estos casos y con los preceptos citados, 1103 y 1154 CC, el Juez actúa de oficio o a petición de parte. La solución podría estar en el propio Código Civil, y más en concreto en los arts. 1154,1726,1802 y 1889 párr.2 CC, pues todos ellos contienen una facultad de moderación semejante y en ninguno se precisa la petición de los interesados para moderar. Los Tribunales, señala el art. 1889.2 C CC, «podrán moderar la importancia de la indemnización», se dice expresamente.

Es cierto que en alguna sentencia el Tribunal Supremo aplica el art. 1103 CC; así, la STS 18 de abril de 1986¹⁰⁸ y la 19 de febrero de 1990¹⁰⁹, admitiendo moderación de la pena, facultad discrecional del juzgador, no sometida al control de casación; la STS 28 de octubre de 1988¹¹⁰, según la cual el Juez no está obligado a moderar ex art. 1154 y se exige cumplimiento parcial de la obligación para que el Juez pueda hacer uso de la equidad; en otros casos más bien es un mandato para el Juez, pero cuando el precepto remite a la equidad es también una facultad de arbitrio, respecto a la entidad de «la moderación», no pudiendo ser objeto de casación por «ser juicio de equidad»; en ello se basan las SSTs de 27 de julio 1992¹¹¹ y de 20 abril 1993¹¹² «olvidándose la recurrente, que dicha posibilidad moderadora que le concede el art. 1103 del Código Civil, aplicable también a los supuestos de responsabilidad extracontractual, es exclusiva de la instancia, excediéndose del ámbito propio de la casación, es uno de los casos que, de acuerdo con lo previsto en el art. 3 n.º 2 del propio Código, se basa y fundamenta en la aplicación de la equidad».

Sin duda ha sido la Sentencia del Tribunal Supremo 20 de junio de 1989¹¹³ la que realiza una de las más cumplidas defensas de la aplicabilidad del referido art. 1103 CC como precepto basado en la equidad¹¹⁴; otras veces la aplicación ha sido directa (STS 29 de marzo de 2004¹¹⁵, sobre culpas concurrentes

¹⁰⁵ *La función liquidatoria de la Cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*,1993, p. 111.

¹⁰⁶ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2013», *CCJC*, 95, 2014, p. 315.

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, «Comentario a la STS de 23 de octubre de 2012», *CCJC*, 93, 2013, p. 161.

¹⁰⁸ RJA 1986\1860.

¹⁰⁹ RJA 1990\700.

¹¹⁰ RJA 1988\8733.

¹¹¹ RJA 1992\6559.

¹¹² RJA 1993\ 3103.

¹¹³ RJA 1989\4702.

¹¹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, «Sobre si la moderación de la responsabilidad...*op. cit.*, p. 8.

¹¹⁵ RJA 2004\2049.

con efecto compensatorio que cabe moderar *ex art.* 1103 CC y STS 10 de julio de 2010¹¹⁶); en otras ocasiones a través de una interpretación restrictiva de las cláusulas penales (SSTS de 27 de marzo de 1982¹¹⁷, de 8 de abril de 1986¹¹⁸, de 17 de septiembre de 2013¹¹⁹ y de 30 abril 2013¹²⁰). Reitera Díaz-Alabart¹²¹ que el art. 1103 tiene la categoría de regla general aplicable a toda clase de obligaciones y por esta condición debía ser llamado ante la ausencia de regla específica aplicable al caso para poder ser resuelto. En esta misma línea Álvarez Álvarez¹²², incorporando una nueva reflexión sobre la cuestión, se muestra partidaria de interpretar la relación entre el art. 1103 y el 1154 CC, de acuerdo con la realidad social de nuestro tiempo (*ex art.* 3,1.º CC) de suerte que con base en «la equidad para moderar» podrá acudir al art. 1103 CC cuando la regla especial no resulte aplicable (en la misma línea las SSTS 18 de julio de 2003¹²³ y de 11 de diciembre de 2018¹²⁴).

4. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

La solución propuesta en el art. 1150 de la Propuesta para la Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos presentada en 2009¹²⁵, supone una modificación que, como señala Arana de la Fuente¹²⁶, es de gran calado en relación al actual régimen jurídico de la cláusula penal y de este modo coincidiremos con las reformas ya realizadas en los Códigos civiles europeos de nuestro entorno sobre la materia¹²⁷. Son, en lo que nos ocupa, especialmente importantes dos temas de características externas muy distintas, pero con un fondo común, las tenidas en cuenta en la Propuesta:

¹¹⁶ RJA 2010\5098.

¹¹⁷ RJA 1982\1507.

¹¹⁸ RJA 1986\1860.

¹¹⁹ RJA 2013\6826.

¹²⁰ RJA 2013\4609.

¹²¹ DÍAZ-ALABART, «Comentario a la STS 17 de enero de 2012», *CCJC*, 91, 2013, p. 80.

¹²² ÁLVAREZ ÁLVAREZ «Comentario a la STS 14 de noviembre de 2014» *CCJC*, 98, 2015, p. 324.

¹²³ RJA 2003\5480.

¹²⁴ RJA 2018\5435.

¹²⁵ Sobre la Propuesta realizada en la Comisión General de Codificación nadie mejor que para hacer su presentación que el Prof. Díez-Picazo, «La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (Una presentación)», *BIMJ*, 2011, p. 2792.

¹²⁶ ARANA DE LA FUENTE, «Algunas precisiones sobre la reforma...*op. cit.*», p. 9.

¹²⁷ *Vid.* CASTRO VÍTORES, *La cláusula pena ante la armonización del Derecho contractual europeo*, 2009 p. 123 y ESPÍN ALBA, *La cláusula penal*, 1997, p. 19, donde lleva a cabo un estudio de estas reformas en los distintos Códigos Civiles.

4.1 La necesidad de modernización del Código Civil

Un tema sobre el que existe total unanimidad por parte de la doctrina es el de la necesidad de modernizar el actual Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil y ello por varias razones. Una, porque esta parte del Código civil (Libro IV) lleva más de un siglo de vigencia y permanece casi como fue publicado, por lo que está más que necesitado de una adaptación a la nueva realidad jurídica, económica y social; en esta reforma no estaríamos solos, puesto que otros ordenamientos jurídicos también lo han realizado en fechas recientes; así el *Code*, por la Ordenanza n.º 216,131,10 de febrero sobre reforma del derecho de contratos, régimen general y prueba de las obligaciones¹²⁸, así como también el *BGB* con la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2000¹²⁹ y cuyo contenido se basa fundamentalmente en modernizar este derecho de obligaciones, en recuperar la centralidad del *BGB* y en la codificación de figuras jurisprudenciales, así como en la trasposición de Directivas comunitarias en el seno del *BGB*¹³⁰; resultado de ello es un *BGB* más europeo y más internacional a lo que en parte contribuyó la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 abril de 1980 teniendo también presente en su articulado soluciones legislativas¹³¹; poco después se acompañó la reforma del Derecho de Daños, Ley de 19 de junio de 2002 que afecta, además del *BGB*, a otras leyes especiales¹³². En cambio, las reformas del Código Civil italiano como el Código civil de Portugal podemos calificarlas de menores, al no haber necesitado más que alguna adaptación y no una reforma completa, si bien no hay que olvidar que, tanto el uno como el otro, son fruto de una segunda codificación del Derecho Civil, en los años 1942 y 1966, respectivamente.

En este proceso de modernización del Código civil español se enmarcan los trabajos que se inician en la Comisión General de Codificación¹³³ y que vieron la luz en la Propuesta del Anteproyecto de Ley de Modernización del

¹²⁸ MALAURIE, PH-AYNÉS, L-STOFFEL MUNCK, *Droit des Obligations*, 2017, p. 2011.

¹²⁹ INFANTE RUIZ, «Apuntes sobre la reforma Alemana del Derecho de Obligaciones: la necesaria modernización del Derecho de Obligaciones y la gran solución», *RdP*, 2002, n.º 8, p. 153.

¹³⁰ La última incorporada en 2014-17-UE, 4 de febrero mediante la Ley 11 de marzo de 2016.

¹³¹ ÁLBIEZ DOHRMAM, *El moderno derecho alemán de obligaciones*, 2017, p. 16 y «La reforma 2002 del BGB», *ADC*, 2002, p. 1229.

¹³² INFANTE RUIZ, «La Reforma del Derecho alemán de daños», *Indret* 2003, p. 25.

¹³³ PÉREZ DELGADO Y PÉREZ GARCÍA. «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de Obligaciones». *RJUAM*, n.º 19, 2009, p. 159.

Derecho de Obligaciones y Contratos, trabajos iniciados bajo la presidencia de D. Luis Diez Picazo, terminados en el otoño de 2009¹³⁴ y sobre los que se han publicado importantes estudios¹³⁵.

Pero, como sucede en las obras de largo recorrido, y esta lo es, habrán de tenerse en cuenta, como lecturas obligadas, aportaciones de ámbito europeo e institucional entre las que se pueden destacar la Convención Internacional de Viena sobre la Compraventa internacional de Mercaderías (en adelante CISG), adoptada en Viena 1980; el llamado Marco Común de referencia (DCFR) y los Principios europeos de contratos (PETL). Sin embargo, como señalan López y López e Infante Ruiz¹³⁶, a diferencia de los instrumentos antes citados, ahora nos encontramos ante un borrador para un Proyecto de Ley que, además de responder a las necesidades del tráfico jurídico, ya está ejerciendo una cierta influencia no solo en la doctrina, sino especialmente en los Tribunales españoles; (STS 17 de julio de 2007¹³⁷: «no cabe olvidar que los Principios no son Derecho positivo: pero sí que la doctrina reciente del Tribunal Supremo tiene declarado que sirven para integrar el art. 1902 del Código Civil y completar el valor integrador generalmente aceptado en otros preceptos del propio Código encuadrados en el Capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones como el 1104 CC»). La STS de 13 mayo 2010¹³⁸ menciona el art. IV. II-4:201 del DCFR y señala que el contrato de donación puede ser revocado si el donatario es culpable de ingratitud grave por haber cometido de forma intencional un daño grave. En la STS 3 septiembre 2010¹³⁹ se añade que «Ante este incumplimiento –compraventa por sustitución– se opta por ofrecer una reducción del precio o la resolución, lo que está admitido como uno de los remedios por el incumplimiento en los textos europeos, como el art. III-3.601 DCFR, que permite al acreedor reducir el precio cuando el cumplimiento no es conforme a los términos de la obligación. En este sentido se pronuncia expresa-

¹³⁴ Se ha tenido muy presente su aportación Díez-PICAZO, «El Derecho de Obligaciones en la Codificación española», en *Centenario del Código Civil I*, 1990, APDC, p. 707.

¹³⁵ MORALES MORENO, *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, 2006, pp. 12,17,94,98,145,203, y del mismo autor *Claves de la Modernización del Derecho de Contratos. Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. III Derecho Patrimonial I, Madrid, Consejo General del Notariado, 2012, p. 320; DIEZ PICAZO, ROCA TRÍAS, MORALES MORENO, *Los principios europeos de Derecho de Contratos*, 2002, p. 75.

¹³⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ e INFANTE RUIZ, *Manual de Derecho Civil. Derecho Patrimonial I*, 2019, p. 41.

¹³⁷ RJA 2007/4895. Ponente Martín Castán.

¹³⁸ RJA 2010/3693. Ponente, ROCA TRÍAS

¹³⁹ Citada por ROCA GUILLAMÓN, *Derecho de Obligaciones*. APDC., 2012, p. 203.

mente el art. 1197 de la PMCC ubicado en la sección tercera del Capítulo VII relativo al incumplimiento y dedicado a la reducción del precio»¹⁴⁰.

4.2 Revisión de la moderación

La situación en la que queda art. 1103 CC en la Propuesta para la Modernización del Código Civil responde a lo esperado. A diferencia de otras figuras jurídicas que sí están contempladas en el texto (nos vale la cita de la cláusula penal que ha trasladado el 1154 CC, recibiendo aportaciones jurisprudenciales, a los arts. 1146 a 1151 de la Propuesta siendo el art. 1150 PMCC el equivalente al actual art. 1154 CC)¹⁴¹, la que nos ocupa no aparece de manera expresa.

Las razones de ello se han observado al estudiar el art. 1103 CC. Así, la abundancia de sentencias procedentes de litigios en los que se ha aplicado el referido precepto durante los años mil novecientos ochenta al año dos mil, se acompaña, en cambio, de la parquedad en su utilización a partir de esa fecha hasta el momento actual, es decir, dos mil a dos mil veinte, quizás porque, como se ha dicho, se ve un poco de recelo en aplicarlo; también, porque ante un supuesto concreto de moderación, se podrá aplicar la norma correspondiente, con su respectivo régimen jurídico, de la cláusula penal, el mandato oneroso o gratuito, el gestor oficioso, entre otros, esto es, se trataría de acudir a estos regímenes sin tener que denominarlos, como hasta ahora, «la llamada regla especial», al no presentar esta ninguna especialidad frente a la llamada general, ahora contenida en el art. 1103 CC y cuyo correlativo en el Código Civil, una vez que a este se le haya modernizado, se ha preferido evitar; en palabras del Prof. Díez-Picazo¹⁴², ni niveles de diligencia ni tampoco poderes discrecionales ni fórmulas de equidad, sirven para mantener su pervivencia en el Código reformado. También hay que tener en cuenta, aunque sea posterior a la Propuesta, la sentencia dictada por el magistrado Pantaleón Prieto de 13 de septiembre 2016¹⁴³ donde se dice: «bien conoce esta

¹⁴⁰ Díez-PICAZO, *Fundamentos...op. cit.*, p. 748, señala que puede encontrarse en el art. 1103 CC, de acuerdo con los precedentes históricos, una remisión a las reglas especiales, como lo que cabe preguntarse si es necesario moderar unas veces como regla general, art. 1103 CC y otras como especial del supuesto en concreto, como en el art. 1154 o el lejano art. 1889.2 del CC. Evitar estas repeticiones sería un caso de normalización con el Derecho europeo, así el art. 1231,5-Code, después de la reforma del año 2016.

¹⁴¹ Siguiendo con ello la línea de las recientes modificaciones europeas que con este tenor señala: «el Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido».

¹⁴² Díez-PICAZO, *Fundamentos...op. cit.*, p. 748.

¹⁴³ RJA 2016\4107.

Sala que en «la Propuesta PMCC», elaborada por la Comisión General de Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia 2009, se contiene un art. 1150 del siguiente tenor: «El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». Ahora bien, mientras el legislador no tenga a bien modificar el vigente art. 1154 CC en un sentido semejante al que preconiza la generalidad de la doctrina científica, esta Sala debe mantener la jurisprudencia reseñada. Sin permitir que quede desvirtuada, por ejemplo, por la aplicación a las cláusulas penales de la facultad de moderación por los Tribunales de la responsabilidad que proceda de negligencia, que prevé el art. 1.103; tesis, esa –defendida por un autorizado sector doctrinal–, que esta Sala ha rechazado expresamente en las SSTs de 23 de octubre de 2012¹⁴⁴ y de 20 de noviembre de 2013»¹⁴⁵.

¹⁴⁴ RJA 2013\1542.

¹⁴⁵ RJA 2014\448.

XLV

EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

ANTONI VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Lleida

SUMARIO: 1. La regulación vigente y sus bases doctrinales. 1.1 El marco normativo. 1.2 Los controles de incorporación y de contenido en la LCGC y en el TRLGDCU.–2. Evolución y transformación posterior: la transparencia material. 2.1 Un control distinto al de incorporación. 2.2 No incorporación y falta de transparencia material: efectos respectivos. 2.3 Supuestos en que se supera el control de transparencia material. 2.4 Transparencia material, consentimiento y vicios de la voluntad.–3. El control de transparencia material en la Ley de Crédito Inmobiliario.–4. Bibliografía.

1. LA REGULACIÓN VIGENTE Y SUS BASES DOCTRINALES

1.1 El marco normativo

El Código civil no se detiene en la regulación en la formación del contrato. No lo hace en la formación del contrato mediante negociaciones de las partes, probablemente por dos razones: en el paradigma liberal del siglo XIX, las partes son iguales y libres para negociar y el derecho no tiene que jugar ningún papel; y, en buena medida, el contrato que tiene en mente el legislador decimonónico es el que se celebra a la vista de la cosa objeto del contrato, esto es, los contratos celebrados en ferias (art. 1493 CC). No podía hacerlo en la

actual contratación en masa, una realidad posterior a la que el Código no ha sido adaptado, pues la única concesión a los tiempos modernos se halla en la breve mención a los contratos concluidos mediante dispositivos automáticos que se contiene en el art. 1262. III CC.

Los contratos de adhesión se compadecen mal con la visión liberal del contrato. Una de las partes carece del poder de negociación en una posición equivalente, pues solo le cabe aceptar el contrato que se le propone ya preredactado o no contratar, sin la posibilidad de influir en el contenido contractual. Pese a ello, se trata de un verdadero contrato, y ese contenido preredactado, mediante las condiciones generales que impone el otro contratante, posee naturaleza contractual. El único mecanismo para cohonestar libertad contractual y consentimiento con la imposición del preredactado es mediante el establecimiento de controles tanto de la incorporación de dichas condiciones generales al contrato como de su concreto contenido.

La regulación de la contratación en masa mediante contratos de adhesión que contienen o se remiten a condiciones generales de la contratación tampoco fue una iniciativa del legislador español –que apenas trataba la cuestión en el art. 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU)–, sino una consecuencia de la incorporación a la entonces Comunidad Económica Europea y la necesidad de trasponer una de las primeras Directivas comunitarias de calado, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La trasposición no solo fue tardía, sino innecesariamente acometida en dos textos legales distintos y, pese a ello, incompleta.

En efecto, por un lado se promulgó una ley específica, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC); por otro, primero se añadió un art. 10 bis sobre cláusulas abusivas y se reformó el art. 10 de la LGDCU, y luego se incluyó un Título dedicado a las «condiciones generales y cláusulas abusivas» (art. 80 ss) 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 (TRLGDCU), posteriormente objeto de nuevas reformas. Con ello, hay una transposición general para cualquier contrato con condiciones generales y otra específica para los contratos con consumidores.

Y la transposición ha sido incompleta porque se omitió el apartado 2 del art. 4 de la Directiva 93/13, cuyo tenor literal es el siguiente: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapar-

tida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Lo que dispone este apartado es que no procede el juicio de abusividad sobre las cláusulas económicas principales del contrato, siempre que sean transparentes: con ello, el foco se coloca en la transparencia. Por más que la omisión se deba a un error¹, lo cierto es que esta norma no se traspuso al derecho español, lo que, como se comprobará en el subapartado siguiente, ha tenido un destacado protagonismo en la evolución jurisprudencial y doctrinal.

1.2 Los controles de incorporación y de contenido en la LCGC y en el TRLGDCU

Tradicionalmente, se ha exigido un doble control a las condiciones generales. El primer control lo constituye el de incorporación: conforme a los art. 5 («Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo») y 7 LCGC («No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales»), no se consideran incluidas en el contrato aquellas condiciones que «sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato». Por consiguiente, aceptación y legibilidad y comprensibilidad determinan la incorporación al contrato. Ahora bien, esta legibilidad y comprensibilidad, aunque no se reduce a la vertiente gramatical, no va más allá de la mera cognoscibilidad de la cláusula²; en los casos en que ocasionalmente no se supera el control se debe a la infracción de alguna obligación legal de proporcionar información y, tal vez, a la voluntad de proteger a determinados trabajadores autónomos³. De ahí

¹ Como conviene en afirmar la doctrina española; por todos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), pp. 63 ss. y 136, y CÁMARA LAPUENTE (2006), pp. 61 y ss, con ulteriores referencias.

² STS 296/2020, de 12 de junio, ECLI:ES:TS:2020:1591: «el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal.»

³ Así, STS 57/2019, de 25 de enero, ECLI:ES:TS:2019:136 (préstamo para negocio de peluquería) y STS 168/2020, de 11 de marzo, ECLI:ES:TS:2020:812: «para que una condición general de la contratación supere 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. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. (...) la cláusula no supera el control de incorpora-

que se hable de «transparencia formal». Este control afecta a cualquier contrato con clausulado general, tanto si es B2B como B2C. Sin embargo, el art. 80 TRLGDCU concreta esta transparencia formal para los contratos de consumo, en sus apartados a) y b); este último apartado enfatiza que el control es «formal» al exigir que la letra tenga un tamaño mínimo de milímetro y medio y presente suficiente contraste que permita la lectura. Su efecto es, como su denominación indica, la no incorporación de la cláusula en cuestión: puesto que no se incorpora, no forma parte del contenido contractual y, por ende, no produce efecto alguno para los contratantes.

El segundo control es el de contenido, es decir, el escrutinio de la concreta regulación contractual que proponen las cláusulas en cuestión. Y se escinde en dos: para cualquier contrato, un control de legalidad, y, para los contratos con consumidores, un control de abusividad. Ello presupone que el control de incorporación no certifica que el adherente haya prestado su consentimiento con pleno conocimiento del contenido contractual⁴.

Así, el art. 8.1 LCGC dispone: «Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Si las condiciones generales –se trate de un contrato entre empresarios o con consumidores– son contrarias a normas imperativas o prohibitivas, son nulas de pleno derecho.

Ahora bien, en los contratos con consumidores, y como mecanismo de protección de estos, hay, además del anterior control de legalidad, un control de abusividad. El art. 8.2 LCGC lo enuncia de este modo: «serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio». Obviamente, la remisión es, ahora –no obstante la pereza del legislador por depurar las leyes vigentes– al TRLGDCU. Su art. 82 establece que «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas

ción porque el banco incumplió los deberes de información que le imponía la Orden EHA 899/2011, de 28 de octubre» (préstamo para adquirir licencia de taxi). Para un contrato de préstamo destinado a adquirir una licencia de taxi al que se aplica distinto rasero véase *infra* nota 31 y texto correspondiente. Crítico PERTÍÑEZ (2020). La STS 283/2020, de 11 de junio, ECLI:ES:TS:2020:1597, sin embargo, reconduce la falta de información previa (las firmas del documento con la oferta vinculante no eran de los prestatarios) a la transparencia material; lo mismo la STS 411/2020, de 7 de julio, ECLI:ES:TS:2020:2415. Véase, además, CÁMARA LAPUENTE (2020b), quien advierte que hay que tener en cuenta el principio de rogación y cuáles han sido las pretensiones de las partes.

⁴ MIQUEL (2011), p. 697.

individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Hay que notar que concierne a cualquier estipulación no negociada unilateralmente, aunque no constituya una condición general. La sanción es, de nuevo, la nulidad de la cláusula abusiva (art. 83 TRLGDCU).

De todos modos, el derecho europeo no se ha conformado nunca con un mero control de transparencia «formal» en el sentido de gramatical. En concreto, el Tribunal de Justicia ha sentenciado que «la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también que [...] un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo»⁵. Es decir, no se trata únicamente de entender las palabras con que se ha redactado la cláusula, sino de captar sus consecuencias económicas y prácticas⁶, con independencia de si la transposición de la Directiva 93/13/CEE ha omitido o no el art. 4.2⁷.

No es distinta la posición de nuestro Tribunal Supremo, solo que para llegar a esta conclusión ha tenido que sortear la falta de transposición expresa

⁵ Sentencia de 30 de abril de 2014 en el caso Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai y OTP Jelzálogbank Zrt, asunto C26/13, par. 75 y 73; antes, sentencia de 21 de marzo de 2012 en el caso RWE Vertrieb AG y Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV, asunto C-92/11, par. 49: «si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y el modo de variación del coste relacionado con el servicio que ha de prestarse, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste»; además, sentencia de 3.10.2019 en el caso Gyula Kiss y CIB Bank Zrt, asunto C-621/17, par. 37: «dicha exigencia de transparencia se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él tiene dicha cláusula». Sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, CÁMARA LAPUENTE (2020a). Por último, hay que citar la sentencia de 9 de julio de 2020 en el caso XY e Ibercaja Banco SA, asunto C-452/18, par. 45: «que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él»; sobre esta sentencia, CÁMARA LAPUENTE (2020c). CARRASCO PERRERA (2020) y AGÜERO ORTIZ (2020).

⁶ JANSSEN (2018), art. 6:206, n.º 13.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3.3.2020, en el caso Gómez del Moral Guasch y Bankia SA, asunto C125/18, par. 46: «la referida exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical».

del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y crear una «segunda criba»⁸ o tercer control: el control de «transparencia material».

2. EVOLUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN POSTERIOR: LA TRANSPARENCIA MATERIAL

2.1 Un control distinto al de incorporación

La omisión en la transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no implica que este precepto carezca de vigencia; de acuerdo con conocida doctrina, las directivas no traspuestas obligan al juez nacional a interpretar el derecho nacional a la luz del derecho europeo. Ello ha dado lugar a una pluralidad de posiciones en la doctrina española, para cuya exposición se hace remisión a la síntesis de todas ellas realizada por Fenoy Picón⁹.

El origen del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE se halla en la jurisprudencia alemana, según la cual los parámetros económicos del contrato, en particular la relación entre el objeto y el precio, en una economía de mercado y ante la ausencia de criterios legales para determinar el equilibrio de las prestaciones respectivas¹⁰, no deben someterse al control de abusividad, salvo que el predisponente del clausulado introdujera alguna estipulación que sorpresivamente alterara el equilibrio contractual en perjuicio de la otra parte. Con ello se sobrepasa el simple control formal de incorporación y procede detenerse en el análisis del contenido de la regulación que propone la concreta cláusula¹¹. Y, así, se introdujo en la Reforma de 2002 el § 305.c en el BGB, conforme al cual «Las cláusulas en condiciones generales de la contratación que, de acuerdo con las circunstancias, especialmente con la apariencia externa del contrato, son tan inusuales que la contraparte contractual del predisponente no debe contar con ellas, no devienen parte del contrato»¹². Luego, el Tribunal de Justicia refrendó la posibilidad de escrutar las cláusulas económicas principales

⁸ STS 314/2018, de 28 de mayo, ECLI:ES:TS:2018:1901, y 23/2020, de 20 de enero, ECLI:ES:TS:2020:98.

⁹ FENOY PICÓN (2018), p. 889 ss.

¹⁰ Tampoco puede servir como rasero el precio justo a efectos de la rescisión por lesión en aquellos ordenamientos que conservan esta institución, pues se trata de un remedio general, no de protección de consumidores, ante desequilibrios objetivos que justifican la rescisión –la ineficacia, pues– del contrato en su integridad, solución esta que por lo común no beneficia al consumidor.

¹¹ Véase, por todos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), pp. 109 ss. y (2013), pp. 8 ss., y GOTTSCHALK (2006), pp. 565 ss, con más referencias.

¹² La traducción en LAMARCA MARQUÈS (2008).

del contrato, con relación al derecho español: «los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva [93/13] según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible»¹³.

Y es que el Tribunal Supremo había buscado la manera de sortear el veto al control sobre las cláusulas económicas principales del contrato que representaba el art. 4.2 de la Directiva cuando la redacción era clara e inteligible. Ya con perspectiva compendia esta evolución la STS 105/2020, de 19 de febrero, con cita de sentencias anteriores: «La cláusula de limitación de la variabilidad del interés, que en lo que respecta al límite inferior se viene denominando cláusula suelo, en la medida en que afecta al precio del préstamo, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13 estaba excluida del control de abusividad, mientras en su presentación se hubieran cumplido las exigencias de transparencia que permitieran al consumidor conocer sus consecuencias económicas y jurídicas, esto es, cómo iba a afectar al pago de los intereses en caso de que el tipo de referencia (Euribor más dos puntos) fuera inferior al límite previsto en la cláusula controvertida»¹⁴. El medio que pergeñó el Tribunal Supremo para entrar en el análisis de las cláusulas principales fue introducir un nuevo control. Se apuntó, así, en la STS 401/2010, de 1 de julio¹⁵: «La norma nacional no ha traspuesto el artículo 4.2 de la Directiva [93/13/CEE], y al tratar de las cláusulas abusivas la legislación de consumo no diferencia entre las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y contrapartida por un lado, y la cláusulas con otro contenido por otro, por lo que, como afirma la referida sentencia de 3 de junio de 2010 del TJUE, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden «apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en par-

¹³ Sentencia 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), par. 49. Véase CÁMARA LAPUENTE (2013).

¹⁴ ECLI:ES:TS:2020:500.

¹⁵ ECLI:ES:TS:2010:6031. Véase, también, las STS 663/2010, de 4 de noviembre, ECLI:ES:TS:2010:6062; 861/2010, 29 de diciembre, ECLI:ES:TS:2010:7551; y 75/2011, de 2 de marzo, ECLI:ES:TS:2011:1244, que citan la doctrina de la sentencia del TJ europeo de 3 de junio de 2010 mencionada en la nota 12.

ticular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible»». De ahí que interpretara que «la literalidad de la norma permite el control del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, y la adecuación entre precio y retribución, cuando no estén redactadas de forma clara y comprensible, lo que abarca la suficiencia de la información facilitada a fin de que el consumidor pueda conocer su exacto alcance». Dicho de otro modo, el control iba más allá del sentido gramatical y de la mera cognoscibilidad: la claridad y comprensibilidad se referían, ahora, a las consecuencias económicas del contrato para el consumidor adherido al contrato. Y ello con independencia de la complejidad de la redacción de las cláusulas, pues la mayor o menor complicación no es determinante, por sí sola, de su transparencia: «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. Sino que lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual», ha razonado la STS 314/2018, 28 de mayo¹⁶.

Es sobre estas bases que la fundamental STS 241/2013, de 9 de mayo,¹⁷ introdujo definitivamente este tercer control, que todavía no denominó: «el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente [...] la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato»¹⁸. Este control lo etiquetará como «transparencia material» –por oposición a «formal»– la sentencia del Tribunal de Jus-

¹⁶ ECLI:ES:TS:2018:1901. Véase, también, la STS 538/2019, de 11 de octubre, ECLI:ES:TS:2019: 3141, comentada por MARTÍNEZ ESPÍN (2020).

¹⁷ ECLI:ES:TS:2013:1916.

¹⁸ O, como dice la STS 53/2020, de 23 de enero, ECLI:ES:TS:2020:109, «Que la redacción de la cláusula suelo, aisladamente considerada, fuera clara y comprensible, permite considerarla incorporada al contrato, pero no que la misma pueda superar el control de transparencia material». Véase, asimismo, los par. 51 y 56.

ticia *Gutiérrez Naranjo*¹⁹ y la hará suya el Tribunal Supremo a partir de la STS 30/2017, de 18 de enero²⁰.

De este modo quedaba resuelta la cuestión de si es posible controlar las cláusulas que rigen la economía del contrato: sí, siempre que las cláusulas que habían superado el control de incorporación no fueran materialmente transparentes, en el sentido de que no permitieran al adherente conocer el alcance preciso de sus obligaciones principales. En palabras de la STS 23/2020, de 20 de enero²¹, que reitera otras muchas anteriores, «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 y jurídicas. [...] 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».

Al cabo, pues, las cláusulas que no superan el control de transparencia material son las conocidas como cláusulas sorpresivas, que el consumidor no podía razonablemente esperar que se contuvieran en el contrato, o, como dice el Tribunal Supremo, «enmascaradas» o difuminadas entre una maraña de estipulaciones o de datos: «si la condición general tercera comienza en la página 20 de la escritura, la cláusula se transcribe en la página 30. En las circunstancias expuestas, no se le da a la condición impugnada la trascendencia contractual, que merecía, para que los consumidores contratantes pudieran adquirir un cabal y real conocimiento de las obligaciones efectivamente asu-

¹⁹ Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, en los procedimientos entre Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S. A. U. (asunto C-154/15), Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (BBVA) (asunto C-307/15), Banco Popular Español, S. A., y Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu (asunto C-308/15), par. 48: «en la sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo, para justificar un control del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas, relativas al objeto principal de los contratos de que se trataba, interpretó la exigencia de transparencia a que se refiere el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva en el sentido de que tal exigencia no se circunscribía a la transparencia formal de las cláusulas contractuales, que implica el carácter claro y comprensible de la redacción de éstas, sino que se hacía extensiva a la observancia de la transparencia material, que implica que sea suficiente la información facilitada al consumidor en lo que atañe al alcance tanto jurídico como económico de su compromiso contractual».

²⁰ ECLI:ES:TS:2017:123.

²¹ ECLI:ES:TS:2020:98.

midas, de manera tal que tomaran constancia de que el préstamo a interés variable suscrito, sólo era susceptible de revisión al alza sobre el tipo inicial establecido, en exclusivo beneficio de la entidad demandada»²²; «la cláusula está enmascarada entre una multiplicidad de datos, lo que dificulta el efectivo conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente»²³; «sólo se hace mención a un tipo mínimo, mediante una simple mención incluida, sin resalte alguno, entre la multitud de datos que se contienen en dos folios, pero sin aclarar que, sea cual sea la variación del tipo de interés, nunca bajará de esa cifra»²⁴. La sorpresividad o inusualidad se manifiesta en que un préstamo a interés variable se torna a interés fijo por mor de la cláusula suelo, pues alcanzado un determinado umbral se mantiene impasible a la baja por más que se aminore el índice de referencia.

Ahora bien, ¿qué efectos produce que no se supere este control de transparencia material? Podría pensarse que el Tribunal Supremo adopta sustancialmente la tesis de Pertíñez Vílchez²⁵, que puede sintetizarse así: la cláusula incorporada tras el control de transparencia formal que no supera el control de transparencia material es abusiva y, por consiguiente, nula. Sin embargo, la posición del Tribunal Supremo es más matizada: la falta de transparencia material constituye un serio indicio de la abusividad de la cláusula²⁶. Así puede deducirse de los pronunciamientos como los siguientes: «En cuando a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una repre-

²² STS 433/2019, de 17 de julio, ECLI:ES:TS:2019:2503.

²³ STS 707/2018, de 17 de diciembre, ECLI:ES:TS:2018:4161.

²⁴ STS 71/2020. De 4 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:303.

²⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013), pp. 22 ss. Alguna sentencia se inclina *obiter* por esta opción: «teniendo en cuenta que cuando se celebró el contrato no estaba en vigor la actual redacción del párrafo segundo del art. 83 TRLCU, que parece equiparar la falta de transparencia a la abusividad», reza la STS 121/2020, de 20 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:504. Otros posibles enfoques los plantea GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015), pp. 1070 ss.

²⁶ MARÍN LÓPEZ (2019), p. 263. La citada STS 538/2019 incluso concluyó que «si se hubiera llegado a apreciar la falta de transparencia de alguna información contenida en la cláusula, para juzgar sobre su carácter abusivo debería constatar en qué medida, conforme a la jurisprudencia expuesta, su inclusión contraría las exigencias de la buena fe y qué desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes habría producido, en perjuicio del consumidor».

sentación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado»²⁷; «La Audiencia entiende cumplido el control de transparencia porque considera que la cláusula es clara, comprensible y destacada. Pero no queda constancia de que hubiera sido objeto de una información precontractual, que garantizara su conocimiento con antelación suficiente a la firma de la póliza. (...) en este tipo de contratos de préstamo a largo plazo, es necesaria una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir.»²⁸

Conviene señalar, en primer lugar, que este control de transparencia material solo se aplica a los contratos con consumidores y no a todos los contratos con condiciones generales. Así lo ha afirmado hasta la saciedad el Tribunal Supremo, de lo que son muestras recientes las sentencias de 707/2018²⁹ (préstamo para construir una nave ganadera), 230/2019³⁰ (préstamo para abrir un negocio de hostelería por persona cuya actividad profesional era la de traductora), 23/2020 (préstamo para adquirir una licencia de taxi)³¹ o 79/2020³² (sociedad mercantil).

²⁷ STS 71/2020, de 4 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:303. Según Loos (2015), p. 185, el Tribunal de Justicia ya había apuntado en esta dirección en la sentencia de 26 de abril de 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság e Invitel Távközlési Zrt*, en el asunto C-472/2010, par. 27-30, en particular par. 28: «para apreciar el carácter «abusivo» en el sentido del artículo 3 de la Directiva, tiene una importancia esencial que el consumidor pueda prever, basándose en criterios claros y comprensibles (...)». Más claramente, sentencia de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, en el asunto C-191/15, par. 68: «En particular, el carácter abusivo de esa cláusula puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el artículo 5 de la Directiva 93/13». Esta solución se encuentra en el art. II.-9:402 DCFR: *Duty of transparency in terms not individually negotiated*, cuando en su apartado (2) dispone: «In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair». Para la crítica, CÁMARA LAPUENTE (2018), p. 185 ss. Con todo, debe subrayarse el verbo *may*; es decir, no es que la falta de transparencia determine necesariamente la abusividad, sino que el solo hecho de no superar el control de transparencia *permite* considerar tal cláusula abusiva; en este sentido, no habría la incompatibilidad que apunta Cámara con el art. II.-9:407(1). En el CESL la falta de transparencia se erige en indicio de abusividad (art. 83.2.a), en la línea de este último precepto del DCFR. Y lo mismo la síntesis que proponen Jansen y Zimmermann en el art. 6:201(2)(a) en los *Commentaries on European Contract Laws*. Véase, además, GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015), pp. 1128-1129.

²⁸ STS 105/2020, de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:500.

²⁹ ECLI:ES:TS:2018:4161.

³⁰ ECLI:ES:TS:2019:1226.

³¹ ECLI:ES:TS:2020:98. Lo mismo STS 391/2020, de 1 de julio, ECLI:ES:TS:2020:2076.

³² ECLI:ES:TS:2020:310. Lo mismo la ya citada STS 296/2020.

En segundo lugar, que el Tribunal Supremo extiende el control de transparencia material a contratos vinculados con el contrato principal, que no pueden calificarse como meras cláusulas o estipulaciones del contrato. Así se afirma en la STS 56/2020, de 27 de enero³³: «es aplicable no sólo a las cláusulas que tengan el carácter de condición general de la contratación, por no haber sido negociadas, en contratos entre profesionales o empresarios y consumidores, sino también, por vía de excepción, al propio contrato de garantía (generalmente fianza o prenda) que haya sido incorporado, como si de una cláusula más se tratase, en el contrato del que surge la obligación principal garantizada, cuando pueda apreciarse la desproporción de dicha imposición respecto al riesgo asumido por el acreedor, en contra de las exigencias de la buena fe contractual». También lo extiende a la subrogación en la posición deudora, en particular en los préstamos hipotecarios suscritos por el promotor³⁴.

En tercer lugar, que ni la observancia de la legislación específica sobre transparencia en la contratación de productos bancarios³⁵ ni la lectura de la cláusula en cuestión por el notario³⁶ han sido considerados motivos suficientes para entender superado el control de transparencia material. De ahí que se hayan producido reformas legislativas, que serán abordadas más adelante (apartado 3).

Por último, que si bien la configuración del control de transparencia material se ha producido al socaire de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios, es de aplicación a cualquier otra cláusula no negociada individualmente³⁷ en los contratos de consumo; por citar algunos ejemplos, además del

³³ ECLI:ES:TS:2020:164. Asimismo, citándola, la STS 101/2020, de 12 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:336.

³⁴ Entre las últimas, STS 338/2020, de 22 de junio, ECLI:ES:TS:2020:1984.

³⁵ STS 241/2013, de 9 de mayo, ECLI:ES:TS:2013:1916, en relación con la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994

³⁶ Entre otras, STS 367/2017, de 8 de junio, ECLI:ES:TS:2017:2244; 422/2019, de 16 de julio, ECLI:ES:TS:2019:2345; 539/2019, de 11 de octubre, ECLI:ES:TS:2019:3138; 265/2020, de 9 de junio, ECLI:ES:TS:2020:1581.

³⁷ Resulta oportuno subrayar que, para el TS, negociación individual supone la capacidad para influir en la inclusión o supresión de la cláusula en cuestión. Así, la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar; tampoco implica negociación la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario, ni la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios (STS 649/2017, de 29 de noviembre, ECLI:ES:TS:2017:4265, y 489/2018, de 13 de septiembre, ECLI:ES:TS:2018:3098).

contrato de fianza que ya se ha mencionado, las insertas en las llamadas hipotecas multidivisa³⁸ o la cláusula IRPH³⁹, por ejemplo.

2.2 No incorporación y falta de transparencia material: efectos respectivos

Los efectos de la falta de transparencia material son distintos del control de incorporación. Si no se supera el control de incorporación, la cláusula en cuestión no forma parte del contenido contractual, por lo que no es susceptible de producir ningún efecto jurídico: tal cláusula simplemente no existe en el contrato en cuestión. Sin embargo, una vez franqueado el control de transparencia, la cláusula ya es parte de la regulación contractual y, por eso mismo, cabe escrutarla, siempre que se trate ahora de un contrato con consumidores, mediante el control de transparencia material. Y entonces, de acuerdo con la jurisprudencia, caben tres posibilidades:

a) La primera es que la cláusula no supere el control de transparencia. En tal caso, como ya se ha indicado, el Tribunal Supremo considera –salvo lo que se dice inmediatamente en la letra c)– la cláusula como abusiva y, por ello, nula, de modo que no va a producir efecto alguno –retroactividad de los efectos de la nulidad radical declarada⁴⁰– quedando suprimida.

b) La segunda es que la cláusula supere el control de transparencia, con lo que forma parte definitivamente del contenido contractual. En el siguiente subapartado se analizan algunos casos en que así se ha estimado.

c) Pero, excepcionalmente, cabe una tercera opción: que la cláusula no supere el control de transparencia material y, no obstante, no ocasione ningún perjuicio –inocuidad– al consumidor. Lo plantean la STS 138/2015, de 24 de marzo, 334/2017, de 25 de mayo, y 367/2017, de 8 de junio⁴¹: «Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a que el consumidor no pueda hacerse una

³⁸ STS 439/2019, de 17 de julio, ECLI:ES:TS:2019:2553; 607/2019, de 14 de noviembre, ECLI:ES:TS:2019:3627; 443/2020, de 20 de julio, ECLI:ES:TS:2020:2536; 454/2020, de 23 de julio, ECLI:ES:TS:2020:2626; 486/2020, de 22 de septiembre, ECLI:ES:TS:2020:3003. Véase SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2018), pp. 1042 ss.

³⁹ STS 669/2017, de 14 de diciembre, ECLI:ES:TS:2017:4308. La antes citada sentencia del Tribunal de Justicia europeo en el caso Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl concierne a la cláusula que determina el derecho aplicable a las obligaciones contractuales.

⁴⁰ STS 123/2017, de 24 de febrero, ECLI:ES:TS:2017:477, aplicando la doctrina emanada de la sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*. Por todos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), pp. 5 ss, y CÁMARA LAPUENTE (2017), p. 1730. Véase el capítulo dedicado a las cláusulas abusivas en esta obra.

⁴¹ ECLI:ES:TS:2015:1279, ECLI:ES:TS:2017:2016 y ECLI:ES:TS:2017:2244, respectivamente.

idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden tener en su posición económica o jurídica en el desarrollo del contrato, las mismas pueden no tener efectos negativos para el adherente.» Pero es un planteamiento meramente teórico, pues –salvo error por mi parte: la cláusula techo, que constituiría un ejemplo, no ha sido objeto de escrutinio específico por cuanto nunca ha llegado a aplicarse– no hay sentencia alguna que haya salvado de la nulidad por inocua una cláusula carente de transparencia material; en todo caso, las citadas sentencias remarcan que la cláusula suelo siempre origina un desequilibrio al consumidor, por lo que no es inocua, excepción hecha de que (véase el apartado 2.4) se trate de una cláusula negociada individualmente, caso en que, por definición, como ya se ha visto, no puede ser abusiva. Ahora bien, el desequilibrio en perjuicio del consumidor es igualmente inherente a la abusividad (art. 82.1 TRLGDCU)⁴², de ahí que hasta el momento no haya rebasado el plano teórico.

Recapitulando, para el Tribunal Supremo, las cláusulas que no son transparentes materialmente son, en principio pero no automáticamente⁴³, abusivas y, por ende, nulas, con dos salvedades: que sean cláusulas negociadas individualmente –aunque, en tal caso, en realidad ya está vedado el control de abusividad– o que sean cláusulas inocuas para el consumidor, de modo que resulte indiferente su presencia en el contrato porque no causan desequilibrio alguno al consumidor –porque entonces, por definición, no son abusivas–.

El trayecto recorrido se plasma en el nuevo art. 5.5 de la LCGC introducido mediante la disposición final 4.1 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de contratos de crédito inmobiliario (LCCI): «La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». Esta misma segunda frase se ha incorporado también en el art. 83. II TRLGDCU, ahora mediante la disposición final 8. Nótese, en primer lugar, que la expresión «condiciones incorporadas de modo no transparente» se refiere a las condiciones generales que no han superado el control de transparencia material, pese a haber franqueado el de incorporación; y que el efecto jurídico que se anuda es la nulidad de la cláusula, si perjudica al consumidor, de modo que no serían nulas

⁴² Por todos, MIQUEL (2011), pp. 737 ss.

⁴³ STS 408/2020, de 7 de julio, ECLI:ES:TS:2020:2228: «la falta de transparencia es la antesala del control de abusividad respecto de los elementos esenciales del contrato –precio y prestación–», «la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad»,

en caso de inocuidad⁴⁴. En segundo lugar, que la nulidad es exclusivamente para el consumidor. Y, en tercer lugar, la respectiva distinta ubicación de la norma en cada texto legal: el art. 5 LCGC trata del control de incorporación, mientras que el art. 83 TRLGDCU compete a la abusividad. El legislador, igual que la jurisprudencia, sitúa de este modo la transparencia material a caballo de incorporación y abusividad como un control específico para los consumidores. Recuérdese, en este sentido, la expresión «segunda criba»: la primera es la transparencia formal, la segunda la material; de ahí se pasa a la abusividad.

2.3 Supuestos en que se supera el control de transparencia material

No hay criterios fijos e inamovibles para decidir si una cláusula supera o no el control de transparencia material. Es cierto que la STS 241/2013, de 9 de mayo –y el auto aclaratorio que la acompaña–, se esforzó por enumerar una serie de marcadores: la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero; la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor; la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. Sentencias posteriores han enfatizado que esta enumeración es meramente indicativa y que lo procedente es atender a las circunstancias concretas en un análisis casuístico: «En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia», ha dicho la STS 171/2017, de 9 de marzo⁴⁵. Esta aproximación la ha respaldado la sentencia del Tribunal de Justicia de 3.3.2020⁴⁶, en relación con el índice

⁴⁴ En cambio, para GÓMEZ POMAR y ARTIGOT GOLOBARDES (2020), pp. 22, «la LCCI (...) parece, al menos en una interpretación textual de la nueva previsión legal, determinar que una cláusula no transparente en sentido sustantivo se ha de considerar, sin más, abusiva», y 30.

⁴⁵ ECLI:ES:TS:2017:788. Luego STS 334/2018, de 4 de junio, ECLI:ES:TS:2018:2018, 355/2018, de 13 de junio, ECLI:ES:TS:2018:2192, 483/2018, de 11 de septiembre, ECLI:ES:TS:2018:3070, entre otras.

⁴⁶ Pár. 52.

IRPH: «corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (...). Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la presente sentencia, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.» Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha considerado abusivas las cláusulas IRPH pese a admitir su falta de transparencia⁴⁷.

Procede, pues, detenerse en supuestos en que el Tribunal Supremo entiende superado el control de transparencia formal, con el fin de comprobar si cabe inferir algún criterio general:

— En la recién citada STS 171/2017, de 9 de marzo, la clave radica en la negociación de la cláusula –por tanto, se trata de una cláusula negociada individualmente, puesto que se pactó un suelo distinto del habitual–, que aparece destacada y no enmarañada con otras y con especial intervención del notario recalcándola.

— La STS 669/2017, ya mencionada, considera transparente la cláusula que introduce el índice IRPH para el tipo de interés aplicable: el análisis se centra en la cláusula, no en el índice, que al estar regulado por una norma administrativa no puede ser objeto de control de abusividad. Según el parecer de la mayoría de la Sala, al tratarse de un índice oficial, era fácilmente accesible para un consumidor medio, sin que fuera exigible a la prestataria informar del

⁴⁷ En efecto, en diversas sentencias de fecha 12 de noviembre de 2020 (595/2020, ECLI:ES:TS:2020:3613; 596/2020, ECLI:ES:TS:2020:3629; 597/2020, ECLI:ES:TS:2020:3756; 598/2020, ECLI:ES:TS:2020:3628; todas ellas con voto particular que estimaría la abusividad), el Tribunal afirma: «que la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva», a pesar de que hasta entonces constituía un serio indicio de abusividad, como se ha dicho, lo que las sentencias circunscriben a las cláusulas suelo. Se argumenta que difícilmente las cláusulas pueden infringir la buena fe cuando el IRPH es un índice oficial empleado por las administraciones públicas como referencia, no se ha probado su manipulación y, si bien pueden haber causado temporalmente un desequilibrio, no consta que de por sí sean desequilibrantes para el consumidor.

modo en que se fija el índice ni una previsión de su evolución futura. En cambio, el voto particular entiende que la complejidad del mecanismo de cálculo del índice y su uso estadísticamente residual obligaban al prestamista a un plus de información que, en el caso, no se había proporcionado.

— Lo mismo en la STS 673/2018, de 29 de noviembre⁴⁸, en que se tiene por probada la negociación, que en ese caso consistió en que no se aplicaría la cláusula suelo del contrato; cuando el banco decidió más tarde aplicarla, señala la Sala que la vía adecuada hubiera debido ser exigir el cumplimiento del pacto excluyente.

— La STS 44/2019, de 23 de enero⁴⁹, considera transparente la cláusula relativa al pago de la comisión de apertura del préstamo hipotecario por las siguientes razones: «en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato».

— La STS 422/2019, de 16 de julio⁵⁰, sigue basándose en la negociación individual de la cláusula —en el caso, la novación de un contrato de préstamo cuyo único objeto era rebajar el suelo⁵¹—, pero en este supuesto el carácter negociado meramente se deduce de esta rebaja del tipo del interés suelo —en perjuicio de la propia entidad prestamista y en exclusivo beneficio de la prestataria demandante, según la sentencia—, en atención al conocimiento general de la población sobre tal modalidad de cláusulas.

⁴⁸ ECLI:ES:TS:2018:3977.

⁴⁹ ECLI:ES:TS:2019:102.

⁵⁰ ECLI:ES:TS:2019:2345.

⁵¹ Al respecto de la novación de cláusulas suelo, debe tenerse en cuenta que el Auto del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2021, en el caso Ibercaja Banco SA, asunto C-13/19, concluye que no hay obstáculo a la novación si el consumidor la consiente libre e informadamente, esto es, con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas y económicas, y que cabe considerar que no ha sido negociada individualmente la propia cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor con la cual se pretende modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o establecer que ese consumidor renuncie a ejercer cualquier acción judicial contra ese profesional cuando dicho consumidor no haya podido influir en el contenido de la nueva cláusula, extremo este que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

— En la STS 605/2019, de 12 de noviembre⁵², aparte de que la cláusula no aparecía enmarañada u oculta y que en la publicidad de la hipoteca subrogada se describía con claridad los tipos mínimo y máximo de interés, es fundamental que el padre del prestatario y avalador había sido subdirector de la oficina bancaria e intervino en las negociaciones.

— Para la STS 9/2020, de 8 de enero⁵³, basta para superar el control de transparencia que el prestatario hubiera manejado diversas ofertas de entidades distintas y hubiera optado por la que le concedía la mayor parte del capital que necesitaba sin exigir garantías adicionales.

— En la STS 101/2020, de 12 de febrero⁵⁴, se tiene en cuenta que la redacción de la cláusula es fácilmente comprensible y que la fiadora era coprestataria solidaria con el otro demandado en otros dos préstamos con garantía hipotecaria, por lo que conocía la funcionalidad de la fianza solidaria, que, además, había sido condición esencial para que el prestamista concediera el crédito.

Puesto que la negociación individual de la cláusula impide completamente que pueda ser declarada abusiva, como ya se ha advertido, el único criterio que cabe inferir es que, en el caso escrutado, el consumidor haya alcanzado un conocimiento suficiente –si bien, en alguna de estas sentencias, en particular por cuanto concierne al IRPH, el TS parece conformarse con la simple comprensibilidad teórica– de los efectos económicos que le pueda generar la cláusula en los diversos escenarios posibles. Esta constituye una afirmación ya generalizada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el plano abstracto; su concreción solo es posible caso por caso⁵⁵. Con ello, en definitiva, se regresa al punto de partida, que, recordemos, es el del consentimiento contractual. Solo se consiente si se es plenamente consciente del objeto del consentimiento. Lo cual conduce a interrogarse sobre las interrelaciones entre el control de transparencia material y los vicios de la voluntad.

2.4 Transparencia material, consentimiento y vicios de la voluntad

En la construcción que ha realizado el Tribunal Supremo, la superación del control de transparencia descansa en la comprensibilidad de la carga económica del contrato para el consumidor. El franqueo del umbral depende básicamente de la cantidad y de la calidad de la información precontractual que ha

⁵² ECLI:ES:TS:2019:3528.

⁵³ ECLI:ES:TS:2020:7.

⁵⁴ ECLI:ES:TS:2020:336.

⁵⁵ De la misma opinión, sobre la base de la STS 171/2017, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), pp. 177-178.

recibido del predisponente, no de sus conocimientos en la materia. Un razonamiento tipo sería el siguiente: «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»⁵⁶.

De este modo se plantea la relación entre los vicios de la voluntad y el control de transparencia material. En primer lugar, cabe cuestionarse el error vicio. Si el error supone un conocimiento equivocado de la realidad, en el caso de la realidad de las consecuencias económicas del contrato para el adherente, la cercanía a este vicio de la voluntad es manifiesta. Hasta tal punto es así que el mismo Tribunal Supremo, en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre⁵⁷, afirma lo siguiente: «la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable «puro» con un diferencial superior». Ahonda en esta idea la constatación de que los contratos de *swap*, la adquisición de los bonos convertibles del Banco Popular o de acciones de Bankia, son habitualmente anulados sobre la base de error vicio –piénsese que en la mayoría de supuestos el contratante no es un consumidor y está vedada la vía de la transparencia material–. El propio Tribunal Supremo trató luego de trazar las diferencias entre el control de transparencia material y el error vicio, señalando que en este se toman en consideración las circunstancias personales del afectado, la excusabilidad y la esencialidad, a la par que los efectos son también distintos, por cuanto determina la anulación de todo el contrato y no únicamente de la cláusula en cuestión, con la consiguiente restitución recíproca de las respectivas prestaciones⁵⁸. Sin embargo, como se ha visto, en la determinación de la superación del control de transparencia también se tienen en cuenta circunstancias personales, como la de haber sido subdirector de una oficina bancaria; la esencialidad parece fuera de duda, pues el consumidor solo ha contratado una cláusula tan desequi-

⁵⁶ STS 23/2020, de 20 de enero, ECLI:ES:TS:2020:98, citando otras anteriores.

⁵⁷ ECLI:ES:TS:2015:5618.

⁵⁸ STS 367/2017, de 8 de junio, ECLI:ES:TS:2017:2244.

librada en su contra sobre la base de su error; y el error es excusable por cuanto no se debe a una falta de diligencia del perjudicado, sino a la imposibilidad de comprender y prever las consecuencias económicas de la cláusula⁵⁹. Por otra parte, no es dogmáticamente inconcebible la anulación parcial, únicamente de la cláusula cuestionada⁶⁰. Sí es cierto que el control de transparencia material es un expediente específico y que, además, ahorra la prueba de la esencialidad y la excusabilidad del error, puesto que el foco de atención estriba en la comprensibilidad real y no meramente gramatical de la cláusula.

Probablemente encaja mejor el dolo incidental⁶¹. La falta de comprensión de las consecuencias económicas del contrato no se produce espontáneamente, sino que resulta de la inclusión de la cláusula prerredactada materialmente oscura por el predisponente. Se corresponde con la omisión de la información precontractual que hubiera permitido la comprensión de las consecuencias económicas (dolo *in contrahendo*). El consumidor habría contratado igualmente el préstamo, pero en unas condiciones distintas, focalizadas en el tipo de interés o en otra estipulación esencial del contrato, sea por la forma de establecer el suelo en relación con el techo o sea por la inclusión del cambio de divisas extranjeras, por citar dos de los ejemplos habituales. En cambio, se compece mal con los efectos del dolo incidental, que, a tenor del art. 1270 CC, consisten en la indemnización de los daños causados. Porque el consumidor persigue la restitución de los intereses excesivos pagados, con sus intereses, y la supresión de la cláusula desequilibrante. Cierto es que en ambos casos se trata de condenar al pago de una cantidad de dinero y el consumidor ha sufrido un perjuicio –los intereses pagados de más–, pero, de nuevo, la especificidad del control de transparencia material y sus efectos permiten considerarlo el mecanismo más ventajoso para el consumidor.

⁵⁹ Así, FENOY PICÓN (2018), p. 1035 ss.

⁶⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), p. 134, quien en nota 101 cita el art. II.-7:213 DCFR. En realidad, la anulación parcial (*partial avoidance*) estaba ya regulada en el art. 4:116 PECL, y se mantuvo en el art. 54(2) CESL. Véase LOHSSE (2018), p. 729, n.º 5, quien no ve incompatibilidad entre protección vía cláusulas abusivas y vicios de la voluntad. La nulidad parcial del contrato la recogen, también los art. 1309 del Anteproyecto de modernización del Código Civil elaborado por la Comisión General de Codificación y 527-2 y 527-11 de la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

⁶¹ De esta opinión, ALFARO ÁGUILA-REAL (2017), cuando entiende que «actúa dolosamente (en contra de las exigencias de la buena fe objetiva) el empresario que incluye en el condicionado general – que sabe que el consumidor no leerá ni tendrá en cuenta para tomar su decisión de contratar – una cláusula predispuesta que describe el objeto principal del contrato de forma divergente respecto de las expectativas que, al respecto, podía hacerse el consumidor en el momento de contratar»; y PANTALEÓN (2017), que afirma que «La falta de transparencia (material) de que se trata es un supuesto de dolo del empresario, en la definición que de este vicio de consentimiento da el artículo 1.269 CC». Pero hay que tener en cuenta que ambos defienden que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE veta el control de las condiciones principales del contrato, en contra de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo. Véase, además, MIRANDA SERRANO (2018), pp. 40-42.

Y es que, al cabo, regresamos al punto de partida: por mucho énfasis que se ponga en la contractualidad de las condiciones generales⁶², la traslación mimética de los instrumentos del contrato liberal al contrato de adhesión no transita por un camino llano. El consumidor no dispone de un abanico de ofertas sustancialmente distinto, y, sobre todo, por lo general, carece de verdadera capacidad de negociación con la entidad financiera. Hablar de libertad contractual, de autonomía de la voluntad, es una quimera. La clave en la jurisprudencia, y en la legislación más reciente, no se busca en la libertad para contratar, sino en la comprensibilidad –cuando menos abstractamente– de lo que se contrata y de las consecuencias que se van a generar⁶³. De ahí, en definitiva, el surgimiento del control de transparencia material como expediente *ad hoc*.

3. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA LEY DE CRÉDITO INMOBILIARIO

La LCCI es la primera que recoge la transparencia material en un texto legal –ella misma y con la introducción de los nuevos art. 5.5 en la LCGC y 83. II en el TRLGDCU antes mencionados–, en lo que supone la legificación de la construcción jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Supremo. Distingue claramente las dos cribas: el control de incorporación lo trata en el art. 7 y el de transparencia material –denominada así– en el art. 15, aunque también en el artículo 14 –cuyo ladillo es «transparencia» huérfana de adjetivo calificativo–. No se contiene la transparencia material en el elenco de definiciones del art. 4, pero si se acude al párrafo quinto del apartado IV del preámbulo se encuentra la concepción jurisprudencial ya conocida: «garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material.»

Hay que subrayar que en la LCCI el control de transparencia material no es exclusivo de los consumidores, por cuanto su art. 1 destaca que se aplica a «personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes». Por consiguiente, se amplía, aunque únicamente sea para los créditos inmobiliarios –pues ni la LCGC ni el TRLGDCU se han modificado en este sentido–, el ámbito subjetivo de la transparencia material. Ahora bien, la nulidad de la cláusula que no es transparente materialmente solo rige para los consumidores, a

⁶² «Reducto de contractualidad», en expresión de MIRANDA SERRANO (2018), p. 19.

⁶³ CÁMARA LAPUENTE (2017), p. 1742 ss; MARTÍNEZ ESCRIBANO (2019), p. 370.

tenor de la literalidad de los nuevos art. 5.5 LCGC y 83. II TRLGDCU. También aquí se sigue a pie juntillas la doctrina del Tribunal Supremo: en definitiva, el control de transparencia material no opera más que para los consumidores (cláusulas incorporadas, pero nulas). Las demás personas físicas que no sean consumidoras ven diluido el control de transparencia material en el de incorporación: en su caso, las cláusulas no transparentes solo cabe que se incorporen –y producen los efectos de que se trate– o que no se incorporen –y entonces no forman parte del contenido contractual y no despliegan efectos en ese contrato–⁶⁴.

La LCCI adopta un sentido preventivo con el fin de que se cumpla con el deber de transparencia material, y, por ello, identifica a dos intervinientes en los que centra el logro de que se franquee el control: el prestamista y el notario. De acuerdo con el art. 14.2, «el prestamista suministrará al prestatario toda la información que fuera necesaria. En particular, el prestamista responderá a las consultas que le formule el prestatario acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados. Las explicaciones deberán contener ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y, en su caso, de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo.» Por tanto, pesa sobre el prestamista que el prestatario comprenda los efectos económicos que va a tener el contrato. Por su parte, el notario asume un rol mucho más activo que hasta la fecha⁶⁵: debe comprobar que el prestamista cumple con su carga y levantar un acta al efecto, haciendo constar que se ha cumplido (art. 15.2) o no (art. 15.5) con el deber de transparencia, pero, sobre todo, debe asesorar –personalizada y gratuitamente– al prestatario (art. 14.1.g) sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega; el acta «hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos» (art. 15.6). La transparencia aparece vinculada, como ya disponía la jurisprudencia del Tribu-

⁶⁴ Crítico, CÁMARA LAPUENTE (2019), p. 11.

⁶⁵ Los detalles en MARÍN LÓPEZ (2019), p. 266 ss. Véase, además, VILLANUEVA LUPIÓN (2020), pp. 76 ss. El art. 7.6 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19, da un paso atrás en el supuesto de las moratorias convencionales suscritas al amparo de un Acuerdo marco sectorial en toda clase de préstamos, créditos y arrendamientos financieros, pues, en la terminología del art. 7.7, se obliga al prestamista solo a facilitar una «información simplificada» sin imponer la intervención del notario al modo de la LCCI. Como advierte MARÍN LÓPEZ (2020), el cumplimiento por el prestamista de lo prescrito en este art. 7.6 no garantiza que las cláusulas del acuerdo novatorio sean materialmente transparentes, por cuanto no necesariamente habrá comprensión de sus consecuencias económicas y jurídicas.

nal Supremo, a la información precontractual del contenido contractual⁶⁶. En la mente del legislador, si prestamista y notario cumplen con rectitud, raramente podrá alegar el prestatario incomprensión de la regulación económica del contrato, en la medida en que se ha preconstituido prueba de que se ha proporcionado la información necesaria para comprender el alcance del contrato que se otorga; y será al prestatario a quien le corresponda probar que, pese a todo, no se dio cumplimiento a la transparencia material. Además, a pesar del protagonismo de prestamista y notario, el prestatario no puede permanecer pasivo: el art. 15.1 le impone comparecer ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento. De este modo, pesan sobre el prestamista y el prestatario sendas cargas: aquel debe facilitar la información relevante y este debe recibir el asesoramiento. Ambas son cargas⁶⁷: si el prestamista no cumple, no se supera el control de transparencia material; si no lo hace el prestatario, no se autorizará la escritura de préstamo (arts. 15.5 y 22.2). El único resquicio —adicionalmente a si la LCCI se detiene en toda la información necesaria a facilitar⁶⁸— podría hallarse en el hecho que el prestatario no ha de manifestar por sí mismo que ha comprendido el contenido de los documentos facilitados, a diferencia de cuanto preveía el proyecto de ley⁶⁹; habrá que esperar a ver la aplicación práctica de esta nueva normativa y si, en el caso, basta con el plano abstracto o se exige la comprensibilidad *in actu*.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia (2020), «STJUE DE 9.7.2020 sobre los acuerdos novatorios en cláusulas suelo: pocas novedades en el horizonte», *Revista CESCO*.
- ÁLFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2017), «Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato», en *Almacén de Derecho*, entrada de 21.3.2017.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2006), *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- (2013), «No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo», *Revista CESCO*.

⁶⁶ Así, también, SÁENZ DE JUBERA (2019), pp. 51 ss.

⁶⁷ CÁMARA LAPUENTE (2019), p. 4 (en relación con el prestatario).

⁶⁸ MARÍN LÓPEZ (2019), pp. 307 ss.

⁶⁹ MATE SATUÉ (2019), p. 349.

- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2017), «Las (seis) SSTs posteriores a la STJUE 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva (Comentario a las SS. T. S. de 24 febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, n.º 42.
- (2018), «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», en id., *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- (2019), «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes», *La Ley*, (21) de marzo 2019, p. 1 ss.
- (2020a), «Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in the European Union: The Innovative Role of the CJEU's Case-Law», en Yeşim M. Atamer, Pascal Pichonnaz (Ed.), *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts*, Cham, Switzerland: Springer.
- (2020b), ¿Quién teme al control de incorporación (B2B)? En torno al aparente «sí, pero no» de las SSTs 20.1.2020, 11.3.2020 y 12.6.2020, entre otras (y réplica de buena fe al prof. Pertíñez), *Diario La Ley*, n.º 9667, 6 de julio de 2020.
- (2020c), «La STJUE 9 julio 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?», *Almacén de Derecho*, entrada de 10 de julio de 2020.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2020), «Sentencia europea intransparente sobre una transacción transparente de una cláusula suelo supuestamente intransparente. La “jerga” de la STJUE 9 julio 2020», *Revista CESCO*.
- FENOY PICÓN, Nieves (2018), «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 855 ss.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia, «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria», *Anuario de Derecho Civil*, 2020, pp. 7 ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (2015), arts. 80 y 82, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- JANSEN, Nils (2018), art. 6:206, en Jansen, Nils, Zimmermann, Reinhard (Ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford: Oxford University Press.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert (Dir.) (2008), *Código civil alemán*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- LOHSSE, Sebastian (2018), art. 4:116, en Jansen, Nils, Zimmermann, Reinhard (Ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford: Oxford University Press.

- LOOS, M. B. M. (2015), «Transparency of standard terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law», *European Review of Private Law*, pp. 179 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2019), «El control de transparencia material», en Carrasco, Ángel (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- (2020), «Transparencia material en las moratorias convencionales de prestatarios afectados por la crisis del coronavirus. Su regulación en el RD-ley 19/2020», *Revista CESCO*.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia (2019), «Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, pp. 361-397.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual (2020), «Control de transparencia de la cláusula de determinación del interés variable: Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª Núm. 538/2019 de 11 octubre)», *CCJC*, n.º 113, pp. 207-228.
- MATE SATUÉ, Loreto Carmen (2019), «Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios. De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Revista de Derecho Civil*, enero-marzo.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (2011), «Comentario a los arts. 80 y 83 TRLGDCU», en Cámara Lapuente, Sergio (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid: Colex.
- MIRANDA SERRANO, Luis María (2018), «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret*, 2/2018.
- PANTALEÓN, Fernando (2017), «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», en *Almacén de Derecho*, entrada de 12.3.2017.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco (2004), *Los cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- (2013), «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret*, 2013/3.
- (2017), *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2020), «¿Qué son a juicio del Tribunal Supremo los requisitos de incorporación? O por qué a un taxista se le elimina una cláusula suelo y a otro no», *Revista CESCO*.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz (2018), «Control de transparencia en el préstamo hipotecario multdivisa», *RCDI*, 2018, pp. 1042 ss.
- (2019), *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen (2020), «Asistencia y asesoramiento profesional en la Ley de contratos de crédito inmobiliario y su desarrollo normativo. Consideraciones críticas», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 3, pp. 71-121.

XLVI

**POR UNA REVISIÓN INTEGRAL DEL RÉGIMEN
DE SOLIDARIDAD DE DEUDORES. LAS TRAMPAS
DE LA OBLIGACIÓN *IN SOLIDUM***

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

Catedrático de Derecho civil

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. La primera trampa ¿Mancomunidad o solidaridad de responsables en el terreno extracontractual?.-2. La segunda trampa: la expulsión de la mancomunidad en las obligaciones contractuales.-3. La tercera trampa: solidaridad propia y solidaridad impropia.-4. Un banco de pruebas sobre solidaridad, cosa juzgada y tutela judicial efectiva: la responsabilidad en la construcción.-5. Y otro banco de pruebas: ¿hay interrupción de la prescripción en esa heterodoxa «solidaridad impropia»?-6. Conclusión.-7. Bibliografía.

1. LA PRIMERA TRAMPA ¿MANCOMUNIDAD O SOLIDARIDAD
DE RESPONSABLES EN EL TERRENO EXTRA CONTRACTUAL?

Es bien sabido que si se trata de un daño causado por varios agentes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido la regla de la solidaridad de los distintos partícipes en el hecho dañoso. Pero no existe apoyo en el Código civil para una solución semejante. El principio de no presunción de la solidaridad está recogido en el art. 1137 del Código civil y, dada su inclusión en el Título I del Libro IV, resulta de aplicación a todas las obligaciones, cualquiera que sea su fuente (art. 1088). Pero el Tribunal Supremo mantuvo una

primera línea fluctuante, ya que las sentencias lo mismo sostenían una postura que la otra, y ello para casos prácticamente idénticos (Albaladejo [1963], pp. 357 y 358). Y ya desde los años sesenta del pasado siglo, la postura pasó a ser claramente decidida en favor de la solidaridad. De manera reiterada, uniforme y sin ambigüedades. Como indican Cristóbal Montes (1985, p. 67) o Sancho Rebullida [1969], pp. 569 y ss.), cada vez que varios sujetos son responsables de un hecho ilícito y no es posible individualizar ni la relevancia de cada acción ni la responsabilidad concreta de cada cual, la condena es solidaria.

Pueden verse, entre otras muchísimas, las SSTs de 17 junio 1989, 8 febrero 1991, 30 septiembre 1992, 7 mayo 1993, 30 de noviembre de 1995, 20 octubre 1997, 3 diciembre 1998, 21 diciembre 1999, 11 abril 2000, 28 octubre 2005, 14 diciembre 2006, 2 enero 2007, 1 octubre 2008, 23 febrero 2010. y son muchos que sean los autores que comparten la solución (entre otros, Hernández Gil [1947, p. 95]; De Buen y Batlle [1951, p. 456]; Puig Peña [1951, p. 43]; Pérez González y Alguer [1966, pp. 1144 y ss.]; Gullón Ballesteros [1968, pp. 490 y ss.]; Soto Nieto [1982, pp. 72 y ss.]; Santos Briz [1993, p. 505]; Díez Picazo y Gullón Ballesteros [2001, pp. 557 y 558]; Lacruz Berdejo [2013, p. 471]; Ataz López [2011, p. 231]). Sin embargo, no existen argumentos –fuera de los de pura equidad– que permitan sostenerla en nuestro Derecho. Se trata, por así decirlo, de una solución *justa*, pero no *jurídica*, de una interpretación correctora de los textos legales, de un juego de la equidad excesivo y prohibido (si a lo dispuesto en el art. 3.2 C.C. nos atenemos) y, en definitiva, de una práctica viciosa que ha pretendido introducir entre el terreno de la responsabilidad contractual y el de la extracontractual una diferencia más. Comprobemos, siguiendo el esquema de Cristóbal Montes (cit., pp. 112 y ss.), cómo son claramente abatibles los argumentos en favor de la solidaridad:

a) Un primer argumento aboga por la aplicación del principio de no presunción de solidaridad establecido en el art. 1137 C.C. solamente a las obligaciones contractuales. Semejante argumentación resulta absolutamente infundada, si se comprueba cómo dicho artículo va referido a la teoría general de la obligación según se deduce de su propia ubicación en el Código civil. El concepto de obligación es unitario, y el hecho de que el Código admita la peculiaridad, por su origen, de las «obligaciones que se contraen sin convenio» (arts. 1887 y ss.) no puede llevar a apartar a éstas de una regulación que el propio texto legal ha deseado que sea general. También las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia de los arts. 1902 y ss. son propias y genuinas obligaciones, tanto como lo son las contractuales. ¿O es que cuando el art. 1.093 remite para la regulación de las mismas a «las disposiciones del Capítu-

lo II del Título XVI de este Código» (arts. 1.902 y ss.) está acaso queriendo que no tengan otra pauta de regulación que dicho Capítulo? Ello equivaldría a condenarlas a la desaparición, pues carecerían del entramado legal mínimo que se precisa para que pueda existir una categoría de relaciones jurídicas.

b) En el fondo, la completa argumentación gira alrededor de una afirmación demasiado simple: la solidaridad asegura más firmemente el resarcimiento a la víctima. Lo cual es incontestable, pero ¿dónde ha querido la ley procurar esa mayor firmeza? ¿En qué momento ha deseado el legislador civil prestar mayor protección a la víctima de un daño por el solo hecho de ser éste de origen extracontractual? Cuando ha querido que así sea, así lo ha dispuesto (uno de los casos es el del art. 116 del Código penal), e intentar sancionar sin apoyo legal expreso una situación de solidaridad con el pretexto de resultar así más protector resulta inadmisibles y gratuito. Naturalmente que es mejor para la víctima contar con mecanismos que protegen su derecho, pero es que la ley no ha reconocido de partida tales mecanismos. Como dice Albaladejo, no es que la solidaridad sea un medio de evitar la disminución de la garantía normal del acreedor, sino un medio de aumentar la garantía normal de la mancomunidad. Y si el hecho de que sean varios los dañadores no aumenta el daño, no tiene por qué hacerlo la garantía. Hoy por hoy, la solidaridad no se presume en el Código español, y no es lícito hacerlo «a pretexto de existir fundamentos de justicia y de equidad» (STS de 20 marzo 1943). Claro, que esto lo dijo el Tribunal Supremo hace muchos años. Medio siglo después dice otra cosa, a saber, que esta solidaridad tiene marcadas diferencias con la establecida en el artículo 1137, pues la que surge del vínculo contractual no existe si no se pacta, pero esta otra solidaridad «no tiene origen convencional (sino que) es creación jurisprudencial» (STS de 8 mayo 1991). Como se ve, la trampa está servida desde el principio.

c) Resulta muy forzado decir que el vínculo es solidario «porque así se deduce de la naturaleza de la obligación». Gran parte de la doctrina francesa ha considerado que en el supuesto de hecho ilícito común la responsabilidad es conjunta porque cada uno de los autores ha causado todo el daño, y por ello todos vienen obligados a la reparación íntegra del mismo. Admitiéndose así que la conducta de cada uno fue suficiente, también cada uno debe ser responsable de la totalidad. También es éste un argumento fácilmente refutable. Aunque se entienda que la conducta de cada uno tuvo por sí misma virtualidad suficiente para causar la lesión, lo cierto es que en el caso concreto no fue ella sola la que la produjo, sino la concurrencia de todas las conductas. Una cosa es que en potencia cada conducta reúna las condiciones de aptitud precisas para dañar y otra que efectivamente, en acto, el daño haya sido causado por

varios. Si las obligaciones extracontractuales fuesen «por naturaleza» solidarias, sobrarían todas las discusiones. No haría falta que lo establecieran los Códigos civiles que así lo hacen, como pasa en el § 840-1.º del B. G. B., o en los arts. 50-1.º del Código suizo de las obligaciones, 1156 del Código italiano de 1865 y 2055.1.º del vigente –aunque en Italia la regla general es la solidaridad, también en el terreno contractual–, 1080 del ruso, 497 del portugués, 926 del griego, 1003 del rumano o 1302 del austríaco. En América, y entre otros, reconocen la solidaridad en el ámbito aquiliano los arts. 1106 del Código de Quebec, 2317 del chileno, 1195 del venezolano, 1917 mejicano, 999 del boliviano, 2068 del salvadoreño, 1518 del brasileño, 1657 del guatemalteco, 1841 del paraguayo, 2244 del ecuatoriano, 1751 del nuevo Código argentino o 1.983 del peruano. Así sucede también en el art. 9:101 de los Principios Europeos del Derecho de Daños (PETL).

Como en Derecho español no existe precepto que establezca la solidaridad de los obligados extracontractualmente (fuera de los casos que en las leyes especiales reconocen la solidaridad expresamente [así sucede en las leyes sobre navegación aérea, navegación marítima, energía nuclear, prensa e imprenta, caza, consumidores y usuarios...]), la solución pasa, *lege lata*, por expresar en plural el art. 1902 y combinarlo con la regla del art. 1137. Resultado: «*Los que por acción u omisión causan daño a otro (...) están obligados a reparar el daño causado. La concurrencia de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno (...) deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación (o la ley) expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria*» (Albaladejo, cit., p. 368). Otra cosa es que, *lege ferenda*, sea preferible, a mi juicio, la solución italiana de la solidaridad en las dos esferas.

2. LA SEGUNDA TRAMPA: LA EXPULSIÓN DE LA MANCOMUNIDAD EN LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

No es de recibo que, en el ámbito contractual, el Código civil diga que la solidaridad haya que pactarla expresamente y que ello haya terminado significando en la práctica, no ya que no sea necesario utilizar expresamente el término «solidaridad» para que se entienda que las partes la quisieron de verdad (por sólo citar alguna, pueden verse las SSTs de 20 octubre 1986, 16 noviembre 1989, 18 febrero 1991 o 19 diciembre 1991), no ya que de las circunstancias del caso se pueda deducir que, en efecto, se quiso convenir la solidaridad,

sino que, sencillamente, cuando dos o más personas aparecen como codeudores en una misma obligación, se produce siempre una especie de «comunidad jurídica de objetivos» derivada de una «interna conexión entre las prestaciones de los deudores», una «unidad de fin dirigida a la satisfacción del interés del acreedor» (por ejemplo, SSTs de 7 abril 1983, 14 febrero 1984, 13 febrero 1989, 19 julio 1989 o 20 marzo 2003). En fin, una «unidad de destino» que desembocaría en la vinculación solidaria, tanto en lo que se refiere a la prestación, como en lo relativo a la responsabilidad por daños derivados del incumplimiento. Muy curiosa, en este sentido, resulta la STS de 26 abril 1985, en la que el Tribunal Supremo deduce que existe una circunstancia tácitamente demostrativa de que las partes quisieron la solidaridad del hecho de que los prestatarios dirigieron una carta al prestamista en la que le decían «queremos hacerte llegar una vez más nuestro reconocimiento por el gran favor que nos haces al prestarnos sin interés un millón de pesetas». O sea, que como dieron las gracias juntos, demostraron la solidaridad...

A todo ello sólo cabe precisar que siempre que hay codeudores, es obvio que la existencia de una sola obligación determina que el fin común sea la satisfacción del crédito. Pero una cosa es eso y otra alterar de modo tan descarado lo que dispone el art. 1137. Si en la economía moderna las razones que permiten entender que debe existir solidaridad en los supuestos de culpa extracontractual quedan subsistentes cuando se trata de responsabilidad civil contractual, y si no hay motivo para entender que deba existir siempre y en todo caso mayor protección para un acreedor extracontractual, la línea de reforma legislativa no debería consistir tanto en la introducción de un precepto que estableciera expresamente la solidaridad extracontractual cuanto en invertir la regla general del art. 1137. Es el sistema, que me parece ideal, del Código italiano de 1942, cuyo art. 1294 dispone: «*Los codeudores están obligados solidariamente si de la ley o del título no resulta otra cosa*»; presupuesto este artículo, sobra ya el 2055, p.º 1.º, cuando, al tratar de los daños extracontractuales, dice que «*si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño*». El resultado del sistema es el ideal en las circunstancias del momento presente.

En España, la solidaridad tuvo que entrar en el Código civil de 1889 «por la puerta de atrás», como correspondía a una concepción ultraindividualista y liberal del mundo. Si lo que la actualidad demanda es que un acreedor pueda dirigirse contra cualquier deudor para exigirle el cumplimiento de la totalidad de la deuda, el legislador no puede cerrar los ojos a lo que el Tribunal Supremo hace. Y lo que hace está bien, si miramos las cosas desde esa realidad social, pero es, sencillamente, extravagante, miradas desde el Derecho vigente. Se ha

dicho que «la tesis jurisprudencial supone, más que una interpretación, una corrección del Código civil» (Lacruz, cit., p. 30).

Y ruego al lector en que se esfuerce en comprender que cuando digo que lo que hace el Tribunal Supremo (miradas las cosas desde la realidad social, que no desde el Derecho vigente) «está bien hecho», no hemos perdido de vista el punto de partida: nos encontramos ante los numerosos casos en los que no se conoce el grado de participación causal de cada uno de los intervinientes. Son numerosos, pero me temo que son muchos menos de los que la jurisprudencia nos quiere enseñar. Dice Martín Casals (2011, p. 95) que convendría atender a la tipología de casos que nos ofrece la autoría plural, pues no son lo mismo los cursos causales cumulativos que nos de causalidad adicional, el supuesto del curso causal inicial al que se superpone otro curso causal posterior que agrava los efectos, y menos aún el caso de incertidumbre causal. Pero es que da la impresión de que la solución de la solidaridad es, simplemente, la respuesta cómoda ante supuestos en los que sí resultaba posible precisar un grado, una cuota de participación. Y sospecho no se hace porque no se quiere hacer, y se prefiere usar de los lugares comunes.

Cuando, ante la avalancha jurisprudencial, hasta Albaladejo, que fuera el primer gran opositor a la tesis de la solidaridad extracontractual, terminó rindiéndose cuarenta años después diciendo que «como la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia se deciden por la solidaridad, acepto que corresponda la solidaridad» (2003, pp. 552 y 553), resulta particularmente sugestiva y valiente la obra de Gómez Ligüerre (2007), porque cuestiona con decisión la clásica justificación de la solidaridad. En su opinión, la solidaridad debería quedar limitada a los casos en que hubo entre los intervinientes un acuerdo formal o informal para participar en una actividad que terminó produciendo el daño (es la que el autor llama «actuación de común acuerdo» o «actuación conjunta», pp. 366 y ss.) y aquellos en los que la actuación culposa o dolosa de un primer agente favorece la actuación del segundo (esto es, la «actuación independiente», pp. 381 y ss.). Fuera de estos casos, la fórmula de la solidaridad extracontractual es profundamente perturbadora, relaja la diligencia y desprecia los *standards* de calidad de los comportamientos humanos. Más aún: la solidaridad se convierte «en un arma de doble filo. Facilita la satisfacción del crédito indemnizatorio de la víctima, pero encarece la actividad de los agentes más solventes y precavidos (p. 202), funcionando como un seguro, aunque sin primas, «en el sentido de que otros cubren la falta de solvencia del responsable y asumen, en lugar de la víctima, las reclamaciones posteriores contra el insolvente», con un efecto dominó en el que unas negligencias arrastran a las otras (p. 219).

3. LA TERCERA TRAMPA: SOLIDARIDAD PROPIA Y SOLIDARIDAD IMPROPIA

No deja de ser curioso que, en aquellos ordenamientos en los que la responsabilidad extracontractual solidaria no encuentra apoyo legal alguno, es precisamente donde la doctrina que la defiende ha tratado de escapar de los obstáculos legales por medio del recurso a una fórmula de solidaridad que –se dice– tiene diferente funcionamiento que la solidaridad propia, clásica o común. Se trata de la que se ha dado en llamar «obligación *in solidum*» o «solidaridad impropia», ingenioso subterfugio que, aunque probablemente convendría darle carta de naturaleza, no la tiene hoy por hoy en precepto alguno. «Peca de confuso», dice Ataz López (2011, p. 260), y constituye un esfuerzo doctrinal y jurisprudencial que trata de hallar una fórmula de vinculación solidaria que no sólo refuerce la tutela del perjudicado, sino que permita, por un lado, salvar la ausencia de norma y la consiguiente presunción de mancomunidad, y por otro, evitar que se den determinadas consecuencias propias de la solidaridad pasiva que tampoco convencen en la solidaridad propia.

Particularmente ello ha ocurrido en Derecho francés, donde el art. 1202 del Code también parte de un contundente rechazo de la solidaridad como regla: «*La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi*». En España, León Alonso (1978, p. 208) la describió de la siguiente forma: «cada vez que varias personas vengán obligadas, todas, a varias prestaciones idénticas, sin que, por tal razón, la deuda pueda ser considerada unitaria o única, nos hallamos ante una obligación de las llamadas *in solidum*, que proporcionará al perjudicado acción suficiente para obtener la satisfacción de forma total de su interés lesionado, si bien debe permanecer absolutamente inalterada la norma de que dicho interés sólo será una vez exigible». Dice Vicent (1939, p. 601) que esta solidaridad «nace con independencia de toda disposición legal, por la fuerza misma de las cosas». Cada uno responde por entero, pero siendo su responsabilidad por completo autónoma de la de los demás, tan autónoma como lo es la fuente de cada obligación. La diferencia de objeto con la obligación solidaria se encontraría así en que en ésta los obligados deben *una sola prestación*, mientras que en la situación «*in solidum*» lo que deben son *prestaciones idénticas* (naturalmente, no repetibles). Es el ejemplo de los Mazeaud (1977, p. 570): «Son dos asesinos, de los cuales uno sujeta a la víctima mientras el otro la apuñala. Son dos automovilistas cuyos coches chocan y, al ser lanzados sobre la acera, aplastan a un transeúnte. Cada uno de los asesinos, cada uno de los automovilistas sería,

pues, por sí solo la causa del daño». Ingenioso artificio, pues, creado de espaldas a la ley al objeto de favorecer la posición de la víctima.

Recientemente, la profesora chilena Mendoza Alonzo ha expuesto de modo muy preciso la tipología de casos (2015, pp. 129 y ss.), si bien también concluye mostrando su rechazo a la categoría. Junto al supuesto de los varios copartícipes de un daño aquiliano se encontrarán los casos del resarcimiento del causado materialmente por alguien (menores, incapacitados, trabajadores) con quien por ley concurre el llamado a responder por el hecho ajeno (padres, tutores, empresarios), así como el supuesto de la responsabilidad del asegurado autor del daño y del asegurador de responsabilidad civil. Son todos esos casos, en fin, en que las acciones de los componentes del consorcio convergen en un mismo hecho, cada una con su razón de ser y de deber. Yuxtapuestas varias obligaciones concurrentes en el mismo fin, cada sujeto aparece como autor de una falta distinta, sin que exista ese concierto de voluntades previo que se da en la solidaridad propia y que permitiría, en caso contrario, una contemplación verdaderamente colectiva de la situación. De hecho, ha dicho la STS de 24 mayo 2017 que «la responsabilidad por el hecho propio no queda excluida por la circunstancia de que [se] permita exigirla también de aquellas personas o entidades que deban responder por hechos de otro».

Pero como la «nueva» categoría creada encuentra no pocos obstáculos en lo que toca a su régimen jurídico concreto, la doctrina ha tenido que derribarlos para que la figura no tuviera demasiadas aristas, impidiendo que se pudieran dar en ella no pocas de las consecuencias de la solidaridad propia. Algunas de tales consecuencias, trasladadas al Derecho español, son claras por venir expresadas por la ley; otras no lo son tanto, por no encontrar reconocimiento legal o por la defectuosa expresión del legislador:

a) Existencia de una representación o mandato tácito entre los deudores solidarios.

b) La interrupción de la prescripción perjudica por igual a los deudores solidarios, con lo que si el acreedor intenta el cobro contra un codeudor, no se ve obligado a realizar el mismo u otros actos interruptivos respecto del resto (art. 1974 C.C.). Así, SSTS de 31 octubre 1984, 13 septiembre 1985, 29 junio 1990 y 28 octubre 1991.

c) Si la sentencia dictada contra los codeudores solidarios es recurrida por uno o varios de ellos, no será tampoco firme en relación con los codeudores no recurrentes, a quienes aprovechará también la apelación.

d) La constitución en mora de uno de ellos constituye en mora a los demás: bastará que el acreedor requiera a un codeudor para que el efecto se

produzca para todos. En el Código civil de Perú el art. 1194 dice todo lo contrario: la constitución en mora de uno de los deudores no surte efecto respecto de los demás. En los trabajos de reforma se prevé explícitamente el cambio radical: la mora se propaga a todos, pero con una lógica excepción: la de aquel cuya deuda no sea aún exigible. No es mala idea.

e) La remisión o condonación de la deuda concedida a un codeudor aprovecha al resto, lo mismo que la compensación, novación o confusión. Así lo establece el art. 1143 C.C., mas no se piense que existe plena conformidad de los autores en torno a estas modalidades de extinción de la obligación, sobre todo si se comprueba la desafortunada redacción del art. 1146

f) La cosa juzgada respecto de uno tiene valor para los demás, extendiendo a éstos sus efectos, favorables y desfavorables (lo que, conjugado con el efecto *supra*, c), significa que, en general, la actuación procesal de uno se expande a los coobligados solidarios). Así lo disponía el art. 1252, p.º 3.º C.C. hasta que fue felizmente derogado por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Con lo que establece ahora el art. 222.3 LEC, la extensión de la cosa juzgada material ya no tiene lugar por la simple existencia de vínculos solidarios. Tampoco hay litispendencia, de manera que si el acreedor intenta, haciendo uso del «*ius variandi*» (art. 1144 C.C.), demandar primero a un deudor solidario y después a otro, no hay que esperar a la resolución del primer pleito para que se desarrolle el segundo. Pero además, conforme a lo previsto en el art. 542.1 LEC, la sentencia condenatoria no puede ser ejecutada frente al deudor solidario que no haya sido parte en el proceso, lo que es enteramente lógico en términos de tutela judicial efectiva, pues difícilmente se soporta que los bienes de quien no litigó salgan al paso de la condena sufrida por el deudor condenado (una impecable exposición de la cuestión, antes y después de la LEC, en Ataz López [2002], pp. 90 y ss. y 107 y ss.; últimamente, Domínguez Luelmo [2017], p. 272).

Evidentemente, en un esquema como el de la obligación «*in solidum*» no caben muchas de estas consecuencias secundarias de la «solidaridad propia». Lo dice, entre otras muchas, la STS de 14 marzo 2003: «En efecto, la doctrina ha reconocido junto a la denominada «solidaridad propia», regulada en nuestro Código Civil (artículos 1.137 y siguientes) que viene impuesta, con carácter predeterminado, «*ex voluntate*» o «*ex lege*», otra modalidad de la solidaridad, llamada «impropia» u obligaciones «*in solidum*» que dimanen de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. A esta última especie de solidaridad no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia (...)».

Y así, se mantiene, por ejemplo, que si la demanda interpuesta contra un deudor contractual solidario interrumpe la prescripción respecto de todos los demás, no puede ocurrir lo mismo en el caso de autoría plural de un daño extracontractual: la demanda contra el autor del atropello no interrumpirá la prescripción respecto de su asegurador, ni al revés. O la demanda contra el promotor de la obra por el accidente de trabajo no interrumpirá la prescripción de la acción contra el Arquitecto, cuyo plazo continuará entonces corriendo sin que le afecte el pleito mantenido contra el promotor (SSTS de 14 marzo 2003, 16 enero 2015, 20 mayo 2015 y 17 septiembre 2015).

A todo ello hay que añadir la extraordinaria comodidad que supone inventar una categoría para sustraerla también de lo que hasta en el propio régimen de la solidaridad propia es discutible y controvertido, pues no se debe pasar por alto que las consecuencias antes referidas distan mucho de estar compartidas en la doctrina, y señaladísimamente, la que se refiere a la cosa juzgada –así sucedía también incluso bajo el imperio de la LEC derogada (vid. Caffarena Laporta [1991], p. 138). De igual modo, es un auténtico contrasentido que la sentencia dictada contra un codeudor sea ejecutiva frente a otro, no litigante en el proceso (cosa juzgada positiva; Carreras del Rincón (1990), así como que no sea posible seguir un segundo proceso porque hubiera que entender del derogado art. 1252 C.C. que se da el requisito de la identidad de sujetos entre los codeudores solidarios (cosa juzgada en su efecto negativo). Díez-Picazo dedicó a los efectos de la cosa juzgada un epígrafe de sus *Fundamentos*, (1993, pp. 229 y ss., y después en 2008, pp. 260 y ss.) titulado *Solidaridad pasiva y proceso*, donde se explica claramente el estado de la cuestión.

Tampoco está exenta de polémica la eficacia del reconocimiento y de la renuncia (vid. Reglero Campos [1994], pp. 630 y ss.). Y en cuanto a la de la interrupción de la prescripción, creo que merece palabras aparte (*infra*, 5).

En fin, como indica Cristóbal Montes (cit., p. 42), aparte «de que toda la construcción encierra una grave e insalvable contradicción interna y de que incurre en clara petición de principio, pues si la obligación «*in solidum*» se diferencia de la solidaria en que en ella no se dan una serie de notas menores propias de ésta (representación, remisión, cosa juzgada, etc.), debería ser precisamente la ley la que, al establecer en ciertos casos la ausencia de estos efectos secundarios, permitiera la configuración de una nueva variedad de obligación plural, mientras que lo que se hace es precisamente seguir el camino contrario: como se da por existente la categoría de la obligación «*in solidum*», debe admitirse también que en ella fallan los caracteres accidentales de los vínculos solidarios, y esto por más que la ley guarde respetuoso silencio al respecto. Con toda evidencia, se invierte el camino lógico y correcto para la

formulación de una nueva categoría jurídica». Dice sobre la solidaridad impropia la STS de 20 mayo 2008 que «a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena» (véanse también, y entre otras, las SSTS de 16 enero 2006 o 19 octubre 2007), pero como ha dicho Esteve Pardo (2014, p. 117) «la solidaridad impropia que reconoce el Tribunal Supremo, además de ser impropia en cuanto a su origen, lo es en cuanto a su régimen». «El resultado es una apariencia de obligaciones solidarias que, en realidad, no lo son» (p. 140). Curioso que la STS de 17 junio 2002 (RJ 2002, 5223) diga que se trata de «una solidaridad que cabe llamar *procesal*» (?). La categoría –a decir de Albaladejo (2003, p. 544, en nota 1)– «es de dudosa existencia en nuestro Derecho».

Dando entonces por hecho que la obligación no es solidaria, el montaje resulta perfecto cuando es trasladado allí donde la ley establece de modo expreso la solidaridad de los copartícipes, como sucede con el art. 116 del Código penal. Resulta ingeniosísimo el razonar de Gómez Orbaneja (1951, p. 429), en referencia al derogado art. 107: a fin de que resulte claro que no existen efectos de interrupción de la prescripción ni comunicación de los efectos de la cosa juzgada, entiende previamente que lo que existe entre los copartícipes del delito es una obligación «*in solidum*», siendo el Código penal el que *añade* a esa situación la solidaridad propia, mas no desde el momento del delito, sino desde la condena penal: lo que funda la obligación «*in solidum*» es el delito, pero lo que funda la solidaridad propia es *la condena* por el delito. Así, «con anterioridad a la condena, no puede hablarse ni de interrupción común de la prescripción ni de extensión de la cosa juzgada a todos los codeudores». La obligación propiamente solidaria que establece el art. 107 (ahora 116) «no es, pues, la de los partícipes en el delito, sino la de los condenados como autores, cómplices y encubridores en la sentencia penal».

Con esta forma de ver las cosas queda resuelto el problema, pero sin entrar en él, cuando lo cierto es que, *también en el ámbito de la denominada solidaridad propia*, existen argumentos suficientes, sin necesidad de inventar nuevas categorías ni salir de la ortodoxia procesal, para relativizar el principio de que la sentencia que se obtenga frente a uno tiene efectos de cosa juzgada frente a los otros. La ejecución sobre persona distinta del condenado chocaría, a juicio de Díez-Picazo (2008, p. 264), con el valladar insalvable del art. 24 de la Constitución (principio de tutela judicial efectiva). En cambio, no parece haber obstáculo para que la sentencia absolutoria impida nueva acción contra los demás cuando la desestimación de la primera se fundó en una causa aplicable a todos, o para impedir que el codeudor demandado en segundo término haga valer excepciones que ya fueron opuestas sin fruto en el primer juicio.

Tampoco es pacífica, como se ha indicado, la idea de que la apelación interpuesta por un codeudor deba aprovechar siempre a los demás.

Yo también participo, en definitiva, de la idea de que «una obligación con pluralidad de deudores en la que cada uno de ellos deba cumplir la totalidad de la prestación a requerimiento del acreedor, es y será siempre dogmáticamente, mientras la ley no disponga otra cosa, una obligación solidaria». «No es correcto que para caracterizar una determinada situación jurídica se utilicen conceptos y categorías que se han creado precisamente a la vista de las circunstancias específicas que se dan en aquélla, ya que esto produce la impresión de un montaje artificial y preordenado» (Cristóbal, p. 42).

Además, siempre me ha parecido particularmente inoportuno que se confunda la situación de la coautoría plural con la que se da cuando hablamos de concurrencia del autor material con el llamado a responder por él, o con la situación en que se encuentran asegurador de responsabilidad y asegurado causante del daño (así, Gómez Ligüerre (2007), pp. 263 y ss. y 277 y ss.). En la concurrencia de responsabilidad por el hecho propio con la por el hecho ajeno, no hay propiamente solidaridad por la sencilla razón de que no existe pluralidad de deudores, sino un sólo deudor responsable hacia cuyo patrimonio se canalizan todas las actuaciones, las propias y las de los causantes materiales. Ciertamente que la víctima se puede dirigir solamente contra el empleado, a pesar de que la ley le conceda acción directa contra el empleador, pero si lo que hay no es una única prestación sino dos prestaciones idénticas e irrepetibles, lo que desde luego es verdad es que se trata de una solidaridad bastante impropia. Y por si ello fuera poco, la eventual repetición del empresario contra el autor del daño no abarcará la cuota propia de las acciones de reintegro típicas de la solidaridad (art. 1145, p.º 2.º C.C.), pues el art. 1904 permite repetir *todo* lo pagado. Y si se reclama del empleado y se consigue el resarcimiento, no podrá éste repetir después *nada* del empresario. Algo parecido pasa con asegurador y asegurado: Si se ha reclamado del asegurador, éste pagará y podrá o no repetir según los casos; pero si se ha reclamado del asegurado por un daño claramente cubierto por el seguro, el demandado no podrá oponer que a quien hay que demandar es al asegurador, sino que deberá atender al resarcimiento del daño causado por él, y luego podrá repetir para exigir del asegurador que cumpla con lo que el contrato de seguro disponía. Otra cosa es que, ante la demanda planteada sólo contra el autor del daño asegurado, deba ésta notificarla al asegurador para que asuma la defensa jurídica, e incluso, para que, si lo desea, pueda intervenir en el procedimiento como legitimado con interés propio en el mismo. Pero eso no es lo mismo que la solidaridad.

En cambio, cuando estamos ante la autoría plural, lo que la solidaridad permite es que se reclame de todos, de uno o de alguno de los autores, y que luego, las cuotas establecidas por el juez sirvan para determinar, a los efectos internos, el alcance de cada acción de repetición (aquí sí suceden las cosas como en el art. 1145: cada deudor es deudor por entero frente al acreedor, y deudor por partes frente a los codeudores).

Hay que reconocer que el *invento* de la obligación «*in solidum*» deja satisfecho a quien se esfuerza en hacer experimentación o alquimia con los conceptos jurídicos escurridizos. Por utilizar sólo una más de las piezas del rompecabezas de la solidaridad «propia» que no encajan en el campo de la coautoría de daños extracontractuales, no parece muy lógico el que unas personas que no constituyen el típico consorcio de responsables solidarios que tiene a la vista el Código civil, sino que, antes bien, no tienen nada que ver entre sí, puedan hacer uso, frente a las reclamaciones del acreedor, de excepciones que sólo corresponden a los demás (art. 1148, i.f.). Pero tendrá que ser el legislador quien invente nuevos tipos de obligaciones o quien excluya expresamente las consecuencias que de tal calificación se deducen, con independencia de la crítica o de las matizaciones que de algunas se pueda hacer. La solidaridad es de partícipes *en el acto dañoso*, y la sentencia lo único que hace es declarar, no constituir, el consorcio. Cuando la acción sólo ha tenido éxito contra algunos pero no contra todos (por no haberse podido descubrir a todos los participantes, o por causa de rebeldía de uno, por ejemplo), los condenados harán frente al resarcimiento, y los que hayan quedado fuera del proceso por no haber sido llevados a él podrán ser condenados en un proceso ulterior, llegado el caso. Si ya pagaron los primeros, la segunda condena no podrá condenar a satisfacer un crédito ya extinguido, a salvo siempre las acciones de reintegro de aquéllos; si no lo hicieron, o no lo hicieron totalmente, «*las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo*» (art. 1144, inc. 2.º, C.C.).

4. UN BANCO DE PRUEBAS SOBRE SOLIDARIDAD, COSA JUZGADA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: LA RESPONSABILIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN

Sucede que cuando, de espaldas a la ley, se inventan nuevas categorías jurídicas, las consecuencias del alumbramiento son inagotables. Las sentencias del Tribunal Supremo de los últimos tiempos no suelen decir, cada vez que

existe una condena solidaria, si esa solidaridad es propia o impropia, dando lugar a una gran confusión en la que se aplicarán las consecuencias de la solidaridad de deudores o no se aplicarán según un evanescente sentido de equidad que hace que el resultado sea irreconocible.

De una manera especialmente llamativa ello está sucediendo en el terreno de la responsabilidad por ruina de edificios, y en no menor medida (aunque sí con menor frecuencia), en el de la responsabilidad por productos defectuosos. También se puede decir lo mismo en el terreno de la responsabilidad extracontractual, razón por la que procede denunciar todo ello aquí, aunque utilice el banco de pruebas típicamente contractual de los daños en la construcción para demostrarlo. En la STS de 8 mayo 1991 se habla de las diferencias que existen entre la solidaridad pretendidamente emanada del art. 1591 C.C. y la, por así llamarla, solidaridad común: «una vez declarada no impide que los condenados, cualquiera que sea el grado de dificultad que comporte, puedan tratar de resolver en un nuevo litigio los problemas de la determinación, cuantificación o, incluso, la exención de responsabilidad, pues entre los codemandados ni hubo anteriormente litisconsorcio pasivo necesario, ni después de la sentencia hay cosa juzgada». Ciertamente es que los litigantes en el proceso ulterior no aparecerán con la misma cualidad que en el anterior, pero no deja de ser chocante que se apunte la posibilidad de que en el segundo pleito los que fueron solidariamente condenados en el primero puedan incluso obtener la exención de una responsabilidad que ya se les atribuyó por sentencia firme. Realmente, es completamente cierto que esta solidaridad es mera creación jurisprudencial. Pero menuda creación

Dedicarse al mundo de la construcción es arriesgado en España, no ya (o no sólo) porque la actividad implica de por sí riesgos, sino porque el Tribunal Supremo se ha ocupado de extender para cada participante su propia esfera de riesgo hasta abarcar la de los demás (*vid.* Cordero Lobato [2000], pp. 329 y ss. Es una doctrina jurisprudencial tan consolidada en la aplicación del art. 1591 C.C. que, de tanto leerla, hemos corrido el riesgo de creérmola, y se resume diciendo:

a) que cuando la ruina del edificio se debe a causas no probadas durante el pleito, responden solidariamente todos los agentes de la edificación (SSTS de 28 octubre 1989, 13 julio 1990, 5 julio 1997, 19 octubre 1998);

b) que también habrá responsabilidad solidaria, cuando, conocidas las causas, no sea posible establecer la cuota de participación de cada interviniente (SSTS de 24 enero 1989, 20 octubre 1990, 17 octubre 1995, 22 noviembre 1997, 18 junio 1998, 20 noviembre 1998, 6 marzo 1999, 18 diciembre 1999);

c) que el demandado no puede provocar la participación en la *litis* de los demás partícipes, pues no existe litisconsorcio pasivo necesario entre los mis-

mos (SSTS de 13 octubre 1994, 19 abril 1995, 22 marzo 1997, 8 junio 1998, 8 febrero 2001, 29 noviembre 2002, 4 noviembre 2003, 31 marzo 2005, 29 septiembre 2006, 20 junio 2007, 27 febrero 2008, 22 julio 2009, 19 julio 2010);

d) que la sentencia condenatoria no puede perjudicar al partícipe no demandado, no existiendo vulneración de la tutela judicial efectiva por no producir la condena efecto de cosa juzgada frente a los ausentes en el proceso (SSTS de 17 marzo 1993, 19 abril 1995, 5 julio 1997), pero el condenado tendrá después la posibilidad de ejercitar la vía de regreso contra los demás, en un segundo pleito en el que podrá dilucidarse, no sólo el grado de responsabilidad de los mismos, sino incluso la responsabilidad o exoneración del propio condenado en el pleito anterior (SSTS de 6 octubre 1992, 20 junio 1995: la responsabilidad de los no demandados pertenece sólo al terreno de las relaciones internas entre los codeudores), si bien la sentencia del segundo pleito no podrá condenar a los agentes que fueron absueltos en el primero (STS de 22 marzo 1997).

Ante todo ello, sólo cabe decir que la doctrina jurisprudencial debe ser matizada. Es cierto que si la demanda se dirige contra un solo participante en la construcción, habrá que condenar a éste si la ruina se debió a una causa que le era imputable según la ley. No existe litisconsorcio pasivo necesario, pero la sentencia no puede afectar a quienes no han litigado. El problema viene cuando no se puede concretar la causa de la ruina o cuando, pudiéndose, no hay determinación de la cuota de cada responsable. Decir que entonces procede la condena solidaria y decir al mismo tiempo que lo decidido no sujeta a quien no ha sido oído en el proceso y que la ejecución de la sentencia no podrá tener lugar sobre sus bienes (así, muy claramente, la STS de 5 de julio de 1997), tiene mucho de contrasentido. Y, aparte, pone al demandado en difícil tesitura, procedente de una más que dudosa presunción: cuando no es posible probar la causa de los vicios, se presume que tal causa proviene del demandado, o lo que es lo mismo, que tiene que ser el demandado quien pruebe que la ruina no se debió a causas imputables a él, sino imputables a los demás, o no imputables a ninguno. Pero es que eso transgrede la tutela judicial efectiva.

En un proceso, en fin, han de estar presentes todos los responsables, pues de lo contrario, y aparte de los serios obstáculos constitucionales, se da la extraña paradoja de que en la vía de regreso que ejercite el demandado condenado contra los demás participantes, vuelva a dilucidarse una responsabilidad que ya quedó atribuida en el anterior proceso. Todo ello no significa que haya que demandar a todos los participantes (con el riesgo de la condena en costas que ello podría suponer para el actor), sino que sólo se puede saber si los par-

participantes son responsables o no lo son cuando se haya seguido contra ellos un procedimiento con todas las garantías. De antemano sólo se conoce quién forma parte del *consorcio de participantes* en el proceso de la edificación, pero no quién compone el *consorcio de responsables* solidarios. Y por eso precisamente se litiga, dando lugar, cuando ello proceda, a una solidaridad que «se conoce» con la propia sentencia, por más que haya nacido de una situación anterior. Cuando en la producción del daño han concurrido personas no demandadas, entonces será cuando exista litisconsorcio pasivo necesario, no estando bien integrada la relación jurídico-procesal sin su presencia como partes. Mientras ello no suceda, la sentencia absolverá o condenará al demandado, pero a nadie más. Como dice Blasco Gascó (2013, p. 68), «en el pleito no se busca determinar quiénes son los responsables, sino si lo es el demandado». Esto es lo que, en definitiva, dice la STS de 3 noviembre 1999, un verdadero soplo de aire fresco frente a la línea jurisprudencial habitual sobre el art. 1591 C.C. El Magistrado Ponente es el Excmo. Sr. Gullón Ballesteros, y desde entonces (aunque antes también contábamos con la STS de 17 marzo 1993) se han podido ver reconfortantes cambios en la jurisprudencia. Así, la STS de 31 marzo 2005 dice que el actor puede, sin ninguna cortapisa, dirigir su acción contra la persona o personas que considere oportuno, y que si no tiene éxito, tendrá que demandar a otros, pues esa sentencia absolutoria no podrá pronunciarse respecto de quienes no hubieran sido oídos en el proceso.

Entiéndase bien: si no queda acreditado que el demandado fue el causante (o uno de los causantes) del daño, es porque el juez habrá entendido que lo será otra persona ausente en el proceso, y si tal cosa sucede en casación –como señala Parra Lucán (2014, p. 904)–, procederá una sentencia absolutoria en la instancia, no una sentencia absolutoria de fondo. Incómoda situación que supone en realidad un litisconsorcio necesario. Algo que acaso ha tratado de solucionar el art. 420 LEC cuando permite, si el demandado ha alegado tal litisconsorcio en la contestación a la demanda, que el demandante presente en la audiencia un escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes, al objeto de que se les emplace y continúe el juicio con la presencia de todos los que en él tienen que estar.

Algo se ha ganado en materia de edificación, pues, aunque el art. 17.2 de la *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación* dispone como regla la responsabilidad personal e individualizada, el art. 17.3 establece la excepción: «(...) cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente». Pero la Disposición Adi-

cional Séptima permite a quien es demandado provocar la intervención de cualquier otro interviniente en la edificación, solicitando que la demanda se le notifique. La sentencia que en su día se dicte será oponible y ejecutable frente al emplazado, el cual, haya o no comparecido, habrá de ser tenido como parte. Lógicamente, los condenados podrán discutir en la vía de regreso su cuota de responsabilidad personal, aunque no su condición de corresponsables.

Pero no es fácil saber si la jurisprudencia conformará una línea recta en este punto. De hecho, la STS de 13 marzo 2007 dijo, para sorpresa de todos que, si ha existido en el primer pleito una condena solidaria, es porque no ha podido haber individualización de cuotas, procede el reparto interno por partes iguales en virtud del art. 1138 C.C. y no cabe que un segundo pleito modifique un punto litigioso que ya quedó decidido en el primero. Como dice el voto particular del Excmo. Sr. Salas Carceller, la sentencia pasa por alto un dato tan importante como es que el efecto de cosa juzgada no se da cuando los intervinientes en el segundo proceso no ocupan la misma posición que en el primero, que es justo lo que sucede con las acciones internas entre los codeudores solidarios (*vid.* Blasco Gascó, cit., p. 59). Menos mal que la STS de 27 febrero 2012 ha rectificado. Y después, la STS de 28 noviembre 2016 entiende que un promotor será responsable frente a los clientes, pero él no es el causante de los vicios constructivos y nada le impide repetir contra el constructor. Si trasladamos la idea desde el terreno de los vicios de la construcción al de la responsabilidad extracontractual solidaria, no es de recibo que –por ejemplo–, condenadas varias empresas por haber contaminado un río y causado daños a cosechas y ganados, no quepa que después discutan entre sí las cuotas que deban corresponder a cada una porque ello signifique revisar lo ya juzgado.

Existiendo condena solidaria, el condenado que pagó todo podrá entablar un segundo pleito para *reorganizar* las relaciones internas entre los codeudores responsables. En ese nuevo proceso, de puro *regreso o reembolso*, (i) no se podrá condenar a quienes fueron absueltos en el primer pleito, pero (ii) si se quiere demandar a agentes de la edificación que no fueron demandados en el primer pleito, la acción no será propiamente de reembolso sino una acción típica de *repetición* (o si se prefiere decir así, una acción común de responsabilidad, sin subrogación, pues). Dicen las SSTS de 5 mayo 2010, 16 febrero 2010 y 19 febrero 2016 que la acción del art. 1145 C.C. está constreñida a posibilitar que el codeudor que paga pueda resarcirse del exceso frente a los demás condenados que mantienen con él un vínculo de solidaridad impropio, por razón de la sentencia. Cabe, pues ese segundo pleito, pero no para reclamar a cada uno según su cuota, sino de dirimir «*ex novo*» una responsabilidad de

quien no pudo ser condenado ni absuelto porque no participó en el primer pleito (Blasco Gascó, cit., pp. 69 y ss., y Ataz López [2011], p. 278).

5. Y OTRO BANCO DE PRUEBAS: ¿HAY INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN ESA HETERODOXA «SOLIDARIDAD IMPROPIA»?

Interesa en este terreno dilucidar si la interrupción de la prescripción respecto de un cocausante del daño interrumpe la prescripción también respecto de las demás personas que puedan ser llamadas a responder. El art. 1974, p.º 1.º C.C. establece que «*[L]a interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores*». Da lo mismo frente a qué deudor ha llevado a cabo el acto interruptivo, pues la norma viene a propagar los efectos a todos los participantes del grupo de obligados: si el acreedor se dirige solamente contra uno, queda interrumpida la prescripción respecto de los demás.

A mi juicio, no se puede compartir la extensión que de los efectos del art. 1974 C.C. se ha querido hacer, y a veces con éxito, ante el Tribunal Supremo. Sí puede ser lógico que, cuando se trata de una situación de solidaridad pasiva preexistente al daño, la reclamación contra uno interrumpa la prescripción respecto de los restantes deudores: todos se comprometieron solidariamente *ab initio*, y la propagación de efectos es justo el efecto querido por el precepto (criterio, por lo demás, distinto sigue el Derecho alemán en el § 425 B. G. B.). Pero ¿y en sede de responsabilidad extracontractual? Imaginemos el caso de tres industrias situadas en la misma comarca, y cuyas emisiones de gases tóxicos provocan una determinada reclamación en vía administrativa contra la de titularidad pública. ¿Cómo va a provocar esta reclamación la interrupción de la prescripción respecto de la nueva acción que se quiera intentar contra las otras dos, cuando puede ser que el inicio del plazo prescriptivo haya tenido lugar para cada una en un momento diferente? ¿Cómo puede ser que se traten de igual manera conductas por completo distintas, desencadenantes las unas de daños continuados que se han producido sin parar y siguen produciéndose, y las otras de daños continuados en los que es posible identificar temporalmente las fracciones de daños causados en cada período?

Que se comuniquen los efectos entre los miembros de un grupo constituido «in obligatione», puede ser algo sensato, pero no sucede igual cuando, como ocurre en la mayoría de los casos en que los Tribunales adoptan la solución de la solidaridad en la responsabilidad extracontractual, se trata de una

solidaridad impropia, creada de espaldas a la ley desde la propia sentencia que condena a los miembros del grupo. Un grupo en el que lo primero que hubo que determinar fue precisamente quiénes eran sus componentes, algunos de los cuales puede que ni se conocieran.

Pero es que así lo quiso la jurisprudencia, que en las últimas décadas del siglo XX aplicó constantemente el art. 1974 en el terreno de la responsabilidad extracontractual, cada vez que se postulaba la condena solidaria de los codemandados. Son muchas las sentencias que así lo dicen (así, SSTS de 16 diciembre 1971, 15 diciembre 1975, 17 diciembre 1979, 2 febrero 1984, 19 abril 1985, 12 noviembre 1986, 14 mayo 1987, 25 octubre 1989, 29 junio 1990, 8 abril 1992, 10 octubre 1992, 3 diciembre 1998 y 15 julio 2000. De esa época hay una que entiende lo contrario, y que dice que el precepto no puede operar en el campo aquiliano, sino allí donde la solidaridad es preexistente, esto es, sólo en el ámbito contractual: la STS de 23 junio 1993. En la solidaridad propia, pues, no en la obligación *in solidum* o solidaridad impropia.

Con posterioridad, el cambio de criterio general se plasmó en la STS de 21 octubre 2002, que repite la idea de la STS de 23 junio 1993 y que cuando se dictó pareció que iba a ser decisiva: la solidaridad extracontractual nace con la propia sentencia y la reclamación contra uno no interrumpe la prescripción respecto del resto. La solución se adoptó finalmente en el acuerdo de la Junta General de Magistrados de 27 de marzo de 2003: no hay interrupción salvo en aquellos casos en que, aunque no exista un consorcio de codeudores constituido por un contrato previo, sí quepa presumir el conocimiento previo del hecho dañoso por los no demandados. La idea se reprodujo en las SSTS de 5 junio 2003, 3 marzo 2007 y 4 junio 2007, si bien, y de manera casi coetánea con la referida Junta de Magistrados, la STS de 14 marzo 2003 contuvo una matización en forma de excepción: no hay interrupción, pero todo ello es «sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado». Esta salvedad apareció también en las SSTS de 9 octubre 2007, 19 octubre 2007 y 15 octubre 2008. El profesor Albaladejo criticó con dureza la STS de 14 marzo 2003, tomando decidido partido por la opinión vertida en el voto particular del Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz.

Que las cosas continuaban sin estar claras lo demostró la importante STS de 16 diciembre 2008 (hay un completísimo comentario de Asúa González), que además pretendía unificar la doctrina, al tener carácter plenario. Pero lo hizo con un penúltimo cambio de criterio, volviendo a las tesis pretéritas, pues en ella, el Tribunal Supremo tomó partido, y con muy pocas matizaciones, por

la tesis clásica: la reclamación contra uno interrumpe la prescripción de la acción contra los demás. Con todo, resulta muy llamativo que la Sala volviera a cambiar de criterio en la STS de 18 julio 2011. En el caso, se trataba de daños derivados de la colisión de un ciclomotor y un vehículo todoterreno en el que hubo absolución de los conductores en vía penal. La sentencia mantiene que el juicio verbal seguido por el perjudicado contra la aseguradora del segundo no interrumpe la prescripción de la acción contra la del primero.

A mi juicio, es la cuestión de la prescripción la que revela mejor la necesidad de que el legislador ponga orden en el terreno de las obligaciones con pluralidad de deudores. No parece de recibo que se puedan crear categorías jurídicas de espaldas a la ley –que lo haga la doctrina o lo haga la jurisprudencia, da lo mismo–, dotarlas de una denominación «ad gustum» y, a partir de ahí, dotarlas también de un régimen jurídico en el que se toma de una institución legal que tiene muchos siglos de antigüedad sólo lo que parece oportuno tomar. Tal vez sea un exceso –pero no lo es muy grande– decir que la obligación solidaria impropia «nace de la sentencia», pero nadie me logrará convencer de que su nacimiento el día en el que el daño se produce es un nacimiento equiparable al del equipo de codeudores que se constituye desde el principio por medio de un contrato. De poco me vale que me digan que la solidaridad entre dos industrias –una química y otra papelera– cuyos cargos directivos y cuyos trabajadores ni se conocen, y que distan muchos kilómetros entre sí pero que contaminan el mismo río, cada una desde un lugar, tenían constituido un consorcio de responsables solidarios desde el día en que comenzaron sus vertidos tóxicos. De que, en efecto, contaminaron ambas el río y provocaron daños a agricultores y ganaderos, no nos cabe duda. Pero no nos cabe cuando el procedimiento judicial concluye y se nos informa de que prosperaron las pruebas periciales practicadas, porque antes del litigio, lo más que nos pueden caber son sospechas... Y para eso se litiga.

En una palabra, si es verdad que la solidaridad no nace con la sentencia, hay algo que no es contestable en el ejemplo que propongo: la *criatura* había nacido antes sin que sus varios progenitores se conocieran. Y sinceramente, decir que la reclamación contra la petroquímica debe interrumpir la prescripción contra la papelera, no me lo puedo creer. El dato decisivo debería estar, en fin, en ese conocimiento por los miembros de un *equipo* de que, en efecto, son miembros del mismo. Y eso sucederá, desde luego, en la solidaridad de origen convencional –pues ahí está claro que el entrenador ha informado de la alineación de antemano, y, desde luego, en ese escenario se pensó el art. 1974, p.º 1.º C.C.–, pero también, probablemente, ya dentro del terreno extracontractual –y eso parece insinuar la STS de 16 diciembre 2008–, no en todo caso, pero sí en

las relaciones entre empresarios y trabajadores. ¿O es que alguien nos tratará de convencer que el trabajador desconoce que alguien ha exigido a su empresario responsabilidad por un hecho dañoso del que aquél es autor? ¿No resulta absurdo que la citada STS de 19 octubre 2007 dijera que se había interrumpido la prescripción frente al propietario y el conductor del vehículo, pero no frente a la empresa de la que el primero era socio y el segundo trabajador? Parecida conexidad ha de haber, a mi entender, en las relaciones entre padres e hijos menores y puede que hasta en las existentes entre asegurador de responsabilidad civil y asegurado responsable del daño cuando solamente se haya demandado al primero. Como dice Domínguez Luelmo (2011, p. 216), no todos los supuestos en que el Tribunal Supremo habla de solidaridad impropia son susceptibles del mismo tratamiento. Últimamente, la STS de 25 noviembre 2016 (RJ 2016, 5643) ha dicho con acierto que en un caso de caída al bajar las escaleras que conducen al garaje por estar recién pintado el suelo de la zona de acceso sin señal de aviso, la reclamación extrajudicial dirigida frente a la comunidad de propietarios y su aseguradora no interrumpe la prescripción de la acción frente al empleador de la persona que realizó las labores de pintura.

Últimamente, para un caso en el que el dueño de una vivienda había demandado a la Arquitecta técnica, la STS de 17 septiembre 2015 (comentario crítico de Peña López [2016, pp. 633 y ss.]) entendió que la acción estaba prescrita, pues el pleito previamente mantenido contra el promotor no puede interrumpir las acciones contra el resto de los agentes (el criterio ya se pudo encontrar en las SSTS de 16 enero 2015 y 20 mayo 2015, véase comentario de Blasco Gascó, 2016). A mí no me convence en absoluto que se quiera encontrar una nueva categoría conceptual, a saber, la «responsabilidad solidaria», contrapuesta al concepto de «obligación solidaria», como si las extracontractuales no fueran auténticas obligaciones. Pero la argumentación del Tribunal Supremo es ingeniosa: en la LOE hay una suerte de solidaridad inicial, que está diseñada por la propia ley: así será, sin duda, la que tiene como miembros del grupo a los varios proyectistas contratados conjuntamente (art. 17.5), y también en el caso del director de obra y del director de ejecución de obra (art. 17.7). Y así sucede también en el caso del art. 17.3, inc. 2.º, donde aparece el promotor respondiendo solidariamente «en todo caso» con los agentes de la edificación. Por ello el Alto Tribunal entiende que la reclamación contra éstos interrumpirá la acción contra aquél, pero no al contrario. Y por ello se absuelve a la Arquitecta técnica. Es decir, que la del promotor sí es una solidaridad «inicial», pero la de los agentes no lo es, ya que no la crea la ley sino la sentencia. El promotor conoce a los demás miembros del grupo de responsables porque la ley lo quiere así, y –en lo que toca a la prescripción– reclamar contra uno de ellos equi-

vale (en lo que afecta a la prescripción) a reclamar contra él. Pero no al revés: la reclamación contra el promotor no interrumpe la prescripción de la acción contra los demás (más recientemente, la STS de 1 julio 2016).

La argumentación, repito, es ingeniosa y se compeadece con la condición misma del promotor como garante. Pero sería preferible una clara y decidida toma de partido del legislador.

6. CONCLUSIÓN

La solidaridad de deudores merece una revisión general que permita conocer con seguridad la respuesta que merece una situación que es tan compleja como frecuente en el tráfico jurídico moderno. Partiendo de una regla general de solidaridad –inversa, pues, a la prevista de momento en el Código civil español–, el legislador debe establecer normas precisas sobre la *fisiología* y la *patología* de la figura. De momento, y gracias a la LEC, la extensión de la cosa juzgada material no tiene lugar en Derecho español por la simple existencia de vínculos solidarios, y tampoco existe litispendencia, de manera que si el acreedor intenta demandar primero a un deudor solidario y después a otro, no hay que esperar a la resolución del primer pleito para que se desarrolle el segundo. También está ya claro que la sentencia condenatoria no puede ser ejecutada frente al deudor solidario que no haya sido parte en el proceso. Pero sigue existiendo polémica alrededor de otros extremos, que además no reciben las mismas respuestas en los distintos Códigos civiles: la interrupción de la prescripción ¿perjudica por igual a los deudores solidarios, cualquiera que sea su condición, contractual o aquiliana? Ante una sentencia desfavorable, ¿qué efectos ha de tener el recurso planteado por un deudor solidario en relación con los codeudores no recurrentes? ¿En qué casos la constitución en mora de un codeudor no supone la constitución en mora de los demás? La remisión o condonación de la deuda concedida a un codeudor ¿aprovecha siempre al resto, tanto si es total como si es parcial?

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, «Sobre la solidaridad o mancomunidad en los obligados a responder por acto ilícito común», *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pp. 345 y ss.
- «Interrupción o no de la prescripción frente a todos los deudores solidarios por reclamación a uno solo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003», *Revista de Derecho Privado*, 2003, pp. 543 y ss.

- ÁLVAREZ OLALLA, *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Mayor, 2015.
- ASÚA GONZÁLEZ, «Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008. Interrupción de la prescripción en la llamada solidaridad impropia», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 2, Madrid, ed. Dykinson, 2009, pp. 333 y ss.
- ATAZ LÓPEZ, «Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (aspectos sustantivos)», en Caffarena Laporta y Ataz López (coords.), *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho civil en Murcia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 75 y ss.
- «La solidaridad pasiva nacida de la responsabilidad civil: ¿a quién hay que demandar?», en Herrador Guardia (coord.), *Derecho de daños*, ed. Sepin, Las Rozas, 2011, pp. 229 y ss.
- BLASCO GASCÓ, *Cuestiones de responsabilidad civil en la edificación*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- «Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015 (761/2015) y de 20 de mayo de 2015 (765/2015). Responsabilidad individual y solidaria en la LOE. Interrupción de la prescripción: inaplicación del art. 1.974 CC a la impropia llamada solidaridad impropia», en Yzquierdo Tolsada (director), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 7, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 447 y ss.
- CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980.
- «Artículo 1144», en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1991, pp. 136 y ss.
- CARRERAS DEL RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, 1990.
- CRISTÓBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito común*, ed. Bosch, Barcelona, 1985.
- DE BUEN Y BATLLE, en las notas al *Curso de Derecho Civil* de Colin y Capitant, III, Madrid, 1951.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, ed. Civitas, Madrid, 1993.
- *La prescripción extintiva*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2003.
- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 2001.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las relaciones entre los responsables del daño en los casos de solidaridad impropia», en Prats Albentosa y Tomás Martínez (coords.), *Culpa y responsabilidad*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 259 y ss.
- «Las relaciones entre los responsables del daño en los casos de solidaridad impropia», en Prats Albentosa y Tomás Martínez (coords.), *Culpa y responsabilidad*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 259 y ss.

- ESTEVE PARDO, *Solidaridad impropia de deudores*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidades extracontractuales*, ed. Tecnos, Madrid, 1968.
- HERNÁNDEZ GIL, «El principio de la no presunción de la solidaridad», *Revista de Derecho Privado*, 1947.
- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º (5.ª edic., revisada y puesta al día por Rivero Hernández), ed. Dykinson, Madrid, 2013.
- LEÓN ALONSO, *La categoría de la «obligación in solidum»*, Sevilla, 1978.
- MARTÍN CASALS, «La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, Univ. de Murcia-Editum, 2011, pp. 11 y ss.
- MENDOZA ALONZO, *La obligación solidaria impropia*, ed. La Ley, Las Rozas, 2011.
- PEÑA LÓPEZ, «Doctrina jurisprudencial sobre interrupción de la prescripción en los supuestos de solidaridad impropia. Sentencia de 17 de septiembre de 2015», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 100, 2016, pp. 633 y ss.
- «El dies a quo y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC», en *Indret*, 2011.
- SANCHO REBULLIDA, «La mancomunidad como regla en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. III, Pamplona, 1969, pp. 569 y ss.
- SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, ed. Montecorvo, Madrid, 1993.
- SOTO NIETO, *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, ed. Montecorvo, Madrid, 1982.

El derecho de contratos, además de ser una de las materias más dinámicas del derecho civil, está sometida en el momento presente a una profunda revisión y actualización, consecuencia de la internacionalización económica. Las exigencias de la contratación en masa y la protección de los consumidores, los convenios y normas internacionales, los textos del llamado “soft law” y las recientes reformas acometidas por algunos países cercanos, acreditan la necesidad de llevar a cabo una lectura actualizada del derecho de obligaciones y contratos que se contiene en nuestro Código Civil.

En esta materia, además, las normas vigentes no han sufrido modificaciones relevantes desde la publicación del Código Civil, por lo que su estudio e inteligencia no resultan posibles sin atender de manera especial al cuerpo de doctrina y jurisprudencia formado a lo largo de los años con ocasión de su interpretación y aplicación.

Los Estudios de Derecho de Contratos que se recogen en este libro pretenden dar respuesta a estos retos. Los autores son todos excelentes especialistas y han seleccionado un conjunto de temas centrales o nucleares del derecho de obligaciones, con la intención declarada de ofrecer a los profesionales un instrumento útil de trabajo, realizando una lectura viva, dinámica y actual, que da cuenta de la inicial regulación del Código Civil, de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha contribuido a conformarlos, y de las líneas de interpretación que permiten su inserción en el moderno derecho de contratos o que aconsejan su reforma.